

PRAVOSODNI BILTEN

1/2018

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 odvetništvo 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
450 izvodov

Grafična priprava, prelom in tisk
✂ **grafex** agencija | tiskarna

PREGLED VSEBINE

ČLANKI

Sir Richard Aikens

**NEODVISNOST SODNIKA IN SODSTVA V SODOBNI DEMOKRATIČNI DRUŽBI
NAGOVOR SLOVENSKEMU SODNIŠKEMU DRUŠTVU 9**

Katarina Zidar Al-Mutairi

univ. dipl. pravnica, LL.M., stalna pravna svetovalka na ESČP

**KDAJ IN KAKO EVROPSKA KONVENCIJA O VARSTVU ČLOVEKOVIH
PRAVIC VARUJE T.I. SOCIALNE PRAVICE..... 25**

izr. prof. dr. Aleš Kobal

Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

**KORPORACIJSKO-PRAVNI VIDIKI PREPOVEDANIH VRAČIL VLOŽKA V
DELNIŠKEM PRAVU 39**

doc. dr. Jorg Sladič

Odvetniška pisarna Sladič Zemljak, Ljubljana

**UKREPI ZAVAROVANJA V EVROPSKEM CIVILNEM PRAVU, ZAČASNE
ODREDBE Z MEDNARODNIM ELEMENTOM..... 75**

dr. Sabina Zgaga

docentka za kazensko pravo, svetovalka Ustavnega sodišča republike Slovenije

**(USTAVNOPRAVNA) PROCESNA JAMSTVA V PREKRŠKOVNEM
POSTOPKU 103**

Mojca Medved Ladinek

okrajna sodnica na Okrajnem sodišču v Mariboru

**RAZMEJEVANJE MED PREKRŠKI IN KAZNIVIMI DEJANJI S PREGLEDOM
SODNE PRAKSE EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE 115**

prof. dr. Damjan Korošec, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

mag. Boštjan Valenčič, okrožni državni tožilec na Specializiranem državnem
tožilstvu RS

**DOGMATIKA KAZNIVEGA DEJANJA PRENAŠANJA NALEZLJIVIH
BOLEZNI PO 177. ČLENU KZ-1 139**

doc. dr. Boštjan Tratar

višji državni odvetnik, Državno odvetništvo republike Slovenije

**JAVNOPRAVNE OSEBE KOT NOSILKE ČLOVEKOVIH PRAVIC
(IZBRANI VIDIKI) 151**

IZ PRAKSE ZA PRAKSO

Marjana Lubinič
vrhovna sodnica, Vrhovno sodišče Republike Slovenije
SODNA RAZVEZA POGODBE O ZAPOSLOTVI 167

Franc Seljak,
vrhovni sodnik, Vrhovno sodišče Republike Slovenije,
**POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH NA
GOSPODARSKOPRAVNI ŠOLI 2017 177**

UVOD

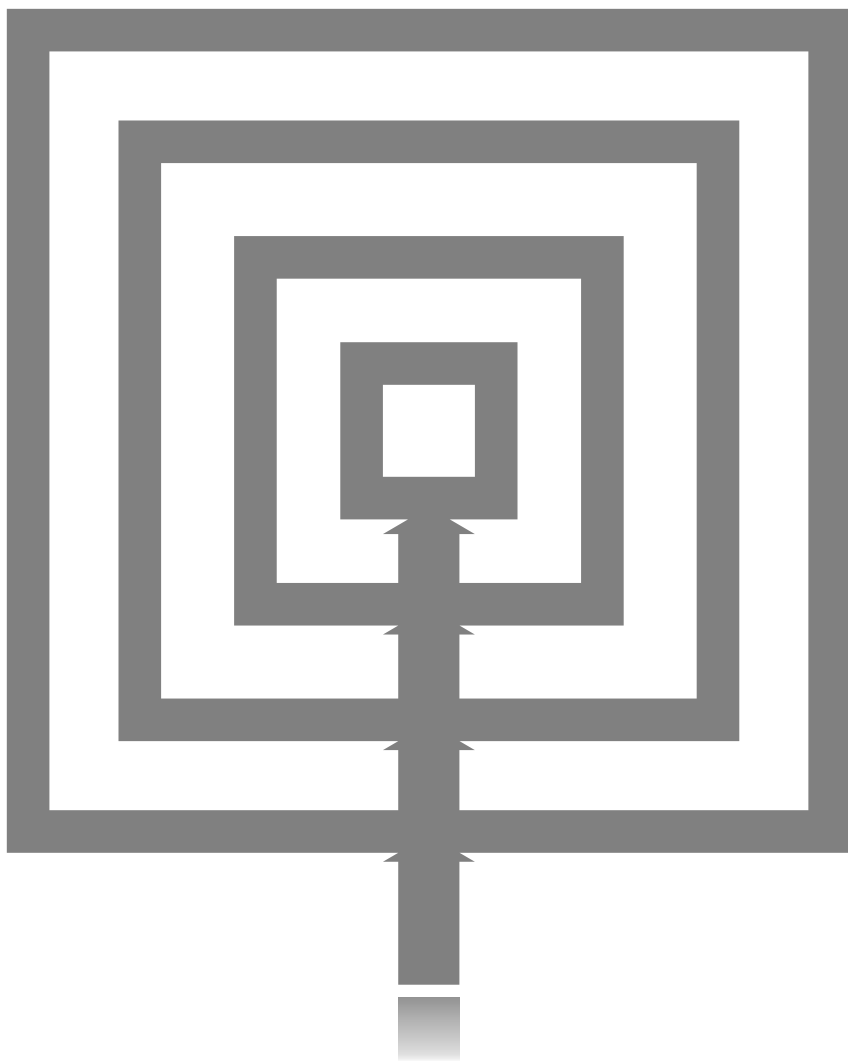
V tej številki so zbrani za objavo prirejeni prispevki avtorjev, ki so kot predavatelji sodelovali na IZVRŠILNI ŠOLI 2017 (Portorož, 27.-29. marec in 8.-10. maj 2017), na DNEVIH SLOVENSKEGA SODSTVA (Portorož, 2.-3. junij 2017), na DELOVNOSOCIALNI SODNIŠKI ŠOLI (Portorož, 27.-29. september 2017), GOSPODARSKOPRAVNI ŠOLI 2017 (Portorož, 18.-20. oktober 2017) in PREKRŠKOVNOPRAVNI ŠOLI (Portorož, 13.-15. november 2017) 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 avtorja dr. Boštjana Tratarja in strokovni prispevek prof. dr. Damjana Korošča in mag. Boštjana Valenčiča, ki nista bila predstavljena na izobraževanjih Centra za izobraževanje v pravosodju, vendar smo ju ocenili kot zanimiva za naše bralce.

Ljubljana, april 2018

Uredniški odbor



ČLANKI



NEODVISNOST SODNIKA IN SODSTVA V SODOBNI DEMOKRATIČNI DRUŽBI¹

Sir Richard Aikens

V veliko čast mi je, da so me prosili za govor na letnem srečanju slovenskega sodstva. Zelo lepe spomine imam na delo z vašim predsednikom, ko sem bil predstavnik Združenega kraljestva pri Mednarodnem združenju sodnikov (IAJ) in sva sodelovala pri obravnavi težav, povezanih z neodvisnostjo sodstva, za prvo študijsko komisijo IAJ. Ko sem bil predsednik prve študijske komisije, smo pripravljali poročilo o tem, kako določiti merila za ugotavljanje, ali je sodstvo neke države neodvisno ali ne, kar je bila po mojem mnenju uporabna naloga.

Prav tako imam lepe novejšje spomine na sodelovanje z Nino Betetto, ko sem bil predstavnik Združenega kraljestva v Posvetovalnem svetu evropskih sodnikov (CCJE). Sodelovala sva pri pripravi številnih mnenj, ki jih mora CCJE pripraviti za Odbor ministrov. Zadnje mnenje, za nadzor nad katerim sem bil odgovoren kot podpredsednik CCJE, je bilo mnenje "Vloga sodstva in njegov odnos do drugih vej oblasti v sodobni demokraciji". To je tema, h kateri se bom še vrnil v tem govoru.

Vsi veste, da je 23. junija 2016 britansko volilno telo na referendumu odločalo o tem, ali naj Združeno kraljestvo zapusti Evropsko unijo oziroma EU, kakor jo bom imenoval. Z večino, ki je zajemala majhen odstotek, a več kot 1,7 milijona glasov, je odločilo, da bi moralo Združeno kraljestvo iz EU izstopiti. To je privedlo do zamenjave ministrskega predsednika in odločitve, da bo vlada uveljavljala 50. člen Lizbonske pogodbe, ki državi članici dovoljuje, da predsednika Sveta ministrov držav članic EU uradno obvesti o svojem izstopu iz EU. Navedeni člen določa, da notranji mehanizem za njegovo sprožitev določa pravo države, ki ga želi sprožiti. Nova ministrska predsednica je nato napovedala, da bo vlada 50. člen uveljavljala z ministrsko izjavo. Dejala je, da so zadeve, povezane z mednarodnimi pogodbami, v pristojnosti krone in pred predložitvijo uradnega obvestila iz 50. člena ni potrebno dodatno soglasje parlamenta. To stališče je bilo za mnoge vprašljivo, tudi za bankirko Gino Miller, ki je sprožila postopek na upravnem sodišču z zahtevo, da sodišče razglasi, da se 50. člen lahko sproži le, ko parlament sprejme akt, ki vlado pooblasti za to. Zadeva je bila predana sodišču in v začetku novembra 2016 so trije sodniki razsodili, da ima ga. Miller prav, torej da se 50. člen lahko sproži le po sprejetju akta parlamenta, ki pooblašča vlado za to dejanje, in da vlada ne more zakonito uveljavljati 50. člena z uporabo tega, čemur pravimo "posebna pravica krone", kar pomeni zgodovinsko moč monarha, da razsoja o nekaterih zadevah, moč, ki ostaja, a katere obseg se je omejil in jo danes uveljavljajo le kraljevi ministri, torej aktualna vlada.

1 Gre za uvodni nagovor na Dnevh slovenskega sodstva, junij 2017

Dan po izreku sodbe sodišča je priljubljeni dnevnik v Združenem kraljestvu *Daily Mail* na prvi strani objavil veliko fotografijo treh sodnikov in ob njej z velikimi tiskanimi črkami izpisan velik naslov "SOVRAŽNIKI LJUDSTVA". Prvi podnaslov se je glasil: "Bes nad sodniki, ki 'so izgubili stik z ljudmi' in kljubovali glasovom 17,4 milijona volivcev za brexit ter bi [s svojo sodbo] lahko sprožili ustavno krizo". V članku je pisalo, da so poslanci "napadli" tri sodnike, ki so "izgubili stik z ljudmi" zaradi sodbe, ki "zagrenjenim 'ostalim' (to je tistim, ki želijo ostati v EU) v parlamentu dopušča, da izničijo sodbo britanskega ljudstva". Naslov na naslovnici drugega časopisa, *Daily Telegrapha*, se je glasil: "Sodniki proti ljudstvu".

Sodniki se niso oglasili, kar je povsem prav. Vendar so jih zelo osebno napadli zaradi odločitve, sprejete (po popolni in javni obravnavi) o, kot kaže, zelo pomembnem vprašanju ustavnega prava.

V Združenem kraljestvu imamo ministra, ki se imenuje lord kancler in je del vlade, torej najvišje skupine ministrov, in katerega ustavna naloga je, da podpira pravno državo in varuje neodvisnost sodstva, ter je minister, pristojen za delovanje sodišč. Funkcija lorda kanclerja, ki je že zelo stara in sega v 7. stoletje, je povezana s precej sodobnejšo državno funkcijo, tj. funkcijo ministra za pravosodje. Glavna naloga ministra za pravosodje se nanaša na uveljavljanje prava prek zaporskih in probacijskih služb ter organov za uveljavljanje civilnih sodb. Novembra 2016 je funkcijo lorda kanclerja opravljala mlajša ženska (stara 42 let), ki ni pravica in je poslanka šele od leta 2010. Čeprav so jo pravniki in številni drugi pozivali, naj da izjavo v bran sodnikom, tega sprva ni storila. Nato je izjavila: "Neodvisnost sodstva je temelj, na katerem je zgrajena naša pravna država, in naše sodstvo je upravičeno spoštovano po vsem svetu zaradi svoje neodvisnosti in nepristranskosti." Pravilna, čeprav precej nedomiselna misel. Vendar izjava ni vsebovala niti ene besede graje za tisk, ki je bil tako kritičen do odločitve sodnikov.

Dva dni zatem je tudi ministrska predsednica dala izjavo, ki bi jo komaj lahko šteli za odločno obrambo neodvisnosti sodstva in v kateri ni bilo nobene kritike odziva časopisov na sodbo. Theresa May je preprosto dejala: "Verjamem v vrednost neodvisnosti našega sodstva. Cenim tudi svobodo tiska. Menim, da obe podpirata našo demokracijo in sta pomembni." Konzervativni poslanec in nekdanji generalni pravobranilec Dominic Grieve je zagovarjal drugačno stališče. Dejal je, da je bilo kritiziranje treh sodnikov v tisku "srhljivo in nezaslišano" in da "diši po fašistični državi". Predsednik vrhovnega sodišča lord Neuberger je v pogovoru za radio BBC potem, ko je februarja letos vrhovno sodišče izreklo sodbo o pritožbi v zadevi in potrdilo odločitev nižjega sodišča, čeprav iz drugih razlogov, o kritičnosti tiska izjavil: "Sodniki zagotovo nismo bili lepo obravnavani. Človek mora biti previden pri kritiziranju tiska, zlasti če je pravnik ali sodnik, saj je naš pogled na življenje povsem drugačen od tistega, ki ga imajo mediji." Dodal je: "Menim, da so nekatere izjave spodkopavale pravno državo," glede politikov pa tudi, da bi bili po odločitvi na prvi stopnji lahko "hitrejši in jasnejši". Pripomnil je: "Pravna država in demokracija sta stebra, na katerih temelji naša družba. Če mediji ali kdor koli drug spodkopava sodstvo brez dobrega razloga, s tem nastane nevarnost, da se spodkoplje naša družba. Na splošno je pozitivna dolžnost tiska in drugih medijev, da budno spremljajo stvari. Vendar menim, da je s to močjo povezana tudi neka stopnja odgovornosti."

V Združenem kraljestvu silovit odziv tiska, kakršen je bil na odločitev v zadevi Gina Miller, ni nekaj neobičajnega. Pred le približno sedmimi leti je nekdanji minister za notranje zadeve v oddaji na radiu BBC izjavil: "Moč sodnikov se je v primerjavi z močjo izvoljenih politikov povečala, se še povečuje in bi jo bilo treba zmanjšati. Čedalje več odločitev sprejemajo neizvoljeni sodniki, ki ne nosijo odgovornosti, namesto izvoljenih poslancev, ki so za to, kar se zgodi, odgovorni volilnemu telesu." Neki drugi minister za notranje zadeve je med komentiranjem odločitev sodnikov o delovanju evropske konvencije o človekovih pravicah glede vladnih odredb, ki se nanašajo na zadržanje osumljenih teroristov brez sojenja, dejal: "Zdi se, da delovanje zakona o človekovih pravicah včasih postavi človekove pravice osumljenega zločinca pred pravice tistih, ki jih tak zločin ogroža, pred širše potrebe družbe ali posledice posamezne odločitve za družbo. Sodstvo ne nosi niti najmanjše odgovornosti za zaščito javnosti in včasih se zdi, da se prav nič ne zaveda posledic svojih odločitev za družbo."

Te dogodke v zvezi z napadi tiska, drugih medijev in politikov na angleško sodstvo in njegov položaj sem namerno podrobneje opisal. Kažejo namreč, da nevarnosti pretijo celo v Združenem kraljestvu, ki ima parlamentarno demokracijo vzpostavljeno že stoletja in kjer je neodvisnost sodstva kot institucije in vsakega posameznega sodnika že veliko let sama po sebi umevna. Kljub temu se zdi, da lahko sodnike odkrito opisujejo kot "sovražnike ljudstva". Ti napadi na sodnike in neodvisnost sodstva so me spodbudili, da znova postavim nekaj temeljnih vprašanj: prvič, kaj v sodobni demokraciji pomeni neodvisnost posameznih sodnikov in sodstva kot celote; drugič, zakaj je potrebna neodvisnost sodstva; tretjič, kako lahko zagotovimo njeno ohranitev; četrto, kakšna je vloga sodnikov pri ohranjanju neodvisnosti sodstva; petič, kako ohranitev neodvisnosti sodstva vpliva na odnose sodstva z drugimi vejami oblasti, to je zakonodajno in izvršilno oblastjo. V nadaljevanju tega govora nameravam obravnavati vsako od teh vprašanj.

Torej, prvič, kaj pomeni "neodvisnost" sodnika in sodstva kot institucije v moderni demokraciji? Kakor je rekel lord Neuberger, demokratično družbo podpirata dva stebra: dejstvo, da je demokratična, in dejstvo, da pravna država vlada. Kaj je "pravna država"? Eden najbolj spoštovanih angleških sodnikov 20. stoletja lord Bingham je pravno državo opisal takole: pravna država pomeni, da "bi vse osebe in organe oblasti v državi, naj bodo javni ali zasebni, morali zavezovati javno in vnaprej sprejeti zakoni, ki jih javno uporabljajo sodišča, in da bi hkrati morali biti te osebe in organi oblasti upravičeni do koristi teh zakonov".

Ta opis se nanaša na dva procesa, ki vključujeta pravo. Prvi je njegovo oblikovanje. Pravo oblikuje predvsem zakonodajna veja oblasti, ki je ena od treh vej sodobne demokratične države (v Združenem kraljestvu imajo sodniki tudi vlogo oblikovalcev prava, znanega kot "običajno pravo", to je pravo, ki ga razglasijo sodniki, a ne temelji na zakonu, ki ga sprejme zakonodajalec). Drugi veji oblasti sta zakonodajna, katere ime pove dovolj, in izvršilna. Izvršilni veji oblasti lahko okvirno rečemo veja oblasti, ki izvršuje voljo vlade, oblikovane po volitvah predstavnikov v zakonodajno vejo oblasti. V današnjih sodobnih demokratičnih državah je izvršilna oblast najmočnejša v državi, ker se posamezni vidiki načina vodenja države v številnih točkah dotikajo vsakdanjega življenja državljanov. V sodobni družbi bodo neizogibno

nastajali spori med državljani ter med državljani in državo, naj bodo to civilni spori ali kazenski postopki. Tu ima svojo vlogo tretja veja oblasti. Naloga sodnikov je, da uporabijo pravo, kakor ga sprejmejo zakonodajna oblast in sodniki. Na kratko, sodstvo je veja države, ki je odgovorna za zagotavljanje pravične in nepristranske rešitve sporov med državljani ter med državljani in državo ali državnimi subjekti v skladu z veljavno zakonodajo.

To je tisto, kar pomeni uporabljati "pravno državo". Če naj sodniki spoštujejo "pravno državo", ne morejo početi, kar jih je volja. Po svojih najboljših močeh morajo nepristransko za vse ljudi uporabljati veljavno notranje pravo. Kakor pravi prisega, ki jo morajo izreči vsi angleški sodniki ob imenovanju, morajo "biti pravični do vseh vrst ljudi v skladu z zakoni in uporabo v tem kraljestvu, brez strahu ali prednosti, naklonjenosti ali sovražnosti". Z drugimi besedami, sodnik mora na sodišču vse ljudi obravnavati enako, uporabljati mora pravo, in sicer tako, da ni v strahu pred nikomer in nikomur ne daje prednosti.

Če naj to stori na način, ki je hkrati pošten in pravičen, pa morata biti sodnik in sodstvo kot celota neodvisna. To pomeni, da nič ne sme vplivati na posameznega sodnika, da v zadevi odloči v prid ene ali druge strani. Taki vplivi so lahko neposredni: v najbolj grobi obliki se vpliv lahko kupi s podkupnino. Na srečo je danes to v državah EU zelo redko. Vplivi pa so lahko tudi posredni, na primer pritisk skupin, kot so sindikati, poklicna združenja, tisk, drugi mediji ali politiki, ki lahko glasno zahtevajo, naj se v neki zadevi odloči tako ali drugače. Pritiski lahko izvaja tudi samo sodstvo, na primer predsedniki sodišč lahko pritiskajo na mlajše kolege. Če naj bo sodnik resnično neodvisen, se je treba izogniti vsem tem vplivom.

Potem je tu to, čemur lahko rečemo "institucionalna neodvisnost" sodstva kot celote. Institucionalno neodvisnost sodstva kot celote najbolj ogrožajo izvršilna veja ter tisk in drugi mediji, ki lahko poskušajo vplivati na to, kako sodstvo kot celota opravlja svoje naloge. Pritiski lahko pridejo tudi od zakonodajne oblasti, in ti so lahko prikriti. Parlamentarna odobritev tega, kar stori sodnik ali več sodnikov, je nekakšen pritisk na neodvisnost. Kakršna koli parlamentarna graja pa je očitno neposredno vmešavanje v sodstvo in grožnja njegovi neodvisnosti. Parlament na delo sodnika lahko zakonito vpliva le s sprejetjem zakonov: pripravljanje zakonov (in vseh povezanih dejavnosti) je edina legitimna vloga zakonodajne oblasti v sodobni demokratični državi.

Kateri znaki kažejo, da je sodstvo neodvisno? Navedel bom nekaj primerov, ki pa niso predpisujoči. Prvi in najpomembnejši znak je po mojem mnenju to, da so ljudje, ki so imenovani za sodnike, izjemno strokovno usposobljeni in da sodniška imenovanja temeljijo na dosežkih brez razlikovanja glede na spol ali kateri koli drug dejavnik. To pomeni sistem imenovanja, ki zagotavlja, da se imenujejo najboljši kandidati, in je hkrati odprt za nadzor. Pred letom 2005 je bil za sistem imenovanja sodnikov v Združenem kraljestvu pristojen lord kancler, ki je bil tako kot danes minister vlade, vendar je bil hkrati tudi vodja sodstva in član lordske zbornice (zgornjega doma parlamenta) – pravzaprav je bil njen predsednik – in tako tudi član zakonodajne veje oblasti. Ta stari sistem imenovanja je obstajal stoletja in mu je ne glede na to, da se je zdelo, da krši vsa pravila, skoraj vedno

uspelo (vsaj v 20. stoletju) imenovati prave ljudi za sodnike. To je bil sistem, po katerem sem bil imenovan tudi jaz. Nisem se prijavil, vprašali so me, ali želim biti sodnik. Leta 2005 je bil z aktom parlamenta ta sistem nadomeščen z neodvisno komisijo za imenovanje sodnikov (*Judicial Appointments Commission – JAC*), ki ji predseduje neodvisna oseba, ki ni ne politik ne vladni uradnik ne sodnik. Zbor, ki izbira sodnike, sestavljajo predsednik, ki ni sodnik, dva sodnika in en nesodni član. Lordu kanclerju predložijo priporočilo. Ta lahko zaprosi zbor, da priporočilo znova obravnava, ne more pa zavrniti njegovega sprejetja, če zbor vztraja pri njem. Lord kancler pri najvišjih imenovanjih priporočilo komisije za imenovanje sodnikov predstavi ministrskemu predsedniku, katerega odobritev je le formalnost. V vseh primerih sodnike dejansko imenuje kraljica, vendar je tudi njena vloga le formalna. Ko sem bil imenovan za sodnika višjega sodišča, potem ko sem prisegel pred lordom kanclerjem in sodiščem, sem se sestal s kraljico, saj želi osebno spoznati vsakega svojega imenovanega visokega sodnika. Ta tradicija se je ohranila še danes.

Drugi znak ohranitve neodvisnosti je vzpostavljeni sistem, ki zagotavlja, da sodniki ne morejo biti razrešeni brez zelo dobrega razloga za to, kakršen je na primer storitev kaznivega dejanja. Trajnost funkcije, varnost pred samovoljno razrešitvijo je ključnega pomena. To pravilo v Združenem kraljestvu velja že od akta parlamenta iz leta 1701. Tretji znak je pravilo, da sodnik ne more biti razrešen z delovnega mesta in premeščen na drugo po volji izvršilne veje ali višjih sodnikov, npr. ker nekomu ni všeč, kako presoja v zadevah. Na kratko, jasno mora biti, da je sodnikova funkcija trajna na mestu, ki ga zaseda. Četrty znak je, da ima sodstvo sistem plačila za delo, ki ni odvisen od tega, kako obravnavajo zadeve, ali od števila zadev, v katerih razsodijo v določenem času, ter da je plačilo sorazmerno z odgovornimi nalogami, ki jih morajo opravljati. Petič, po mojem mnenju je znak neodvisnosti zagotavljanje zadostnih sredstev, da je sodnikom omogočeno učinkovito delo, ter sodniška služba, ki državljanom omogoča, da o njihovih sporih pravočasno in pravično odločijo nepristranski sodniki. Šestič, jasno mora biti, da je mogoče zagotoviti, da se drugi veji oblasti, zakonodajna in izvršilna, ne bosta vmešavali v to, kako sodniki odločajo v zadevah, ali v to, kako se vodi sodstvo, razen kolikor je to zares potrebno. To izjemo sem dodal, ker moramo vendarle sprejeti dejstvo, da zakonodajna veja sprejema zakone, ki jih morajo sodniki razlagati in uporabljati. Zakonodajna veja je tista, ki glasuje o povišanju davkov, potrebnem za plačilo sodnikov in zagotavljanje sodnega sistema, in izvršilna veja je tista, ki zagotavlja stavbe in opremo za sodno službo, tudi če jo upravlja neodvisni organ, pristojen za sodnike, kakor je to urejeno v nekaterih državah, kot je Irska. V Združenem kraljestvu sodniško službo deloma nadzorujejo sodniki in deloma izvršilna veja oblasti.

Menim, da so to dejavniki, ki kažejo, da gre za neodvisnost sodstva na ravni posameznika in na ravni institucije. Zakaj je ta neodvisnost tako pomembna? Deloma sem na to vprašanje že odgovoril. Če naj bo država pravna država, je treba zakone uporabljati pravično in pošteno ter v skladu s pogoji, ki jih določi zakonodajna oblast ali jih razglasijo sodniki. To se lahko zagotovi le, če so posamezni sodniki, ki uporabljajo pravo, resnično neodvisni in ni pritiskov nanje, naj o zadevi odločijo tako ali drugače. Na institucionalni ravni je sodstvo tretja veja oblasti, pri čemer sta drugi dve zakonodajna in izvršilna. Vse tri veje opravljajo javno službo

in za vse tri mora veljati pravna država, zato morajo delovati na podlagi in v okviru omejitev, ki jih določa pravo. Vse tri morajo delovati v korist ljudstva države, ki mu služijo. In čeprav je imel ameriški filozof in predsednik Alexander Hamilton prav, ko je dejal, da je sodstvo najmanj nevarna od treh vej oblasti, saj "nima vpliva ne na meč ne na denarnico ... in ima le sodbo", je dejstvo, da sodstvo ostaja sredstvo uveljavljanja pravne države. Ta moč včasih zbuja strah in nejevoljo v drugih dveh vejah oblasti, kar je očitno iz napadov na sodstvo v mnogih državah, vključno z Združenim kraljestvom, kakor sem že opisal. To je še en razlog več za to, da se neodvisnost sodstva kot celote ohranja in krepi.

Naj preidem na tretji dejavnik, o katerem želim govoriti: kako zagotoviti ohranitev neodvisnosti sodnikov in sodstva kot celote. Predvsem se moramo zavedati, da sodstvo ne bo dolgo ostalo neodvisno, če njegova moč ne bo veljala za "legitimno". Kaj mislim s tem? Sodniki se morda ne zavedamo moči, ki nam je zaupana ob našem imenovanju. Država nam da moč, da odločamo o zadevah temeljnega pomena za posamezne državljane in družbo kot celoto. Sodišča odločajo o zadevah ustavnega pomena ali zadevah, ki bodo določile, kako bodo ljudje živeli in celo, ali bodo živeli ali umrli – pomislite na zadeve, pri katerih mora sodnik odločiti, ali naj se odklopijo aparature za ohranjanje življenja. Tako imajo sodniki v nekaterih primerih dobesedno moč odločati o življenju in smrti. Vsi sodniki uveljavljajo to moč v imenu družbe kot celote. Zato menim, da imajo družba in drugi dve veji oblasti pravico prepričati se, da imajo vsi, ki jim je dana ta neizmerna moč – sodniki posamično in skupaj –, legitimno podlago za njeno uveljavljanje v imenu družbe kot celote: če ima sodstvo to legitimnost, bo sprejeto in lažje bo zahtevati, naj bo neodvisno in naj se mu dovoli opravljati njegovo delo.

Politiki, kakršen je angleški, ki sem ga omenil, pogosto govorijo o "neizvoljenih" sodnikih, ki niso "odgovorni". V nekaterih državah so sodniki neposredno izvoljeni – na primer v Švici. To po mojem mnenju ni dobra zamisel. A to, da sodniki niso izvoljeni, ne pomeni, da nimajo legitimnosti. Vse demokratične države imajo ustavo, bodisi zapisano bodisi bolj spremenljivo, kakršno imamo v Združenem kraljestvu. Vsaka ustava v demokratični državi je sad dogovora med ljudmi – na volitvah, referendumih, ali kakor v Združenem kraljestvu po stoletnih običajih. Vsaka ustava, o kateri se po opredelitvi demokratično dogovori in z njo soglašajo ljudstvo države, sodstvu zagotavlja sredstvo za odločanje o sporih med državljani ter med državljani in državo. Tako ima sodstvo na podlagi demokratično dogovorjene ustave temeljno, ustavno legitimnost. Ta legitimnost ni odvisna od izvolitve sodnikov ali druge odobritve parlamenta. Temelji na dejstvu, da je sodna institucija del demokratično dogovorjene ustave. Ta ustava oziroma na njeni podlagi sprejeti zakoni določajo, kako se imenujejo sodniki in organizira sodstvo. Te ustavne ureditve so tudi posledica demokratičnega procesa in skupaj dajejo sodstvu kot celoti in posameznim sodnikom, imenovanim po sistemu, ki ga vzpostavi zakonodajna oblast, "formalno" ali "ustavno" legitimnost.

Resnično razumevanje te ustavne legitimnosti morda ni tako razširjeno, kot bi moralo biti. Angleški politik, ki sem ga omenil, je, kot kaže, ne razume, čeprav je pravnik! To je pomembna utemeljitev, ki bi jo sodniki morali uporabiti, da lahko samozavestno rečejo: sodstvo ima legitimnost, zato morate spoštovati njegovo

neodvisnost, da opravlja delo, za opravljanje katerega je bilo vzpostavljeno po demokratično dogovorjeni ustavi.

Imenovanje posameznih sodnikov mora biti seveda opravljeno po sistemu, ki zagotavlja, da bodo kandidati neodvisni sodniki, pri čemer so vsi drugi pogoji enaki, kakor sem že poudaril. Vendar neodvisnost sodstva na ravni posameznika ne more temeljiti le na imenovanju ustreznih kandidatov. Posamezne sodnike bodo napadali (upajmo, da le besedno) in njihova neodvisnost bo kratkotrajna, če ne bodo ves čas mandata ohranjali zaupanje javnosti. Kadar je napaden en sodnik, je le majhen korak do napada na sodstvo kot institucije. Javno zaupanje v posamezne sodnike in torej v sodstvo kot celoto je zagotovilo za učinkovitost katerega koli sodnega sistema. To javno zaupanje se bo ohranilo, če si ga bodo posamezni sodniki in sodstvo kot celota prislužili z opravljanjem sodnih nalog v skladu z najvišjimi standardi. Seveda se zavedam, da je to včasih težko, če država ni zagotovila potrebne infrastrukture ali če je plačilo premajhno in je zato tudi zavzetost majhna. O tem bom govoril nekoliko pozneje. Po mojih izkušnjah je sodniška etika zelo močna in sodniki večinoma trdo delajo in se trudijo po svojih najboljših močeh tudi v najtežjih razmerah. Trudijo se zagotoviti sodbe najvišjega možnega standarda v skladu s strogimi etičnimi načeli. Tako bodo posamezni sodniki in sodstvo kot celota ohranili to, čemur lahko rečemo njihova "funkcionalna legitimnost", in s tem spoštovanje svojih državljanov. Neodvisnost sodstva se bo tako lažje ohranila.

Ohranjanje neodvisnosti sodnikov in sodstva kot celote je tudi lažje, če se naše delo vidi in razume. V današnjem svetu morajo biti vsi javni organi odgovorni družbi, ki ji služijo. Sodstvo pri tem ni nobena izjema. Državljeni pričakujejo, da bodo lahko videli in razumeli, kaj delajo tisti, ki imajo oblast, in zakaj to počnejo v imenu družbe. Sodnikom bo omogočeno, da opravljajo svoje delo in odločajo v zadevah nepristransko, če bo družba – in to vključuje zakonodajno in izvršilno vejo oblasti – videla, kaj delajo. Kako se to lahko zagotovi? Prvič, s preglednim opravljanjem dela. Z odprtimi obravnavami, tako da pravici ni le "zadoščeno, ampak se vidi, da ji je bilo zadoščeno". Ta starodavni izrek angleškega prava je postal uradno določilo 6. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP), ki določa odprt postopek in pravično sojenje. Pravilo "odprtih obravnav" mora biti podprto s pravico medijev, da poročajo o obravnavah, tako da širša javnost lahko spozna in razume sodni proces.

Sodni proces se lahko razloži tudi drugače, da je sodnikom omogočeno neodvisno opravljanje dela in se odpravijo sumi. Prvič, sodniki lahko zagovarjajo svoje delo v letnih poročilih, bodisi širši javnosti bodisi zakonodajni ali izvršilni veji oblasti ali vsem trem. Zakonodajna oblast lahko opravlja revizije, čeprav to vključuje nekaj nevarnosti. V nekaterih državah imajo "inšpektorate" za sodstvo – na primer v Franciji –, a menim, da je to lahko nevaren proces in se zlahka lahko zdi, da vodi v nekakšen izvršilni nadzor, če inšpektorat ni zelo očitno neodvisen od izvršilne veje oblasti, kar je težka naloga.

Drugič, družba bo videla, kako sodniki opravljajo svoje delo, če bodo izrekli utemeljene sodbe, ki bodo razložile odločitve in ukrepe sodnika pravnim strankam in celotni družbi. S tem sodniki prikažejo, kako uporabljajo veliko moč, ki jim jo je

podelila družba ob njihovem imenovanju. Te sodbe bi morale biti dostopne širši javnosti, tako da jih lahko preberejo državljani, ki jih to zanima, ter pravne stranke in odvetniki, ki jih zastopajo in morajo videti sklepe sodnikov, da lahko svetujejo svojim strankam v prihodnje. To tudi ni nekaj, kar sodniki lahko storijo povsem sami. Za pomoč pri objavi sodb na spletu in v papirni obliki potrebujejo druge. V Združenem kraljestvu, na primer, sodbe objavi Inštitut za britanske in irske pravne informacije (*British and Irish Legal Information Institute*), ki je neodvisni dobrodelni organ za razširjanje sodb vseh sodišč na vseh stopnjah, od prve do vrhovnega sodišča.

Zaupanje v sodnike se lahko ohranja in krepi še drugače, namreč z zagotavljanjem, da sodniki niso dobro usposobljeni le na začetku svoje poklicne poti, ampak da ostanejo dobro usposobljeni ves čas. Sodno usposabljanje v Združenem kraljestvu je razmeroma novo. Začelo se je šele v sedemdesetih letih dvajsetega stoletja. Seveda tudi nimamo enake strukture sodniške poklicne poti, kot je običajna v večini drugih držav EU, saj so naši sodniki imenovani izmed odvetnikov, ki so ta poklic opravljali najmanj deset let, v večini primerov pa več kot 20 let. Sam sem bil 25 let zagovornik, preden sem pri 50. letu starosti postal sodnik. Imel sem komaj kaj formalnega usposabljanja, preden sem začel odločati o zadevah. To se je zdaj spremenilo. Usposabljanje sodnikov morajo seveda opravljati sodniki sami in nadzor nad programom usposabljanja mora ostati v sodni pristojnosti, sicer bi izvršilna veja posegala v sodni proces. A če je sodno usposabljanje dobro ves čas sodnikove poklicne poti in (kar je pomembno) javnost ve za to, bo to povečalo zaupanje javnosti v sodni sistem.

Seveda pa bo sodnik delal napake ne glede na to, kako usposobljen je. Stari rek pravi: "Celo Homer je zadremal." Javnost je lahko pomirjena, da je pravne napake sodnikov mogoče ustrezno obravnavati s trdnim sistemom pritožb, ki ga imajo vsi sodni sistemi v demokratičnih državah. Ustrezni sistem pritožb pa mora biti edini način nadzora sodnih napak v pravnem procesu. Poseganje izvršilne veje v ta proces ne sme biti omogočeno kakor koli drugače.

Vsi ti načini omogočanja javnosti in drugim vejam oblasti, da razumejo delo sodstva, se lahko opredelijo kot oblike "razlagalne odgovornosti". S to odgovornostjo se sodniki ne podrejajo nobeni drugi moči, se ne prepuščajo nadzoru nobene druge moči, le razlagajo, kako delujejo, zato da jim javnost zaupa. Če obstaja zaupanje v način dela sodnikov in v to, da je to delo ustrezno, je manj skušnjave, da bi se posegalo vanj, in tako bo neodvisnost sodstva bolj gotova.

Glede sodnih kršitev je pomembno, da obstajajo ustrezna sredstva za njihovo obravnavanje, ki pa mora potekati izven nadzora izvršilne oblasti. Leta 2005 je bil v Združenem kraljestvu vzpostavljen nov sistem sodne disciplinske ureditve. Pritožbe zoper sodnike za domnevne kršitve (razen za domnevno nepravilno odločitev v zadevi) se predložijo neodvisnemu organu za sodniške pritožbe. Domnevno kršitev najprej prouči drug sodnik, ki poroča organu. Če je potrebna nadaljnja preiskava, jo izvede organ in poroča vrhovnemu sodniku (*Lord Chief Justice*). Kakršen koli disciplinski ukrep se sprejme le, če se o tem strinjata vrhovni sodnik (ki je vodja sodstva) in lord kancler, tako da je disciplinski ukrep na koncu pod sodnim nadzorom.

Višji sodniki ne morejo biti razrešeni s položaja, razen če za to glasujeta oba doma parlamenta. To pravilo v Združenem kraljestvu velja že od leta 1701. Od takrat se je to zgodilo samo enkrat, leta 1830, ko je bil irski sodnik razrešen zaradi korupcije.

Disciplinski postopki zaradi sodniških kršitev so potrebni zaradi dveh razlogov. Prvič, da se zagotovi ustrezno kaznovanje sodnika, ki ni ohranil neodvisnosti. Drugič, da se javnosti zagotovi, da se neodvisnost ohranja in je sodniki ne zlorablajo. Pomembno je, da javnost razume, da neodvisnost sodnikov ni njihov privilegij, ampak sredstvo, s katerim se zagotavlja varno življenje državljanov v demokratični državi ter varuje njihova svoboda – zlasti pred nepooblaščenimi dejanji izvršilne oblasti –, ter da se v njihova življenja posega le, kadar to dovoljuje zakon. To je nekaj, kar potrebujemo vsi, a je morda še posebej potrebno za manjšine, zagovornike nepriljubljenih načel in tiste, ki razburijo ljudi na oblasti. Ravnovesje med državo in posameznikom vzdržujejo sodniki. Da ga lahko vzdržujejo pravilno in učinkovito, morajo biti neodvisni. Če sodnik to neodvisnost zlorabi, mora za to prevzeti odgovornost. Spoštovani ustavni strokovnjak z oxfordske univerze, profesor Vernon Bogdanor, je za to uporabil precej nazoren izraz "žrtvena odgovornost", jaz pa bi temu raje rekel "disciplinska odgovornost".

V splošnem poglavju o načinih ohranjanja neodvisnosti sodstva bi rad obravnaval še eno področje. To je zelo pomembno področje plač, čeprav se povezuje med neodvisnostjo sodstva in plačo morda ne zdi očitna, zlasti za vlade. V Združenem kraljestvu so bile plače sodnikov prvič določene v dvajsetih letih 19. stoletja, in sicer 5000 funtov na leto, kar je bila takrat zelo visoka plača in bi danes znašala več kot 400.000 evrov na leto – pri čemer jim ni bilo treba plačati skoraj nič davka. Tako visoka plača je bila določena zato, da bi se preprečila kakršna koli možnost korupcije sodnikov, ki so prej dobili plačilo tako, da so pravnim strankam zaračunali "takso", kar je bil postopek, ki se je zlahka zlorabil. Zdaj v Združenem kraljestvu sodniške plače določa neodvisni odbor za pregled plač višjih uslužbencev (*Senior Salaries Review Board*), ki vsako leto poroča vladi. Vlada ne sprejme vedno priporočil odbora, zlasti po letu 2008, ko so bile določene stroge omejitve glede plač javnih uslužbencev. Vendar se sodniki v Združenem kraljestvu ne morejo pritoževati nad višino plač. Do nedavnega so zadoščale za zagotovitev, da so bili izmed uspešnih odvetnikov izbrani najboljši kandidati, ki so pripravljeni zapustiti bolj plačano delo odvetnika in postati sodniki za polni delovni čas. Dobra plača je potrebna za to, da se privabijo kandidati, ki imajo hkrati samozavest in pogum, potrebna za ohranjanje resnične neodvisnosti sodnikov in njihovega dela. Tega vlade včasih ne razumejo, morda pa tudi nočejo razumeti. Za vlado je manj pogumno in manj samozavestno sodstvo bolj uklonljivo sodstvo. A to pomeni izgubo neodvisnosti sodstva, to pa, kakor je pred kratkim dejal lord Neuberger, pomeni, da je pravna država spodkopana. Številni mednarodni organi, med njimi Mednarodno združenje sodnikov, Posvetovalni svet evropskih sodnikov, Beneška komisija in Združeni narodi, poudarjajo, da morajo sodniki dobiti ustrezno plačilo, ki je sorazmerno veliki odgovornosti, povezani s sodnim odločanjem, ter da je ustrezno plačilo potrebno za zagotovitev neodvisnosti sodstva. To je tema, ki jo je treba ves čas poudarjati vladam, sicer bodo na koncu poraženke vlade in družba, ki ji služijo.

In zdaj k vprašanju, kako sodniki sami lahko prispevajo k zagotavljanju neodvisnosti sodstva. Nekaj načinov sem že omenil, a naj strnem nekaj glavnih točk. Predvsem morajo svoje delo opravljati po najvišjih strokovnih standardih. To gradi zaupanje v sodni sistem in zmanjšuje težnje po poseganju v njihovo delo. Drugič, sodniki se morajo upreti skušnjavi, da bi svoje obravnave vodili za zaprtimi vrati. Kakršna koli oblika tajnosti postopkov preprosto vzbuja sum, da postopek ni pošten ali je pod vplivom nevidnih pritiskov drugih. Sum pomanjkanja neodvisnosti le spodbuja vmešavanje, kar povzroči izgubo neodvisnosti. V zadnjih desetih letih se v Združenem kraljestvu veliko razpravlja o dejstvu, da se številni družinski postopki vodijo za zaprtimi vrati in se jih javnost ne more udeležiti. Mnogi pravijo, da to ni prav, saj se ne vidi, ali je pravici zadoščeno. To so težka vprašanja, zlasti kadar je treba upoštevati koristi otrok, a moje mnenje je, da bi morale tudi za družinske postopke veljati splošno pravilo, da so vse obravnave javne, razen če ni zares nujno, da so za zaprtimi vrati. Seveda so lahko primeri, morda v zvezi z državno varnostjo, kjer javnosti ni mogoče dovoliti, da je navzoča na obravnavi ali vsaj ne celotni. Vendar bi morale biti takih primerov čim manj in odločitev, ali naj bo obravnava javna ali za zaprtimi vrati, mora biti prepuščena sodnikom. Tretjič, sodniki bi morali izrekati obrazložene sodbe, ki so na voljo javnosti za proučevanje, tako da jih javnost in mediji ter izvršilna in zakonodajna oblast lahko razumejo – ali so vsaj na voljo za razumevanje. To ne bo preprečilo kritik – spomnite se zadeve Gina Miller, ki sem jo omenil –, a bi morale pokazati, da sodniki delujejo neodvisno. Četrtič, poročanje v obliki letnih pregledov ali poročil o delu, ki ga opravijo sodišča, je sredstvo za prikaz načina dela sodnikov. V Združenem kraljestvu vrhovni sodnik pripravi letno poročilo za parlament, ki vsebuje informacije o sodnem procesu na splošno, o zamudah, delovni obremenitvi, usposabljanju, pritožbah, pritožbah zoper sodnike, o vseh disciplinskih zadevah in vprašanjih diskriminacije ali neenakosti. Vrhovni sodnik to poročilo tudi predstavi pred parlamentarnim odborom. Tako se prikažeta neodvisnost sodnikov in njihova odgovornost za delo ter se prepriči, da bi zakonodajna ali izvršilna oblast zahtevala “pregled” ali “revizijo” dela sodstva, kar bi bila po mojem mnenju lahko hitra pot do izgube neodvisnosti sodstva. Petič, sodniki bi morali biti pripravljene razpravljati o zadevah z javnostjo, tako da pripravljajo predavanja o svojem delu ali organizirajo “dneve odprtih vrat” na svojih sodiščih, da javnost lahko vidi, kaj delajo (taki dnevi so v Združenem kraljestvu priljubljeni. Na sodišče pridejo otroci, ki se oblečejo v sodniške halje in si nadenejo sodniške lasulje). Sodniki bi morali o svojem delu govoriti na šolah in univerzah. Menim, da bolj ko je delo sodnikov razumljeno in manj ko je skrivnostno, bolj je sodnikom omogočeno, da ga opravljajo neodvisno, pod pogojem, da ga opravljajo strokovno.

Tako sem prišel do svoje zadnje teme, preden predstavim svoje sklepe. Ali je neodvisnost sodstva združljiva z odnosi med sodstvom in drugima vejama oblasti v sodobni demokraciji, zakonodajno in izvršilno vejo? Vsaj teoretično bi lahko trdili, da načelo neodvisnosti sodstva zahteva, da se sodstvo kot ena od treh vej oblasti ne bi smelo zapletati v nikakršne razprave z drugima vejama oblasti. Včasih se je treba tega pravila strogo držati. Ko je leta 2004 lordska zbornica, naše takratno vrhovno sodišče, razsodila, da je vladna ureditev za pridržanje osumljenih (a ne obsojenih) teroristov brez sojenja v nasprotju z zakonom o človekovih pravicah (ki je prenesel EKČP v angleško pravo), je tedanji minister za notranje zadeve Charles

Clarke predlagal višjemu sodniku iz lordske zbornice lordu Binghamu, da se opravijo pogovori med vlado in višjimi sodniki o tem, kako bi izvršilna oblast lahko oblikovala ureditev, ki bi bila v skladu z EKČP. Lord Bingham je predlog zavrnil na očitno začudenje in zbežnost g. Clarka. A lord Bingham je imel nedvomno prav, da je zavrnil razpravo o tej temi. Če bi to storil, bi ne le prekršil načelo delitve oblasti (ki ni uradni del britanske ustave, a se molče upošteva), ampak bi najvišje sodnike postavil v položaj navzkrižja interesov. Razgovori bi lahko privedli do nove zakonodaje ali vladnih pravil, ki bi bila nato lahko izpodbijana na sodiščih. Kako bi se takrat za najvišje sodnike lahko reklo, da so nepristranski, če bi morali razsoditi o legitimnosti pravil, pri katerih oblikovanju so sodelovali?

Rad bi verjel, da se kaj takega ne more več zgoditi, saj je parlament leta 2005 sprejel zakon o ustavni reformi, ki v 3. členu lordu kanclerju, vsem vladnim ministrom in vsem pristojnim za zadeve, povezane s sodstvom ali pravosodjem, nalaga zakonsko obveznost, da ohranjajo nadaljnjo neodvisnost sodstva. Ta člen tudi navaja, da lord kancler in drugi vladni ministri ne smejo skušati vplivati na posamezne sodne odločitve prek kakršnega koli "posebnega dostopa do sodstva". Poleg tega mora po 17. členu tega zakona lord kancler, minister, ki je parlamentu odgovoren za sodstvo, ob prevzemu funkcije priseči, "da bo kot lord visoki kancler Velike Britanije spoštoval pravno državo, branil neodvisnost sodstva in izpolnjeval svojo dolžnost, da zagotovi sredstva za učinkovito podporo sodiščem, za katera je pristojen lord kancler". Včasih nisem prepričan, da so politiki, ki so izrekli to prisego, odkar je bila uvedena v tej predpisani obliki, pravilno razumeli, kako resna in pomembna zaveza je to, kljub njihovim trditvam, da to razumejo.

Kljub temu zakonskemu pravilu pa na splošno menim, da načelo neodvisnosti sodstva ne preprečuje niti ne sme preprečevati razprave med sodstvom in drugima vejama oblasti. Vprašanje je le, o čem naj razpravljajo in kako. Predvsem bi za to lahko obstajala uradna pot. Primer v Združenem kraljestvu je določba, in sicer prvi odstavek 5. člena zakona o ustavni reformi iz leta 2005, po kateri vrhovni sodnik, ki je vodja sodstva v Angliji in Walesu (in drugi vrhovni sodniki na Škotskem in Severnem Irskem), lahko predloži parlamentu pisne predstavitve o zadevah, ki se mu zdijo pomembne in so povezane s sodstvom ali drugače s pravosodjem v tem delu Združenega kraljestva. Vrhovni sodniki vsako leto izkoristijo to pooblastilo in poročajo parlamentu o pomembnih sodnih zadevah. Postalo je navada, da vrhovni sodnik pripravi ustno predstavitev in tako lahko neposredno odgovori na morebitna vprašanja poslancev. V Angliji in Walesu je vrhovni sodnik imenoval sodnika za "odnose s parlamentom", ki mu pomaga pripraviti letni pregled in svetuje o ustavnih vprašanjih, ki bi bila lahko sprožena pri predstavitvi letnega pregleda parlamentu.

Drugič, vrhovni sodniki bi lahko razpravljali z ministri izvršilne oblasti o zadevah, povezanih s sodno upravo. V Združenem kraljestvu vrhovni sodniki redno razpravljajo o zadevah, povezanih s sodno upravo, z lordom kanclerjem oziroma ustreznim škotskim ministrom – kot najbrž veste, je škotski pravni sistem povsem neodvisen od pravnega sistema Anglije in Walesa.

Vrhovni sodniki drugih delov Združenega kraljestva prav tako razpravljajo z ministri o sodniških plačah in pokojninah, čeprav so priporočila o višini sodniških

plač (vendar ne pokojnin) večinoma v pristojnosti odbora za pregled plač višjih uslužbencev. V zadnjih petih letih je bil sodni pokojninski sistem povsem prenovljen. Novi sistem, ki ga je sprejel parlament, za sodnike ni zadovoljiv, saj je dejansko precej zmanjšal pokojnine prihodnjih sodnikov. Sistem pa bi bil lahko tudi precej slabši, če bi obveljala volja finančnega ministrstva, in ne bi bilo burnih razprav med predstavniki sodnikov, vladnimi ministri in državno upravo.

Sodstvo je lahko tudi dejavno vključeno v upravljanje sodnega sistema, kakršen je zdaj v Združenem kraljestvu. Po angleškem sistemu, ki ni tako neodvisen kakor tisti na Irskem, so sodniki člani upravnega odbora kraljičine sodne službe (*Her Majesty's Court Service*), ki vodi vsa sodišča. Njegov namen je podpirati neodvisno sodstvo pri delovanju sodnega sistema. Predsednik odbora ni sodnik, je pa sodnik podpredsednik. Proračun za upravljanje sodišč je dogovorjen po bolj odprtem postopku, čeprav mora na koncu z njim soglašati finančno ministrstvo in ga odobriti parlament. Od leta 2007 je vrhovni sodnik Anglije in Walesa večkrat javno izjavil vladi in parlamentu, da so predlagana sredstva za upravljanje sodišč nezadostna, kar je privedlo do nadaljevanja razprav.

V kakšnem obsegu naj se sodniki vključujejo v posvetovanja o zakonodaji? Kakor sem že dejal, je to težko področje. V Združenem kraljestvu se predlagana zakonodaja v obliki osnutka (ki se predloži domoma parlamenta) velikokrat da v javno razpravo, da lahko o njej svetujejo ali nanjo dajejo pripombe vsi zainteresirani, ki so lahko združenja delodajalcev, sindikati, trgovske skupine, skupine potrošnikov ali posamezniki. Tudi sodniki lahko dajejo svoje pripombe na te osnutke. Včasih, kadar gre za zakonodajo o tehničnih področjih, na primer spremembe civilnega prava o zavarovalništvu ali vidikih družinskega prava, sodniki predložijo skupne pripombe in nihče tega ne šteje za neprimerno dejanje ali za nekaj, kar posega v neodvisnost sodstva. Pripombe se lahko upoštevajo ali ne, vendar se to stori v odprtem postopku in vse pripombe z razprave se objavijo, tako da javnost lahko vidi izjave posameznih sodnikov ali skupine sodnikov. Ko so bile pred štirimi leti predlagane spremembe zavarovalniškega prava, sem sam (in drugi sodniki) dal nekaj kritičnih pripomb na predloge. Nekatere so bile sprejete in nekatere ne.

V Združenem kraljestvu imata oba doma parlamenta številne odbore, ki obravnavajo zadeve javnega pomena, na katere se morda nanaša predlagana zakonodaja. Eden od njih je odbor lordske zbornice za ustavne zadeve, ki obravnava zadeve, povezane s pravosodjem. Včasih so sodniki povabljeni, da nastopijo pred temi odbori. To pri sodnikih vedno vzbudi nekaj zaskrbljenosti, saj bo sodnikovo mnenje o vprašanju (tudi če ni predmet poznejše zakonodaje) pozneje lahko pomembno v zadevi, o kateri bo moral presojati. To lahko neposredno vpliva na neodvisnost sodstva. Delno lahko enako velja za sodnike, ki javno predavajo ali odgovarjajo na vprašanja o materialnem pravu ali sodnem sistemu. Vendar se zdaj, vsaj v Združenem kraljestvu, priznava, da ima sodnik pravico javno predavati o pravu ali celo o vidikih pravosodja, če jasno pove, da je to njegovo osebno, in ne "uradno" stališče. Če bi to stališče pozneje neposredno vplivalo na kakšno obravnavano zadevo, se bo sodnik morda moral izločiti iz njene obravnave. To se je že zgodilo, čeprav ne meni osebno.

Sodstvo mora biti previdno, da ne prestopi meja legitimnega področja uveljavljanja sodne oblasti pri odnosih z drugima vejama oblasti ali širšo javnostjo. Izvršilna in zakonodajna oblast bi bili upravičeno zaskrbljeni, če bi sodstvo prestopilo meje področja svojega delovanja. Ne glede na to pa ima po mojem mnenju sodstvo dolžnost, ne le do sebe, ampak, kar je pomembnejše, do družbe, ki ji služi, da se bori za ohranitev svoje neodvisnosti, za kar se mora včasih tudi spopasti z izvršilno in zakonodajno oblastjo. Drugače bo neodvisnost sodstva ogrožena in z njo pravna država. Sodstvo mora biti sicer zadržano pri tem, kako uveljavlja svoja pooblastila za spopadanje z drugima vejama oblasti. Če je potrebna kritika, mora biti zadržana in predstavljena z medsebojnim spoštovanjem.

Upajmo, da bosta drugi veji oblasti prav tako zadržani. Žal se je tudi v državah EU že zgodilo, da so bili sodniki, ki so dali razumne kritične pripombe na zakonodajo ali ukrepe vlade (v okviru zadeve ali v sodbi), odstavljeni ali premeščeni na drugo delovno mesto. Taka dejanja so v nasprotju z načelom neodvisnosti sodstva in ne bi smela biti dovoljena. Prav tako je kakršen koli poskus dvoma o imenovanju ali trajnosti funkcije sodnikov, legitimno imenovanih v skladu z veljavnim sistemom, povsem neskladen z načelom neodvisnosti sodstva in trajnosti sodniške funkcije. Imenovanje sodnika ali dvom o tem, ali naj ohrani funkcijo sodnika, je dovoljen le, kadar je posamezni sodnik hudo prekršil veljavna disciplinska pravila ali kazensko pravo. Nato je treba kršitev ustrezno ugotoviti v skladu s pravnimi, predpisanimi sodnimi postopki.

Vrniti se moram k vprašanju odnosov s tiskom in drugimi mediji ter o tem, kako ti lahko vplivajo na neodvisnost sodstva in s tem spodkopavajo pravno državo, kakor je rekel lord Neuberger. Nebrzdani napadi tiska ali drugih medijev na posamezne sodnike zaradi neke njihove odločitve le spodbujajo javnost k nespoštovanju sodnega procesa. To lahko pomeni, da se bodo sodniki bali izreči odločitve, za katere vedo, da bodo neprijetne pri nekaterih delih tiska. Vsi se lahko spomnimo primerov, ki lahko sprožijo kritike tiska ali drugih medijev: odločitev sodnika, da v zadevi zaradi olajševalnih okoliščin ne naloži najvišje kazni za kaznivo dejanje, ki je povzročilo javno ogorčenje; ohranjanje pravic neprijetnih manjšin, naj bodo etnične, verske ali spolne, ali celo odločitev, da človekove pravice osumljenega terorista preprečujejo njegovo izročitev drugi državi, ker bi bil tam verjetno mučen; ta zadnji primer je v Združenem kraljestvu že večkrat povzročil besne komentarje v tisku. Vsi se lahko spomnimo tudi drugih primerov. Svoboda tiska in drugih medijev je na splošno pomemben vidik demokracije. Medijem mora biti dovoljeno, da komentirajo sodne odločbe kot pravne. Dovoljeno jim mora biti, da dajo svoje mnenje o pravosodnem sistemu, če se jim na primer zdi, da nastajajo nesprejemljivi zaostanki ali da sodišča niso dovolj dostopna. Nesprejemljivi pa so nejasni osebni napadi na sodnike, kakršen je bil napad, ki je tri sodnike angleškega višjega sodišča označil za "sovražnike ljudstva", jih imenoval in objavil njihove fotografije na prvi strani. Ministrica za pravosodje bi morala v skladu s svojo zakonsko dolžnostjo in prisego takoj in glasno izjaviti, da take pripombe niso dopustne, da so v nasprotju z neodvisnostjo sodstva in da spodkopavajo pravno državo. Lahko bi šla tudi korak dlje in predala zadevo Neodvisni organizaciji za tiskovne standarde (*Independent Press Standards Organisation*), katere predsednik je moj nekdanji sodelavec na pritožbenem sodišču. Odgovornost, pravzaprav dolžnost medijev, enako pa tudi

izvršilne in zakonodajne oblasti, je zagotoviti, da se ne spodkopava neodvisnost sodstva. V primeru "sovražnikov ljudstva" ne mediji ne izvršilna oblast niso izpolnili te dolžnosti.

Čas je, da naredimo sklepe iz tega pregleda neodvisnosti sodstva v sodobni demokraciji. Temeljno pravilo demokratične države je, da morajo biti vsi ljudje, vse gospodarske družbe, vsi organi, vključno z vladnimi organi in ministri, enaki pred zakonom. Načelo pravne države, da se pravo, ki ga določijo zakonodajna oblast in razglasitve sodnikov, nepristransko uporablja za vse, je sredstvo sodnega sistema za ohranjanje demokracije v državi. Skrb sodstva za delovanje pravne države zagotavlja, da se o pravicah med državljani ter državljani in državo presoja pravično in pošteno. Da je to omogočeno, mora država imeti neodvisno sodstvo, ki o vseh sporih, naj bodo civilni, kazenski ali upravni, lahko odloča nepristransko ali z besedami angleške sodne prisege "brez strahu ali prednosti, naklonjenosti ali sovražnosti". To načelo neodvisnosti sodstva se lahko zagotovi le z upoštevanjem splošnega načela "delitve oblasti" na tri veje: izvršilno, zakonodajno in sodno. Danes je v skoraj vseh demokratičnih državah izvršilna oblast najmočnejša od teh treh vej in neposredno vpliva na življenje državljanov. Kadar se izpodbijajo izvršilne odločitve, ki vplivajo na posameznike ali gospodarske družbe ali druge organe v državi, o tem razsojajo sodniki. To lahko storijo pošteno in nepristransko le, če je zagotovljena njihova neodvisnost. Vendar za uveljavitev načela neodvisnosti sodstva ni dovolj le izjava v ustavi ali zakonu. Skozi stoletja so avtoritarni režimi razglašali načelo neodvisnosti sodstva, a te izjave niso pomenile ničesar. Treba je sprejeti ustrezne ukrepe za zagotovitev, da ne bo posegov v to neodvisnost. To vključuje več stvari. Prvič, funkcija sodnika kot nepristranskega razsodnika v sporih med državljani ter državljani in državo mora uživati institucionalno in državljansko spoštovanje. To pomeni imeti – in financirati – sistem imenovanja, usposabljanja in napredovanja, ki sodnikom na vseh ravneh zagotavlja potrebno neodvisnost. Pomeni zagotavljati varnost trajnosti sodniške funkcije. Pomeni imeti sistem sodniških plač in pokojnin, ki karseda zmanjša možnost korupcije posameznih sodnikov ter zagotavlja, da so sodniki plačani sorazmerno s pooblastili in veliko odgovornostjo, ki jim jih je dodelila družba. To pomeni imeti infrastrukturo (in jo ustrezno financirati), ki omogoča sodnikom, da učinkovito opravljajo svojo nalogo. Zahteva, da se izvršilna in zakonodajna oblast ter mediji vzdržijo kritiziranja posameznih sodnikov, razen v primerih dokazanega nepravilnega ravnanja ali kaznivih dejanj sodnikov. Pomeni, da ministri za pravosodje ne smejo posegati v neodvisnost sodstva s posrednimi sredstvi, npr. s tem, kako državni uslužbenci upravljajo sodišča. To pomeni, če citiram eno od priporočil mnenja št. 18 Posvetovalnega sveta evropskih sodnikov (objavljenega oktobra 2015): "Izvršilna in zakonodajna oblast imata dolžnost, da zagotovita vso potrebno in ustrezno zaščito, kadar fizični napadi na člane sodstva ali njihovo ustrahovanje ogroža naloge sodišč," in "politiki nikoli ne smejo spodbujati neupoštevanja sodnih odločitev, kaj šele nasilja nad sodniki, kakor se je zgodilo v nekaterih državah."

Obstaja tudi druga plat tega: dolžnost sodnikov je zagotoviti, da se spoštujeta njihova neodvisnost in neodvisnost sodstva kot celote. Delati morajo po svojih najboljših močeh in svojim odločitvam dodati ustrezno utemeljene obrazložitve, da zagotovijo "funkcionalno odgovornost", upoštevati morajo stroga etična načela, ki veljajo za

vse sodnike v vseh demokratičnih državah, in pri dajanju javnih izjav ne smejo prestopiti meje legitimnega področja sodnega komentarja. Kadar morajo sodniki v svoji sodniški funkciji kritizirati odločitev izvršilne ali zakonodajne oblasti, morajo to storiti utemeljeno in preiščljeno, sicer se jim bo slabo ravnanje maščevalo. To je še posebej pomembno, če mora sodnik, kar je v Združenem kraljestvu kar pogosto, predsedovati v javni preiskavi o škandalu ali nesreči, npr. zakaj so nastali izgredi v zaporu ali zakaj je neko soboto leta 1972 na Severnem Irskem vojska ustrelila 21 neoboroženih ljudi. Kakor je pripomnil nekdanji generalni pravobranilec: "Kadar sodnik stopi na trg javnih zadev zunaj svoje sodniške dvorane in meče kokosove orehe, je zelo verjetno, da jih bodo metali nazaj vanj ..."

Neodvisnost sodstva je načelo, ki ga je treba ceniti in varovati. Napadi nanjo so lahko neposredni, a največkrat prikriti. Manjši poseg tu, majhna ovira tam. Te spremembe so sprva lahko neopazne, zato moramo biti, kakor pravi lord Bingham, budni pri odkrivanju, in če je potrebno, trdni v upiranju. Ker je ne nazadnje vsak napad na neodvisnost sodstva napad na pravno državo in s tem na steber demokracije. Države, institucije in nešteti posamezniki so se krepko borili za demokracijo in nikakor ne smemo dopustiti, da se nam ta nagrada vzame.

KDAJ IN KAKO EVROPSKA KONVENCIJA O VARSTVU ČLOVEKOVIH PRAVIC VARUJE *T. I.* SOCIALNE PRAVICE¹

Katarina Zidar Al-Mutairi,
univ. dipl. pravnica, LL.M., stalna pravna svetovalka na ESČP²

1. UVOD

Evropska konvencija o človekovih pravicah (EKČP)³ je bila sprejeta leta 1950, predvsem z namenom zagotovitve miru v Evropi in vzpostavitve učinkovite politične demokracije, ki bi preprečila ponovni vzpon totalitarnih režimov. Ne glede na to izhodiščno protitotalitarno usmerjenost⁴ se je ob prihodu novih držav in s sodno prakso v **EKČP izoblikoval instrument za varstvo** različnih človekovih pravic,⁵ ki so v marsičem podobne pravicam, ki jih varujejo nacionalne ustave. Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) je zavzelo stališče, da je EKČP »živ instrument, ki ga je treba razlagati glede na današnje okoliščine«⁶ in je v skladu s tem načelom omogočilo številnim interesom, ki jih snovalci EKČP morda niso predvideli ali niti niso mogli predvideti, varstvo v okviru EKČP. Med temi interesi so tudi takšni, ki se jim tradicionalno pripisujejo lastnosti socialnih pravic in so bili urejeni v posebnih, od državljanski in političnih pravic ločenih mednarodnih dokumentih.

Med konkretnjšimi pristopi, ki so z dinamično razlago EKČP omogočili zgoraj omenjeni razvoj na socialnovarstvenem področju, je treba omeniti preskok iz izključno negativnega pojmovanja obveznosti držav v celostno pojmovanje, ki vključuje pozitivne državne ukrepe. Danes je ustaljeno stališče ESČP, da spoštovanje pravic terja ne samo (negativno) zavezo, da se bo država vzdržala posegov v pravice, ampak tudi (pozitivno) obvezo, da bo zaščitila posameznika pred takšnimi posegi.⁷ Prav tako pomembno vlogo pri vključevanju socialnih interesov v okvir varstva EKČP je imelo napredno pojmovanje koncepta »civilnih pravic« s tem, da ta vključuje tudi socialnovarstvene zahtevke.⁸ S tem so slednji postali varovani po 6. členu EKČP, ki zagotavlja pravico do poštenega sojenja.⁹

-
- 1 Prispevek je bil delno predstavljen na delovno-socialni sodniški šoli 29. septembra 2017 v Portorožu.
 - 2 Stališča, izražena v prispevku, niso nujno tudi stališča institucije, v kateri je avtorica zaposlena.
 - 3 Uradni list RS št. 33/1994 (13. 6. 1994)
 - 4 E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights, From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, str. 53 in 54.
 - 5 Glej npr. S. Greer, *The European Convention, Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, 2006, str. 170 in 171.
 - 6 Tyrer proti Združenem kraljestvu, št. 5856/72, 25. april 1978, 31. odstavek.
 - 7 Marckx proti Belgiji, št. 6833/94, 13. junij 1997, 31. odstavek. Glej tudi A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004, str. 2 in 3.
 - 8 Feldbrugge proti Nizozemski, št. 8562/79, 29. maj 1986, 26. do 40. odstavek.
 - 9 1. odstavek 6. člena EKČP: "Vsakdo ima pravico, da o njegovih *civilnih pravicah* in obveznostih ali o kakršnihkoli kazenskih obtožbah zoper njega pravično in javno ter v razumnem roku odloča neodvisno in nepristransko z zakonom ustanovljeno sodišče."

Podobno je omembe vredna širitev koncepta premoženja, katerega varstvo določa 1. člen Prvega protokola k EKČP,¹⁰ na področje upravičenj do socialnih prejemkov. Stališče, da socialnovarstvena upravičenja pod pogoji, ki bodo natančneje obravnavani pozneje, pomenijo legitimno pričakovanje oziroma premoženje, je nezanimljivo omejilo državno diskrecijo v zvezi s tem in nadalje vodilo tudi v širitev uporabe 14. člena EKČP, ki prepoveduje diskriminacijo pri uživanju pravic iz EKČP.¹¹

V nadaljevanju v prispevku obravnavamo sodno prakso ESČP, pomembno za področje socialnih pravic, ki je utemeljena na zgoraj opisanih pristopih. Najprej pojasnjujemo izhodišče razvoja sodne prakse in nato konkretne jurisprudenci doktrine, ki so zaznamovale to področje. Pri tem se zaradi prostorskih omejitev osredotočamo na izbrane primere, ki so po mnenju avtorice posebej pomembni za slovensko sodno prakso.

2. DVOTIRNOST VARSTVA IN SOODVISNOST PRAVIC

Dve leti preden je bila EKČP predložena državam Sveta Evrope v podpis, je Generalna skupščina Združenih narodov sprejela Splošno deklaracijo o človekovih pravicah, ki je prvi mednarodni dokument, s katerim so se države zavezale k spoštovanju celotnega seznama konkretnih temeljnih človekovih pravic. Splošna deklaracija v preambuli izrecno govori o prirojenem človeškem dostojanstvu in potrebi po družbenem napredku ter ustvarjanju boljših življenjskih razmer. V ta namen je ob civilnih priznala tudi številne temeljne ekonomske, socialne in kulturne pravice.

Ne glede na siceršnjo celovitost Splošne deklaracije so se pozneje civilne in politične pravice na eni ter ekonomske in socialne pravice na drugi strani pogosto urejale v ločenih mehanizmih mednarodne zaščite. Tako je Generalna skupščina Združenih narodov sprejela dva ločena mednarodna pakta (Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah ter Mednarodni pakt o ekonomskih, socialnih in kulturnih pravicah, oba sprejeta leta 1966) in pozneje več drugih posebnih mehanizmov. Te so se razlikovali tudi v tem, da se je za t. i. tradicionalne človekove pravice ali pravice prve generacije štel, da jih države morajo zagotavljati, medtem ko se v zvezi s socialnimi in ekonomskimi pravicami pogosto omenja progresivno izvajanje, to je postopno uresničevanje pravic glede na razpoložljivost finančnih in drugih sredstev.¹²

10 1. člen Prvega protokola k EKČP: "Vsaka fizična ali pravna oseba ima pravico do spoštovanja svojega premoženja. Nikomur ne sme biti lastnina odvzeta, razen če je to v javnem interesu v skladu s pogoji, ki jih določa zakon, in ob spoštovanju splošnih načel mednarodnega prava. Ta določba pa nikakor ne omejuje pravice držav, da uveljavijo zakone, za katere menijo, da so potrebni za nadzor nad uporabo premoženja v skladu s splošnim interesom ali za zagotovitev plačila davkov, drugih prispevkov ali denarnih kazni."

11 14. člen EKČP: "Uživanje pravic in svoboščin, določenih s to konvencijo, je zagotovljeno vsem ljudem brez razlikovanja glede na spol, raso, barvo kože, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodnost ali socialni izvor, pripadnost narodni manjšini, lastnino, rojstvo ali kakšne druge okoliščine."

12 I. Leijten, "Defining the scope of economic and social guarantees in the case law of ECtHR", v E. Brems in J. Gerards (ur.), *Shaping Rights in the ECHR*, Cambridge University Press, 2013, str. 126-128.

Tudi v okviru Sveta Evrope je veljal dvotirni sistem varstva človekovih pravic. EKČP je primarno namenjena varstvu prve skupine, tj. tradicionalnih človekovih svoboščin. Za uresničevanje teh pravic je pristojno ESČP. Področje socialnih pravic ureja Evropska socialna listina,¹³ ki med drugim določa pravico do stanovanja, zdravja, izobraževanja, zaposlenosti, socialne varnosti ter zaščito pred revščino in socialno izključenostjo. Za spremljanje nadzora nad izvajanjem listine ni pristojno sodišče, temveč Evropski odbor za socialne pravice.

Kljub zgoraj opisanem ločenem področnem urejanju, pa je tako v teoriji¹⁴ kot tudi sodni praksi¹⁵ že dalj časa prisotno zavedanje o povezanosti in soodvisnosti pravic. V Dunajski deklaraciji, sprejeti na svetovni konferenci o človekovih pravicah leta 1993, je tako izrecno zapisano, da so vse človekove pravice univerzalne, nedeljive in soodvisne. ESČP je podobno že leta 1979 v zadevi Airey proti Irski zapisalo:

“Sodišče se zaveda, da je nadaljnje uresničevanje socialnih in ekonomskih pravic odvisno predvsem od prevladujočega, zlasti finančnega, položaja v državi. Po drugi strani pa konvencija zahteva razlago glede na aktualne razmere in je namenjena dejanskemu varstvu posameznikov na področju, s katerim se ukvarja. Medtem ko konvencija ureja pravice, ki so v bistvu državljanske in politične, imajo mnoge med njimi socialne in ekonomske posledice. Sodišče torej, tako kot Komisija, meni, da samo dejstvo, da lahko razlaga konvencije poseže v polje socialnih in ekonomskih pravic, ne more biti odločujoči dejavnik proti takšni razlagi; ni trdne ločnice, ki bi ločevala to področje od tistega, ki ga pokriva konvencija.”¹⁶

Razumevanje pravic glede soodvisnosti je pripomoglo h krepitvi zaščite socialnih pravic. Tako je ESČP z dinamično razlago, ki upošteva napredek v družbi in njenem vrednostnem substratu, in z uporabo načela učinkovitosti, »razširilo« varstvo, ki ga zagotavlja EKČP, tudi na nekatere pravice, ki so glede na prej omenjeno dihotomijo pojmovane kot socialne. V zvezi s tem gre omeniti zlasti štiri jurisprudenci doktrine, ki so obravnavane v nadaljevanju.

3. POZITIVNE OBVEZNOSTI DRŽAVE

Prvi člen EKČP določa obveznost države, da na svojem ozemlju zagotovi uresničevanje pravic in svoboščin iz EKČP. Evropsko sodišče je to načelo razlagalo tako, da od držav pogodbenic zahteva ne samo, da se vzdržijo posegov v zagotovljene pravice, ampak da sprejmejo tudi konkretne ukrepe za njihovo zaščito (t. i. pozitivna obveznost). Da se slednje razteza tudi na področje socialne varnosti, je ESČP potrdilo v številnih primerih, kjer so bile obravnavane pravica do življenja (2. člen),¹⁷ prepoved mučenja in nehumanega ravnanja (3. člen)¹⁸

13 Uradni list RS, št. 24/1999 (10. 4. 1999)

14 Glej npr. J.W. Nickel, Rethinking Indivisibility : Towards A Theory of Supporting Relations between Human Rights, Human Rights Quarterly, vol. 30, št. 4, 2008, str 984–1001.

15 Glej npr. Airey proti Irski, št. 6289/73, 9. oktober 1979.

16 Ibid, 26. odstavek.

17 2. člen EKČP: “Pravica vsakogar do življenja je zavarovana z zakonom...”

18 3. člen EKČP: “Nikogar se ne sme mučiti ali nečloveško in ponižujoče z njim ravnati ali ga kaznovati.”

in pravica do zasebnosti (ki v skladu s sodno prakso ESČP vključuje fizično in psihično integriteto, 8. člen).¹⁹

V zadevi Nitecki proti Poljski²⁰ je hudo bolni pritožnik trdil, da je bilo zanj zato, ker ni zmožen plačati 30 odstotkov cene zdravlil, potrebno zdravljenje nedostopno, kar bo vodilo v njegovo prezgodnjo smrt. ESČP je ugotovilo, da je država s tem, ko je financirala 70 odstotkov zdravlila, ravnala v skladu s svojimi obveznostmi iz 2. člena, in je zadevo razglasilo za nedopustno, češ da je bila očitno neutemeljena. Podobno je Evropsko sodišče odločilo tudi v zadevi Pentiacova in 48 drugih proti Moldaviji.²¹

Glede 2. in 3. člena se je ESČP ukvarjalo tudi s pritožbami, da nezadostna finančna pomoč in posledična revščina spodkopava pravico do življenja ali človekovo dostojanstvo. V zvezi s tem je smotno omeniti zadevo Van Volssem proti Belgiji (odklop elektrike zaradi neplačanih računov),²² zadevo Pančenko proti Litvi (socialna stiska, povezana z izgubo statusa oziroma prebivališča),²³ O'Rourke proti Združenemu kraljestvu (brezdomstvo)²⁴ ter Larioshina proti Rusiji in Budina proti Rusiji (nezadostna pokojnina).²⁵

Čeprav ESČP v omenjenih zadevah ni ugotovilo kršitve (oziroma jih je razglasilo za nedopustne), pa je pomembno sporočilo, da tovrstna vprašanja niso izvzeta iz njegove presoje. ESČP je namreč izrecno sprejelo možnost, da pritožbe o nezadostni socialni pomoči ali pokojnini kot tudi takšne o zavrnitvi prošnje za nastanitve, lahko vodijo v kršitev 3. člena EKČP. V zadevi Budina proti Rusiji je ESČP takšno, sicer res izjemoma vpleteno, pozitivno obveznost države pojasnilo takole:

“Sodišče ne more izključiti odgovornosti države za ‘ravnanje’, ko se pritožnik, ki je v celoti odvisen od države, sooči z njeno ravnodušnostjo ob resnem pomanjkanju ali potrebi, ki ni v skladu s človekovim dostojanstvom.”²⁶

V nobenem od omenjenih primerov ESČP ni bilo mnenja, da je stiska pritožnika dosegla prag nečloveškega ali ponižujočega ravnanja. V O'Rourke proti Združenemu kraljestvu je ESČP upoštevalo še nekatere druge dejavnike, zlasti dejstvo, da pritožnik ni sodeloval pri iskanju nastanitve.²⁷

19 8. člen EKČP: “(1) Vsakdo ima pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, doma in dopisovanja. (2) Javna oblast se ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato, da se prepreči nered ali zločin, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi.” Glej npr. A. B. in C. proti Irski, št. 25579/05, 16. december 2010, 212. odstavek.

20 Št. 65653/01, odločitev z dne 21. marca 2002.

21 Št. 14462/03, odločitev z dne 4. januarja 2005.

22 Št. 14641/89, odločitev Komisije z dne 9. maja 1990.

23 Št. 40772/98, odločitev z dne 21. oktobra 1999.

24 Št. 39022/97, odločitev z dne 26. junija 2001.

25 Št. 56869/00, odločitev z dne 23. aprila 2002 ter št. 45603/05, odločitev z dne 18. junija 2009.

26 Navedeno zgoraj.

27 Navedeno zgoraj.

4. PROCESNE VAROVALKE PRI ODLOČANJU O SOCIALNIH PRAVICAH

V okviru odločanja o civilnih pravicah, ki so lahko tudi socialnovarstvene, morajo sodišča spoštovati vsa načela poštenega sojenja, kakor so neodvisnost in nepristranskost, enakopravnost strank v postopku in odločanje v razumnem roku.

Določeno zaščito proti arbitrarnosti glede vsebine odločitve pomeni zahteva za njeno obrazložitev. Dokaz za to je zadeva Jačimović proti Hrvaški,²⁸ kjer so domača sodišča odločala o ukinitvi prejemka zaradi brezposelnosti. Kljub temu, da je pritožnik trdil, da se zaradi vojne ni mogel osebno javljati pristojnim organom, kar je bil pravno ustrezen argument, se domača sodišča do njega niso opredelila. Zaradi nezadostne obrazložitve je ESČP ugotovilo kršitev 6. člena.

Nadalje je pomembno, da ima posameznik pred sodiščem možnost ustne obravnave, dokazovanja s pričami in da je v enakovrednem položaju kot nasprotna stranka, tudi kadar je ta upravni organ. V zadevi Miller proti Švedski²⁹ je ESČP na primer ugotovilo kršitev 6. člena, ker domače sodišče, ki je presojalo upravičenost do invalidnine, ni dalo pritožniku možnosti, da sam ali prek odvetnika ustno predstavi svoj položaj. V številnih zadevah je ESČP presojalo, ali način pridobivanja in upoštevanja izvedeniških mnenj spoštuje enakopravnost strank v postopku. V zvezi s tem je treba posebno pozornost nameniti zlasti nevtralnosti izvedencev in sodelovanju pri pripravi izvedeniških mnenj. Slednje je bilo obravnavano v zadevi Letinčić proti Hrvaški,³⁰ kjer so domači organi odločali o upravičenosti do družinskega invalidskega prejemka glede na to, ali je bilo mogoče samomor očeta šteti za posledico njegove udeležbe v vojni. Mnenje o upravičenosti do tega prejemka je na zahtevo ministrstva za zdravje podal referenčni center ministrstva. ESČP je odločilo, da sicer nepristranskost oziroma nevtralnost tega referenčnega centra ni bila sama po sebi dovolj sporna, da pa bi moral imeti pritožnik glede na to, da je bilo mnenje odločilno, možnost sodelovati pri njegovi pripravi, moral bi vedeti, katere dokumente so izvedenci upoštevali, in moral bi imeti možnost, da se do njih opredeli, postavlja vprašanja pričam ali uspešno predlaga pridobitev drugega mnenja.³¹

Glede položaja izvedencev v postopku je ESČP zavzelo stališče, da sta njihova vloga v dokaznem postopku in njihovo razmerje do strank pomembna pri presojanju poštenosti postopka.³² Pomanjkanje nevtralnosti izvedenca, ki ga imenuje sodišče, in čigar mnenje ima posebej veliko težo pri ugotavljanju dejstev, lahko vodi v kršitev načel nepristranskosti sodišča in/ali enakopravnosti strank v postopku,³³ čeprav bolj pogosto slednjega kot prvega.

28 Št. 22688/09, 31. oktober 2013.

29 Št. 55853/00, 8. februar 2005.

30 Št. 7183/11, 3. maj 2016.

31 Podobno mnenje je ESČP zavzelo v zadevi Montovanelli proti Franciji, št. 21497/93, 18. marec 1997.

32 Galea in Pavia proti Malti, št. 77209/16 in 77225/16, 4 julij 2017, 46.–49. odstavek.

33 Sara Lind Eggertsdóttir proti Islandiji, št. 31930/04, 5. julij 2007.

V zadevi Sara Lind Eggertsdóttir proti Islandiji³⁴ je ESČP ugotovilo kršitev 6. člena, ker se je vrhovno sodišče, ki je spremenilo sodbo nižjega sodišča v škodo pritožnikov, oprlo predvsem na mnenje izvedencev, ki so bili zaposleni v bolnišnici, katere malomarnost se je presojala v domačem postopku, in so tako ocenjevali delo svojih kolegov. Podobno je ESČP sklenilo v zadevah Shulepova proti Rusiji³⁵ in Placi proti Italiji.³⁶ V vseh treh omenjenih zadevah so bili sporni izvedenci, ki jih je postavilo sodišče.

Glede izvedencev, ki so zaposleni pri organu, ki ima določeno vlogo – na primer položaj nasprotne stranke – v postopku, je ESČP zavzelo stališče, da četudi lahko ta povezava pri posamezniku razumljivo vzbuja zaskrbljenost o pristranskosti, ta sum sam po sebi ni dovolj.³⁷ Zahteva za nepristranskost in neodvisnost, ki velja za sodišča, se namreč ne uporablja enako za izvedence.³⁸ ESČP torej v vsakem postopku posebej presoja, ali so dvomi v nevtralnost izvedenca objektivno upravičeni.³⁹ Po mnenju ESČP bi nasprotno stališče v številnih primerih nerazumno omejilo možnosti pridobitve strokovnih mnenj.⁴⁰

Zgornje stališče glede položaja izvedencev se nanaša tudi na izvedence, ki jih ni imenovalo sodišče, ampak sodelujejo v predhodnem upravnem postopku.⁴¹ V zadevi Korošec proti Sloveniji⁴² je ESČP ob uporabi zgornjih načel sklenilo, da je Slovenija kršila načelo enakopravnosti strank v postopku s tem, ko se je delovno in socialno sodišče oprlo predvsem na mnenje invalidske komisije in ni imenovalo neodvisnega izvedenca, da bi ocenil, ali pritožnik potrebuje stalno strokovno zdravstveno nego. ESČP je oprlo svojo odločitev na (1) položaj invalidske komisije, (2) odločilno vlogo njenega mnenja za presojo zadeve in (3) na dejstvo, da pritožnik ni imel možnosti izpodbijati ugotovitev komisije.

Nasprotno pa je ESČP v zadevi Krunoslava Zovko proti Hrvaški⁴³ ugotovilo, da niti vsebina spisa niti pritožnikove navedbe niso razkrile dokazov o pomanjkanju objektivnosti izvedencev, tj. pooblaščenih zdravnikov in zdravstvenih komisij hrvaškega zavoda za zdravstveno zavarovanje. Nadalje je kot pomembno ocenilo tudi dejstvo, da so morali imeti izvedenci pomembne strokovne izkušnje in izobrazbo in jih je domače pravo zavezovalo k nepristranskosti in strokovnosti pri podajanju mnenj. Glede na okoliščine primera je nato ESČP sklenilo, da 6. člen EKČP ni bil kršen.

Zgoraj so navedena nekatera merila poštenega sojenja, ki so posebej pomembna za odločanje o socialnih pravicah. Kadar je tem in drugim splošnim jamstvom poštenega sojenja zadoščeno in kadar imajo sodišča polno pristojnost pri presoji odločitev upravnih organov,⁴⁴ lahko govorimo o skladnosti s 6. členom EKČP.

34 Ibid.

35 Št. 34449/03, 11. december 2008.

36 Št. 48754/11, 21. januar 2014.

37 Korošec proti Sloveniji, št. 77212/12, 8. oktober 2015, 54. odstavek.

38 Shulepova, navedeno zgoraj, 62. odstavek.

39 Korošec, citirano zgoraj, 54. odstavek.

40 Galea in Pavia proti Malti, št. 77209/16 in 77225/16, 4 julij 2017, 47. odstavek.

41 Glej npr. Krunoslava Zovko proti Hrvaški, št. 56935/13, 23. maj 2017.

42 Navedeno zgoraj.

43 Ibid.

44 Mihalov proti Bolgariji, št. 52367/99, 21. julij 2005, 37 in 38. odstavek.

5. SORAZMERNOST

Načelo sorazmernosti samo po sebi ne ustvarja nobene pravice, temveč je orodje pri presojanju dopustnosti posegov v nekatere konvencijske pravice, kakršne so pravice do zasebnosti, svobode govora in varstva lastnine. Za presojanje upravičen do socialnovarstvenih prejemkov in pokojnin je pomembno načelno stališče, ki ga je ESČP zavzelo v zadevi *Stec* in drugi proti Združenemu kraljestvu.⁴⁵ V njej je ESČP odločilo, da premoženje (ang. *possession*) zajema tudi vse socialnovarstvene prejemke, ne glede na to, ali temeljijo na plačevanju prispevkov ali ne. ESČP je zapisalo:

„[1. člen Prvega protokola] ne ustvarja pravice do pridobitve premoženja. Pogodbenih članic ne omejuje v njihovi svobodi, da se odločijo, ali bodo imele določen sistem socialnega varstva ali da izberejo vrsto in višino prejemka, ki ga bodo izplačevale v okviru izbranega sistema ... Toda če pogodbene članice sprejmejo zakonodajo, ki omogoča izplačevanje socialnih prejemkov kot pravice – ne glede na to, ali je ta pravica pogojena z vplačevanjem prispevkov ali ne –, je treba takšno zakonodajo obravnavati, kot da ustvarja premoženjski interes po 1. členu Prvega protokola h konvenciji glede oseb, ki izpolnjujejo pogoje po zakonu.“⁴⁶

Torej o zavarovanem premoženjskem interesu lahko govorimo takrat, kadar je posameznik po zakonodaji upravičen do socialnega prejemka – to pomeni, da izpolnjuje vse zakonske pogoje. Če je tako oziroma je posamezniku takšno upravičenje priznано kako drugače, potem je njegova ukinitév ali omejitev (lahko tudi z naknadno zakonsko spremembo) poseg, ki mora v skladu s 1. členom Prvega protokola k EKČP zadostiti vsem trem navedenim merilom:

- imeti podlago v zakonu,
- imeti legitimen cilj,
- biti sorazmeren s tem ciljem.

ESČP je v svoji sodni praksi prepoznalo, da so lahko spremembe socialnovarstvene zakonodaje potreben in sprejemljiv odziv na družbeni razvoj. Vendar kadar posameznik zato izgubi upravičenje do nekega prejemka, je po mnenju ESČP treba skrbno preučiti konkretne okoliščine primera.⁴⁷ Ukrepi morajo imeti legitimen cilj; morajo pa biti z njim tudi razumno sorazmerni. Glede slednjega ESČP zlasti presoja, ali neka sprememba oziroma ukrep posamezniku nalaga pretirano breme. Pri tem upošteva, ali gre za popolno ukinitév prispevka ali za razumno zmanjšanje in ali je zaradi spremembe ogrožena pritožnikova zmožnost preživljanja.⁴⁸ Nadalje upošteva tudi, ali gre za nenadno spremembo ali je posamezniku omogočeno določeno prilagoditveno obdobje.⁴⁹

45 Št. 65731/01 in 65900/01, odločitev z dne 6. julija 2005.

46 Navedeno zgoraj, 54. odstavek.

47 Belane Nagy proti Madžarski, št. 53080/13, 13. december 2016, 89. odstavek.

48 Moskal proti Poljski, št. 10373/05, 15. september 2009, 74. odstavek, in, *a contrario*, Valkov in drugi proti Bolgariji, št. 2033/04 itd., 25. oktober 2011, 97. odstavek.

49 Belane Nagy, navedeno zgoraj, 117. in 124. odstavek.

Poleg sprememb v zakonodaji⁵⁰ težave lahko povzročijo tudi odločbe, s katerimi je prejemek ukinjen ali zmanjšan.⁵¹ Sodišče je tudi v takšnih zadevah ob ugotovljeni nesorazmernosti obsodil državo pogodbenico zaradi kršitve 1. člena Prvega protokola k EKČP.⁵²

Kakor že rečeno v zvezi s sorazmernostjo posega, je lahko po EKČP razumno zmanjšanje prejemkov povsem sprejemljivo. To stališče je mogoče nadalje podpreti z dvema odmevnima sodbama. V zadevi Valkov in drugi proti Bolgariji⁵³ se je skupina upokojencev, katerih pokojnine so bile omejene z zgornjo mejo, pritožila, da ta omejitev pomeni nedopusten poseg v njihovo pravico do premoženja. ESČP je nasprotno temu ugotovilo, da to za pritožnike ni pomenilo pretiranega in nesorazmernega bremena in da torej 1. člen Prvega protokola k EKČP ni bil kršen. Podobno je v zadevi Koufaki in Adedy proti Grčiji⁵⁴ ESČP dopustilo znižanje plač javnih uslužbencev, ki je bilo posledica ukrepov nujnih za konsolidacijo javnih financ in spoštovanje zahtev trojke.

V nasprotju z zgornjimi primeri je ESČP v zadevah, obravnavanih v nadaljevanju, razglasilo posege v prihodke za neskladne z zahtevami 1. člena Prvega protokola k EKČP. Tako je v zadevi Kjartan Asmundsson proti Islandiji⁵⁵ ugotovilo, da je bil zakon, ki je spremenil podlago za upravičenje do pokojnine zaradi invalidnosti in posledično odrekel pritožniku ta prejemek, nesorazmeren glede na zastavljeni cilj. Pri tem je ESČP upoštevalo zlasti dejstvo, da je pritožnik prejemal pokojnino dvajset let, da je v celoti izgubil upravičenje do nje in da je ukrep prizadel le 54 upokojencev. V zadevi Moskal proti Poljski⁵⁶ je ESČP ugotovilo, da je nenadna ukinitve zgodnje pokojnine zaradi naknadne razveljavitve odločitve o njeni dodelitvi pomenila prehodo breme za pritožnico. Tako je ni bilo mogoče šteti za sorazmerni poseg v njeno pravico do varstva lastnine.

Tudi v zadevi Béláné Nagy proti Madžarski⁵⁷ je veliki senat ESČP obravnaval primer, ko je pritožnica, tokrat zaradi zakonodajnih sprememb, v celoti izgubila socialni prejemek. Povedano natančneje, pritožnici je bila najprej dodeljena invalidska pokojnina (leta 2001), ki pa je bila pozneje ukinjena, ker je bila raven njene invalidnosti zaradi uporabe drugačne metodologije ocenjena nižje. Pritožnica je pozneje prestala dodatne preiskave, na podlagi katerih je bila njena invalidnost ocenjena s stopnjo, ki je zadostovala za upravičenje do prejemka. Vendar pa je medtem nova zakonodaja, ki je začela veljati leta 2012, uvedla dodatna merila, povezana z dobo zavarovalnega kritja, ki jih pritožnica ni izpolnila. Zato je bila kljub temu da bi stopnja njene invalidnosti sicer upravičevala nadomestilo za invalidnost v novem sistemu, pritožničina prošnja zaradi teh novih meril zavrnjena.

50 Lakićević in drugi proti Črni gori in Srbiji, št. 27458/06 itd., 13. december 2011, 70. odstavek, in Kjartan Ásmundsson proti Islandiji, št. 60669/00, 12. oktober 2004, 44. odstavek.

51 Wieczorek proti Poljski, št. 18176/05, 8. december 2009, 67.–74. odstavek, in Iwaszkiewicz proti Poljski, št. 30614/06, 26. julij 2011, 56. odstavek.

52 Moskal, navedeno zgoraj.

53 Navedeno zgoraj.

54 Št. 57665/12 itd..., odločitev z dne 7. maja 2013.

55 Navedeno zgoraj.

56 Citriano zgoraj.

57 Citriano zgoraj.

ESČP je v zadevi ugotovilo kršitev 1. člena Prvega protokola. Upoštevalo je zlasti, da je pritožnica v celoti izgubila prejemek. Ob tem, da ni imela nobenega drugega omembe vrednega dohodka, ki bi ji omogočal preživetje, je pripadala še ranljivi skupini, ki je bila težko zaposljiva. ESČP je tako sklenilo, da kljub legitimnemu namenu spornega ukrepa zaradi racionalizacije sheme invalidskih prejemkov ta ni uspel najti ustreznega ravnovesja in je pritožnici naložil pretirano breme.

Nekoliko podobno vprašanje je ESČP obravnavalo tudi v nedavno sprejeti sodbi v zadevi Krajnc proti Sloveniji,⁵⁸ ki v času pisanja tega prispevka še ni pravomočna. Pritožnik v tej zadevi je imel pravico do nadomestila za čas čakanja na razporeditev oziroma zaposlitev na drugem ustreznem delu v višini približno 390 evrov mesečno od leta 2004 dalje. Potem, ko je leta 2010 utrpel novo poškodbo, je njegov osebni zdravnik podal predlog za uveljavitev novih pravic iz invalidskega zavarovanja. Vendar pa je to zaradi določb novega zakona (ZPIZ-1) pomenilo, da je bil pritožnik namesto do vsaj prejšnjega prejemka zdaj upravičen le do nadomestila za invalidnost v višini okoli 190 evrov mesečno. ESČP je moralo odgovoriti predvsem na vprašanje, ali je bilo glede na dejstvo, da se je pritožnikov prejemek zaradi invalidnosti znižal za več kot polovico kljub temu, da se je njegovo zdravstveno stanje poslabšalo, pritožniku naloženo pretirano breme. ESČP je na to vprašanje odgovorilo pritrdilno, upoštevajoč zlasti, (i) da je prišlo do znižanja prejemka le zaradi podanega predloga, utemeljenega na poslabšanju invalidnosti, pri čemer so nezaposleni invalidi s preostalo delovno zmožnostjo, ki se jim stanje po 1. januarju 2003 ni poslabšalo, še naprej prejemali prejemek po starem zakonu, ter (ii) ranljivost pritožnika, ki je kot nezaposleni invalid že tako imel težave pri iskanju zaposlitve, hkrati pa je bil ta prejemek njegov glavni vir dohodka in se na spremembo v njegovi višini ni mogel pripraviti. ESČP je tako ocenilo, da kljub temu, da so imele zakonske spremembe legitimni cilj varovati javne blagajne in spodbujati invalide s preostalo delovno zmožnostjo, da se zaposlijo, država ni uspela najti ustreznega ravnovesja med različnimi interesi. V skladu s tem je ESČP sklenilo, da je bil kršen 1. člen Prvega protokola k EKČP.

6. PREPOVED DISKRIMINACIJE UŽIVANJA PRAVIC

Kot zadnjo doktrino, ki je v bistvu samostojna pravica v EKČP, je treba omeniti prepoved diskriminacije, ki jo določa 14. člen EKČP. Ta ni povsem avtonomna določba, ampak jo morajo pritožniki uveljavljati v povezavi z neko drugo substančno pravico v EKČP. V nadaljevanju bo tako prepoved diskriminacije obravnavana v povezavi s pravico do varstva lastnine oziroma premoženja (1. člen Prvega protokola k EKČP).

Kot je pojasnjeno zgoraj, je ESČP sprejelo načelno stališče, da se lahko pritožniki sklicujejo na pravico do varstva lastnine takrat, kadar jim zakonodaja omogoča izplačevanje socialnih prejemkov in izpolnjujejo pogoje po takšni zakonodaji. Kadar se pritožniki pritožujejo zaradi tega, ker po zakonu niso upravičeni do nekega prejemka zaradi domnevno diskriminatornega pogoja (npr. državljanstva), je povsem samoumevno, da prav tega pogoja ne bodo izpolnjevali. ESČP je zato tudi

58 Št. 38775/14, 31. oktober 2017.

pojasnilo, da za uporabo 14. člena v povezavi s 1. členom Prvega protokola k EKČP zadostuje, da določen interes sodi v okvir slednje določbe, da pa ga prav zaradi diskriminatornega razloga pritožnik ne more uživati. Povedano drugače, kadar posameznik izpolnjuje vse druge pogoje za uresničitev posamezne premoženjske pravice, razen tistega, za katerega trdi, da ga nedovoljeno diskriminira, se lahko sklicuje na 14. člen EKČP v povezavi s 1. členom Prvega protokola k EKČP.⁵⁹

V zvezi z diskriminacijo in varstvom lastnine je treba omeniti sodbo v zadevi Gaygusuz proti Avstriji.⁶⁰ Pritožnik v tej zadevi, gospod Gaygusuz, je prišel v Avstrijo leta 1973, ko je bil star nekaj čez dvajset let. Tam je delal dobro desetletje, ko je zaradi zdravstvenih težav moral prenehati delati in je postal odvisen od socialne pomoči. Ko je prenehal dobivati nadomestilo za brezposelnost, je zaprosil za posebno nujno pomoč (avans pokojnine), do katerega so bili po avstrijski zakonodaji upravičeni Avstrijci. Ker je imel turško državljanstvo, in ne avstrijskega, je bila njegova vloga zavrnjena. ESČP ni sledilo argumentu avstrijske vlade, da je bilo merilo državljanstva smiselno, ker je vsaka država zagotovila pravice za svoje državljane:

»... Razlikovanje je po 14. členu diskriminatorno, če zanj ni ‚objektivnega in razumnega opravičila‘, kar pomeni, da nima ‚legitimnega cilja‘ ali da ni ‚razumne sorazmernosti med sprejetimi ukrepi in zastavljenim ciljem‘. Države imajo določeno polje proste presoje pri odločanju, ali in v kakšnem obsegu razlike v sicer podobnih primerih upravičujejo različno obravnavo. Ne glede na to pa lahko samo izredno tehtni razlogi Sodišče prepričajo, da je razlikovanje, ki temelji izključno na državljanstvu, v skladu s konvencijo.«⁶¹

ESČP v tovrstnih zadevah najprej presoja, ali so upravičenci, torej državljani in nedržavljeni, v podobnem položaju in ali je v konkretnem primeru le državljanstvo merilo, ki onemogoča posamezniku, da bi bil upravičen do določenega prejemka. V skladu z načeli iz omenjene sodbe velja, da posamezniki ne smejo biti omejeni ali izključeni pri upravičenju do socialnega prejemka ali pokojnine izključno na podlagi državljanstva. Takšno razlikovanje je lahko le izjemoma sprejemljivo, tj. kadar zanj obstajajo posebej tehtni razlogi. V zadevi Gaygusuz proti Avstriji je ESČP ugotovilo, da je gospod Gaygusuz zakonito živel in delal v Avstriji, kjer je tudi plačeval prispevke za primer brezposelnosti kakor avstrijski državljani, zato razlikovanje ni bilo upravičeno.⁶²

Podobno je tudi v nekaterih drugih primerih ESČP ugotovilo kršitev, ker so bili pritožniki diskriminirani pri upravičenjih do socialnih pomoči ali prejemkov. V zadevi Koua Poirrez proti Franciji⁶³ je tako obsodilo Francijo, ker je bil pogoj za pravico do pomoči invalidni odrasli osebi, ki ni bila vezana na vplačevanje prispevkov, državljanstvo te osebe. V zadevah Niedzwiecki proti Nemčiji in Okpiz proti Nemčiji,⁶⁴ kjer je bila pravica do otroških dodatkov vezana na prebivališče in

59 Fabris proti Franciji, št. 16574/08, 7. februar 2013, 52. odstavek.

60 Št. 17371/90, 16. september 1996.

61 Citirano zgoraj, odst. 42.

62 Podobno kot Gaygusuz je tudi Luczak proti Poljski (št. 77782/01, 27. november 2007)

63 št. 40892/98, 30. September 2003.

64 Št. 58453/00 in št. 59140/00, obe 25. oktober 2005.

pritožniki, ki so imeli le začasno prebivališče, do nje niso bili upravičeni, je ESČP ugotovilo kršitev, ker država ni uspela izkazati tehtnih razlogov za razlikovanje med stalnim in začasnim prebivališčem.

Merilo državljanstva je lahko sporno tudi pri urejanju sukcesijskih vprašanj na obravnavnem področju. V zadevi Andrejeva proti Latviji⁶⁵ delovna doba pritožnika, opravljena v Sovjetski zvezi, ni bila upoštevana pri ugotavljanju upravičenosti do pokojnine, ker ni imel latvijskega državljanstva. ESČP je med drugim ugotovilo, da dejstvo, da je bilo upoštevanje delovne dobe v Sovjetski zvezi predmet dvostranskih dogovorov, ni izključilo odgovornosti Latvije po 14. členu EKČP.

7. SKLEP

Iz zgornje razprave izhaja, da EKČP je in ostaja pomembno za področje socialne varnosti. ESČP je zlasti v zadnjem desetletju pokazalo razumevanje za razmere ki jih je v Evropi ustvarila ekonomska kriza, in tudi za neprikljubljene ukrepe, ki so jih države morale sprejeti za reševanje finančnih težav. Vendar pa to razumevanje ni preseglo okvirov, ki so jih zastavile zgoraj obravnavne doktrine, kakršna je prepoved diskriminacije, načelo sorazmernosti in pošteno sojenje.

Spoštovanje oziroma varovanje tega okvira pa ni naloga samo ESČP. Nasprotno, predvsem države pogodbenice in njeni prisojni organi morajo zagotoviti učinkovito varstvo pravic iz EKČP. Zakonodajalec mora zagotoviti ustrezno in s EKČP skladno pravno podlago; upravni organi in sodišča pa pri odločanju v konkretnih zadevah uporabljati zgoraj obravnavana načela, vključno z načelom sorazmernosti. Ob očitnih neskladjih med zakonsko podlago in zahtevami EKČP se morajo tudi akterji v konkretnih procesih odločanja na to odzvati, se opreti na ustavo in EKČP ter sprožiti ustrezne postopke. To je ključni del sodelovanja oziroma dialoga med strasbourškim sodiščem in nacionalnimi sodišči za ohranjanje subsidiarnosti EKČP in učinkovito varstvo človekovih pravic.

65 Št. 55707/00, 18. februar 2009.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

Literatura:

- Bates, Ed, The Evolution of the European Convention on Human Rights, From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights, Oxford University Press, 2010, str. 53 in 54
- Greer, Steven, The European Convention, Achievements, Problems and Prospects, Cambridge University Press, 2006, str. 170-171
- Leijten, Ingrid, "Defining the scope of economic and social guarantees in the case law of ECtHR", v E. Brems in J. Gerards (ur.), Shaping Rightst in the ECHR, Cambridge University Press, 2013, str. 126-128
- Mowbray, Alastair, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Hart Publishing, 2004, str. 2 in 3
- Nickel, James W., Rethinking Indivisibility :Towards A Theory of Supporting Relations between Human Rights, Human Rights Quarterly, vol. 30, št. 4, 2008, str. 984-1001

Sodna praksa ESČP:

- A.B. in C. proti Irski, št. 25579/05, 16. december 2010
- Airey proti Irski, št. 6289/73, 9. oktober 1979
- Andrejeva proti Latviji, št. 55707/00, 18. februar 2009
- Belane Nagy proti Madžarski, št. 53080/13, 13. december 2016
- Budina proti Rusiji ter št. 45603/05, odločitev z dne 18. junij 2009
- Fabris prtoi Franciji, št. 16574/08, 7. februar 2013
- Feldbrugge proti Nizozemski, št. 8562/79, 29. maj 1986
- Galea in Pavia proti Malti, št. 77209/16 in 77225/16, 4 julij 2017
- Gaygusuz proti Avstriji, št. 17371/90, 16. september 1996
- Iwaszkiewicz proti Poljski, št. 30614/06, 26. julij 2011
- Jaćimović proti Hrvaški, št. 22688/09, 31. oktober 2013
- Kjartan Ásmundsson proti Islandiji, št. 60669/00, 12. oktober 2004
- Korošec proti Sloveniji, št. 77212/12, 8. oktober 2015
- Koua Poirrez proti Franciji , št. 40892/98, 30. September 2003
- Koufaki in Adedy proti Grčiji, št. 57665/12 etc., odločitev z dne 7. maj 2013
- Krajnc proti Sloveniji, št. 38775/14, 31. oktober 2017 (sodba še ni pravomočna)

- Krunoslava Zovko proti Hrvaški, št. 56935/13, 23. maj 2017
- Lakičević in drugi proti Črni Gori in Srbiji, št. 27458/06 etc., 13. december 2011
- Larioshina proti Rusiji, št. 56869/00, odločitev z dne 23. april 2002
- Letinčić proti Hrvaški, št. 7183/11, 3. maj 2016
- Luczak proti Poljski, št. 77782/01, 27. november 2007
- Marckx proti Belgiji, št. 6833/94, 13. junij 1997
- Mihalov proti Bulgariji, št. 52367/99, 21. julij 2005
- Miller proti Švedski, št. 55853/00, 8. februar 2005
- Montovanelli proti Franciji, št. 21497/93, 18. marec 1997
- Moskal proti Poljski, št. 10373/05, 15. september 2009
- Niedzwiecki proti Nemčiji, št. 58453/00, 25. oktober 2005
- Nitecki proti Poljski, št. 65653/01, odločitev z dne 21. marec 2002
- Okpisz proti Nemčiji, št. 59140/00, 25. oktober 2005
- O'Rourke proti Združenem kraljestvu št. 39022/97, odločitev z dne 26. junij 2001
- Pančenko proti Litvi št. 40772/98 odločitev z dne 21. oktober 1999
- Pentiacova in 48 drugih proti Moldaviji št. 14462/03, odločitev z dne 4. januar 2005
- Placi proti Italiji, št. 48754/11, 21. januar 2014
- Sara Lind Eggertsdóttir proti Islandiji, št. 31930/04, 5. julij 2007
- Shulepova proti Rusiji, št. 34449/03, 11. december 2008
- Stec in drugi proti Združenem kraljestvu, št. 65731/01 and 65900/01, odločitev z dne 6. julij 2005
- Tyrer proti Združenem kraljestvu, št. 5856/72, 25. april 1978
- Valkov in drugi proti Bolgariji, št. 2033/04 etc, 25. oktober 2011
- Van Volsem proti Belgiji št. 14641/89, odločitev Komisije z dne 9. maj 1990
- Wiczorek proti Poljski, št. 18176/05, 8. december 2009

KORPORACIJSKO-PRAVNI VIDIKI PREPOVEDANIH VRAČIL VLOŽKA V DELNIŠKEM PRAVU¹

izr. prof. dr. Aleš Kobal,
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

POVZETEK

Za korporacijsko pravo sta značilni načeli zagotovitve in ohranitve kapitala. Načelo ohranitve kapitala je posledica dejstva, da je pri delniški družbi izključena osebna odgovornost delničarjev za obveznosti družbe, saj so delničarji družbi ob ustanovitvi (ali pozneje s povečanjem osnovnega kapitala) zagotovili premoženje, ki je »jamstvena masa«, na podlagi katere je družba odgovorna za svoje obveznosti. Namen delniškega prava je preprečiti nedopustne posege delničarjev v takšno premoženje, ki je zaradi njegove vloge imenovano vezano premoženje – izplačila delničarjem v breme vezanega premoženja družbe so prepovedana, ne glede na to, ali gre za odkrita ali prikrita izplačila.

Ključne besede: načelo zagotovitve in ohranitve kapitala, vezano premoženje, prepoved vračila vložka, prikrita izplačila dobička.

I. UVOD

Delniški družbi korporacijska zakonodaja priznava lastnost pravne osebe in s tem pravno subjektiviteto (prvi odstavek 4. člena ZGD-1). Kot takšna je nosilka vseh pravic in obveznosti, torej tudi imetnica svojega premoženja – premoženja družbe (drugi odstavek 4. člena ZGD-1). Premoženje družbe je (bi naj bilo) ločeno od premoženja njenih delničarjev (načelo ločenosti).² Delničarjem so tako prepovedana ravnanja, ki bi povzročila oškodovanje upnikov družbe, drugih delničarjev družbe ali družbe same (načelo pravičnosti in poštenosti). Zaradi uporabe načela ločenosti v pravu kapitalskih družb delničarji niso odgovorni za obveznosti družbe. Vendar se v določenih primerih načelo ločenosti premoženjskih zadev lahko spregleda (npr. kadar so izpolnjeni pogoji za spregled pravne osebnosti), kar povzroči osebno odgovornost delničarjev za obveznosti družbe. Takšna odgovornost delničarjev temelji na dejanjih, ki so za delničarje prepovedana, oziroma na opustitvah dejanj, ki se od njih pričakujejo.

Načelo ločenosti je okrnjeno, kadar pride do prenosov premoženja družbe na delničarja (delničarje). Pri tem so takšni prenosi lahko odkriti ali prikriti.³ Medtem

1 Prispevek je bil predstavljen na Gospodarskopравни šoli, oktober 2017.

2 Tako Ivanjko v, Ivanjko/Kocbek, Korporacijsko pravo, GV Založba in Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 2003, str. 81, 109. Primerjaj tudi Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 426 in naslednje.

3 Lutter v, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Heymanns Verlag, §57 AktG; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Auflage, C. H. Beck, 1988, §10, str. 562.

ko je najznačilnejši primer odkritega prenosa premoženja družbe na delničarje izplačilo udeležbe pri dobičku družbe (za delničarje delniške družbe je ta pravica urejena v 230. členu ZGD-1), pa so prikriti prenosi premoženja običajno posledica sklepanja neuravnoveženih pogodb med družbo in njenimi člani.⁴

Na podlagi prikritih prenosov premoženja posamezni delničar pridobi določeno obliko premoženjske koristi. Tako se lahko za dosego te koristi na drugi strani zmanjša premoženje družbe ali pa zagotovitev takšne posebne koristi prepreči povečanje premoženja družbe. Ne glede na to, ali gre za zmanjšanje premoženja družbe ali preprečitev njenega povečanja, je končna posledica enaka, tj. zmanjšanje premoženja družbe oziroma manjši dobiček družbe. Na ta način so lahko prizadeti različni interesi, in sicer tako upnikov družbe (zmanjšanje jamstvenega kapitala družbe),⁵ drugih delničarjev (zmanjšanje dobička, ki sicer pripada delničarjem glede na njihove deleže) in tudi same družbe (ogrožitev obstoja družbe, če se s takšnimi posegi v premoženje družbe načne tudi osnovni kapital).

Zahteva po ohranitvi kapitala gospodarske družbe se je dolgo povezovala le z varstvom upnikov družbe, in ne toliko s problematiko varstva delničarjev družbe. Zahtevi za ohranitev kapitala in vezanost premoženja pa nista le instrumenta za varstvo upnikov, temveč sta namenjena tudi varstvu drugih delničarjev družbe:

- kapital oziroma premoženje družbe je vezano tudi zaradi interesov družbenikov,
- vezanost premoženja je popolna – vezanost celotnega premoženja pravnega subjekta,
- popolna vezanost premoženja je del zahteve za ohranitev kapitala.

II. VARSTVO KAPITALA (PREMOŽENJA) DELNIŠKE DRUŽBE

Jedro sistema osnovnega kapitala v delniškem pravu so določbe o zagotovitvi in ohranitvi osnovnega kapitala. Osnovni kapital delniške družbe je opredeljen s statutom, vsaka njegova sprememba pa (načeloma) pomeni tudi spremembo statuta družbe. Delniško pravo tako zagotavlja, da ustanovitelji tudi dejansko zagotovijo (vplačajo) osnovni kapital (*načelo zagotovitve kapitala*) in da v času obstoja družbe ne pride do poseganja delničarjev v osnovni kapital, bodisi na podlagi odkritih bodisi prikritih izplačil. Jamstvena vloga osnovnega kapitala je omogočena le takrat, če je poleg vnosa minimalnega premoženja v družbo zagotovljena tudi njegova ohranitev (*načelo ohranitve kapitala*).

Zakonske določbe o ohranitvi kapitala varujejo premoženje družbe pred njenimi delničarji in na ta način prispevajo k *omilitvi nasprotja interesov*, ki obstaja med delničarji družbe in njenimi upniki.⁶ Dejstvo, da osnovni kapital ne zagotavlja varstva

4 Fiedler, Verdeckte Vermögensverlagerungen bei Kapitalgesellschaften, Zivilrechtlicher Ausgleich und Konsequenzen für die Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1994, str. 1 in naslednje.

5 Bommert, Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht, Heymanns Verlag, 1989, str. 3; Ebenroth, Die verdeckten Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen, Gieseking Verlag, 1979, str. 323.

6 Delničarji družbe prevzemajo tveganje za neuspeh družbe le do višine »vložka« v družbo – kar lahko izgubijo, je denar, ki so ga namenili za plačilo delnic. Zaradi tega je povsem razumljiva težnja delničarjev po čim manjših vložkih, ker s tem zmanjšajo tveganje. Izgube iz poslovanja prizadenejo zlasti lastni

upnikov, izhaja (v določenih primerih) tudi iz tega, da je z zakonom predpisana le minimalna višina osnovnega kapitala družbe, ki je enaka za vse delniške družbe ne glede na stopnjo tveganja, ki ga družba s poslovanjem prevzema. Tako je osnovni kapital družbe, ki je sicer v skladu z zakonsko predpisano višino, ki pri svojem poslovanju prevzema visoko stopnjo tveganja, lahko le podlaga za ugotavljanje korporacijskega deleža delničarja glede na druge delničarje in zagotovitve pridobitve premoženja za podjetje družbe. Jamstva upnikom pa v takšnih primerih ne zagotavlja (razen, da so delničarjem prepovedana neupravičena izplačila iz osnovnega kapitala – osnovni kapital kot plačilna zapora delničarjem⁷).

Celota splošnih pravil korporacijskega prava naj bi zagotovila ustrezno »opremljenost« kapitalne družbe s (lastnim) kapitalom, ki naj bi ustrezalo obsegu in vrsti poslov, ki jih opravlja pri opravljanju svoje dejavnosti, in tveganjem, ki jim je izpostavljena pri opravljanju poslov.⁸

Od osnovnega kapitala je treba ločiti premoženje družbe, saj ne gre za sinonima. Osnovni kapital je obračunska enota, ki se izkazuje in knjiži na pasivni strani bilance stanja družbe in določa višino (lastnih) sredstev, ki jih morajo družbi zagotoviti njeni delničarji (t. i. glavna obveznost delničarjev). V ta namen so v delniškem pravu uzakonjene določbe o zagotovitvi kapitala (npr. 171., 222. in 223. člen ZGD-1) in njegovi ohranitvi (npr. 227. in 233. člen ZGD-1). Premoženje družbe pa sestavljajo denar, stvari in pravice v najrazličnejših pojavnih oblikah in se drugače kot osnovni kapital družbe izkazuje na aktivni strani bilance stanja. Osnovni kapital družbe je predvsem pogoj za nastanek premoženja družbe, višina katerega se nenehno spreminja in je podlaga za kritje obveznosti družbe (delniška družba je pravni subjekt, ki za svoje obveznosti odgovarja z vsem svojim premoženjem). Osnovni kapital in premoženje družbe pa se po višini (običajno) razlikujeta in sta načelno enaka le ob ustanovitvi družbe, lahko pa se razlikujeta tudi že v tej fazi ali pa se razmerje med njima spremeni med obstojem in poslovanjem družbe (osnovni kapital ostaja nespremenjen, medtem ko se premoženje družbe zaradi ustvarjenih dobičkov ali izgub spreminja). Drugače kakor osnovni kapital družbe, ki je načelno zmeraj enak in se spreminja le zaradi njegovega povečanja ali zmanjšanja, se premoženje družbe lahko dnevno spreminja oziroma povečuje ali zmanjšuje.

Pri »zagotovitvi kapitala,⁹ varstvu kapitala oziroma njegovi ohranitvi« gre predvsem za zagotovitev in ohranitev jamstvenega premoženja družbe. Takšno premoženje je *jamstveni kapital*. Ne glede na to, da s premoženjem družbe družba izpolnjuje svoje obveznosti (in ne osnovni kapital), pa zakonodaja prepoveduje, da bi se

kapital družbe in za to tveganje so delničarji pripravljeni prispevati čim manj kapitala. Interesi upnikov so prav nasprotni. Nevarnost neplačila njihovih terjatev se zmanjšuje, če delničarji prevzemajo večji obseg tveganja, torej če so vložki delničarjev višji. Tako Eidenmüller/Engert, Die angemessene Höhe des Grundkapitals der Aktiengesellschaft, AG, 2005, str. 98; smiselno enako tudi Prelič v, Temeljno o varovanju interesa upnikov v pravu kapitalskih družb: pomen pravil o vezanem premoženju, Podjetje in delo, 2005, str. 381, op. 5.

7 Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 432; Prelič, Temeljno, str. 383.

8 Prelič, Temeljno, str. 380.

9 Gre za pravila, uporaba katerih bi naj zagotavljala, da bodo ustanovitelji kapitalne družbe že v fazi njenega ustanavljanja vanjo v obliki vložkov v (osnovni) kapital vnesli konkretne premoženjske pravice, katerih realna ekonomska vrednost naj bi dosegala vsaj višino tako imenovanega osnovnega kapitala. Tako Prelič, Temeljno, str. 380. Podobno tudi Kuhner, Zur Zukunft der Kapitalerhaltung durch bilanzielle Ausschüttungssperren im Gesellschaftsrecht der Staaten Europas, ZGR 2005, str. 771.

v družbo vneslo manj premoženja, kot znaša osnovni kapital družbe (začetno premoženje družbe ne more biti manjše od predpisane ali dogovorjene višine osnovnega kapitala).

Lastni kapital družbe tako ne izhaja iz aktivnega premoženja družbe, temveč se izkazuje na pasivni strani bilance stanja. Premoženje družbe sestoji iz denarja, stvari in pravic, kapital pa sestoji iz lastnega kapitala (osnovni kapital je le en del lastnega kapitala družbe), rezerv, obveznosti itd. Lastni kapital torej ni nekaj oprijemljivega, temveč ga lahko opišemo kot abstraktni pojem.¹⁰ Pravne značilnosti lastnega kapitala so tako naslednje:

- lastni kapital izvira iz delničarjev,¹¹
- lastni kapital je *vezani* kapital,
- lastni kapital je jamstveni kapital.¹²

Poglavitne naloge lastnega kapitala se torej kažejo v njegovi jamstveni vlogi in v vlogi ohranitve podjetja družbe. Še posebej se podarja njegova vloga pri varstvu upnikov družbe, saj so prepovedana vsa izplačila delničarjem iz tega vira, ki bi lahko škodovala upnikom družbe. Varstvo (ohranjanje) lastnega kapitala je pri različnih pojavnih oblikah gospodarskih družb različno zakonsko urejeno.

Značilnost delniškega prava, predvsem določb, ki se nanašajo na finančno stanje delniške družbe, so stroga (in toga) pravila, ki imajo nalogo zagotavljanja in ohranitve kapitala družbe (in ne le njenega osnovnega kapitala).¹³ Tako je uzakonjeno načelo prepovedi vračila (in obrestovanja) vložka brez hkratnega zmanjšanja osnovnega kapitala družbe, izplačila delničarjem (pred likvidacijo družbe) pa so dovoljena le iz bilančnega dobička družbe. Vsa plačila, ki jih družba opravi delničarjem in ki nimajo zakonske podlage, je treba družbi vrniti. Takšna sankcija je predvidena tako za izplačila, ki bi jih družba opravila v škodo osnovnega kapitala, kakor tudi za izplačila iz drugega premoženja družbe, ki nimajo ustrezne zakonske podlage.

Šele jasno razlikovanje med osnovnim kapitalom družbe in njenim premoženjem omogoča pravilno razumevanje določb delniškega prava o zagotavljanju kapitala. Zakonodajalec sicer lahko varuje osnovni kapital družbe s tem, da prepoveduje izplačila delničarjem (v škodo osnovnega kapitala – prepoved vračila in obrestovanja vložka – 227. člen ZGD-1), ne more pa delniški družbi prepovedati, da bi v okviru poslovanja poslovala z izgubo. Poslovanje družbe z izgubo se ne odraža na osnovnem kapitalu družbe, vpliva pa na prezadolženost družbe. Prezadolženost družbe zmanjšuje možnosti upnikov družbe za poplačilo, saj se ob nespremenjeni

10 »Osnovni kapital je v razmerju do dejanskega premoženja družbe čista abstrakcija«. Tako Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 430; Prelič, Temeljno, str. 381; Kuhner, str. 771.

11 »Lastniški (oziroma lastni) vir financiranja zato, ker nastane z vplačilom osnovnih vložkov oziroma delnic, torej (pravno) z vplačilom družbenikov oziroma delničarjev (lastnikov družbe) v osnovni kapital«. Tako Plavšak v, Plavšak/Bergant, Zakon o finančnem poslovanju podjetij s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2000, str. 858.

12 Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3., neubearbeitete Auflage, C. Heymanns Verlag, 1997, str. 514 in naslednje.

13 Tako Schmidt, §18, str. 519, §29, str. 887; podobno tudi Henze, Reichweite und Grenzen des aktienrechtlichen Grundsatzes der Vermögensbindung – Ergänzung durch die Rechtsprechung zum Existenz vernichtenden Eingriff?, AG, 2004, str. 405.

vrednosti premoženja podjetja povečujejo njegove obveznosti – na ta način se realno zmanjšuje premoženje družbe (ob nespremenjenem osnovnem kapitalu). Tudi če ima družba ustrezen osnovni kapital, samo to ne zagotavlja poplačila terjatev upnikov družbe. Osnovni kapital le kaže, da so bila v družbo vnesena določena sredstva, ki po višini ustrezajo znesku osnovnega kapitala. Obveznosti družbe lahko nekajkrat presegajo znesek osnovnega kapitala. Zaradi tega je tudi zakonsko določeno, da je družba odgovorna za svoje obveznosti z vsem svojim premoženjem, in ne le z osnovnim kapitalom (drugi odstavek 168. člena ZGD-1).

Premoženje družbe je tista jamstvena masa, ki je namenjena varovanju interesov upnikov družbe, in premoženje družbe je tisto, ki se ga na podlagi določb o ohranitvi kapitala družbe želi zaščititi oziroma obvarovati. Določbe o ohranitvi kapitala v delniškem pravu torej presegajo okvire varovanja le tistega premoženja, ki ustreza znesku osnovnega kapitala.

Kakor že rečeno, so značilnost delniškega prava, predvsem določb, ki se nanašajo na finančno stanje delniške družbe, stroga (in toga) pravila, ki imajo nalogo zagotavljanja in ohranitve kapitala družbe (in ne le njenega osnovnega kapitala). Osnovni kapital sicer pomeni določeno jamstveno maso upnikom družbe, vendar je za ustrezen obseg varstva pomembnejše premoženje družbe kot pa znesek osnovnega kapitala. Znesek osnovnega kapitala kaže le, da je bilo v družbo vneseno premoženje, ki po vrednosti ustreza znesku osnovnega kapitala (oziroma da ima družba, če osnovni vložki še niso v celoti vplačani, zahtevek delničarjem za vplačilo tega premoženja). Ko je to premoženje dano družbi na voljo – ko torej preide iz premoženja delničarja v premoženje družbe – je treba zagotavljati ohranitev tega premoženja, da se doseže vsaj minimalno varstvo upnikov družbe, oziroma je treba ohranjati tudi povečano premoženje družbe, ki ga je ta ustvarila med svojim obstojem in poslovanjem (in ne le začetno premoženje družbe), da lahko govorimo o ustreznem varstvu upnikov družbe, saj je družba odgovorna za svoje obveznosti z vsem svojim premoženjem.

Premoženje družbe je torej tista jamstvena masa, ki je namenjena varovanju interesov upnikov družbe, in premoženje družbe je tisto, ki se ga na podlagi določb o ohranitvi kapitala družbe želi zaščititi oziroma obvarovati. Zakon sicer govori o prepovedi vračila vložka delničarju (prvi odstavek 227. člena ZGD-1), vendar je treba takšno prepoved razlagati v povezavi z načelom, da so pred likvidacijo družbe med delničarje dovoljena le izplačila iz bilančnega dobička družbe (osmi odstavek 230. člena ZGD-1). Delničarji imajo pravico do deleža v bilančnem dobičku le takrat, kadar tako odloči skupščina družbe oziroma če bilančni dobiček ni porabljen za druge, zakonsko ali statutarno določene namene (šesti odstavek 230. člena ZGD-1).

Vežanost premoženja družbe ima tako različne stopnje intenzivnosti:

1. Zakon prepoveduje vračilo vložka delničarjem (in njegovo obrestovanje) – načelo prepovedi vračila vložka. Tisti del premoženja družbe, ki je namenjen kritju zneska osnovnega kapitala družbe, se lahko delničarjem vrne šele po opravljenem postopku likvidacije družbe (418. člen ZGD-1).
2. Zakon predpisuje dolžnost oblikovanja zakonskih rezerv (druga točka prvega odstavka 230. člena ZGD-1), ki jih družba lahko aktivira in uporabi le za

natančno določene zakonske namene – zakonske rezerve so (enako kot kapitalne rezerve) vezane rezerve. Tudi morebitni presežek zakonskih rezerv nad zakonsko (ali statutarno) določeno višino se lahko aktivira in porabi le za zakonsko (dodatno) določene namene. Namen takšne zakonske ureditve je ne toliko v varovanju premoženja družbe, pač pa v zagotavljanju njegovega povečevanja in utrjevanja.¹⁴

3. Prav tako zakon posredno določa, da je treba plačilo za nedopustno pridobitev lastnih delnic šteti za vračilo vložka (plačilo zaradi dopustne pridobitve lastnih delnic se ne šteje za vračilo vložka – druga alineja drugega odstavka 227. člena ZGD-1). Pridobivanje lastnih delnic je za družbo absolutno prepovedano na ravni primarne emisije (prepoved vpisa lastnih delnic – 229. člen ZGD-1), kakor tudi na sekundarni ravni (prepoved pridobivanja lastnih delnic – 247. člen ZGD-1), v okviru katere pa zakon dovoljuje izjeme od splošnega pravila načelne prepovedi pridobivanja lastnih delnic. Na drugi strani mora družba oblikovati rezerve za lastne delnice, in sicer v višini zneskov, ki so bili plačani za pridobitev lastnih delnic. Rezerve za lastne delnice se lahko (in se morajo) aktivirajo – sprostijo – le v primeru odtujitve ali umika lastnih delnic.
4. Pred likvidacijo družbe se lahko med delničarje deli le bilančni dobiček (osmi odstavek 230. člena ZGD-1). Bilančni dobiček je vsota čistega dobička (poslovni izid poslovnega leta po plačilu davkov) ali izgube, prenesenega dobička oziroma prenesene izgube, zmanjšanj kapitalskih rezerv in rezerv iz dobička ter povečan rezerv iz dobička. Delničarji imajo pravico do deleža v bilančnem dobičku le, kadar tako odloči skupščina družbe oziroma če bilančni dobiček ni porabljen za druge, zakonsko ali statutarno določene namene (šesti odstavek 230. člena ZGD-1).

1. PREPOVED VRAČILA VLOŽKA V DELNIŠKEM PRAVU

Delničarji delniške družbe imajo pravico do udeležbe v bilančnem dobičku družbe, kar pomeni, da je le bilančni dobiček družbe tista masa, ki je (če tako odloči skupščina družbe) podlaga za plačila delničarjem.¹⁵ Vsa plačila, ki nimajo podlage v bilančnem dobičku in bi jih družba opravila delničarjem, so (načelna) prepovedana.¹⁶ To velja tako za odkrita izplačila kakor tudi za prikrita izplačila. Načelo o razdelitvi samo bilančnega dobička med delničarje je tesno povezano z načelom prepovedi vračila in obrestovanja vložka. Vsa izplačila, ki nimajo podlage v bilančnem dobičku družbe (razen v izjemnih primerih), so v bistvu vračilo vložka delničarju: *tertium non datur*.¹⁷

¹⁴ Prelič, Temeljno, str. 384; Henze, Reichweite, str. 406.

¹⁵ V določenih primerih lahko pride do predčasnega izplačila delničarjem, ki še ne temelji na dejanskem bilančnem dobičku, temveč na predpostavljenem bilančnem dobičku – to so t. i. vmesne dividende, ki jih izplača poslovodstvo družbe, če ima za takšno dejanje posebno statutarno pooblastilo. Poslovodstvo, ki ima potrebno pooblastilo, lahko izplača vmesno dividendo pod pogoji, ki jih določa zakon (232. člen ZGD-1).

¹⁶ Schmidt, str. 896; Wieneke/Förl, Die Einziehung eigener Aktien nach § 237 Abs. 3 Nr. 3 AktG – Eine Lockerung des Grundsatzes der Vermögensbindung?, Die Aktiengesellschaft, št. 6/2005, str. 190 in naslednje; Lutter, str. 644.

¹⁷ Henze, Reichweite, str. 409; Hüffer, Aktiengesetz, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2004, str. 285; Wieneke/Förl, str. 191; Lutter, str. 644; Kuhner, str. 774.

Izrecna prepoved vračila vložkov in njihovega obrestovanja je v slovenski korporacijski zakonodaji določena v prvem odstavku 227. člena ZGD-1: »Vložki se ne smejo vrniti in ne obrestovati«.

Prvi odstavek 227. člena ZGD-1 izrecno prepoveduje vračilo vložkov in njihovo obrestovanje ter s tem vsakršno razdelitev premoženja družbe, ki ne bi imelo podlage v bilančnem dobičku. Določba naj bi zagotavljala ohranitev osnovnega kapitala družbe, vendar bi bilo pravilneje govoriti o varovanju premoženja družbe (vezanosti premoženja).¹⁸ Načelo ohranitve osnovnega kapitala je treba razumeti v povezavi z načelom zagotovitve kapitala – obe načeli sta bistvenega pomena za obstoj in delovanje delniške družbe. Namen določb o ohranitvi kapitala družbe je večplasten, zlasti pa je namenjen varstvu upnikov družbe, saj naj bi osnovni kapital varoval njihove interese glede na dejstvo, da je odgovornost delničarjev za obveznosti družbe izključena. Vendar je namen določbe širši – tako ne varuje le interesov upnikov družbe, temveč varuje tudi (manjšinske) delničarje družbe pred prikritimi izplačili dobička¹⁹ (varstvo nepriviligiranih delničarjev pred nedopustnimi posegi v premoženje družbe),²⁰ poleg tega pa (dodatno) določa izključno pristojnost skupščine družbe za uporabo bilančnega dobička družbe.²¹ Prepoved vračila in obrestovanja vložkov je kogentna in obvezujoča od vpisa družbe v sodni register (oziroma vpisa povečanja osnovnega kapitala družbe) do dokončanja likvidacijskega postopka družbe, in sicer do roka, po preteku katerega je dopustno premoženje družbe razdeliti med delničarje (prvi odstavek 421. člena ZGD-1).

V prvem odstavku 227. člena ZGD-1 je tako zapisano temeljno načelo ohranitve kapitala delniške družbe. Delničarjem družbe je prepovedano izvrševati izplačila (ali opravljati druge prenose premoženja) iz premoženja družbe – če gre za izplačila na podlagi (korporacijskega) razmerja med družbo in delničarjem kot članom te družbe. Iz takšne prepovedi izhajajo, da so delničarjem dovoljena:

1. samo izplačila iz bilančnega dobička družbe, ki temeljijo na sklepu skupščine družbe, izjemoma tudi na podlagi odločitve uprave družbe, ki ima statutarno pooblastilo za izplačilo vmesnih dividend;
2. izplačila iz premoženja družbe, ki jih prejmejo na podlagi drugega pravnega razmerja z družbo (izplačila, ki niso posledica članstva delničarja v družbi) –

18 Hüffer, str. 284; prepoved izplačil je absolutna (vse obsegajoča) in se ne nanaša le na prepoved izplačil iz premoženja družbe, namenjenega kritju zneska osnovnega kapitala, kakor je to značilno za pravo družb z omejeno odgovornostjo, tako Schmidt, str. 896; enako tudi Henze, AktG Großkommentar, 4. neubearbeitete Auflage, 15. Lieferung: §§54-66, Walter de Gruyter Verlag, 2001, str. 112 in 113; Wieneke/Förl, str. 191.

19 S prikritimi izplačili dobička se namreč posega v izključno pristojnost skupščine, ki je edini organ delniške družbe, ki lahko odloča o uporabi dobička družbe, prav tako prikrita izplačila dobička pomenijo neupoštevanje ključa delitve dobička med posamezne delničarje, ki bi jim sicer dobiček pripadal glede na njihovo udeležbo v osnovnem kapitalu družbe (kršitev načela enakega obravnavanja delničarjev), dodatno pa prikrita izplačila dobička pomenijo tudi privilegiranje posameznih delničarjev, ki »dobiček« prejmejo pred drugimi delničarji (časovni vidik). Temeljni motiv za prepoved prikritih izplačil dobička (z vidika varovanja interesov delničarjev) je torej zagotavljanje enakega obravnavanja delničarjev družbe.

20 Prepoved vrnitve in obrestovanja vložka je pomembna tudi za varovanje potencialnih delničarjev družbe – izplačilo »dividend« iz drugih virov, in ne iz bilančnega dobička, lahko povzroči nerealen tečaj delnic družbe (previsok tečaj), ki lahko vpliva na odločitev potencialnih vlagateljev za nakup delnic družbe, za kar pa se ne bi odločili, če bi poznali resnično dejansko stanje. Henze, Großkommentar, str. 111; enako tudi Lutter, str. 644.

21 Hüffer, str. 284; Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 476; Lutter, str. 644.

npr. na podlagi dvostranskih pravnih poslov z družbo ali za povračilo škode, ki jo mora družba povrniti delničarju. Delničarjem tako ni prepovedano sklepati pravnih poslov z družbo, katere delničarji so – pod enakimi pogoji, kot bi jih družba sklenila s tretjimi osebami.

1.1 Opredelitev vložka

Zakon določa prepovedi vračila vložka oziroma vložkov. Iz tako oblikovane zakonske norme bi iz jezikovne razlage izhajalo, da se delničarjem ne smejo vrniti vložki v družbo, torej njihovi osnovni vložki, ki so jih vplačali ob ustanovitvi družbe oziroma povečanju osnovnega kapitala družbe, vendar bi bila takšna razlaga (zaradi namena zakonske prepovedi – varovanje celote premoženja družbe) preozka, prav tako pa ne bi pomenila ustreznega varstva vseh (različnih) interesov, ki se jih želi zaščiti.

Vložek, ki ga je delničarjem prepovedano vrniti, je torej treba pojmovati *širše*, ne pa le v smislu osnovnega vložka, ki ga je delničar družbi zagotovil ob ustanovitvi ali povečanju osnovnega kapitala. Vložek po določbi prvega odstavka 227. člena ZGD-1 tako ni omejen le denar oziroma stvari, ki jih je delničar na podlagi njegove korporacijske pravne obveznosti izročil družbi – ali se jih je zavezal izročiti – (ob ustanovitvi ali povečanju osnovnega kapitala) v zameno za njene delnice. Prepovedano vračilo vložka lahko tako v naravi predstavlja nekaj povsem drugega, kot pa je delničar izročil družbi kot vložek. Hkrati se je treba zavedati, da določbe o ohranitvi kapitala (premoženja) družbe niso namenjene varstvu natančno določenih premoženjskih predmetov družbe. Namen določb o varstvu premoženja torej ni v ohranitvi posamičnih premoženjskih predmetov, ki tvorijo premoženje družbe, temveč v varovanju – ohranitvi – vrednosti tega premoženja.²²

Tako je treba vsakršna izplačila delničarjem, ki niso izplačana iz vira bilančnega dobička družbe, obravnavati kot prepovedana izplačila zaradi zakonske prepovedi vračila vložka, razen ko zakon izjemoma dopušča posamezna izplačila delničarjem iz virov izven oblikovanega bilančnega dobička. Na ta način je obseg varstva, ki ga zagotavlja prepoved vračila vložka, absoluten – vezano je celotno premoženje delniške družbe, razen bilančnega dobička. Pogoj za opredelitev nekega izplačila kot prepovedanega vračila vložka po prvem odstavku 227. člena ZGD-1 ni, ali se s takšnim izplačilom posega v osnovni kapital družbe ali oblikovane zakonske rezerve, kajti tudi poseg v druge rezerve je nedopusten, če ne temelji na ustreznem sklepu družbe.²³

Kakršnokoli zmanjšanje premoženja družbe v korist posameznega delničarja družbe je pravno nedopustno in prepovedano. Pri tem ni pomembna pravna oblika, ki je podlaga za vračilo vložka.²⁴ Namen zakonske določbe (prepovedi) zahteva presojo vsake transakcije, ki posredno ali neposredno vpliva na premoženje družbe – tako je treba presojati tudi vse oblike obojestranskih pravnih poslov, ki jih sklepa družba in delničar in ki lahko pomenijo (prikrito) izplačilo kapitala (prikrito

²² Henze, Großkommentar, str. 110 in 111; Hüffer, str. 285; Lutter, str. 644.

²³ Henze, Großkommentar, str. 112.

²⁴ Tako tudi Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 479 in 480.

vračilo vložka), če ne gre za izplačilo dividend (tudi vmesnih dividend) ali drugo dopustno izjemo od splošne prepovedi vračila vložka.

Poleg tega so mogoči tudi primeri, ki sicer na prvi pogled ne ustrezajo zakonski prepovedi iz prvega odstavka 227. člena ZGD-1, ker ni podan subjektivni element, saj se vračilo vložka namreč lahko (načelno) opravi le tistemu, ki je predhodno prispeval tak vložek – in družba sklepa pravni posel s tretjo osebo (ki ni delničar in s tem primarni naslovnik zakonske prepovedi), tako da pravnoformalno ne gre za vračilo vložka. Vendar se tudi takšni primeri lahko štejejo za vračilo vložka, če se ugotovi, da je dejansko delničar tisti, ki je na podlagi takšnega pravnega posla, ki ga je družba sicer sklenila s tretjo osebo, prejel določeno korist od družbe, pa čeprav posredno.

1.2 Pojavne oblike vračila vložka – odkrita in prikrita vračila vložka

Družba lahko delničarju izvrši vračilo vložka na različne načine. Tako lahko gre za enostranski tok kapitala (enostranska obveznost delniške družbe) – prenos sredstev iz premoženja družbe v premoženje delničarja, pri čemer družba ne prejme (nikakršne) nasprotne izpolnitve – odkrito vračilo vložka. Če kapital odteka iz družbe, ne da bi družba na drugi strani prejela ustrezno (primerno) nasprotno izpolnitev, in če niso izpolnjeni pogoji za takšno (enostransko) zmanjšanje premoženja družbe (npr. izplačilo dividend ali izplačilo vmesnih dividend ali zmanjšanje osnovnega kapitala družbe), gre za kršitev prepovedi vračila vložka. Lahko pa se vračilo vložka izvrši posredno, in sicer na podlagi sklenitve in izpolnitve dvostranskega pravnega posla, ki ga skleneta družba in delničar, pri katerem družba v zameno za njeno izpolnitev sicer prejme nasprotno izpolnitev od delničarja, vendar je podano (očitno) nesorazmerje med nasprotnimi dajatvami – prikrito vračilo vložka.²⁵

1.2.1 Odkrito vračilo vložka – odkriti prenosi premoženja

Družba lahko tako delničarju vložek vrne na odkrit ali na prikrit način, pri čemer so v praksi primeri odkritega načina vračila vložka redki. Pri enostranskem toku kapitala (enostranska obveznost delniške družbe) gre za prenos sredstev iz premoženja družbe v premoženje delničarja, pri čemer družba ne prejme (nikakršne) nasprotne izpolnitve. Če kapital odteka iz družbe, ne da bi družba na drugi strani prejela ustrezno (primerno) nasprotno izpolnitev, in če niso izpolnjeni pogoji za takšno (enostransko) zmanjšanje premoženja družbe, to pomeni kršitev prepovedi vračila vložka, in sicer s t. i. odkritim vračilom vložka. Ne glede na to, da so v praksi primeri odkritega vračila vložka redki, pa se kljub temu dogajajo, in sicer v različnih – bolj ali manj zapletenih – pojavnih oblikah, ki so npr:

1. Izplačilo dividend mimo letnega poročila ali v primeru ničnosti letnega poročila kakor tudi z izplačili dividend, ki se opravijo brez sklepa o uporabi bilančnega dobička oziroma v primeru ničnosti takšnega sklepa).
2. Prav tako so prepovedana izplačila dividend, ko družba nima bilančnega dobička oziroma če njegova višina ne ustreza predvideni višini izplačil iz dividend. Enako so prepovedana izplačila dividend, ko je bilančni dobiček sicer

²⁵ Fiedler, str. 1.

izkazan, vendar sklep o uporabi bilančnega dobička ne predvideva izplačila med delničarje.

3. Izplačilo vmesnih dividend, ki se opravi v nasprotju z zakonom.²⁶ V tem primeru gre sicer za dovoljena izplačila delničarjem, ki pa jih zakon veže na izpolnjevanje natančno določenih zakonskih pogojev – če ti pogoji niso izpolnjeni in kljub temu pride do njihovega izplačila, so takšna izplačila opravljena v nasprotju z zakonom in jih je treba obravnavati kot prepovedana vračila vložka po prvem odstavku 227. člena ZGD-1.
4. Tudi izplačila iz bilančnega dobička v obliki dividend, do katerih imajo delničarji sicer pravico v skladu z zakonom – ker se je skupščina družbe odločila, da bo del bilančnega dobička namenila za razdelitev med delničarje in takšna razdelitev med delničarje izhaja tudi iz sklepa o uporabi bilančnega dobička – ki pa so opravljena v nasprotju s temeljnimi načeli (pravice do udeležbe v dobičku) iz 231. člena ZGD-1 (če so kršena načela razdelitve bilančnega dobička delničarjem – bodisi načela, določena neposredno v prvem in drugem odstavku 231. člena, bodisi načela, ki pomenijo odmik od zakonskih načel in so predvidena s statutom delniške družbe), pomenijo izplačila, ki so v nasprotju s prvim odstavkom 227. člena ZGD-1. V takšnem primeru je vračilo vložka izvršeno tistim delničarjem, ki so prejeli previsoko dividendo (dividendo, višina katere presega njihov sorazmerni delež), in to celo tedaj, ko je družba sicer razdelila samo dobiček, kot je izhajal iz sklepa o uporabi bilančnega dobička. V takšnem primeru družba še ni izpolnila obveznosti do drugih delničarjev na podlagi njihove pravice do izplačila dobička. Družbi tako grozi, da bo za izpolnitev svojih obveznosti do drugih delničarjev (izplačilo dividend) morala poseči po kapitalu, ki ni izkazan kot bilančni dobiček oziroma del tega dobička, ki je (v sklepu o uporabi dobička) namenjen za izplačila delničarjem.²⁷ Če družba pri izplačilu dividend posameznemu delničarju izplača previsoko dividendo glede na njegov sorazmerni delež, ki mu sicer pripada, gre do ta izplačila izključno v breme družbe.
5. Izplačila delničarjem zaradi rednega zmanjšanja osnovnega kapitala družbe se prav tako lahko opredelijo kot prepovedana vračila vložka po prvem odstavku 227. člena ZGD-1. Zmanjšanje osnovnega kapitala v bistvu pomeni poseg v temeljno načelo ohranitve osnovnega kapitala,²⁸ vendar je takšen poseg ob izpolnjevanju zakonsko določenih pogojev dopusten in je dopustna izjema od splošnega načela, da se delničarjem družbe pred njeno likvidacijo ne sme razdeliti nobeno premoženje, razen izplačil iz bilančnega dobička družbe. Izplačila delničarjem, ki so opravljena zaradi rednega zmanjšanja osnovnega kapitala družbe, načelna ne pomenijo vračila vložka po prvem odstavku 227. člena ZGD-1²⁹, in sicer če temeljijo na učinkovitem sklepu skupščine družbe o rednem zmanjšanju osnovnega kapitala. Če opravljena izplačila ne bi temeljila na učinkovitem sklepu skupščine družbe (sklep skupščine je torej neučinkovit), bi takšna izplačila pomenila prepovedana vračila vložkov delničarjem po prvem odstavku 227. člena.³⁰ Poleg tega lahko izplačila učinkov zmanjšanja osnovnega kapitala pomenijo prepovedano vračilo vložka

26 Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 481.

27 Henze, Großkommentar, str. 121.

28 Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 650.

29 Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 480, 650 in 657.

30 Henze, Großkommentar, str. 122.

tudi v primeru, ko sicer temeljijo na učinkovitem sklepu skupščine, vendar so bila opravljena v nasprotju z zakonskimi določbami, ki so namenjene varstvu upnikov v primerih zmanjšanja osnovnega kapitala.

6. Premoženja družbe ni dovoljeno razdeliti med delničarje, razen po opravljenem postopku likvidacije družbe. Vendar se tudi v takšnem primeru premoženje lahko razdeli med delničarje šele, ko so poplačani upniki družbe – zakon torej varuje interese upnikov družbe ves čas obstoja družbe in tudi v postopku njenega prenehanja. Premoženje, ki ostane po prenehanju družbe, pripada delničarjem in torej pomeni vračilo vložkov, ki pa je zakonsko dovoljeno. Premoženje družbe se lahko razdeli med delničarje šele, ko so poplačane vse obveznosti družbe in pod dodatnim pogojem, da je preteklo šest mesecev od zadnje objave sklepa o likvidaciji družbe. Vračilo vložkov po opravljenem postopku likvidacije je torej dopustno, če so izpolnjeni zakonsko določeni pogoji, ki imajo namen varovanja upnikov družbe.³¹ e pa likvidacijski upravitelj razdeli premoženje družbe (po opravljenem likvidacijskem postopku) med delničarje v nasprotju z določbami, katerih namen je varovanje upnikov, je takšna razdelitev premoženja prepovedano vračilo vložka po temeljni zakonski prepovedi vračila vložka.

Pravkar navedeni primeri so najznačilnejši primeri odkritega (prepovedanega) vračila vložka, ki pa so po drugi strani tudi najbolj zapleteni. Poleg teh primerov obstajajo seveda tudi drugi primeri očitnih vračil vložka, in sicer gre za takšno dejansko stanje zmeraj takrat, kadar neka dajatev oziroma storitev družbe že od začetka ni v zvezi z uporabo (bilančnega) dobička družbe.

1.2.2 Prikrito vračilo vložka – prikriti prenosi premoženja

Od zgoraj navedenih primerov, ko je vračilo vložka »očitno«, je treba ločiti primere t. i. prikritih vračil vložka, ki navzven ne kažejo dejanskega stanja vračila vložka. Gre za vsa tista dejanska stanja, ki sicer dobesedno ne pomenijo vračila vložka, vendar glede na razloge in namen dejansko pomenijo vračilo vložka. Zakonska prepoved vračila vložka se nanaša tako na odkrita vračila vložka kakor tudi na prikrita vračila vložka (na primer vračila vložkov, ki so prikrita s sklenitvijo dvostranskih pravnih poslov)³² – vsako zmanjšanje premoženja družbe, ki ni zakonsko dovoljeno, je treba obravnavati kot prepovedano vračilo vložka po prvem odstavku 227. člena ZGD-1, in sicer ne glede na pojavno obliko in način izplačila. Poleg tega so pod določenimi pogoji prepovedana tudi izplačila prek tretjih oseb in izplačila tretjim osebam, ki v bistvu pomenijo vračilo vložka delničarju oziroma posredno obliko prikritih vračil vložka.³³

31 Poleg varovanja interesov upnikov družbe je namen zakona v tem delu širši, in sicer se varujejo tudi interesi delničarjev družbe. Preostanek premoženja po opravljenem postopku likvidacije se razdeli med delničarje, in sicer v sorazmerju z njihovimi deleži. Za razdelitev preostanka premoženja po likvidaciji družbe veljajo enaka načela kot (praviloma) za udeležbo posameznih delničarjev v bilančnem dobičku družbe. Če ne pride do razdelitve premoženja po ključu sorazmernosti in so torej delničarji neenakopravno obravnavani in posamezni delničar prejme (na škodo drugega delničarja) več, kakor mu pripada, gre za prepovedano izplačilo, ki ga mora privilegirani delničar družbi vrniti.

32 Fiedler, str. 1.

33 Hüffer, str. 286.

Za razliko od odkritih prenosov premoženja – bodisi dovoljenih bodisi prepovedanih (prepovedana vračila vložka) – o katerih smo govorili zgoraj, so podlaga za prikrite prenose premoženja (ali prikrita vračila vložkov) običajno dvostranski pravni posli, ki jih sklepa družba z delničarjem ali delničarji.³⁴ V takšnih primerih je lahko obveznost družbe v nesorazmerju z obveznostjo delničarja – obveznost družbe po vrednosti presega delničarjevo nasprotno izpolnitev (objektivno nesorazmerje) – kar povzroči zmanjšanje premoženja družbe ali preprečitev njegovega povečanja.³⁵ Na ta način ima (samo) delničar neko posebno korist, ki se navzven ne kaže kot izplačilo dobička, na drugi strani pa se premoženje družbe zmanjšuje.

Kakor že povedano, so podlaga za prikrite prenose premoženja (ali prikrita vračila vložkov) običajno dvostranski pravni posli (sklepanja pogodb med družbo in delničarjem), ki jih sklepa družba z delničarjem oziroma delničarji. Kljub temu, da v delniškem pravu velja prepoved vračila vložka zaradi dolžnosti ohranitve vezanega premoženja družbe (prepoved zmanjševanja premoženja družbe v korist posameznih delničarjev družbe ali tretjih oseb, ki so povezane z delničarji), pa družbi ni prepovedano sklepati pravnih poslov s svojimi delničarji.³⁶ Dejstvo, da je posameznik delničar neke družbe, ne pomeni, da mu je zaradi tega prepovedano sklepati posle z družbo, katere delničar je, pod pogojem, da gre za pravne posle, ki bi jih družba v enakih okoliščinah sklenila tudi s tretjimi osebami (osebami, ki niso delničarji). Pravni posli, pri katerih so obveznosti pogodbenih strank enakopravne, ne pomenijo posega v vezano premoženje družbe in posledično ne pomenijo prepovedanega (prikritega) vračila vložka po splošni zakonski prepovedi.

Iz tega izhaja, da lahko prikrita izplačila dobička (prikrita vračila vložka) opredelimo tako:

- so posledica pravnih poslov, ki jih poslovodstvo družbe ne bi sklenilo s tretjimi osebami pod takšnimi pogoji, kot jih sklene z delničarjem,
- na podlagi takšnih pravnih poslov delničar oziroma z njim povezane osebe, prejme oziroma prejmejo neko posebno premoženjsko korist.³⁷

34 Fiedler, str. 1; Hüffer, str. 286; Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 481.

35 Tudi v primeru, če družba delničarju proda nek premoženjski predmet po vrednosti, ki je manjša od njegove dejanske vrednosti, medtem ko je pogodbeno dogovorjena vrednost enaka knjigovodski vrednosti takšnega predmeta (ali celo višja od knjigovodske vrednosti, vendar manjša od dejanske), so medsebojne pravice in obveznosti, ki izhajajo iz pogodbe neenake. Ne glede na to se premoženje družbe z bilančnega vidika ne zmanjša. Zmanjša pa se dejansko premoženje družbe in na ta način jamstvene zmogljivosti družbe. Tudi takšni pravni posli nasprotujejo določbam zakona, namen katerih je ohranitev premoženja (kapitala) družbe, in jih je treba obravnavati kot prepovedana vračila vložka. Iz tega izhaja, da zakon varuje ne le osnovni kapital družbe in druge vrste lastnega kapitala, temveč celotno premoženje delniške družbe, vključno s skritimi rezervami te družbe. Obstajajo pa tudi primeri prikritih prenosov premoženja (prikritih vračil vložka, prikritih izplačil dobička), ki na ravni družbe ne posegajo niti v njeno bilančno premoženje niti v skrite rezerve družbe. Če družba za delničarja opravi določene storitve ali mu prepusti v uporabo določeno premoženje po vrednosti, ki sicer krije stroške takšnih storitev oziroma v uporabo prepuščenega premoženja, hkrati pa je ta vrednost nižja od tržne vrednosti za takšne storitve oziroma pravico do uporabe premoženja družbe, se na ta način odpove možnosti, da bi družba ustvarila višje prihodke (odpove se možnosti povečanja premoženja družbe). V takšnem primeru interesi upnikov niso prizadeti. Ne glede na to pa je na podlagi takšnega pravnega posla delničar dobil neko posebno korist, ki je drugi delničarji niso imeli. Zaradi tega so vse oblike prikritih vračil vložka prepovedane. Fiedler, str. 5 in naslednje.

36 Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 481; Henze, Großkommentar, str. 122; Fiedler, str. 5; Schmidt, str. 896; Henze, Reichweite, str. 407; Hüffer, str. 286.

37 »Gre za pravni posel, ki delničarju zagotavlja neustrezno protidajatev oziroma protistoritev«, tako Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 481.

Če prejme delničar za svoje blago primerno plačilo, za storitve primerno provizijo, ali če za dobave družbe tej plača ustrezno nadomestilo, potem ne prejme nikakršne posebne koristi, ki bi pomenila prikrito izplačilo dobička. V nasprotnem primeru, ko medsebojne pravice in obveznosti niso izenačene, pa gre v bistvu z vidika delničarja za prejem neke posebne koristi iz premoženja družbe, ki pomeni prepovedano vračilo vložka.³⁸ To pomeni, da sklepanje pravnih poslov med družbo in delničarjem načelno ni prepovedano (oziroma vprašljivo), prepovedano pa je zagotavljanje ugodnejših pogojev v okviru sklepanja takšnih pravnih poslov.

Družba torej delničarju v okviru sklepanja medsebojnih pravnih poslov ne sme zagotoviti ugodnejših pogojev, kakor bi jih zagotovila tretji osebi. Če že v fazi sklenitve pravnega posla pride do odmika od tega načela, je takšen pravni posel očitno v nasprotju s prepovedjo vračila vložka (torej v nasprotju s prvim odstavkom 227. člena ZGD-1). Mogoči pa so primeri, ko je sicer pravni posel sklenjen pod tržnimi pogoji, nato pa družba v fazi izpolnitve pravnega posla delničarja obravnava drugače (ugodnejše), kakor bi obravnavala tretjo osebo. Za presojo, ali pravni posel, ki ga je družba sklenila z delničarjem, ne nasprotuje prepovedi vračila vložka, sta odločilni obe fazi, torej sklenitev in izpolnitev pravnega posla. Šele ko je pravni posel izpeljan (izvršen, dokončan) pod enakimi pogoji, kakor bi ga družba izpeljala s tretjo osebo, lahko sklenemo, da ni kršeno načelo prepovedi vračila vložka in da družba delničarju ni zagotovila neke posebne koristi, ki je prepovedana.³⁹ Le, kadar je pravni posel sklenjen in izpeljan pod enakimi pogoji, pod katerimi bi ga družba sklenila in izpeljala s tretjo osebo, lahko govorimo o nevtralnem pravnem poslu, ki glede na njegove posebne lastnosti (da je sklenjen z osebo, ki je hkrati delničar družbe) ne pomeni tveganja za vezano premoženje družbe.

Iz takšnega pojmovanja načela ohranitve kapitala izhaja tudi naša korporacijska zakonodaja, ki izrecno opredeljuje prikrito izplačilo dobička in ga prepoveduje. V skladu s tretjim odstavkom 227. člena ZGD-1 so nedopustna plačila za dajatve ali storitve delničarja ali z njim povezanih družb⁴⁰ v višini, ki presega njihovo pravo vrednost, ne glede na to, ali je bilo plačilo dano delničarju ali z njim povezani družbi ali tretjemu po naročilu delničarja. Prikrita izplačila dobička so prepovedana – enako, kot so prepovedana odkrita izplačila dobička, katerih vir za izplačilo je vezano premoženje družbe, in ne bilančni dobiček družbe, in se obravnavajo kot prepovedano vračilo vložka po prvem odstavku 227. člena ZGD-1.

Iz zapisanega izhaja, da:

1. prikriti prenosi premoženja načelno temeljijo na pravnih poslih, ki jih skleneta družba in delničar;
2. družbi ni prepovedano sklepati pravnih poslov z njenimi delničarji;

38 Schmidt, str. 896; Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 478; Hüffer, str. 286.

39 Henze, Großkommentar, str. 123 in 124.

40 Tudi na tem mestu bi bilo primerneje govoriti o povezanih osebah, in ne le o povezanih družbah. Delničar se lahko osebno zaveže družbi, katere delničar je, da ji bo dobavil določeno blago ali zanjo opravil določene storitve, družba pa mora zanj v zameno opraviti nasprotno dajatev oziroma storitev. Poleg tega se lahko do družbe zaveže tudi druga družba, ki je povezana z delničarjem. Prav tako pa se do družbe lahko zaveže tudi tretja oseba, ki ni družba, je pa povezana oseba z delničarjem. Primerneje bi torej bilo, da bi zakon na tem mestu uporabljal izraz povezane osebe, in ne le povezane družbe (izraz povezane osebe – tretjih – zakon sicer uporablja pri opredelitvi prikritega izplačila dobička).

3. vse pravne posle, ki jih sklepata družba in delničar, je treba presojeti z vidika temeljne prepovedi vračila vložka;
4. na podlagi prikritih prenosov premoženja delničar lahko prejme določeno posebno korist, ki je družba pod običajnimi pogoji poslovanja sicer ne bi zagotovila tretjim osebam, ki niso v vlogi delničarja;
5. vse posebne koristi, ki jih prejme delničar, je treba obravnavati kot prepovedana vračila vložka in jih mora delničar družbi vrniti.

1.3 Pogoji za prepovedana prikrita vračila vložka

1.3.1 Objektivno nesorazmerje med pogodbenimi obveznostmi

Kot smo že zapisali, so pravni posli med družbo in njenimi delničarji dopustni, je pa treba vse takšne pravne posle posebej skrbno presojeti, da se z njimi ne poseže v premoženje družbe, ki ga delniško pravo še posebej varuje pred delničarji družbe. V teoriji delniškega prava velja posebno pravilo kot podlaga za presojo pravnih poslov, sklenjenih med družbo in njenimi delničarji.

Pravni posel med družbo in delničarjem je dopusten, če delničar družbi v zameno za njeno izpolnitev zagotovi ustrezno (primerno) nasprotno izpolnitev.

Če je pravni posel izvršen v skladu s pravkar navedenim načelom, so varovani tako interesi upnikov družbe kakor tudi interesi drugih delničarjev. Pri presoji primernosti nasprotne dajatve delničarja pa je treba izhajati iz tržnega položaja.⁴¹

Povsem drugačna pa je presoja pravnih poslov, ki jih družba sklepa z delničarjem, če medsebojne pravice in obveznosti, ki jih pogodbene stranke prevzemajo s konkretno pogodbo, niso izenačene (enakovredne), kadar gre za pravni posel, na podlagi katerega družba v zameno za svojo izpolnitev ne prejme ustrezne nasprotne izpolnitve od delničarja – ko torej obstaja objektivno nesorazmerje med pogodbenimi obveznostmi in družba pravnega posla ne bi sklenila s tretjo osebo pod enakimi pogoji (npr. prodaja pod tržno ceno, nakup nad tržno ceno, plačilo določenih dvomljivih storitev, previsoka plačila za strokovno znanje itd.). Pravni posel, pri katerem nasprotne izpolnitve niso izenačene, je prepovedan in nasprotuje temeljnemu načelu prepovedi vračila vložka, saj delničar na podlagi takšnega pravnega posla v breme premoženja družbe prejme neko posebno korist.⁴²

Objektivno nesorazmerje je torej odločilna okoliščina za presojo dopustnosti pravnih poslov, ki jih družba sklepa z njenimi delničarji – je torej objektivna pogoj za prepovedana prikrita vračila vložka, ki se ugotavlja (načelno) na podlagi primerljivih tržnih cen.⁴³ Če primerljive tržne cene ne obstajajo, so lahko za obstoj objektivnega nesorazmerja odločilne druge vrednosti, npr. ponovna nabavna vrednost določenega premoženjskega predmeta, ki ga je sicer družba na podlagi pravnega posla prenesla na delničarja; borzna vrednost delnic (kot minimalna vrednost),

41 Fiedler, str. 6.

42 Fiedler, str. 8; Henze, Großkommentar, str. 124.

43 »Za neko dajatev ali storitev delničarja ne sme družba plačati več, kot naša tržna cena, razen če je delničarjeva izpolnitev podlaga za doseganje dodatnih koristi«, tako Henze, Großkommentar, str. 124; enako tudi Hüffer, str. 287.

če so predmet pravnega posla med družbo in delničarjem delnice, ki spadajo v premoženje družbe; če so predmet prodaje delnice, ki nimajo tržne vrednosti, so za presojo odločilne zadnje nabavne vrednosti takšnih delnic;⁴⁴ še posebej težko je ovrednotiti določene storitve delničarja – v takšnih primerih je dokazno breme o primernosti plačila, ki ga mora družba zagotoviti za storitve delničarja, izključno na tistem, ki opravi takšne storitve in zahteva za te storitve določeno plačilo.⁴⁵

Na drugi strani pa se zastavlja vprašanje, ali se poleg obstoja objektivnega pogoja (objektivno nesorazmerje med pogodbenimi obveznostmi) zahteva tudi obstoj subjektivnih pogojev, da lahko pravni posel med družbo in delničarjem označimo kot prepovedano vračilo vložka oziroma prikrit prenos premoženja (oziroma v davčnem pravu prikrito izplačilo dobička).

1.3.2 Pravni posel kot posledica *cause societatis* – subjektivni pogoj?

V teoriji delniškega prava se zastavlja vprašanje, ali pri presoji pravnih poslov, ki jih sklepata družba in delničar, in sicer z vidika njihovega (ne)nasprotovanja temeljnim načelom delniškega prava o ohranitvi premoženja družbe, zadošča presoja objektivnega pogoja, ali pa mora biti, da lahko govorimo o pravnem poslu, ki nasprotuje določbam o ohranitvi vezanega premoženja družbe, izpolnjen tudi kakšen subjektivni pogoj. Vprašanje je torej, ali zadošča objektivno nesorazmerje med nasprotnimi izpolnitvami, ali pa se (zato, da je nek pravni posel v nasprotju s temeljnimi načeli o ohranitvi premoženja družbe) zahteva tudi obstoj subjektivnega pogoja, in sicer, da je družba zavestno prevzela svojo obveznost izključno zaradi vloge druge pogodbene stranke (*causa societatis*), torej zato, ker sklepa posel z osebo, ki je hkrati delničar družbe, in mu s sklenitvijo posla želi (zavestno) zagotoviti posebno premoženjsko korist.⁴⁶

Stališča o tem vprašanju, tj. potrebnosti subjektivnih pogojev, so v literaturi različna. Nekateri avtorji menijo, da je treba pri presoji pravnih poslov izhajati iz obeh izpolnjenih pogojev, torej da mora poleg objektivnega nesorazmerja med pogodbenimi obveznostmi obstajati tudi vzročnost (*causa societatis*) pri sklenitvi takšnega pravnega posla, da bi bil posel v nasprotju z določbami o ohranitvi premoženja družbe (določbami o ohranitvi kapitala).⁴⁷ Subjektivni pogoj naj bi bilo dejstvo, da družba s tretjo osebo ne bi sklenila takšnega pravnega posla pod enakimi pogoji. Zagovorniki nasprotnega stališča se zavzemajo le za presojo pravnega posla z vidika objektivnega pogoja, tj. objektivnega nesorazmerja med pogodbenimi obveznostmi.⁴⁸ Tudi v tem primeru se pravni posel med družbo in delničarjem primerja s pravnim poslom, ki bi ga družba sklenila s tretjo osebo,

44 Hüffer, str. 287.

45 Henze, Großkommentar, str. 125; Hüffer, str. 287.

46 Zastavlja se torej vprašanje »vzročne zveze« med sklenjenim poslom in vlogo druge pogodbene stranke oziroma ali bi družba s tretjo osebo, ki ni v vlogi njenega delničarja, sklenila pravni posel pod enakimi pogoji ali ne. Če ni tako, je pravni posel sklenjen na podlagi korporacijskega razmerja med družbo in delničarjem – torej *causa societatis*.

47 Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Mohr Verlag, str. 118 in naslednje; Baumbach/Hueck, Aktiengesetz, Gebundene Ausgabe, Verlag C. H. Beck, 1999, §57, str. op. št. 7.

48 Fiedler, str. 6 in naslednje; Hüffer, str. 287 in naslednje; Henze, Großkommentar, str. 125 in naslednje; Henze, Reichweite, str. 407; Bommert, str. 34.

torej ali bi družba s tretjim sklenila pravni posel pod enakimi pogoji (če je odgovor negativen, je objektivni pogoj izpolnjen in pravni posel nasprotuje določbam o ohranitvi kapitala delniške družbe). Ne glede na različna pojmovanja pa je (končni) izid v obeh primerih enak – pravni posel med družbo in njenim delničarjem je dopusten, če so obveznosti obeh pogodbenih strank enake oziroma enakovredne.

Če izhajamo iz pravkar zapisane ugotovitve, da je vsak pravni posel med družbo in njenim delničarjem dopusten, če so obveznosti obeh pogodbenih strank enakovredne, potem ne moremo spregledati logične posledice, ki izhaja iz takšne ugotovitve, ki se glasi: *Vsak pravni posel, na podlagi katerega družba prevzema v razmerju do delničarja večje obveznosti, kot pa jih bo v zameno (od delničarja) prejela, je nedopusten in pomeni neposreden poseg v vezano premoženje družbe, ki je predmet varstva.*

Iz navedenega izhodišča izhaja tudi ZGD-1, in sicer v tretjem odstavku 227. člena, ki je sistematično sicer uvrščen v člen, ki prepoveduje vračilo vložka, kjer so opredeljena t. i. prikrita izplačila dobička. Tako zakon izrecno prepoveduje, da bi družba delničarju za njegove dajatve ali opravljene storitve plačala več od tržne vrednosti takšnih dajatev ali storitev. Iz tako oblikovane zakonske norme izhaja, da je sklepanje pravnih poslov med družbo in delničarjem dopustno le, če so pogodbene obveznosti, ki izhajajo iz takšnega pravnega posla, enakovredne. V nasprotnem primeru je pravni posel nedopusten, saj je posledica izvršitve takšnega pravega posla (nedopustno) zmanjšanje vezanega premoženja delniške družbe, ki na drugi strani ne povzroči ustreznega povečanja zaradi izpolnitve obveznosti delničarja. Pri tem ni pomembno, iz katerega vira družba izvrši takšna izplačila, kajti vsaka oblika vračila vložka (tako odkrito kot prikrito vračilo) je prepovedana, razen če zakon določa drugače.⁴⁹

Namen zakonskih določb o ohranitvi premoženja (kapitala) družbe je varstvo premoženja družbe pred posegi delničarjev v takšno premoženje. Vsa izplačila iz premoženja družbe, razen izplačil dividend iz bilančnega dobička družbe, so prepovedana in se obravnavajo kot vračilo vložka delničarju. Na ta način zakonodajalec upošteva absolutno vezanost premoženja družbe, in sicer predvsem zaradi varstva upnikov družbe. Enako se presojajo tudi pravni posli, ki jih družba sklene z delničarjem: če so takšni pravni posli sklenjeni pod tržnimi pogoji, ne pomenijo tveganja za vezano premoženje družbe, v nasprotnem primeru pa se šteje, da je družba delničarju na prikrit način vrnila njegov vložek v družbo.

Pravni posel, ki ga družba sklene z delničarjem in ki temelji na neenakih pogodbenih obveznostih, je nedopusten – objektivno nesorazmerje med pogodbenimi obveznostmi torej pomeni, da je družba delničarju izvršila prepovedano vračilo vložka po prvem odstavku 227. člena ZGD-1. Takšna ureditev je povsem usklajena z namenom zakonskih določb, ki je varstvo premoženja družbe. Če bi takšen pravni posel presojali tudi z vidika subjektivnega pogoja, »ali je nedopustnost prikritega vračila vložka odvisna od zavestnega ravnanja družbe, da delničarju zagotovi neko

49 Zakon prepoveduje takšne transakcije ne glede na to, ali je v pasivi vir za izplačilo dobiček, ali tega vira v pasivi ni. Tudi v primeru, če je vir za izplačilo dobiček, gre za nedopustno plačilo, ki ga zakon prepoveduje. Tako Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 482.

posebno korist«, bi takšna presoja lahko pomenila presojo v nasprotju s temeljnim namenom določb o ohranitvi kapitala. Subjektivni pogoj tako ne bi bil izpolnjen, če bi poslovodstvo družbe pri sklepanju pravnega posla z delničarjem zmotno menilo, da sklepa posel pod tržnimi pogoji. Enaka posledica bi nastopila tudi v primeru, če poslovodstvo družbe v okviru sklepanja posla ne bi vedelo, da sklepa pravni posel z osebo, ki je hkrati delničar družbe.⁵⁰ Če bi bil za presojo nedopustnosti posameznega pravnega posla poleg objektivnega pogoja (objektivno nesorazmerje med pogodbenimi obveznostmi) odločilen tudi subjektivni pogoj, bi določbe o varstvu premoženja družbe izgubile svoj pomen oziroma ne bi bile učinkovite. Tako bi lahko pravni posel, pri katerem obveznosti pogodbenih strank (v škodo družbe) niso enakovredne in je torej sicer izpolnjen objektivni pogoj za nedopustnost takšnega pravnega posla, dejansko povzročil zmanjšanje premoženja družbe (ki se ga želi zaščititi), vendar bi bilo takšno zmanjšanje premoženja družbe dopustno, ker ne bi bil izpolnjen subjektivni pogoj. Namen zakonskih določb o ohranitvi premoženja družbena ta način ne bi bil dosežen.⁵¹

Glede na to lahko ugotovimo, da bi uporaba subjektivnega pogoja pri presoji nedopustnosti pravnega posla, ki ga sklepata družba in delničar, nasprotovala temeljnemu namenu zakonskih določb o ohranitvi premoženja družbe in bi na ta način zmanjšala njihov pomen. Tako kaže zavzeti stališče, da je treba pri presoji nedopustnosti pravnega posla izhajati izključno iz objektivnega pogoja, tj. objektivnega nesorazmerja med pogodbenimi obveznostmi, če želimo doseči absolutno zaščito premoženja družbe pred nedopustnimi posegi delničarjev. Pravni posel med družbo in delničarjem je nedopusten, če takšnega pravnega posla vesten in pošten poslovodja (uprava) ne bi sklenil s tretjo osebo. Takšen pravni posel je torej lahko tudi izjemoma dopusten, če bi ga poslovodstvo, ki pri sklepanju pravnega posla ravna s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika, ne glede na podano objektivno nesorazmerje med pogodbenimi obveznostmi, vseeno sklenilo.⁵²

1.4 Značilne pojavnne oblike prikritih vračil vložka

Ker so tovrstne oblike vračil vložka običajno prikrite s sklepanjem pravnih poslov med družbo in delničarjem (družba delničarju s sklenitvijo in izpolnitvijo pravnega posla zagotovi neko posebno korist, ki se šteje za prepovedano vračilo vložka), je v praksi veliko različnih pravnih poslov, ki dejansko (v določenem delu) zaradi zmanjševanja premoženja družbe pomenijo prepovedano vračilo vložka delničarju. Poleg velikega števila pravnih poslov, ki lahko pomenijo prikrito vračilo vložka, je druga značilnost takšnih pravnih poslov tudi njihova različna stopnja zapletenosti in kompleksnosti, kar v praksi povzroča dodatne probleme pri ugotavljanju prikritih vračil vložka.

Opredelitev prikritega izplačila dobička (prikritega vračila vložka) iz tretjega odstavka 227. člena ZGD-1 zajema le najznačilnejše (in po drugi strani tudi najenostavnejše) oblike prikritih izplačil dobička – previsoko plačilo za dajatve ali storitve delničarja.

50 Fiedler, str. 8.

51 Henze, Großkommentar, str. 126.

52 Fiedler, str. 9.

V takšnih primerih se prikrito izplačilo dobička lahko ugotovi že z uporabo metode primerljivih tržnih cen – pravni posel, ki sta ga sklenila družba in delničar, se glede pogodbenih pogojev in pogodbene vrednosti primerja s tržnimi pogoji in tržnimi vrednostmi, torej se izvede primerjava takšnega pravnega posla s pravnim poslom, ki bi ga družba sklenila pod običajnimi pogoji poslovanja (s tretjim). Vendar je problem prikritih izplačil dobička običajno širši in bolj zapleten, saj v praksi potekajo pravni posli, pri katerih se prikrito izplačilo dobička ne »skriva« le v previsokem plačilu za dajatve ali storitve, ki jih za družbo opravi delničar, temveč se delničarju na podlagi določenega pravnega posla zagotovijo druge koristi (ugodnosti), ki sicer niso razvidne na prvi pogled, pa so vendar prikrito vračilo vložka oziroma prikrito izplačilo dobička.

Tega dejstva se je zakonodajalec seveda zavedal in je v tretjem odstavku 227. člena ZGD-1 opredelil le najznačilnejšo obliko prikritega izplačila dobička, pomen tretjega odstavka 227. člena ZGD-1 pa je seveda širši – poleg odkritih vračil vložka so (še toliko bolj) prepovedana tudi prikrita vračila vložka (ki se v zakonu imenujejo prikrita izplačila dobička), in sicer ne glede na njihovo pojavno obliko – plačilo za dajatve ali storitve delničarja, ki presega tržno vrednost takšnih dajatev ali storitev, je le najznačilnejša pojavna oblika prikritih izplačil dobička. Vse, kar delničar prejme od družbe v zameno za svoje dajatve ali storitve ali tudi sicer in družba v okviru rednega poslovanja tega ne bi zagotovila tretji osebi, se šteje za prikrito izplačilo dobička in je kot takšno prepovedano.

Kot prikrita vračila vložkov se v praksi najpogosteje izpostavljajo:

1. Plačilo za nedopustno pridobitev lastnih delnic družbe se šteje za vračilo vložka po prvem odstavku 227. člena ZGD-1. Če družba od delničarja odkupi lastne delnice, se takšen pravni posel šteje za nedopusten, plačila, ki jih družba opravi na podlagi takšnega pravnega posla, pa se štejejo za vračilo vložka (pravni posel se lahko sklene le z delničarjem družbe, plačilo kupnine pa ne pomeni delitve bilančnega dobička).⁵³ To izhaja že iz splošnega namena določb o ohranitvi premoženja,⁵⁴ saj bi družba, ki bi od delničarjev kupovala lastne delnice, posegala v vezano premoženje družbe, izvršena plačila za takšne delnice pa bi zmanjševala njeno premoženje, po drugi strani pa takšne delnice nimajo za družbo nikakršne stvarne vrednosti.⁵⁵ Načelo, da se plačila za nedovoljeno pridobitev lastnih delnic štejejo za vračilo vložka delničarju, pa je konkretizirano tudi na podlagi drugega odstavka 227. člena ZGD-1, ki opredeljuje plačila, ki se ne štejejo za vračilo vložka, in ki torej določa izjeme od splošnega pravila iz prvega odstavka istega člena. Kot takšna se v skladu z drugo alinejo drugega odstavka 227. člena izrecno ne štejejo plačila družbe delničarju zaradi dopustne (odplačne) pridobitve lastnih delnic.

Usoda pravnega posla oziroma izplačila odkupne vrednosti za takšne delnice je torej odvisna od tega:

53 Hüffer, str. 291; Henze, Reichweite, str. 405; Schmidt, str. 900; Lange, Verdeckte Gewinnausschüttungen, Systematische Darstellung der Voraussetzungen und Auswirkungen, 7. Auflage, NWB Verlag, 1998, str. 523; Wieneke/Förl, str. 191.

54 Henze, Reichweite, str. 406.

55 Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 491.

- ali gre za nedopustno pridobitev lastnih delnic s strani družbe – v takšnem primeru je pravni posel z vidika prvega odstavka 227. člena ZGD-1 nedopusten, plačilo družbe delničarju pa se šteje za vračilo vložka;
- ali gre za dopustno pridobitev lastnih delnic s strani družbe – v takšnem primeru je pravni posel z vidika prvega odstavka 227. člena ZGD-1 sicer dopusten,⁵⁶ plačilo družbe delničarju pa se kljub temu presoja glede primernosti njegove višine (podrobneje glej v nadaljevanju).

Če torej družba pridobi lastne delnice odplačno od delničarja in se takšna pridobitev šteje za dopustno pridobitev lastnih delnic po 247. členu ZGD-1, je pravni posel dopusten, plačilo delničarju pa se ne šteje za vračilo vložka, torej zakon dovoljuje izplačila delničarju na podlagi takšnega pravnega posla. Vendar takšna izrecna zakonska določba ne pomeni, da so dopustna kakršnakoli izplačila. Če zakon v določenih primerih dopušča pridobitev lastnih delnic, to še ne pomeni, da se plačilo za takšne delnice v vsakem primeru šteje za dopustno, oziroma da takšno plačilo v nobenem primeru ne more pomeniti vračila vložka po prvem odstavku 227. člena zakona.⁵⁷

Tudi v primeru, ko družba pridobiva lastne delnice v skladu z zakonom, se – enako kot v vseh drugih primerih pravnih poslov, ki jih sklepa družba in delničar – plačilo za takšne delnice ne šteje za vračilo vložka, če višina plačila ustreza vrednosti pridobljenih delnic – samo v takšnem primeru, ko družba za svojo dajatev dobi (po vrednosti) ustrezno nasprotno dajatev, ne pride do zmanjšanja premoženja družbe, temveč le do prestrukturiranja takšnega premoženja.⁵⁸ Realno premoženje družbe (ki je predmet varstva) se v takem primeru ne zmanjša. Če pa delničar za podane delnice prejme višjo plačilo, kot je tržna vrednost delnic (če imajo delnice borzno vrednost, potem se lahko izvrši plačilo le do te vrednosti), se razlika med višjo prodajno vrednostjo in nižjo tržno vrednostjo delnic šteje za vračilo vložka.⁵⁹

2. Zagotovitev posojila delničarju pod pogoji, ki so ugodnejši od tržnih pogojev. Če družba delničarju zagotovi posojilo pod enakimi pogoji, kot bi ga zagotovila tretji osebi, potem delničar ne prejme nikakršne posebne koristi, ki bi bila prepovedana zaradi prepovedi vračila vložka.⁶⁰ V tem primeru gre za kreditni posel, kakor bi ga družba sklenila z osebo, ki ni njen delničar. Če pa družba pri takšnem poslu delničarja obravnava ugodneje – bodisi mu

⁵⁶ Wieneke/Förl, str. 191.

⁵⁷ Hüffer, str. 291.

⁵⁸ Popolnoma enaka pravila veljajo v primerih, če delnice od delničarja kupuje druga družba, ki je odvisna družba družbe, katere delnice so predmet prodaje oziroma nakupa, ali če je takšna družba v večinski lasti družbe, katere delnice so predmet prodaje ali nakupa. Če je torej takšen posredni nakup lastnih delnic zakonsko dopusten, se plačilo delničarju ne šteje za vračilo vložka, če višina plačila ustreza tržni vrednosti delnic, ki so predmet pravnega posla. Morebitni presežek pomeni vračilo vložka. Tudi sprejem lastnih delnic v zastavo je treba presojati popolnoma enako. Henze, Reichweite, str. 407.

⁵⁹ Henze, Großkommentar, str. 136; Hüffer, str. 291;

⁶⁰ Takšen pravni posel lahko sicer nasprotuje načelu enakega obravnavanja delničarjev, lahko pa pomeni tudi poslovanje uprave v nasprotju s temeljnim načelom vestnega in poštenega gospodarstvenika, če je na ta način ogrožena likvidnost družbe. Nikakor pa takšen pravni posel ne pomeni vračila vložka. Schmidt, str. 897; enako tudi Lange, str. 522; Prühs, GmbH: Verdeckte Gewinnausschüttung, 2. Auflage, VSRW-Verlag, Bonn, 2001, str. 44 in naslednje.

zagotovi brezobrestno posojilo bodisi mu zagotovi posojilo, za katero mora delničar sicer plačevati obresti, vendar je dogovorjena obrestna mera nižja od tržne obrestne mere, ali družba za dano posojilo ne zahteva ustreznega zavarovanja, oziroma če zagotovi delničarju posojilo, ki ga tretji osebi v nobenem primeru ne bi zagotovila, se premoženje družbe zmanjša, saj ta v zameno za zagotovitev posojila ne prejme ustreznega nadomestila. Takšno posojilo bi pomenilo prepovedano vračilo vložka. Enako kot zagotovitev posojila pod ugodnejšimi pogoji je treba obravnavati tudi primere, ko družba delničarju omogoči odlog plačila njegove obveznosti. Podaljšanje zapadlosti dejansko pomeni kreditiranje delničarja, za družbo pa pomeni povečano nevarnost. Takšno posredno kreditiranje bi bilo dopustno (ne bi bilo v nasprotju s prepovedjo vračila vložka) le, če bi bila družba pripravljena tudi tretji osebi pod enakimi pogoji omogočiti odlog plačila in če bi v zameno prejela primerno nadomestilo.⁶¹

3. Zagotovitev zavarovanj za obveznosti, ki jih ima delničar do tretjih oseb. Tudi takšna zavarovanja, ki jih družba zagotovi v korist delničarja, se ne glede na njihovo pravno obliko obravnavajo kot prikrita vračila vložka, če jih družba v nobenem primeru ne bi zagotovila tretji osebi ali če družba v zameno za ustanovitev takšnega zavarovanja ne prejme ustreznega nadomestila, kakor se sicer zaračunava pri tovrstnih poslih v okviru bančnega poslovanja. Družba v takšnih primerih zagotovi delničarju kredit na svoje stroške oziroma v breme svojega premoženja. Že zagotovitev zavarovanja pomeni prepovedano dejanje, in ne šele morebitna unovčitev takšnega zavarovanja.⁶² Za prepovedano vračilo vložka gre lahko tudi v primeru, ko družba zavaruje terjatve delničarja, ki jih ima ta do tretje osebe, ki ji je zagotovil posojilo. Družba na ta način delničarju zagotovi posebno korist, ki se šteje za vračilo vložka, in sicer s tem, da zmanjša tveganje delničarja pri takšnem poslu tako, tveganje neplačila posojila, ki ga je delničar zagotovil tretji osebi, prevzame družba, in sicer v breme svojega premoženja. Tudi v takšnem primeru se že zagotovitev takšnega zavarovanja šteje za prepovedano dejanje, in ne šele morebitna izpolnitev obveznosti, ki jo je družba s takšnim pravnim poslom prevzela.
4. Prodaja blaga ali oprava storitev po nabavni vrednosti oziroma vrednosti, ki zadošča le za pokrite stroškov. Če družba delničarju proda blago oziroma nek premoženjski predmet, ki pripada družbi, po ceni, ki zadošča le za pokritje nabavne vrednosti takšnega blaga oziroma predmeta, potem je običajno takšen posel sklenjen zaradi vloge druge pogodbene stranke – delničarja, torej je sklenjen zaradi vloge posameznika v družbi (*causa societatis*). Ne glede na to, da je takšen posel sicer sklenjen *causa societatis*, pa na podlagi takšnega pravnega posla (z bilančnega vidika) ne pride do realnega zmanjšanja premoženja družbe. V takšnem primeru bi tak pravni posel ne nasprotoval določbam o zaščiti premoženja družbe oziroma prepovedi vračila vložka. Vendar je treba na celotno zadevo gledati z drugega zornega kota, in ne z bilančnega vidika (z vidika katerega je tak pravni posel nevtralen in ne pomeni vračila vložka). O posegu v vezano premoženje družbe govorimo ne le takrat, ko se realno premoženje družbe zmanjša, temveč tudi, ko se to premoženje ne poveča, pa bi se po normalnem

61 Henze, Großkommentar, str. 127.

62 Hüffer, str. 288; Henze, Großkommentar, str. 128; Lange, str. 520.

teku stvari (če bi bil posel sklenjen in izvršen pod tržnimi pogoji) povečalo, kajti tudi pravni posel, na podlagi katerega se siceršnje premoženje družbe ne zmanjša, vendar se to premoženje tudi ne poveča, pomeni prepovedani pravni posel in je podlaga za prepovedano vračilo vložka. Za presojo pravnih poslov, ki jih družba sklepa s svojim delničarjem, so tako odločilne tržne cene, in ne bilančne posledice takšnega pravnega posla.⁶³ Iz pravkar zapisanega je lepo razviden tudi popolni (absolutni) obseg varstva premoženja družbe, ki se ga želi zavarovati pred nedovoljenim posegi delničarjev – varuje se celotno premoženje družbe, vključno s skritimi rezervami. Če družba delničarju zagotovi neko blago (ali storitve) po vrednosti, ki sicer zadošča za kritje nabavnih in drugih stroškov, povezanih s predmetom prodaje, in bi se na trgu dala za to blago doseči višja (tržna) vrednost, je takšen pravni posel v nasprotju s prvim odstavkom 227. člena ZGD-1 in pomeni prikrito vračilo vložka delničarju (enako velja tudi v primeru zagotovitve pravice do uporabe določenega premoženja družbe). V nasprotnem primeru, ko bi se tudi na trgu dala doseči le cena, ki zadošča za kritje nabavnih stroškov (in drugih stroškov, povezanih s predmetom prodaje), seveda ne gre za pravni posel, ki bi nasprotoval določbam o ohranitvi kapitala družbe.⁶⁴

5. Plačilo za umik izpodbojne tožbe, ki jo je proti sklepom skupščine vložil (ali napovedal) delničar.⁶⁵ Če družba na podlagi izplačila v breme premoženja družbe doseže umik izpodbojne tožbe, ki jo je vložil njen delničar, ali če na ta način prepreči njeno vložitev, je takšno izplačilo delničarju opravljeno v nasprotju s temeljnim načelom ohranitve kapitala delniške družbe (takšno plačilo pomeni vračilo vložka po prvem odstavku 227. člena ZGD-1). Delničarjev prejemek je tako izplačan iz vira, ki ni bilančni dobiček družbe, poleg tega pa lahko družba takšno plačilo opravi edino osebi, ki je hkrati njen delničar, ne pa tudi tretjemu. Takšna plačila se v vsakem primeru obravnavajo kot prepovedana vračila vložka (ne glede na to, ali je tožba delničarja utemeljena ali pa gre le za zlorabo tega pravnega instrumenta z namenom oviranja normalnega poslovanja delniške družbe) in so torej zmeraj prepovedana, ne glede na obliko oziroma način (poravnava, prevzem stroškov postopka itd.) njihove izvedbe.

Kot primeri prepovedanih prikritih prenosov premoženja se v literaturi navajajo tudi: previsoka plačila za dodatne storitve delničarjev; zagotovitev licence, ki jo ima družba, delničarju pod neobičajno ugodnimi pogoji;⁶⁶ izplačila delničarjem po opravljenem postopku zmanjšanja osnovnega kapitala družbe z umikom delnic, če so opravljena v nasprotju s določbami zakona o varstvu upnikov družbe;⁶⁷ izplačilo previsokih provizij oziroma prejemkov delničarjem; prodaja delnic ali poslovnih deležev, ki jih ima družba v svojem premoženju, delničarju po prenizki vrednosti;⁶⁸ dogovor, v skladu s katerim je dolžnik družbe z izpolnitvijo svoje obveznosti, ki jo ima sicer do družbe, delničarju prost svoje obveznosti do družbe;⁶⁹ predčasno

63 Schmidt, str. 896; Henze, Großkommentar, str. 132; Fiedler, str. 2 in 5.

64 V takšnem primeru sicer ne gre za kršitev temeljnega načela prepovedi vračila vložka in je pravni posel s tega vidika seveda dopusten, kljub temu pa to ne pomeni, da takšen pravni posel ne nasprotuje nekaterim drugim temeljnim načelom delniškega prava, na primer načelu enakega obravnavanja delničarjev, načelu zvestobe itd.

65 Hüffer, str. 285 in 288.

66 Lange, str. 535.

67 Henze, Großkommentar, str. 126.

68 Smiselno primerjaj Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 481.

69 Hüffer, str. 287; Henze, Großkommentar, str. 126.

vračilo posojila s strani družbe posojilodajalcu, ki še ni zapadlo v plačilo, in takšno vračilo ni posledica razveljavitve posojilne pogodbe, pri čemer se delničar, ki je prevzel poroštvo za takšno posojilo, predčasno razbremeni svoje odgovornosti;⁷⁰ plačila visokih honorarjev za enostavne projekte, prav tako tudi plačila visokih honorarjev za svetovanja, ne da bi bilo svetovanje opravljeno,⁷¹ itd.

1.5 Subjekti, na katere se prepoved vračila vložka nanaša

Sistematično je 227. člen ZGD-1 uvrščen v četrti oddelek četrtega poglavja, ki ureja pravna razmerja med družbo in delničarji. Prepoved vračila vložka velja torej v razmerju med družbo in njenimi delničarji, kar je logično glede na namen določb o ohranitvi kapitala delniške družbe, s katerimi so prepovedana vsakršna izplačila iz premoženja družbe, ki ne temeljijo na bilančnem dobičku. Naslovnika zakonske prepovedi vračila vložka (prvi odstavek 227. člena ZGD-1) sta tako družba in delničar. Družba ne sme v breme svojega premoženja izvršiti nikakršnega izplačila v korist delničarja (premoženje družbe je vezano), razen če takšno izplačilo dopušča zakon. Delničar pa do takšnega izplačila ni upravičen in ga mora družbi vrniti (razen če zakon določa drugače, npr. v primeru dobrovernega prejema dividend) na podlagi 233. člena ZGD-1.

1.5.1 Družba in delničar kot primarna naslovnika prepovedi vračila vložka

Delničar vložek izroči družbi, torej bi načelno lahko le družba izvršila vračilo tega, kar je prejela, prav tako pa lahko načelno le tisti, ki je družbi izročil vložek, tega dobi vrnjenega. Ker je pomen izraza vložek širši (glej zgoraj) kot le dobesedni, je za uporabo zakonske prepovedi vračila vložka povsem brezpredmetno, ali je delničar že izpolnil svojo obveznost oziroma ali jo je izpolnil v celoti in ali izročeni vložek po obsegu ustreza višini vrnjenega vložka. Prav tako je brezpredmetno, ali je vračilo opravljeno delničarju, ki se je zavezal družbi izročiti vložek in ga je pozneje tudi izročil, ali pa se vračilo opravi poznejšemu delničarju, ki je delnice pridobil od predhodnega delničarja, in zaradi tega ni prevzel obveznosti vplačila vložka do družbe in tega družbi tudi ni izročil.

V zvezi z opredelitvijo naslovnikov zakonske prepovedi vračila vložka pa se kljub temu zastavljajo nekatera vprašanja, in sicer predvsem glede tega, ali lahko govorimo o prepovedanem vračilu vložka tudi v drugih primerih, ko se v dejansko stanje iz prvega odstavka 227. člena ZGD-1 vmeša tretja oseba (bodisi na strani družbe bodisi na strani delničarja), in sicer:

- ko namesto družbe nekdo drug delničarju izvrši določena plačila, ali
- ko družba izvrši določena plačila osebi, ki sicer ni v vlogi delničarja, ali
- ko tretja oseba izvrši določena plačila osebi, ki sicer ni v vlogi delničarja.

⁷⁰ Henze, Großkommentar, str. 126.

⁷¹ Lange, str. 519; Wagner, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, Aktuelle Fallgestaltungen im Gesellschafts-, Steuer- und (Steuer-) Strafrecht, Verlag Recht und Wirtschaft, 2000, str. 95 in naslednje; Prühs, str. 87.

Razumevanje zakonske prepovedi vračila vložka tako, da sta naslovnika prepovedi iz prvega odstavka 227. člena ZGD-1 le družba in delničar, bi bilo preozko in bi onemogočalo učinkovito varstvo premoženja družbe. Če bi se za prepovedana vračila vložkov šteli le neposredni prenosi premoženja družbe na njenega delničarja, bi se takšna prepoved lahko dokaj enostavno zaobšla tako, da bi se na eni ali drugi strani v »transakcijo« vključila tretja oseba, tako da ne bi mogli več govoriti o prikritem vračilu vložka, ker ne bi bili izpolnjeni vsi pogoji za takšno opredelitev. Ker je namen zakonskih določb o ohranitvi premoženja družbe zaščititi celotno premoženje družbe pred nezakonitimi posegi delničarjev v to premoženje, morajo biti v zakonsko prepoved vračila vložka zajete tudi vse posredne oblike takšnega vračila – posli, pri katerih se z vključevanjem tretjih oseb v dejansko stanje skuša zakriti dejanski tok kapitala – iz premoženja družbe k njenemu delničarju. Pri presoji, ali gre v konkretnem primeru za vračilo vložka delničarju, tako ne sme biti odločilna struktura (in vloge) strank takšnega posla, temveč njegovi ekonomski učinki (ali posel glede njegovih ekonomskih učinkov pomeni prepovedano vračilo vložka zaradi zakonske prepovedi vračila vložka).⁷²

Tako lahko zapišemo, da lahko delničarju prepovedano vračilo vložka izvrši tudi oseba, ki ni družba, v kateri ima delničar svoj »vložek«, in seveda tudi obratno, da se tudi plačila, ki jih družba izvrši osebi, ki ni njen delničar, lahko štejejo za prepovedano vračilo vložka delničarju te družbe.

V praksi je tako treba ločiti med naslednjimi primeri:

- na mestu družbe je tretja oseba, katere izpolnitev delničarju se obravnava kot prepovedano vračilo vložka (izpolnitev tretje osebe dejansko pomeni poseg v vezano premoženje družbe),⁷³
- družba izvede izpolnitev tretji osebi, ki ni delničar, pri čemer pa se ekonomski učinki takšne izpolnitve lahko pripišejo delničarju.⁷⁴

Enako kakor v okviru pojavnih oblik prepovedanih vračil vložka, da so prepovedana vsa dejanja, ki pomenijo vračilo vložka ne glede na to, ali gre za odkrito ali prikrito vračilo vložka, lahko zapišemo tudi v tem poglavju, in sicer, da so neposredna vračila vložka (absolutno) prepovedana, prav tako pa so prepovedana posredna vračila vložkov, če se pri presoji ekonomskih učinkov določenih poslov izkaže, da je treba njihove učinke pripisati delničarju družbe.

1.5.2 Vmešavanje tretjih oseb v dejansko stanje prepovedi vračila vložka

1.5.2.1 Vračilo vložka delničarju s strani tretje osebe

Ob jezikovni razlagi prvega odstavka 227. člena ZGD-1 se kot prepovedana vračila vložka obravnavajo le izpolnitve, ki jih delničarju opravi družba. Vendar takšno (preozko) pojmovanje zakonske prepovedi vračila vložka ne bi zagotavljajo

⁷² Henze, Großkommnetar, str. 138.

⁷³ Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 480; Henze, Großkommentar, str. 138; Hüffer, str. 288.

⁷⁴ Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 480; Henze, Großkommentar, str. 138 in 140; Hüffer, str. 288.

popolnega varstva premoženja družbe. Zaradi tega se je v delniškem pravu uveljavilo stališče, da je treba tudi izpolnitve tretjih oseb, ki jih te opravijo za tuji račun, tj. račun družbe, obravnavati enako kakor neposredne izpolnitve s strani družbe.⁷⁵

Delničarju in tretjim osebam seveda ni prepovedano medsebojno sklepati pogodb in izpolnjevati pogodbeno prevzetih obveznosti. Tako lahko tretja oseba delničarju prosto izvršuje plačila in zagotavlja druge ugodnosti. Takšna izplačila tretje osebe so z vidika premoženja neke družbe nevtralna. V takem primeru tretja oseba ravna v svojem imenu in za svoj račun (torej na lastno odgovornost). Če pa (in le v tem primeru) tretja oseba s takšnimi plačili (bodisi neposredno bodisi posredno) obremeni premoženje družbe, se takšna plačila (ki jih sicer neposredno ne opravi družba) obravnavajo kot prepovedana plačila zaradi zakonske prepovedi vračila vložka, seveda pod dodatnim pogojem, da bi se takšna izplačila tudi v primeru, če bi jih opravila družba, štela za prepovedana vračila vložka. V takem primeru tretja oseba sicer ravna v svojem imenu, vendar za račun družbe (v breme premoženja družbe – premoženje družbe se zmanjša enako, kot če bi družba izvedla izplačilo delničarju).

1.5.2.2 Vračilo vložka delničarju prek tretje osebe

Zakonski opis prepovedanega dejanskega stanja vračila vložka predvideva (sicer ne izrecno tako kakor v nemškem delniškem pravu) vračilo vložka delničarju. Družba (ali tretja oseba za račun družbe) ne sme delničarju opraviti nikakršnega izplačila v breme premoženja družbe, razen če zakon določa drugače. Vendar je treba zakonsko določbo tudi v tem delu (enako kot v primeru opredelitve »družbe«) razlagati širše, da bi bilo lahko varstvo premoženja družbe učinkovito. Tako je treba sprejeti stališče, da lahko tudi izpolnitve, ki jih družba ne opravi delničarju, temveč tretjim osebam, ob izpolnjevanju določenih pogojev pomenijo prepovedano vračilo vložka delničarju.⁷⁶

Ne glede na pravkar zapisano se izplačila, ki jih družba opravi tretjim osebam (načelno), ne štejejo za prepovedano vračilo vložka in torej ne zapadejo pod zakonsko prepoved iz prvega odstavka 227. člena ZGD-1. Takšna izplačila torej niso zajeta z zakonskim dejanskim stanjem splošne prepovedi vračila vložka, lahko pa so podlaga za odškodninsko odgovornost uprave, če se dokaže, da uprava pri takšnih izplačilih ni ravnala v skladu z dolžno skrbnostjo.⁷⁷

V določenih primerih je glede na bistvo in cilje temeljnega načela ohranitve kapitala treba določena izplačila, ki jih družba sicer opravi tretjim osebam, *obravnavati enako kot izplačila, ki jih družba izvrši neposredno delničarju.*⁷⁸

75 Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 480; Hüffer, str. 288; Henze, Großkommentar, str. 138 in naslednje; Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften – abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 118, 1999, str. 308 in naslednje; Fiedler, str. 6; Schmidt, str. 896.

76 Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 480; Hüffer, str. 288; Henze, Großkommentar, str. 140.

77 Henze, Großkommentar, str. 140.

78 Hüffer, str. 288.

Kot takšna je treba predvsem obravnavati:

1. Izplačila, ki jih družba opravi nekdanjim ali prihodnjim delničarjem.⁷⁹ Če družba torej opravi izplačilo osebi, ki sicer v času izplačila ni v vlogi delničarja, je pa bila njen delničar ob sklenitvi pravnega posla, na katerem izplačilo temelji, se takšno izplačilo – če bi bilo prepovedano tudi, če bi ga družba opravila trenutnemu delničarju – obravnava kot prepovedano vračilo vložka. Pri presoji takšnih izplačil je treba izhajati še iz dodatnih (časovnih in dejanskih) okoliščin, da lahko takšno izplačilo opredelimo kot izplačilo, ki ga je družba tretji osebi izvršila v povezavi z njegovo nekdanjo vlogo v družbi, in da se, če so izpolnjeni temeljni pogoji, takšno izplačilo lahko šteje za prepovedano vračilo vložka. Enako je treba obravnavati izplačilo, ki ga družba opravi osebi, ki v času sklenitve pravnega posla ali njegove izvršitve še ni bila v vlogi delničarja, še posebej, če ji takšno izplačilo omogoči pridobitev tovrstnega statusa.⁸⁰

Stališče, da je treba posamezna izplačila nekdanjim ali prihodnjim delničarjem prav tako presojati z vidika njihove dopustnosti zaradi prepovedi vračila vložka, še dodatno potrjuje naslednji primer. Delničar bi se tako lahko začasno odpovedal svojemu položaju v družbi (tako, da bi prodal delnice družbe, katere delničar je) z namenom, da bi mu družba kot tretjemu izvršila določeno izplačilo iz premoženja družbe, z določenim časovnim zamikom pa bi ponovno postal delničar te družbe (ponovni nakup delnic družbe, ki jih je predhodno prodal).

2. V določenih primerih je lahko prejemnik izplačila le navidezno tretja oseba (v razmerju do družbe), v resnici pa gre za dejanskega delničarja družbe (nem. Faktischer Aktionär). V takšnih primerih je izplačilo, za katerega se na prvi pogled sicer zdi, da je opravljeno tretji osebi, v resnici opravljeno dejanskemu delničarju družbe (ki pa pravnoformalno ni delničar te družbe) – odsotnost pravnoformalnega statusa delničarja je v takšnih primerih brezpredmetna.⁸¹

V praksi se kot najznačilnejši tovrstni primeri navajajo:

- izplačilo izvrši družba tretji osebi (ki je tretja oseba le navidezno), ki pa je (dejanski) delničar družbe, in sicer na podlagi dogovora z osebo, ki je sicer »pravnoformalni« delničar te družbe, vendar ima delnice družbe za račun (navidezne) tretje osebe;⁸²
- izplačilo tretji osebi, ki je hkrati edini delničar ali edini družbenik v družbi, ki je pravnoformalni delničar družbe, ki izvede plačilo. V takšnem primeru je podana ekonomska identiteta med tretjo osebo – edinim delničarjem oziroma edinim družbenikom – in družbo (katere edini delničar ali družbenik je ta tretja oseba), ki je pravnoformalni delničar družbe, ki izvede izplačilo. V takšnih primerih se edini delničar oziroma družbenik obravnava kot delničar družbe, ki izvede izplačilo;⁸³

79 Hüffer, str. 288; Henze, Großkommentar, str. 140.

80 Hüffer, str. 288; Lutter, str. 653.

81 Henze, Großkommentar, str. 141.

82 Hüffer, str. 289.

83 Hüffer, str. 289; Henze, Großkommentar, str. 142.

- izplačilo, ki se izvede osebi, ki kot zakoniti zastopnik ali pooblaščenec nekoga drugega (pravnoformalnega delničarja) izvršuje njegove članske pravice (čeprav v tujem imenu – npr. oče kot zakoniti zastopnik mladoletnega otroka vložil izpodbojno tožbo proti sklepom skupščine družbe in jo umakne, ko mu družba izplača znesek, dogovorjen s poravnavo).⁸⁴

3. Tudi izplačila, ki jih družba opravi tretjim osebam, je treba obravnavati kot izplačila delničarju, če je mogoče izplačilo pripisati delničarju, kakor da je bilo opravljeno njemu osebno (delničar je ustvaril podlago za takšno izplačilo, ki pa je bilo izvršeno tretji, običajno povezani osebi).⁸⁵ Takšno pojmovanje je potrebno zaradi zagotavljanja učinkovitega varstva premoženja družbe.

Če torej družba opravi določeno izplačilo tretji osebi, ki to izpolnitev prejme za račun delničarja (v svojem imenu in za tuji račun), je takšno izplačilo izvršeno v nasprotju s prvim odstavkom 227. člena ZGD-1 in pomeni prepovedano vračilo vložka delničarju. Tretja oseba sicer ravna v svojem imenu, vendar mora delničarju na podlagi njunega dogovora izročiti premoženje, ki mu ga je izplačala družba.⁸⁶

Naj na tem mestu znova zapišemo ugotovitev (ki smo jo že zapisali), da so prav tako (enako kot neposredna vračila vložka delničarju) prepovedana tudi posredna vračila vložkov, če se pri presoji ekonomskih učinkov določenih poslov izkaže, da je treba njihove učinke pripisati delničarju družbe.

Družba lahko opravi izplačilo tretji osebi, ne da bi imel delničar kakršnokoli korist od takšnega izplačila. Takšna izplačila seveda niso vprašljiva z vidika zakonske prepovedi vračila vložka, razen če je takšno izplačilo omogočil delničar družbe. Če je tako in je torej izplačilo tretji osebi opravljeno zaradi posredovanja delničarja, je treba takšno izplačilo pripisati delničarju. Delničar, ki želi opraviti izplačilo tretji osebi, bi si moral najprej sam izvršiti izplačilo iz premoženja družbe, šele nato bi lahko ta sredstva prenesel na tretjo osebo. Če torej družba izvrši izplačilo tretji osebi, ki bi ga sicer moral delničar (izplačilo tretji osebi mora biti torej v interesu delničarja), se šteje, da je delničar tisti, ki je prejel takšno izplačilo. Takšno izplačilo je seveda v nasprotju s prepovedjo vrnitve vložka.

Kot prepovedana (posredna) vračila vložka delničarju se štejejo tudi vsa izplačila, ki jih družba opravi povezani osebi ali družinskemu članu delničarja.⁸⁷ Takšno

⁸⁴ Henze, Großkommentar, str. 142.

⁸⁵ Hüffer, str. 288.

⁸⁶ Družba na podlagi izplačila tretji osebi poravnava dolg delničarja do te osebe. Ker je delničar na ta način prost svoje obveznosti do tretje osebe, se šteje, da je delničar v breme premoženja družbe prejel posebno korist, ki se šteje za prepovedano vračilo vložka. Enake posledice nastopijo tudi v primeru, če družba z izplačilom, ki ga izvede tretji osebi, slednji omogoči, da poravnava svoj dolg do delničarja. Tudi v takšnem primeru se takšno izplačilo šteje za izplačilo delničarju. Tretja oseba lahko v takšnem primeru tudi sama opravi nasprotno izpolnitev družbi, vendar je delničar (posredno) prejel izplačilo, ki neposredno bremeni premoženje družbe.

⁸⁷ V nemški pravni praksi sta se glede izplačil, ki so opravljena povezanim osebam ali družinskim članom, razvila dva različno stroga pristopa. Če družba opravi kakršno koli dajatev zakoncu delničarja ali njegovemu mladoletnemu otroku, se takšna dajatev družbe v vsakem primeru pripiše delničarju in so takšna izplačila zmeraj opredeljena kot prepovedana vračila vložka. Če pa družba dajatev opravi drugim osebam, ki so blizu delničarju ali njegovim drugim sorodnikom (bratom, sestram, staršem in tudi

stališče je v ZGD-1 izrecno zapisano, in sicer v povezavi s prikritimi vračili vložka (oziroma prikritimi izplačili dobička, kot jih imenuje ZGD-1 v tretjem odstavku 227. člena ZGD-1). Zakon prikrilo izplačilo dobička opredeljuje kot plačilo za dajatve ali storitve delničarja ali z njim povezanih družb v višini, ki presega njihovo pravo (tržno) vrednost, ne glede na to, ali je bilo izplačilo izvršeno neposredno delničarju ali posredno nekomu tretjemu, tj. z njim povezani pravni osebi (povezani družbi) ali tretji osebi, ki se šteje za povezano osebo delničarja. Iz takšne zakonske dikcije izhaja, da so torej posredna prikrita vračila vložka prepovedana. Enako so prepovedane tudi vse druge oblike (in ne le prikrita vračila vložka oziroma prikrita izplačila dobička) posrednega vračila vložka zaradi vmešavanja tretjih oseb v dejansko stanje prepovedanega vračila vložka. Seveda pa je za posredna vračila vložkov delničarju značilno, da so prikrita oziroma da se jih skuša prikriti tudi s sklepanjem poslov s tretjimi osebami, ki niso delničarji družbe.

Ko ZGD-1 v tretjem odstavku 227. člena ZGD-1 opredeljuje prikrilo izplačilo dobička in pri tem govori o povezanih družbah delničarja (oziroma v nadaljevanju opredelitve tudi o tretjih osebah), je treba pojasniti določene pojme, in sicer:

(i) Ko zakon pri opredelitvi prikritega izplačila dobička govori o nedopustnosti plačil, ki jih prejme *delničar ali z njim povezana družba*, je treba izraz povezane družbe razlagati v kontekstu IV. dela ZGD-1, ki opredeljuje povezanost dveh ali več pravnih oseb – povezanih družb.

Prikrilo izplačilo dobička seveda ni odvisno od tega, ali gre za delničarja, ki je pravna oseba, ali delničarja, ki je fizična oseba. V obeh primerih je prikrilo izplačilo dobička prepovedano. *Vendar je glede na to, ali je delničar pravna ali fizična oseba, opredelitev »povezanih družb« različna.*

Pri prikritem izplačilu dobička, ki je bilo opravljeno *delničarju – pravni osebi* posredno, torej prek povezane družbe, je za opredelitev izraza »povezana družba« ustrezen ZGD-1, ki v IV. delu opredeljuje in ureja povezane družbe. Tako se v skladu s 527. členom ZGD-1 za povezane družbe štejejo sicer pravno samostojne družbe, ki so v medsebojnem razmerju tako, da: ima ena družba v drugi večinski delež; je ena družba odvisna od druge družbe; so koncernske družbe; sta dve družbi vzajemno kapitalsko udeleženi; so povezane s podjetniškimi pogodbami.

(ii) Če pa gre za prikrilo izplačilo dobička, ki je bilo opravljeno delničarju – fizični osebi, je položaj nekoliko drugačen. Uporaba izraza »povezana družba« je v takem primeru manj posrečena kakor pri delničarju, ki je pravna oseba. Po eni strani ZGD-1 ne opredeljuje družb, ki se štejejo za povezane družbe z delničarjem, ki je fizična oseba (glej zgoraj). Zaradi tega bi bila lahko ustrezna opredelitev iz Zakona o dohodnini – 2 (ZDoh-2). V skladu s tretjim odstavkom 16. člena ZDoh-2 se za povezane osebe z delničarjem, ki je fizična oseba, štejejo bodisi fizične osebe, ki so v določenem ožjem sorodstvenem razmerju do delničarja (družinski člani) bodisi pravne osebe. Da se pravna oseba (npr. družba) šteje za povezano osebo

polnoletnemu otroku delničarja), se takšne dajatve lahko pripišejo delničarju le, če delničar na podlagi takšne dajatve tudi zase osebno doseže neko konkretno premoženjsko korist. Podrobneje o tem Henze, Großkommentar, str. 144.

z delničarjem – fizično osebo, pa mora biti izpolnjen pogoj nadziranja; šteje se, da fizična oseba nadzira pravno osebo, kadar ima lastniški delež ali pravico do lastniškega deleža v višini najmanj 25 % v obliki vrednosti vseh deležev ali v obliki glasovalne pravice na podlagi lastniških deležev v konkretni (pravni) osebi (pri tem ni pomembno, ali ima takšne deleže ali glasovalne pravice neposredno ali posredno prek povezanih oseb). Če je izpolnjen pogoj nadzora, potem se takšna pravna oseba šteje za povezano osebo fizične osebe.

Če znova analiziramo opredelitev prikritega izplačila dobička po tretjem odstavku 227. člena ZGD-1, lahko ugotovimo, da ni povsem dosledno izpeljana. Prvi stavek tretjega odstavka 227. člena govori namreč o »...plačilo za dajatve ali storitve delničarja ali z njim povezanih družb ...«. Iz takšne opredelitve na prvi pogled izhaja, da so le dajatve ali storitve, ki jih za družbo opravi delničar (bodisi fizična bodisi pravna oseba) ali z delničarjem povezana družba (povezana družba po določbah ZGD-1 – v tem primeru torej le razmerje delničar – pravna oseba in s tem delničarjem povezana družba), podlaga za prikrito izplačilo dobička. Takšna razlaga bi bila seveda napačna, saj lahko družbi določene dajatve ali storitve, ki so podlaga za prikrito izplačilo dobička, opravi tudi tretja oseba, ki je sicer povezana z delničarjem, ni pa povezana družba po prvem delu tretjega odstavka 227. člena ZGD-1.

Dajatev ali storitev, ki je podlaga za prikrito izplačilo dobička, bi lahko – če bi zakon razlagali le jezikovno – poleg delničarja družbi zagotovila le druga družba (povezana družba delničarja), prikrito izplačilo dobička pa bi lahko prejela poleg delničarja ali z njim povezane družbe tudi tretja oseba (zapisano izhaja iz zadnjega dela tretjega odstavka 227. člena ZGD-1, ki določa: »... ne glede na to, ali je bilo plačilo dano delničarju ali z njim povezani družbi ali tretjemu po njegovem naročilu.«).

Nedvomno lahko dajatev ali storitev, ki je podlaga za prikrito izplačilo dobička, družbi izvrši (poleg delničarja in z njim povezane družbe) tudi tretja (z delničarjem povezana) oseba, prav tako kakor je logično, da je prikrito izplačilo dobička lahko izvršeno neposredno samemu delničarju ali pa posredno tretji osebi, bodisi povezani družbi delničarja, če je delničar pravna oseba, bodisi povezani osebi (pravni ali fizični), če je delničar fizična oseba.

Zaradi navedenega bi bilo treba opredelitev prikritega izplačila dobička iz tretjega odstavka 227. člena ZGD-1 v njenem prvem delu dopolniti, in sicer kakor je zapisana v nadaljevanju. Pravilneje bi se torej takšna opredelitev glasila: »Nedopustno je zlasti plačilo za dajatve ali storitve delničarja ali z njim povezanih družb *ali tretjih oseb* v višini, ki presega njihovo pravo vrednost, ne glede na to, ali je bilo plačilo dano delničarju ali z njim povezani družbi ali tretjemu po njegovem naročilu (prikrito izplačilo dobička)«.

1.6 Izjeme od načela prepovedi vračila vložka – (dopustna) izplačila izven oblikovanega bilančnega dobička družbe

Pred likvidacijo družbe je med delničarje prepovedano razdeliti premoženje družbe, delničarjem so dovoljena le izplačila iz bilančnega dobička družbe, če tako odloči skupščina družbe (t. i. pravica do izplačila dividende). Edina premoženjska

pravica delničarjev, ki jo lahko ti uveljavijo pred likvidacijo družbe (razen pravice do prednostnega nakupa delnic novih emisij), je torej pravica do (izplačila) dividende. Vsa izplačila, ki ne temeljijo na bilančnem dobičku družbe, so prepovedana, razen če zakon (izjemoma) določa drugače. V takšnih primerih zakonsko dopustnih izjem gre torej za izplačila, ki sicer ne temeljijo na bilančnem dobičku družbe, vendar pa zaradi izrecne zakonske opredelitve ne pomenijo vračila vložka delničarju.

Izključno na podlagi takšnega razumevanja zakonskih določb o ohranitvi kapitala družbe se lahko zagotovi učinkovito varstvo premoženja družbe pred nedopustnimi posegi delničarjev v to premoženje in le, če se varstvo premoženja družbe razume tako, se lahko zagotavlja uspešno varstvo različnih interesnih skupin (upnikov družbe, delničarjev družbe in družbe same). Poleg tega pa je na ta način zagotovljena izključna pristojnost skupščine družbe, da odloča o izplačilih delničarjem.

Vsakršna izplačila delničarjem, ki niso izplačana iz vira bilančnega dobička družbe, je treba obravnavati kot prepovedana vračila vložka po prvem odstavku 227. člena ZGD-1, razen ko zakon (izrecno) izjemoma dopušča posamezna izplačila delničarjem iz virov izven oblikovanega bilančnega dobička (vezano je celotno premoženje družbe razen bilančnega dobička).

V praksi so tako izjemoma dopustna izplačila delničarjem, ki sicer ne temeljijo na oblikovanem bilančnem dobičku družbe in ne pomenijo vračila vložka zaradi zakonske prepovedi vračila vložka. Kot takšne izjeme se v praksi izpostavljajo predvsem:

1. Izplačila delničarjem, ki jih družba opravi na podlagi dopustne pridobitve lastnih delnic družbe. Če družba pridobi lastne delnice odplačno od delničarja in se takšna pridobitev opravi v skladu z zakonom (se torej šteje za dopustno pridobitev lastnih delnic po 247. členu ZGD-1), je takšen pravni posel dopusten (ni podlaga za prepovedano vračilo vložka), plačilo delničarju pa se ne šteje za prepovedano vračilo vložka kljub temu, da takšno plačilo v bistvu pomeni vračilo vložka.⁸⁸ Takšno vračilo vložka je izrecno dovoljeno, kar izhaja iz druge alineje drugega odstavka 227. člena ZGD-1 (za vračilo vložka se ne šteje plačilo zaradi dopustne pridobitve lastnih delnic v skladu z zakonom).

Vendar takšna izrecna zakonska dopustnost »vračila vložka« ne pomeni absolutne oprostitev (da so torej dopustna kakršnakoli izplačila na tej podlagi). Če zakon na eni strani v določenih primerih dopušča pridobitev lastnih delnic, je logično, da mora biti na drugi strani plačilo za takšne delnice opredeljeno kot dopustno (vračilo vložka), sicer bi bil zakon neuskladen. Vendar to ne pomeni, da lahko družba za takšne lastne delnice delničarju plača poljubni znesek. Če torej zakon družbi dopušča pridobitev lastnih delnic, to ne pomeni, da je tudi plačilo za takšne delnice v vsakem primeru dopustno oziroma da takšno plačilo (ne glede na višino) ne more pomeniti vračila vložka. Plačilo za lastne delnice, ki ga družba izvrši delničarju, mora biti primerno – njegova višina mora ustrezati dejanski vrednosti pridobljenih delnic.

88 Henze, Großkommentar, str. 193; Lutter, str. 650 in naslednje; Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 481.

Izplačilo, ki ga družba opravi delničarju za pridobitev lastnih delnic družbe, tako ne pomeni vračila vložka, če sta izpolnjena dva pogoja (kumulativno):

- plačilo mora biti opravljeno za lastne delnice, ki jih družba pridobi v skladu z zakonom, in
- višina plačila mora ustrezati dejanski vrednosti lastnih delnic.

Tudi če družba pridobi lastne delnice v skladu z zakonom, vendar pri tem delničarju za te delnice plača previsoko kupnino, se takšno plačilo šteje za vračilo vložka delničarju, in sicer ne v celotnem znesku, temveč kot razlika med višjo prodajno vrednostjo delnic in njihovo nižjo dejansko (tržno) vrednostjo.⁸⁹ Pravni posel, ki je podlaga za takšno plačilo, pa se kljub temu ne spremeni iz dopustnega v nedopustnega.⁹⁰

2. Izplačilo učinkov zmanjšanja osnovnega kapitala družbe se, če so izpolnjeni določeni zakonski pogoji, ne šteje za prepovedano vračilo vložka zaradi zakonske prepovedi vračila vložka.⁹¹

Redno zmanjšanje osnovnega kapitala v bistvu pomeni poseg v temeljno načelo ohranitve kapitala družbe (realno premoženje družbe se po opravljenem postopku zmanjšanja osnovnega kapitala dejansko zmanjša), vendar je takšen poseg dopusten, če so izpolnjeni pogoji, ki jih določa zakon. V takšnem primeru pomeni izjemo od splošnega načela, da se delničarjem pred likvidacijo družbe ne sme razdeliti nobenega premoženja, razen izplačil iz bilančnega dobička družbe. Pri tem se izplačila učinkov zmanjšanja osnovnega kapitala ne štejejo za prepovedano vračilo vložkov.⁹² Seveda velja pravkar zapisana trditev le v primeru, če so izpolnjeni določeni zakonski pogoji, da se zmanjšanje osnovnega kapitala lahko šteje za učinkovito.

Izplačila, ki jih delničarji prejmejo na podlagi rednega (efektivnega) zmanjšanja osnovnega kapitala družbe, se tako ne štejejo za prepovedana vračila vložkov, če so izpolnjeni naslednji pogoji:

- temeljijo na učinkovitem sklepu skupščine družbe in
- niso opravljena (izvršena) v nasprotju z zakonskimi določbami, katerih namen je varstvo upnikov v postopkih zmanjšanja osnovnega kapitala družbe.

Podlaga za redno zmanjšanje osnovnega kapitala družbe je sklep skupščine družbe (sprejet s predpisano zakonsko večino), ki pomeni spremembo statuta družbe. V sklepu je treba posebej navesti razloge za zmanjšanje osnovnega kapitala, prav tako pa mora iz sklepa izhajati, ali bodo na podlagi zmanjšanja osnovnega kapitala delničarjem izvršena izplačila učinkov zmanjšanja osnovnega kapitala. Izplačila učinkov zmanjšanja osnovnega kapitala, ki ne bi temeljila na učinkovitem sklepu skupščine, bi bila nedopustna in bi torej pomenila prepovedano vračilo vložka.

89 Henze, Großkommentar, str. 136 in 193; Hüffer, str. 291.

90 Henze, Großkommentar, str. 193.

91 Henze, Großkommentar, str. 194; Lutter, str. 655; Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 480.

92 Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 650; Hüffer, str. 1097.

Pred izplačilom učinkov zmanjšanja osnovnega kapitala delničarjem je treba upoštevati postopek zavarovanja upnikov družbe. Izplačila delničarjem se lahko izvršijo šele, ko so upniki družbe poplačani ali ko jim je dano ustrezno zavarovanje, da bodo njihove terjatve do družbe poplačane (primerjaj drugi odstavek 375. člena ZGD-1). Če bi torej izplačila delničarjem sicer temeljila na učinkovitem sklepu skupščine družbe, vendar bi bila opravljena v nasprotju z določbami o varstvu upnikov družbe (bi bila npr. izvršena prehitro), bi bila nedopustna oziroma bi pomenila prepovedano vračilo vložka.

Šele po sprejemu sklepa o zmanjšanju osnovnega kapitala in po izpolnitvi pogojev za izplačilo (varstvo upnikov) je izplačilo učinkov zmanjšanja osnovnega kapitala obveznost družbe – šele ko so izpolnjeni vsi pogoji, sme družba izvršiti izplačila iz tega naslova, delničarji pa so upravičeni terjati družbo, da izvrši takšna izplačila (delničar postane upnik družbe).⁹³

Popolnoma enako je treba obravnavati tudi izplačila povračil, ki jih družba izvede delničarjem pri prisilnem umiku ali pridobitvi delnic zaradi umika, torej v postopku zmanjšanja osnovnega kapitala družbe z umikom delnic. Tudi izplačila takšnih povračil se ne štejejo za prepovedana vračila vložkov, če so izpolnjeni pogoji, kot smo jih navedli v okviru izplačil, izvršenih na podlagi rednega zmanjšanja osnovnega kapitala družbe.⁹⁴

3. Temeljnemu načelu prepovedi vračila vložka ne nasprotujejo izplačila vmesnih dividend, če so takšna izplačila izvršena v skladu z zakonom.⁹⁵ V skladu z ZGD-1 je izplačilo vmesnih dividend dopustno, pri čemer pa morajo biti izpolnjeni pogoji, ki jih določa 232. člen zakona. Vmesne dividende se tako lahko izplačajo pod naslednjimi pogoji:

- uprava mora imeti za takšna izplačila posebno statutarno pooblastilo,
- vmesne dividende se lahko izplačajo šele po poteku poslovnega leta, na katero se nanašajo,
- lahko se izplačajo, če je v preteklem poslovnem letu izkazan čisti dobiček,
- izplačajo se lahko v omejeni višini, in sicer ne smejo presegati polovice zneska, ki ostane od predvidenega čistega dobička po oblikovanju vseh obveznih rezerv (zakonskih ali statutarnih), prav tako ne smejo presegati polovice bilančnega dobička preteklega leta,
- njihovo izplačilo je dopustno, če ga odobri nadzorni svet.

Izplačilo vmesnih dividend se torej izvrši, še preden je sprejeto dokončno letno poročilo, torej še preden je izkazan bilančni dobiček družbe, prav tako pa se izplačilo vmesnih dividend ne izvrši na podlagi sklepa skupščine o uporabi bilančnega dobička. Ne glede na to, da je torej takšno izplačilo opravljeno v nasprotju s splošnimi načeli delitve bilančnega dobička, pa je zaradi izrecne zakonske določbe dopustno, in ne pomeni vračila vložka delničarjem, seveda

93 Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 657.

94 Henze, Großkommentar, str. 194

95 Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 481; Hüffer, str. 305; Henze, Großkommentar, str. 194.

če so ob izplačilu takšnih dividend izpolnjeni pogoji, ki jih predpisuje zakon. Če ti pogoji niso izpolnjeni (pri tem lahko pride do položaja, ko so zakonsko določeni pogoji sicer izpolnjeni, vendar se pozneje po sprejetju letnega poročila izkaže, da so delničarji prejeli previsoko izplačane vmesne dividende glede na dejansko izkazani bilančni dobiček družbe; v takem primeru so sicer prejeli vmesno dividendo v nasprotju z zakonom, vendar na tem mestu ne smemo prezreti dejstva dobrovernosti delničarja v času prejema vmesne dividende; lahko pa gre za primere izplačila vmesnih dividend, ne da bi bili izpolnjeni pogoji, ki jih določa zakon – tudi v takih primerih je treba upoštevati dobrovernost prejemnika takšnih vmesnih dividend),⁹⁶ se izplačilo vmesnih dividend šteje za prepovedano vračilo vložka.⁹⁷

4. Če je delničar poleg glavne obveznosti – vplačilo vložka – v razmerju do družbe prevzel tudi t. i. dodatne obveznosti, so plačila, ki jih družba na tej podlagi delničarju izvrši, dopustna, in ne pomenijo vračila vložka, če so seveda izpolnjeni določeni pogoji.

Dodatne obveznosti delničarjev so fakultativne in odvisne od statutarne ureditve (primerjaj 228. člen ZGD-1). Tako lahko edino statut družbe določa, da mora delničar poleg njegove glavne obveznosti družbi zagotavljati tudi dodatne obveznosti (takšne dodatne obveznosti torej ne morejo temeljiti na drugi pravni podlagi, na primer pogodbi med družbo in delničarjem),⁹⁸ prav tako pa mora že iz statuta izhajati, ali mora družba delničarju za njegove dodatne obveznosti nuditi nasprotno dajatev ali ne (ali so torej odplačne ali neodplačne). Dodatne obveznosti so mogoče le v primeru, če je za prenos delnic predpisano dovoljenje družbe, ko gre torej za t. i. vinkulirane imenske delnice. Opravljene dodatne storitve ne povečujejo osnovnega kapitala, seveda pa povečujejo premoženje družbe.⁹⁹ Predmet dodatnih obveznosti ne more biti denar, lahko pa so vse oblike storitev ali dajatev delničarjev, ki se lahko tudi ponavljajo.

Če je delničar v razmerju do družbe prevzel obveznost dodatnih storitev (ali dajatev) in če je v statutu določeno, da so takšne dodatne (ponavljajoče) obveznosti delničarja odplačne (da mora družba delničarju v zameno za njegovo storitev ali dajatev plačati oziroma opraviti nasprotno dajatev ali storitev),¹⁰⁰ potem se seveda takšna plačila ne smejo obravnavati kot vračila vložka.¹⁰¹ Seveda pa takšna trditev velja le pogojno, in sicer če je plačilo za dodatne storitve ali dajatve delničarja primerno, torej da plačilo, ki ga družba opravi, ne presega vrednosti dodatnih storitev.¹⁰² Le v takšnem primeru lahko govorimo o tem, da plačilo, ki ga opravi

96 Podrobneje o tem Henze, Großkommentar, str. 272.

97 Izplačilo vmesnih dividend pomeni tudi poseg v temeljno in izključno pristojnost skupščine, da odloča o uporabi bilančnega dobička družbe. Seveda je skupščina družbe soglašala s takšnim posegom v njeno pristojnost, in sicer takrat, ko je dala soglasje k statutarnemu pooblastilu upravi družbe za možnost izplačila vmesnih dividend.

98 Puharič v, ZGD s komentarjem, GV založba, Ljubljana 1999, str. 350; Kocbek v, Ivanjko/Kocbek, str. 489 in naslednje.

99 Puharič, str. 350.

100 Hüffer, str. 309.

101 Lutter, str. 731.

102 Višina plačila za dodatne storitve je lahko določena že v statutu družbe (sicer je določitev višine plačila za dodatne storitve v pristojnosti uprave družbe), vendar mora biti tudi takšno vnaprej določeno plačilo primerno (mora ustrezati dejanski vrednosti dodatnih storitev), kar pomeni, da statut s tem, ko opredeljuje višino plačila za dodatne storitve, ne more »odpraviti« neprimerno visokih plačil (da se torej v nobenem

družba, ne posega v vezano premoženje družbe, ker družba v zameno prejme (po vrednosti) primerno nasprotno izpolnitev in so dajatve družbe in delničarja torej enakovredne.

Takšna ureditev pomeni izjemo od splošnega načela, da so izplačila, ki jih družba delničarju opravi izven virov oblikovanega bilančnega dobička, nedopustna. Obveznost dodatnih storitev za družbo je namreč članska pravica (dolžnost) delničarja, pravico do plačila za takšno dodatno storitev delničarja pa lahko enačimo s pravico do dividende, ki prav tako izvira iz (glavne) članske pravice (dolžnosti) delničarja – vplačila vložka.¹⁰³

Plačilo, ki ga družba izvrši delničarju za njegove dodatne storitve, torej ne pomeni vračila vložka delničarju, če bi družba tudi tretji osebi za enake dajatve ali storitve izvršila enako nasprotno dajatev ali storitev (enako visoko plačilo) – načelo *arms length* (objektivna presoja sorazmernosti nasprotnih izpolnitev).¹⁰⁴

Takšno stališče je v celoti sprejeto tudi v ZGD-1, in sicer v 234. členu, ki določa, da lahko družba delničarju za dodatne storitve plača le pravo vrednost teh storitev (torej vrednost, ki bi jo morala plačati za podobne storitve tretji osebi, če bi posla ne sklepala z delničarjem). Če pa bi družba delničarju za dodatne storitve plačala več od dejanske vrednosti izvršenih storitev (ali dajatev), bi bilo takšno plačilo opravljeno v nasprotju z 234. členom ZGD-1 in bi presežek (dejanskega plačila nad dejansko vrednostjo dodatne storitve) pomenil prepovedano vračilo vložka delničarju.¹⁰⁵

Poleg zakonsko dopustnih izjem, ko zakon izrecno določa, da se določena izplačila ne štejejo za vračila vložka, pa je takšen položaj treba priznati tudi določenim drugim izplačilom, ki jih zakon sicer izrecno ne navaja, vendar njihova narava takšna upravičuje takšno utemeljitev. Glede pravnih poslov, ki jih sklepata družba in delničar smo zapisali, da so dopustni, če so sklenjeni pod enakimi pogoji, kot če bi družba takšen pravni posel sklepala s tretjo osebo. Konkretizacija takšnega pojmovanja je tudi dopustnost plačil, ki jih družba opravi delničarju za (statutarno) izvršene dodatne obveznosti. Dodatne obveznosti so sicer opredeljene s statutom, izpolnijo pa se na podlagi pravnih poslov, ki jih v ta namen skleneta družba in delničar (npr. delničar s statutom prevzame dodatno obveznost, da bo določene posle sklepal samo z družbo). Takšna plačila so dopustna, če ne presegajo dejanske vrednosti dodatnih storitev (primerjaj 234. člen ZGD-1).

Pravni posli, ki jih skleneta družba in delničar, pa so po drugi strani lahko podlaga za določena druga izplačila, ki jih mora družba izvršiti delničarju. Izjalovitev pravnega posla lahko povzroči vrnitvene zahtevke ali zahtevke zaradi neupravičene obogatitve. Tudi izplačila na podlagi takšnih zahtevkov so lahko dopustna, če se jih da utemeljiti z zornega kota tretje osebe.¹⁰⁶ Delničar ima lahko zoper družbo prav

primeru takšna plačila ne morejo obravnavati kot prepovedano vračilo vložka) in se lahko tudi plačilo, višino katerega sicer določa statut družbe, šteje za prepovedano vračilo vložka. Lutter, str. 732.

103 Lutter, str. 731.

104 Henze, Großkommentar, str. 194; Lutter, str. 731.

105 Lutter, str. 732.

106 Henze, Reichweite, str. 407.

tako določene odškodninske zahtevke, bodisi na podlagi pogodbe (njene kršitve) bodisi na podlagi zakona. Če podlaga za takšne zahtevke ni v družbenem razmerju med delničarjem in družbo, ni razloga, da jih delničarju ne bi priznali.¹⁰⁷

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Mohr Verlag.
- Baumbach/Hueck, Aktiengesetz, Gebundene Ausgabe, Verlag C. H. Beck, 1999.
- Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften – abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 118, 1999.
- Bommert, Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht, Heymanns Verlag, 1989.
- Ebenroth, Die verdeckten Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen, Gieseking Verlag, 1979.
- Eidenmüller/Engert, Die angemessene Höhe des Grundkapitals der Aktiengesellschaft, AG, 2005.
- Fiedler, Verdeckte Vermögensverlagerungen bei Kapitalgesellschaften, Zivilrechtlicher Ausgleich und Konsequenzen für die Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen, Verlag Dr. Otto Schmidt.
- Henze, AktG Großkommentar, 4. neubearbeitete Auflage, 15. lieferung: §§54-66, Walter de Gruyter Verlag, 2001.
- Henze, Reichweite und Grenzen des aktienrechtlichen Grundsatzes der Vermögensbindung – Ergänzung durch die Rechtsprechung zum Existenz vernichtenden Eingriff?, AG, 2004.
- Ivanjko/Kocbek, Korporacijsko pravo, GV Založba in Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 2003. Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Heymanns Verlag, §57 AktG; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Auflage, C. H. Beck, 1988.
- Kuhner, Zur Zukunft der Kapitalerhaltung durch bilanzielle Ausschüttungssperren im Gesellschaftsrecht der Staaten Europas, ZGR 2005.
- Lange, Verdeckte Gewinnausschüttungen, Systematische darstellung der Voraussetzungen und Auswirkungen, 7. Auflage, NWB Verlag, 1998.
- Plavšak/Bergant, Zakon o finančnem poslovanju podjetij s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2000.
- Prelič v, Temeljno o varovanju interesa upnikov v pravu kapitalskih družb: pomen pravil o vezanem premoženju, Podjetje in delo, 2005.

¹⁰⁷ Henze, Reichweite, str. 407.

- Prühs, GmbH: Verdeckte Gewinnausschüttung, 2. Auflage, VSRW-Verlag, Bonn, 2001.
- Puharič v, ZGD s komentarjem, GV založba, Ljubljana 1999.
- Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3., neubearbeitete Auflage, C. Heymanns Verlag, 1997.
- Wagner, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, Aktuelle Fallgestaltungen im Gesellschafts-, Steuer- und (Steuer-) Strafrecht, Verlag Recht und Wirtschaft, 2000.
- Wieneke/Förl, Die Einziehung eigener Aktien nach § 237 Abs. 3 Nr. 3 AktG – Eine Lockerung des Grundsatzes der Vermögensbindung?, Die Aktiengesellschaft, št. 6/2005.

UKREPI ZAVAROVANJA V EVROPSKEM CIVILNEM PRAVU, ZAČASNE ODREDBE Z MEDNARODNIM ELEMENTOM¹

doc. dr. Jorg Sladič
odvetniška pisarna Sladič Zemljak, Ljubljana

1. UVOD

Kljub določeni stopnji harmonizacije oziroma celo unifikacije v EU, zlasti na primer v uredbah Bruselj Ia,² Bruselj IIa³ in št. 4/2009,⁴ začasni ukrepi v EU niso poenoteni, ampak imamo samo enotno ureditev mednarodne pristojnosti, vse drugo je še vedno nacionalno,⁵ kar se kaže na primer v posebnih postopkih razglasitve izvršljivosti tujih začasnih odredb.⁶ Na področju uporabe slovenske *lex fori* je pomembna analogija z Uredbo (EU) št. 1215/2012. Sodna praksa glede Bruseljske konvencije iz leta 1968 kot predhodnice te uredbe je zavzela načelno stališče,⁷ da ta konvencija ne daje pravne podlage, ki bi omogočala razlikovanje na svojem področju uporabe med začasnimi in meritornimi odločbami.⁸

Zčasni ukrepi so najbolj dinamično področje mednarodnega civilnega procesnega prava, ki je doživelo velik razvoj tudi v pravni teoriji, ki jo je prevzelo Ustavno sodišče,⁹ nadgradilo pa Sodišče EU.¹⁰ Višje sodišče v Ljubljani je glede začasne odredbe v mednarodnem sporu zavzelo ozko stališče, ko je sicer pravilno sklenilo, da lahko v skladu s prvim odstavkom 20. člena Uredbe Bruselj II v njenih primerih začasne ukrepe (ukrepe zavarovanja) glede oseb (ali premoženja), ki so v njih, izdajo države članice, čeprav je za odločanje o glavni stvari pristojno sodišče druge države članice.¹¹

1 Gre za osvežen prispevek, ki je bil izvorno sestavljen za Civilno izvršilno šolo.

2 Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah. V slovenski teoriji: LAPAJNE, Stanko, Mednarodno in medpokrajinsko pravo Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev, Ljubljana, 1929, str. 283–287, EKART, Andrej, RIJAVEC, Vesna, Čezmejna izvršba v EU, Ljubljana: GV Založba, 2010, GALIČ, Aleš, Začasne odredbe v evropskem civilnem procesnem pravu, Zbornik znanstvenih razprav, 2004, str. 125 in sl., POGORELČNIK, Neža, Razvoj ureditve ukrepov zavarovanja v evropskem civilnem procesnem pravu, Zbornik znanstvenih razprav, 2014, str. 93 in sl.

3 Uredba Sveta (ES) št. 2201/2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000.

4 Uredba Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah.

5 NAGEL, Heinrich, GOTTWALD, Peter, Internationales Zivilprozessrecht, 7. dopolnjena izdaja, Köln: Otto Schmidt, 2013, str. 801.

6 Tako je na primer z odločbo 93/2017 grško kasacijsko sodišče priznalo francosko začasno odredbo (*ordonnance de référé*), glej glede tega ANTHIMOS, <http://icl-in-greece.blogspot.si/2017/08/supreme-court-recognizes-french.html>.

7 Sodišče EU *Zuid-Chemie*, C-189/08, točka 18; *German Graphics Graphische Maschinen*, C-292/08, točka 27, in *Realchemie Nederland*, C-406/09, točka 38.

8 Sodišče EU, 143/78, *De Cavel*.

9 Odločba Ustavnega sodišča Up-275/97, POGORELČNIK VOGRINC, Neža, Začasne odredbe v civilnih sodnih postopkih, Ljubljana: Uradni list, 2015, str. 134, SLADIČ, Jorg, *Einstweiliger Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2008, str. 160 in 161.

10 Sodišče EU, C-403/09 PPU, *Deiček*, VS Maribor III Cp 1836/2009.

11 VS Ljubljana IV Cp 1237/2012.

Področje začasnih ukrepov urejajo tudi Uredba (EU) št. 650/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. julija 2012 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju odločb ter sprejemljivosti in izvrševanju javnih listin v dednih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju,¹² Uredba (EU) št. 655/2014 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o določitvi postopka za evropski nalog za zamrznitev bančnih računov z namenom olajšanja čezmejne izterjave dolgov v civilnih in gospodarskih zadevah,¹³ Uredba (EU) št. 606/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. junija 2013 o vzajemnem priznavanju zaščitnih ukrepov v civilnih zadevah¹⁴ ter Uredba Sveta (EU) 2016/1103 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.¹⁵

2. DEJANSKO STANJE ZAČASNIH UKREPOV Z MEDNARODNIM ELEMENTOM

Začasne odredbe v sporih z mednarodnim elementom se nanašajo na nekaj osnovnih dejanskih stanj.¹⁶ Bodisi zahtevajoči upnik sproži postopek proti dolžniku v glavni stvari v tujini in zahteva zavarovanje premoženja dolžnika v Sloveniji, bodisi zahtevajoči upnik toži dolžnika v Sloveniji, pa ima dolžnik premoženje v tujini, bodisi zahtevajoči upnik tujec toži dolžnika v Sloveniji in ima ta premoženje v Sloveniji. Pri tem lahko že nastane vprašanje varščine za pravdne stroške. Če povzamemo, gre za vprašanje, ali tuja začasna odredba oziroma ukrep zavarovanja učinkuje v Sloveniji in, *a contrario*, ali slovenska začasna odredba učinkuje v tujini. V modernih kontinentalnih pravnih sistemih se ukrepi zavarovanja, ki jih sprejme sodišče tuje države, ne obravnavajo kot oblika sodelovanja med sodiščem, ki odloča v meritornem postopku, in sodiščem, ki sprejme začasni ukrep.¹⁷ Ne gre torej za obliko mednarodne pravne pomoči. V državah *common law* pa je zlasti Velika Britanija razvila drugačen pristop na podlagi sedanje Uredbe 1215/2012 (takratni 24. člen Bruseljske konvencije). Začasni ukrepi in ukrepi zavarovanja so lahko tudi mednarodna pravna pomoč, ki jo *forum arresti* oziroma *forum patrimonii*¹⁸ ponuja forumu, pred katerim poteka meritorni postopek.¹⁹

Pomen začasnih ukrepov in ukrepov zavarovanja v sporih z mednarodnim elementom je posledica dejstva, da takšni postopki utemeljujejo povečano potrebo po začasnem zavarovanju zaradi na primer težav z vročanjem v tujino, jezikovnih težav, težav z vabljenjem in razpisovanjem narokov, če so stranke v tujini, zahtev

12 UL EU L 201, 27. 7. 2012, str. 107.

13 UL EU L 189, 27. 6. 2014, str. 59.

14 UL EU L 181, 29. 6. 2013, str. 4.

15 UL EU L 183, 8. 7. 2016, str. 1.

16 GALIČ, nav. delo, str. 126.

17 SCHLOSSER, Peter, Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye, št. 284, 2000, str. 174.

18 Tudi v Sloveniji je bila predvidena pristojnost po *forum patrimonii* v 1. odstavku 67. člena ZMZPP.

19 COLLINS, Lawrence, Provisional and Protective Measures in International Litigation, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye, št. 234 III, 1992, str. 56.

po listinah o vsebini tujega prava in podobno.²⁰ Tudi slovenski ZIZ pozna v 3. točki 258. člena posebno pravilo, s katerim se zavaruje prihodnja izvršba terjatve upnika, če je treba izvršbo opraviti v državi, ki ni država članica EU. Pravna teorija jasno pojasni, da mednarodni element v postopku še dodatno podaljša trajanje postopka,²¹ hkrati pa mora biti prav zaradi mednarodnega elementa postopek še dodatna hiter in odpira dodatno nevarnost za izvršbo.²² Dejansko pa je na primer na področju preživninskih obveznosti in tudi nelojalne konkurence začasni ukrep edino učinkovito pravno varstvo.²³

Pogoje za izdajo začasnega ukrepa in njegovo vsebino vedno določa *lex fori* sodišča, pred katerim se zahteva izdaja tega ukrepa. Tako je na primer Sodišče EU odločilo, da Uredba (ES) št. 2201/2003 »ne vsebuje materialnopravnih določb o vrsti nujnih ukrepov, ki jih je treba uporabiti«. ²⁴ Ker pa mednarodni element lahko povzroči določene postopkovne težave, naj omenim samo vprašanje, na katerega ni mogoče zadovoljivo odgovoriti. Če je *lex causae* v postopku za izdajo začasne odredbe pred slovenskim sodiščem tuje pravo, kako potem slovensko sodišče odloča o verjetnosti utemeljenosti? ZMZPP vsebuje navodila, kako se ugotavlja vsebina tujega prava, po 12. členu velja načelo *iura novit curia* tudi za tuje pravo. Sodišče pa lahko zahteva obvestilo o tujem pravu od ministrstva, pristojnega za pravosodje, oziroma se o njegovi vsebini prepriča na drug ustrezen način. Vendar bi listina o vsebini tujega prava pomenila tveganje za prejudiciranje zadeve in bi ugotavljanje vsebine tujega prava na tak način tudi kršilo načelo hitrosti postopanja (tako imenovano *urgency of procedure*), ki je značilno za začasne odredbe. Zaradi tega je edina možnost, da se lahko izognemo težavam s tujim pravom v fazi začasnega ukrepa, priloga predloga za izdajo začasnega ukrepa, v kateri predlagatelj navede vsebino tujega prava, kar je lahko javna ali zasebna listina pristojnega tujega organa ali ustanove.

3. TRADICIONALNO OZKO TERITORIALNO STALIŠČE GLEDE ZAČASNIH UKREPOV IN UKREPOV ZAVAROVANJA

Zavarovanje v obliki začasne odredbe ali celo predhodne odredbe je namenjeno zagotovitvi prihodnje izvršbe, izvršbo pa ureja načelo teritorialnosti.²⁵ Naš zakon to izrecno poudarja, a obstaja tudi drugačno stališče.²⁶ Tradicionalno stališče je pri nas teoretično preseženo v odločbi Ustavnega sodišča RS, opr. št. Up-275/99,

20 NAGEL, GOTTWALD, 2013, str. 798 in 799, VAN DROOGHENBROECK, Jean – François, DE BOE, Cécile, Les mesures provisoires et conservatoires dans le règlement Bruxelles I bis, v: Guinchard, Emmanuel (ur.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruselj: Bruylant, 2014, str. 167 in 168.

21 Avtor iz lastne izkušnje lahko pove, da je v slovenskih postopkih že čakal 18 mesecev na začasno odredbo slovenskega sodišča, kjer je imela tožena stranka sedež v Srbiji.

22 VAN DROOGHENBROECK, Jean – François, Les compétences internationale et territoriale du juge du provisoire (les mesures provisoires et le litige européen), V: van Drooghenbroeck, Jean – François, Tarzia, Giuseppe (ur.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruselj: Bruylant 1998, str. 477 in 478.

23 SCHACK, Haimo, Internationales Zivilprozessrecht, 6. izdaja, München: Beck, 2014, str. 185.

24 Sodišče EU, C-523/07, A, točka 49.

25 JUHART, Jože, Civilno izvršilno pravo, oris, Ljubljana 1962, str. 121 in 126, DOMEJ, Tanja, Internationale Zwangsvollstreckung und Haftungsverwirklichung, Tübingen: Mohr, 2016, str. 296, SCHLOSSER, nav. delo, str. 173–192.

26 POGORELČNIK VOGRINC, nav. delo, str. 93, SCHLOSSER, nav. delo, str. 157 in 158.

ki je uvedla pojem regulacijske začasne odredbe v slovensko pravo.²⁷ Pravo EU celo zahteva dopolnjeni pristop, kar izhaja iz sodne prakse Sodišča EU. Zaradi načela teritorialnosti začasna odredba, izdana po domačem pravu, učinkuje samo na ozemlju države sodišča, ki jo je izdalo (*forum arresti* ima pristojnost samo na lastnem ozemlju). To načelo se na primer še vedno odraža tudi v Uredbi (EU) št. 1215/2012 v primeru začasnih odredb, ki jih izda sodišče, ki ni pristojno za odločanje v meritornem postopku.

Pri izvrševanju tujih odločb se še danes po slovenskem pravu ne morejo enačiti začasne in predhodne odredbe.²⁸ Poudariti pa je treba, da pravo EU te delitve v bruseljski ureditvi ne sprejema, v EU ni razlike med začasnimi ukrepi in meritornimi odločbami. Pravna teorija skuša najti skupne elemente izvršbe in ukrepov zavarovanja v načelu formalne zakonitosti, izvršilno sodišče pa tako pri izvršilnih naslovih kakor tudi pri začasnih ukrepih (na primer pri izvršbi v zavarovanje) ne sme preskušati vsebine sklepa sodišča, ki vsebuje domnevo utemeljenosti neke terjatve, ki pa jo mora potrditi še meritorna materialno pravno močna odločba.²⁹ Pravzaprav gre za razliko med razpravnim in izvršilnim sodiščem – kognicijski postopki lahko potekajo samo pred razpravnim sodiščem, izvršilni postopki pa so odvzeti iz pristojnosti tega sodišča. Pri izvršbi pa tradicionalno velja načelo teritorialnosti, ki je v Sloveniji danes kodificirano v prvem odstavku 63. člena Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, saj slovenska sodišča niso pristojna za dovolitev in opravo izvršbe, če naj bi se ta opravljala zunaj ozemlja Republike Slovenije.³⁰ Izvršba se seveda lahko nanaša na izterjavo ali pa zavarovanje (predhodna odredba). Zaradi tega je tudi v postopkih zavarovanja tako po slovenskem kot po pravu EU bistveno vprašanje lege predmeta izvršbe (v smislu 32. člena ZIZ).³¹

Po slovenski sodni praksi se določba o atrakciji pristojnosti za odločitev o ukrepu zavarovanja z začasno odredbo lahko uporabi le, kadar je tako za odločitev v sporu kakor tudi za odreditev in opravo izvršbe pristojno slovensko sodišče. Slovensko sodišče je pred hrvaškim pristopom k EU zaradi pomanjkanja mednarodne pristojnosti pravilno zavrglo izdajo začasne odredbe za prepoved razpolaganja z nepremičninami v hrvaški Istri, ker se taka prepoved zaznamuje v hrvaški zemljiški knjigi (Hrvaška ima urejeno zemljiško knjigo, torej bi se ta zaznamba vpisala v list C).³² Za spore glede pravic na nepremičninah, kadar se te ne nanašajo na področje uporabe Uredbe (EU) št. 650/2012 o dednih zadevah in uvedbi evropskega potrdila o dedovanju, bo namreč vedno veljalo načelo pristojnosti po legi nepremičnine (*forum rei sitae*).

Toda jasnost in preprostost načela teritorialnosti sta neizvedljivi že v primeru začasne odredbe, s katero je določena prepoved dolžnikovemu dolžniku, da

27 Glej v teoriji POGORELČNIK VOGRINC, nav. delo, str. 110–134, in SLADIČ, *Einstweiliger Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht*, str. 105 in 106.

28 LAPAJNE, nav. delo, str. 284.

29 STAMM, Jürgen, *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts*, Tübingen: Mohr, 2007, str. 217.

30 Glej v slovenski sodni praksi VS Ljubljana, I Cpg 675/2010.

31 GUINCHARD, Emmanuel, *Procédures individuelles d'exécution*, v: Guinchard, Serge in Moussa, Tony (ur.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, 6. izdaja, Paris: Dalloz, 2009, str. 1877.

32 VS Ljubljana, I Cpg 675/2010.

ne sme izplačati terjatve, kadar ima dolžnik stalno prebivališče v Sloveniji, kjer poteka postopek, dolžnikov dolžnik pa ima sedež oziroma prebivališče v tujini. Če se izpelje aprioristično stališče sodne prakse o načelu teritorialnosti, bi to vodilo do sklepa, da morata imeti tako dolžnik kakor tudi dolžnikov dolžnik (upoštevati: plačilna prepoved) za uspeh začasne odredbe prebivališče oziroma sedež v Sloveniji (primerjaj na primer 100. člen ZIZ, čeprav ta člen po mnenju slovenske teorije ne ureja mednarodne pristojnosti).³³ Ali drugače rečeno, ali lahko slovensko sodišče odredi plačilno prepoved dolžnikovemu dolžniku, kadar ta nima prebivališča oziroma sedeža v Sloveniji? Kot primer lahko navedemo tudi začasno odredbo po 4. točki 271. člena ZIZ, kadar ima slovenski dolžnik denarna sredstva pri podružnicah avstrijskih bank v Sloveniji. Poudariti je treba besedo podružnica, saj ne gre za hčerinsko družbo avstrijske banke, ampak za podružnico avstrijske pravne osebe v Sloveniji, torej za podružnico tujega podjetja po 1. členu ZGD-1. Podružnice niso pravne osebe (drugi odstavek 31. člena ZGD-1). Tudi v posebni zakonodaji s področja bančnega sektorja so podružnice neke vrste pritiklina banke druge države članice EU, ki je upravičena neposredno opravljati bančne storitve na območju Slovenije, na podlagi teorije enotnosti pravne osebe in njenih podružnic. Na podlagi teorije teritorialnosti v celoti velja, da čeprav ima dolžnik prebivališče v Sloveniji, začasna odredba ne bi bila dovoljena, če dolžnikov dolžnik nima sedeža v Sloveniji.³⁴ Tako bi moral upnik zavarovati sredstva pri OPP, ki jih ima dolžnik na računu pri podružnicah avstrijskih bank, na sedežu te banke v Avstriji na podlagi avstrijskega izvršilnega reda (Exekutionsordnung) pred avstrijskimi sodišči. Od 18. januarja 2017 lahko zahteva izdajo evropskega naloga za zamrznitev bančnih računov na podlagi Uredbe (EU) št. 655/2014, saj je namen te uredbe prav urejati položaje, kadar ima pravna oseba bančne račune v več državah članicah.³⁵ Uredba (EU) št. 655/2014 se je izognila določanju pripadnosti terjatve imetnika bančnega računa do banke s pragmatično opredelitvijo v 4. točki 1. člena, kjer gre za odmik od klasične opredelitve. Načelno je država, v kateri je bančni račun, država, ki je navedena v IBAN-u (to pomeni, da so vsi računi, ki se začnejo s SI56, v Sloveniji).

Težavi se ne da izogniti s sklepom o izvršbi na podlagi verodostojne listine. V evropskem civilnem procesnem pravu ni prostega gibanja odločb v izvršilnih postopkih, obstaja pa prosto gibanje sodnih odločb v civilnih in gospodarskih kognicijskih postopkih. Pojem sodne odločbe po alineji a 2. člena Uredbe 1215/2012 naj po mnenju teorije ne bi zajemal sklepa o rubežu in sklepa o prenosu (*cessio iudicialis*), saj to izhaja iz temeljne razlike med kognicijskim in izvršilnim postopkom.³⁶ Slovenska različica Uredbe (EU) št. 1215/2012 omenja sklep o izvršbi, tuja besedila te uredbe pa bolj kažejo na to, da se ta slovenski prevod ne more razumeti kot naš sklep o rubežu. Že angleško besedilo omenja *writ of execution*, ki je sklep o izvršbi, francosko besedilo omenja pojem *le mandat d'exécution*, ki sicer ni sklep o izvršbi, a je odredba pristojnega sodnika sodišča, ki je izdalo izvršilni naslov, da se ta izvrši. Nemška različica govori o *der Vollstreckungsbescheid*, ki se morda še najbolj lahko primerja z našim dajatvenim delom sklepa o izvršbi na

33 Glej v slovenski sodni praksi VS Ljubljana, I Cpg 675/2010.

34 GALIČ, nav. delo, str. 138.

35 JEULAND, Emmanuel, La clef de voûte du droit judiciaire européen : le règlement n° 655/2014 du 15 mai 2014 créant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires (OESC), International Journal of Procedural Law 2/2016, str. 289.

36 DOMEJ, nav. delo, str. 446.

podlagi verodostojne listine.³⁷ Izraz sklep o izvršbi v 2. členu Uredbe 1215/2012 je torej avtonomni pojem prava EU in ga zato ni mogoče razlagati ob sklicevanju na slovenski ZIZ.

Pravna teorija opozarja, da je v izvršilnem postopku in postopku zavarovanja z mednarodnim elementom oziroma v mednarodnem civilnem procesnem pravu (dolžnikova) denarna terjatev lokalizirana pri (dolžnikovem) dolžniku, oziroma povedano drugače, terjatev je pritiklina dolžnika in je tam, kjer ima dolžnik svoje prebivališče oziroma svoj sedež, v primeru dolžnikovega dolžnika je to sedež dolžnikovega dolžnika.³⁸ Položaj v mednarodnem civilnem procesnem pravu je tu precej drugačen od slovenskega materialnega prava, kjer je denarna terjatev prinosnina. Zaradi tega na primer del sodne prakse in starejše pravne teorije v Avstriji poudarja, da je v izvršilnem postopku izvršilno sodišče pristojno samo za dovolitev izvršbe, plačilna prepoved dolžnikovemu dolžniku pa je v pristojnosti tujega izvršilnega sodišča, v postopku izvršbe v zavarovanje (predhodne odredbe) pa mednarodna pristojnost (slovenski ZIZ izhaja iz avstrijske *Exekutionsordnung*) sploh ne obstaja.³⁹ Takšno je tudi stališče v drugih evropskih državah. Francoska sodišča ne dovolijo predhodnih odredb, če je predmet izvršbe v zavarovanje v tujini, z obrazložitvijo, da francoska sodišča ne morejo prisiliti sodišč druge države, da začnejo izvršbo.⁴⁰ Slovensko sodišče torej nima mednarodne pristojnosti na primer za predhodno odredbo, s katero se prepove OPP, da ne sme dolžniku ali komu drugemu po dolžnikovem nalogu plačati z njegovega računa določenega zneska denarja (4. točka 260. člena in 261. člen ZIZ)⁴¹ Če ni predhodne odredbe, se zastavi vprašanje, ali se lahko izda začasna odredba. Načelno je odgovor tudi v tem primeru zavrnilen, saj 271. in 273. člen ZIZ vsebujeta tudi plačilno prepoved.

Vendar je tako mnenje v teoriji preseženo v delu, ki se nanaša na učinek začasne oziroma predhodne odredbe. Teoretični temelj izjeme od načela teritorialnosti je pravna teorija oblikovala tako, da se čezmejni ukrepi zavarovanja v civilnem postopku obravnavajo kot pravni institut civilnega procesnega prava *sui generis*, ki ni namenjen zavarovanju prihodnje izvršbe, zaradi tega se zanje ne uporablja načela teritorialnosti izvršilnega prava.⁴² Ukrepi zavarovanja torej niso ukrepi v izvršilnem postopku, saj ukrep zavarovanja ne vodi do poplačila zahtevajočega upnika niti zavarovalni ukrepi niso potrebni za začetek in izvedbo izvršilnega postopka.⁴³ Za slovenske pravnike je primernejša obrazložitev, da izvršba predvideva obstoj izvršilnega naslova, ukrep zavarovanja (začasna in tudi predhodna odredba) pa je omejen na čas pred izvršbo.

37 ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz, GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, 17. na novo predelana izdaja, München: Beck, 2010, str. 948.

38 GUINCHARD, nav. delo, str. 1877.

39 DOMEJ, nav. delo, str. 85, drugačno mnenje ZONDLER, Georg, *Schweizer Arrest auf Vermögenswerte im Ausland*, *Aktuelle juristische Praxis*, 2005, str. 573 in sl.

40 JEULAND, nav. delo, str. 285.

41 DOMEJ, nav. delo, str. 86 in 87.

42 DOMEJ, nav. delo, str. 297, CUNIBERTI, Gilles, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, Pariz: LGDJ, 2000, str. 41–44.

43 CUNIBERTI, 2000, str. 41.

4. SKRITI ČEZMEJNI UČINEK ZAČASNIH UKREPOV IN UKREPOV ZAVAROVANJA

Prvo vprašanje, ki se zastavi, je, ali izdani ukrep zavarovanja, na primer slovenska začasna odredba, učinkuje tudi zunaj meja države foruma, pred katerim je bil izdan tak ukrep. Pri tem je treba razlikovati med začasnimi ukrepi, ki učinkujejo tako rekoč *in personam*, torej ki imajo le relativni učinek, in ukrepi, ki učinkujejo *erga omnes* (učinek *in rem*). Ta delitev v slovenski teoriji še ni bila obravnavana. Toda če začasna odredba učinkuje *in personam* (na primer plačilna prepoved dolžnikovemu dolžniku, 3. in 4. točka 271. člena ZIZ), potem ni potrebna teritorialna omejitev, saj taka omejitev vpliva na sposobnost dolžnikovega dolžnika izvršiti neko pravno pomembno opravilo (solucijska faza nekega pravnega posla). Z drugimi besedami, če slovenska začasna oziroma predhodna odredba kot ukrep zavarovanja vsebuje določene prepovedi, te vplivajo na dolžnika oziroma dolžnikovega dolžnika skoraj tako kot delna omejitev poslovne sposobnosti (primerjaj 13. in 17. člen ZMZPP). Teritorialna omejitev pa je še vedno potrebna pri hrambi premičnin po prvem odstavku 271. člena ZIZ, ki učinkuje *in rem*. Zaradi tega je treba razlikovati med relativnim (*in personam*) in absolutnim (*in rem*) učinkom ukrepa zavarovanja.

4.1 Mednarodno pravo ne prepoveduje čezmejnega učinka začasnih ukrepov

Država je oblikovana iz treh delov – ozemlja, prebivalstva in državne oblasti nad prebivalstvom na tem ozemlju. Če ni določeno s kakšnim posebnim pravilom v mednarodnih sporazumih, lahko samo državna oblast neke države s prisilo izvaja *acta iure imperii* na ozemlju neke države. Iz tega je Vrhovno sodišče Slovenije sklevalo, da če v stečajnem postopku v Srbiji za tujo pravno osebo preneha ločitvena pravica, pridobljena v postopku izvršbe v Sloveniji, je ta učinek, zaradi katerega bi (prisilna) zastavna pravica izgubila svoj pomen, v nasprotju s slovenskim mednarodnim javnim redom, saj bi prišlo do onemogočanja izvajanja sodne oblasti slovenskih sodišč na območju Republike Slovenije.⁴⁴

V mednarodnem pravu je glede tega stališče jasno in je bilo oblikovano leta 1927 v sodbi predhodnika Meddržavnega sodišča v zadevi *Lotus*. Prva in najmočnejša omejitev, ki jo mednarodno pravo nalaga državam, je, da če ni kakšnega nasprotnega pravila, ki vsebuje dovolitev, ne morejo izvrševati prisile na ozemlju druge države. Pristojnost je seveda ozemeljska, država je ne more izvrševati zunaj lastnega ozemlja, razen če obstaja pravilo, ki to dovoljuje in izhaja iz mednarodne pogodbe ali običaja. Vendar pa iz tega ne izhaja, da mednarodno pravo državam prepoveduje izvrševanje pristojnosti na lastnem ozemlju v zadevi, ki se nanaša na dejstva, ki so se zgodila v tujini, in v kateri se ne more sklicevati na pravilo mednarodnega prava, ki kaj takega dovoljuje. Takšno stališče bi bilo mogoče le, če bi mednarodno pravo vsebovalo splošno prepoved, da države razširijo uporabo lastnega prava in pristojnost lastnih sodišč na osebe, premoženje in dejstva zunaj lastnega ozemlja, in če bi izjemoma dovoljevalo državam, da tako ravnajo v določenih primerih. Vendar veljavno mednarodno pravo ni tako. Mednarodno pravo

⁴⁴ Vrhovno sodišče, Cpg 5/2007.

državam ne prepoveduje razširjanja uporabe lastnega prava in pristojnosti lastnih sodišč na osebe, premoženje in dejstva zunaj lastnega ozemlja, ampak jim glede tega pušča široko polje proste presoje, ki je omejeno samo v določenih primerih s prepovedmi, v drugih primerih pa vsaka država prosto sprejme načela, za katera meni, da so najboljše in najprimernejša.

Tudi slovensko pravo priznava take ukrepe. Tako na primer ZMZPP v 101. členu določa priznanje tuje sodne odločbe glede pravnega statusa tujca *ipso iure* ne glede na pristojnost tujega foruma za tega tujca. Ali rečeno drugače, tuja odločba o statusu tujca učinkuje iz tujine v Slovenijo. Značilno za kontinentalne pravne rede je, da se učinek tuje odločbe presoja po pristojnosti tuje države za sprejetje ukrepa. S tega stališča je tudi naše MZP trdno zasidrano v kontinentalni pravni teoriji, ki izhaja iz stališča, da se ekstrateritorialni oziroma čezmejni učinek nekega ukrepa izvaja iz pristojnosti sodišča za sprejetje tega ukrepa.⁴⁵ Naše pravo ne zahteva načela zrcalne pristojnosti, po katerem država priznanja zrcalno prenese svoja pravila o mednarodni pristojnosti na državo izvora. V skladu s tem načelom država priznanja prizna tujo sodbo le, kadar presodi, da bi bilo tuje sodišče mednarodno pristojno, če bi zanj hipotetično veljala avtonomna pravila o mednarodni pristojnosti.⁴⁶

4.2 Učinek *in personam*

Ukrepi zavarovanja, s katerimi je dolžniku prepovedana kakšna dajatev, storitev, dopustitev ali mu je zapovedana opustitev, učinkujejo *in personam*.⁴⁷ Tako prepoved razpolaganja s premičninami in prepoved dolžnikovemu dolžniku, da ne sme izplačati terjatve, v slovenskem pravu učinkujeta le *in personam*. Vsekakor lahko trdimo, da nekaterečasne in predhodne odredbe slovenskega prava kot začasni ukrepi učinkujejo samo na titularja dolga, ne pa na premoženje (dolg oziroma terjatev). Takočasne odredbe iz 3. in 4. točke 271. člena ter iz 3., 4. in 5. točke 273. člena ZIZ učinkujejo le *in personam*. V MZP takečasne odredbe ne spremenijo tako imenovanega stvarnega statuta stvari oziroma pogodbenega statuta terjatve dolžnikovega dolžnika.⁴⁸ Drugače rečeno, premoženje oziroma terjatev je še vedno v pravnem prometu, samo dolžnik oziroma celo dolžnikov dolžnik nima sposobnosti razpolaganja s tem premoženjem. Ta omejitev razpolagalne sposobnosti nad premoženjem se kot neke vrste pritiklina veže na dolžnika oziroma dolžnikovega dolžnika (*accessio cedit principali*) in ga omejuje pri sklepanju (razpolagalnih) pravnih poslov. Če dolžnik prestopi državno mejo, ne pridobi sodno omejene razpolagalne sposobnosti. Torej lahko govorimo o posrednem čezmejnim učinku časnih ukrepov, ki učinkujejo *in personam* tako, da se ne krši pristojnost sodišča druge države. Taki ukrepi seveda niso v nasprotju s tujim mednarodnim javnim redom in se lahko priznajo. Sankcija za kršitve v kontinentalni Evropi imajo obliko denarne kazni.

Tudi v bruseljski ureditvi gre za sodno prakso, ki bi lahko kazala na to, da lahko časni ukrepi in ukrepi zavarovanja učinkujejo na ozemlju druge države brez

45 CUNIBERTI, 2000, str. 57.

46 Ustavno sodišče, Up-645/13.

47 SCHLOSSER, nav. delo, str. 157.

48 CUNIBERTI, Gilles, Les mesures conservatoires dans le contentieux commercial international, Journal des tribunaux Luxembourg, 1/2011, str. 6.

postopka priznavanja. Dejansko stanje v zadevi *Schuhfabrik Brennero* je namreč opisano tako površno, da izvemo le, da je šlo za začasni ukrep italijanskega prava, za katerega je nemško sodišče začelo izvršilni postopek, v sklepnih predlogih generalnega pravobranilca Gordona Slyna pa je pojasnjeno, da gre za izvršljiv začasni ukrep italijanskega sodišča, ki se nanaša na premičnine in nepremičnine nemškega dolžnika, upnik pa je zahteval priznanje v Nemčiji in nemška sodišča so ga priznala.⁴⁹

Angleško pravo je razvilo tako imenovano *world freezing injunction*, ki ima univerzalni učinek in ne poseže v pristojnosti sodišč drugih držav. Bistvo te začasne odredbe je svetovna omejitev razpolagalne sposobnosti dolžnika s svojim premoženjem na svetovni ravni, sankcija za kršitev je mogoča samo pred angleškimi sodišči in je kazenskopravne narave.⁵⁰ Tudi francoska sodišča poznajo podobne začasne odredbe. Tako je na primer francosko kasacijsko sodišče potrdilo dovoljenost začasne odredbe, s katero so v francoskem stečajnem postopku francoska stečajna sodišča prepovedala stečajnemu upniku vložiti predlog za izvršbo na nepremičnine stečajnega dolžnika v Španiji in Belgiji.⁵¹ Nemško pravo pozna posebno obliko osebnega začasnega ukrepa (*persönlicher Arrest*, § 890 ZPO), s katerim se dosežejo opustitve in dopustitve, ki imajo tudi ekstrateritorialni učinek. Tudi italijansko pravo omogoča, da *sequestro giudiziario* učinkuje prek italijanske meje. Italijanski sodnik je pristojen za izdajo prepovedi razpolaganja (*sequestro giudiziario*) v postopku zoper italijanskega državljanca, tudi če so nepremičnine, ki so predmet spora v dediščinski tožbi, v tujini. Dejstvo, da se taka odločba pogosto ne da izvršiti v tujini, nima vpliva na pristojnost in pooblastilo za sprejetje takega ukrepa, vprašanje izvršbe naj rešijo tuji sodniki po lastnem *lex fori*.⁵² Po ameriški sodni praksi začasni ukrepi, s katerimi se prepove razpolaganje z določenim premoženjem, učinkujejo na dolžnika, torej *in personam*, ne pa na njegovo premoženje (torej *in rem*), zaradi česar se sploh ni treba ukvarjati s teritorialnim učinkom začasnega ukrepa.⁵³

Če začasni ukrep učinkuje *in personam* s svojo vročitvijo oziroma razglasitvijo, sankcija za kršitev pa je denarna kazen, bi lahko sklepali, da tujih začasnih ukrepov, s katerimi je odrejena prepoved razpolaganja s premoženjem, niti ni treba priznavati kot naših začasnih odredb. Sankcija pa se lahko prizna kot tuja odločba, saj je taka sankcija opredeljena kot civilna in gospodarska zadeva in se lahko izvrši v drugi državi članici.⁵⁴ Slovensko pravo pri priznavanju tujih odločb izhaja iz teorije izenačenja tuje sodne odločbe z domačo, zaradi česar je treba vsebino tujega začasnega ukrepa spremeniti v začasno oziroma predhodno odredbo po ZPP in ZIZ. Nobena od bruseljskih uredb ne vsebuje določb o denarni kazni. Iz tega pa »ni mogoče sklepati, da je bil namen zakonodajalca Unije izvzeti izvršitev denarne kazni iz njunega področja uporabe. Takšen ukrep namreč zato, ker prispeva k

49 Sodišče EU, 258/83, *Schuhfabrik Brennero*, točki 3 in 14.

50 CUNIBERTI, 2011, str. 6

51 Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19 novembre 2002, 00-22.334.

52 Sodba obče seje italijanskega kasacijskega sodišča z dne 8. junija 1985, opr. št. 3464, *Foro Italiano* 1985, str. 1027.

53 COLLINS, 1992, str. 106.

54 Glej glede priznavanja denarnih kazni za kršitev začasnih odredb Sodišče EU zadevi C-406/09, *Realchemie Nederland*, in C-4/14, *Bohez*.

spoštovanju sprejetih odločb z uporabo teh uredb na področju pravice do stikov, spada pod pojem cilja učinkovitosti, ki se zagotavlja z Uredbo št. 2201/2003. [...] Denarna kazen v postopku v glavni stvari pomeni le stransko obveznost v odnosu do glavne obveznosti, ki jo zagotavlja, in sicer obveznost tistega od staršev, ki sta mu bila dodeljena varstvo in vzgoja, da sodeluje pri izvajanju pravice do stikov v skladu s pravili, ki jih je določilo sodišče države članice izvora, ki je pristojno za vsebinsko odločanje. Izvršitev te denarne kazni je zato neposredno povezana tako z obstojem te glavne obveznosti kot z njeno neizpolnitvijo. Ob upoštevanju te povezave denarne kazni, naložene z odločbo o pravici do stikov, ni mogoče upoštevati ločeno kot samostojno obveznost, ampak jo je treba šteti za neločljivo povezano s pravico do stikov, katere varstvo zagotavlja.«⁵⁵

Pri začasni odredbi iz 1. oziroma 2. točke 271. člena oziroma iz 1. oziroma 2. točke 273. člena ZIZ pa gre lahko za mešani učinek *in personam* in *in rem*.

4.3 Učinek *in rem*

Drugačen je primer pri začnih ukrepih, ki učinkujejo *in rem*. To bi bili na primer rubež terjatve (zaradi nastanka prisilne zastavne pravice) v predhodnih odredbah, hramba stvari pri začnih odredbah, s katerimi se prepove razpolaganje s premičninami, zaznamba prepovedi odtujitve v zemljiški knjigi za nepremičnine ter vpis prisilne zastavne pravice v sodnem registru na delež družbenika in predznamba v ZK pri predhodni odredbi, podobno verjetno tudi zaznamba v registru pravic industrijske lastnine po 123. členu ZIL-1.

V primeru takih začnih odredb se zastavlja vprašanje izključne pristojnosti (zemljiška knjiga, sodni register, sekvenciacija premičnin) in s tem povezane nezmožnosti priznavanja (prvi odstavek 97. člena ZMZPP). Razen začnih ukrepov, ki so sprejeti v skladu z uredbami EU, tuji ukrepi zavarovanja v Sloveniji ne morejo imeti učinka *in rem*, saj se s takim učinkom onemogoči izvajanje sodne oblasti slovenskih sodišč na območju Republike Slovenije, kar ni v skladu s slovenskim mednarodnim javnim redom.⁵⁶

Poseben primer so začasni ukrepi, ki jih izda prorogirano sodišče, torej sodišče, ki je pristojno za meritorno odločanje na podlagi prorogacijske določbe. To sodišče brez težav lahko izda začasne ukrepe, ki učinkujejo *in rem* in se nanašajo na premičnine. Tako lahko tuje sodišče izda začasno odredbo, ki učinkuje *in rem*, na primer v pravu industrijske lastnine odredi zaseg predmetov kršitve.⁵⁷

Začasni ukrepi, ki učinkujejo *in rem* in jih je izdalo sodišče države članice EU, kot na primer prepoved razpolaganja z nepremičninami, premičninami in premoženjskimi pravicami, se lahko priznajo v drugih državah članicah EU. Znan je primer, ko je latvijsko sodišče izvršilo prepoved razpolaganja z nepremičninami v Latviji, ki jo je sprejelo sodišče v Litvi.⁵⁸

55 Sodišče EU, C-4/14, *Bohez*, 46.–50. točka.

56 Vrhovno sodišče, Cpg 5/2007.

57 CUNIBERTI, 2011, str. 3.

58 Sodišče EU, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*.

5. MEDNARODNA PRISTOJNOST ZA IZDAJO ZAČASNIH UKREPOV IN UKREPOV ZAVAROVANJA

Kot v vsakem mednarodnem postopku je treba razlikovati med neposredno in posredno mednarodno pristojnostjo, saj pravna pravila določajo preskus mednarodne pristojnosti sodišča bodisi neposredno bodisi posredno.⁵⁹ Neposredna mednarodna pristojnost (*la compétence directe, Entscheidungszuständigkeit*) je pristojnost, ki pove, ali je nek forum mednarodno pristojen za (meritorno) odločanje v civilnem postopku. Posredna mednarodna pristojnost (*la compétence indirecte, Anerkennungszuständigkeit*) pa je preskus neposredne pristojnosti tujega sodišča v postopku priznavanja tuje odločbe pred domačim sodiščem. Zaprošeno slovensko sodišče, pred katerim poteka eksekvatura, preskuša v postopku priznavanja, ali je bilo tuje sodišče mednarodno pristojno za odločanje v skladu z merili, ki jih določa slovensko pravo. Težave s tem so v Sloveniji nastale v znani zadevi kirurga profesorja Dolenca.⁶⁰

5.1 Neposredna mednarodna pristojnost

Neposredna mednarodna pristojnost je v zdajšnji ureditvi v EU tritirna.⁶¹ V bruseljski ureditvi je neposredna mednarodna pristojnost razdeljena na podlagi sodb Sodišča EU v zadevah *Van Uden* in *Mietz* na akcesorno pristojnost za sprejetje začasnih ukrepov in ukrepov zavarovanja na podlagi II. poglavja uredbe ter na poseben nacionalni *forum arresti*.⁶²

5.1.1 Prvi tir: mednarodna pristojnost začasne ukrepe kot pritiklina mednarodne pristojnosti za meritorno zadevo

Prvi tir je mednarodna pristojnost za sprejetje začasnih ukrepov in ukrepov zavarovanja kot pritiklina mednarodne pristojnosti za postopke v glavni stvari (*accessio cedit principali*). Tu gre za izpeljavo načela, da sočasne odredbe vedno akcesorni postopek, ki ne more obstajati brez glavnega postopka; če je sodišče mednarodno pristojno za glavni postopek, je pristojno tudi za sprejetje začasnega ukrepa.⁶³ Drugače rečeno, mednarodna pristojnost za izdajo začasnega ukrepa ali ukrepa zavarovanja je vedno podana, če je po bruseljskih uredbah sodišče mednarodno pristojno za odločanje v meritornem postopku. Tu posebno pravilo začasne ukrepe ali ukrepe zavarovanja sploh ni potrebno.⁶⁴

59 WALTER, Gerhard, DOMEJ, Tanja, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. izdaja, Bern: Haupt, 2012, str. 98.

60 WALTER, DOMEJ, prav tam, str. 99, Ustavno sodišče, Up-645/13.

61 PÉREZ – RAGONE, Alvaro, CHEN, Wei – Yu, Europäischer einstweiliger Rechtsschutz – eine dogmatische Systembildung im Lichte der EuGH Entscheidungen, Zeitschrift für Zivilprozess International 17 (2012), str. 239–241.

62 Uredba (EU) št. 1215/2012 za civilne in gospodarske zadeve, Uredba (ES) št. 2201/20031 za starševsko odgovornost (roditeljsko pravico), Uredba (EU) št. 4/2009 za preživninske obveznosti, Uredba (EU) 2016/1103 za premoženjska razmerja med zakoncema in Uredba (EU) št. 650/2012 za dedovanje, sodbi Sodišča EU, C-391/95, *Van Uden*, točka 19, in C-99/96, *Mietz*, točka 40.

63 SLADIČ, Einstweiliger Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht, str. 119–128, POGORELČNIK VOGRINC, nav. delo, str. 28.

64 Sodišče EU, C-99/96, *Mietz*, 40. točka.

5.1.2 Drugi tir: pristojnost za izdajo začasnega ukrepa brez mednarodne pristojnosti za meritorno odločanje

Drugi tir je posebna določba za mednarodno pristojnost za sprejetje začasnih ukrepov in ukrepov zavarovanja, ki je določena v 35. členu Uredbe (EU) št. 1215/2012, 30. členu Uredbe (ES) št. 2201/2003, 19. členu Uredbe (EU) št. 4/2009, 19. členu Uredbe (EU) št. 2016/1103 in 19. členu Uredbe (EU) št. 650/2012. Tudi tu gre za izpeljavo načela akcesorne narave začasnih ukrepov in ukrepov zavarovanja, saj tak ukrep ne utemeljujejo mednarodne pristojnosti za meritorni postopek. Ta ureditev je neke vrste mešanica med pravom EU in domačimi predpisi o neposredni pristojnosti.

V teoriji je značilni primer nujnosti takšnih začasnih odredb francoski bančni primer iz leta 1890. Avstrijski državljani s stalnim prebivališčem v Avstriji (takratna Avstro-Ogrska) je v Parizu zahteval rubež terjatve dolžnika nemškega državljana s prebivališčem v Londonu, ki jo je imel do francoske banke kot dolžnikovega dolžnika.⁶⁵ Taka vrsta začasnega ukrepa je najučinkovitejše varstvo upnika, vendar upniku nalaga breme, da upošteva dolžnika in zahteva začasni ukrep pred forumom, kjer je na primer premoženje dolžnika.

Vendar pa je izjemna pristojnost v 35. členu Uredbe (EU) št. 1215/2012 omejena. Prva omejitev izhaja iz 33. uvodne navedbe k tej uredbi. »Če pa začasne ukrepe, vključno z ukrepi zavarovanja, odredi sodišče države članice, ki ni pristojno za odločanje o glavni stvari, bi bilo treba učinek takšnih ukrepov v tej uredbi omejiti na ozemlje države članice, kjer je navedeno sodišče.« Začasni ukrepi se lahko izdajajo tudi mimo določb te uredbe o pristojnosti za odločanje o glavni stvari po pravu države izvora. Vendar pa je lahko priznanje v primeru tako utemeljene pristojnosti (drugače kot v primeru utemeljitve pristojnosti za izdajo začasne odredbe, izpeljane *a majore ad minus* iz pristojnosti po bruseljski uredbi za odločitve o glavni stvari) omejeno, kar še zlasti velja, kadar je podana identiteta zahtevkov za začasno in vsebinsko (meritorno) varstvo. Tak primer je tudi predložena zadeva, kajti v njej si ni mogoče zamisliti, da se začasni ukrep na eni strani ter tožbeni zahtevek in odločitev o njem na drugi strani ne bi ujemali. Neomejeno priznanje bi v takšnih primerih lahko obšlo pravila o pristojnosti za odločanje v glavni stvari, dozdevno začasno varstvo pa privedlo k trajni ureditvi spornega razmerja. Zato so predvidene določene omejitve, na primer dejanska vez med vsebino terjatvega začasnega varstva in mednarodno pristojnostjo sodišča, ki naj bi zagotovilo to varstvo.⁶⁶ Druga omejitev je na primer omejitev začasnega plačila iz pogodbene pravne podlage. Opozoriti je treba, da to besedilo velja tudi za Uredbo (EU) št. 4/2009, ki se nanaša na preživninske zadeve (19. člen). V takih zadevah pa tudi naš ZPP omogoča začasno odredbo, ki je vsebinsko enaka sodbi, s katero se določijo znesek preživninske obveznosti ter upravičenec in zavezanec. Načeloma pa začasno plačilo pogodbene odmene ni začasni ukrep po Uredbi (EU) št. 1215/2012. Izjemoma se lahko tako plačilo obravnava kot začasni ukrep, če je v primeru, ko tožeči stranki ne uspe v meritornem postopku, toženi stranki zagotovljeno vračilo prisojenega zneska, in če se zahtevani ukrep nanaša samo

⁶⁵ COLLINS, nav. delo, str. 45.

⁶⁶ Vrhovno sodišče, Cpg 1/2008.

na toženčevo premoženje, ki je ali bi moralo biti na območju krajevne pristojnosti sodišča, pred katerim je bil tak predlog vložen.⁶⁷ Podobno je mednarodna pristojnost foruma, ki ni mednarodno pristojen za meritorno odločanje, omejena tudi v Uredbi (ES) št. 2201/2003. Sodišče EU je merila za take začasne ukrepe določilo v zadevi *Detiček*, slovenska sodišča so to razlago upoštevala.⁶⁸ Pristojnost sodišča, ki ni mednarodno pristojno za meritorno odločanje v stvari, je izjemna pristojnost. Izjeme je treba razlagati ozko (*exceptiones non sunt extendendae*). Sodišča, na katera se nanaša ta določba, lahko take začasne ukrepe ali ukrepe zavarovanja sprejmejo le, če upoštevajo tri kumulativne pogoje, in sicer da morajo biti zadevni ukrepi nujni, da morajo biti sprejeti glede oseb ali premoženja, ki so v državi članici, v kateri imajo ta sodišča sedež, in da morajo biti začasni.⁶⁹ Začasni ukrepi na področju starševske odgovornosti (roditeljska pravica) so vendarle toliko specifični, da »v skladu s členom 20(2) Uredbe št. 2201/2003 ti ukrepi prenehajo učinkovati, ko sodišče države članice, ki je pristojno v zadevi, sprejme ukrepe, za katere meni, da so primerni.«⁷⁰

Zadnji razvoj teh začasnih ukrepov, ki jih izda sodišče, ki ni pristojno za meritorno odločanje, lahko najdemo v primerih začasnih ukrepov iz ene države članice, za meritorno odločanje pa je pristojno izključno sodišče druge države (na primer ničnost patenta). Nevarnosti nasprotujočih si sodnih odločb ni, »saj začasna odločitev sodišča, ki odloča o začasnih ukrepih, nikakor ne bo prejudicirala vsebinske odločitve« izključno pristojnega sodišča.⁷¹

Na področju uporabe uredb EU o civilnih postopkih ima tožnik pred vložitvijo tožbe ali predlagatelj pred uvedbo postopka izbirno pristojnost, ali zahteva sprejetje začasnega ukrepa pred sodiščem, ki je pristojno za meritorno odločanje, ali pa pred sodiščem, ki ni pristojno (pa je tam na primer premoženje dolžnika). Pričakovano presenečenje učinkuje samo na podlagi pristojnosti po drugem tiru (mednarodna pristojnost za začasne ukrepe brez mednarodne pristojnosti za meritorno odločanje, odločba pa učinkuje le na ozemlju države foruma, ki je izdal odločbo).⁷²

5.1.3 Tretji tir: strogo nacionalne pristojnosti

Tretji tir se nanaša na področja, ki jih uredbe EU ne urejajo, na primer neposredna mednarodna pristojnost nacionalnega sodišča kot podpora poteku arbitražnega postopka (sodišče lahko izda začasne odredbe med arbitražnim postopkom tudi po Zakonu o arbitraži). Če so se stranke spora dogovorile, da bodo spor reševale pred arbitražo, pa sodišče države članice EU, ki ne bi bilo pristojno za meritorno odločanje v sporu, ni pristojno za sprejetje začasnih ukrepov ali ukrepov zavarovanja na pravni podlagi 35. člena Uredbe (EU) št. 1215/2012. Toda če se za pravno vprašanje, o katerem odloča sodišče v postopku zavarovanja, uporablja

67 Sodišče EU, C-391/95, *Van Uden*, 47. točka.

68 Sodišče EU, C-403/09 PPU, *Detiček*, VS Maribor III Cp 1836/2009.

69 Sodbi Sodišča EU, C-403/09 PPU, *Detiček*, 39. točka, in C-523/07, A, 47. točka.

70 Sodišče EU, C-523/07, A, 48. točka.

71 Sodišče EU, C-616/10, *Solvay*, 50. točka.

72 KÖNIG, Bernhard, *Einstweilige Maßnahmen und die Brüssel I-Verordnung*, v: KÖNIG, B., MAYR, P., G., *Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich III*, 10 Jahre Brüssel I-Verordnung, Dunaj: Manz, 2012, str. 76.

bruseljska ureditev, lahko nepristojno sodišče države članice sprejme začasne ukrepe na pravni podlagi 35. člena Uredbe (EU) št. 1215/2012, čeprav se spor meritorno rešuje pred arbitražo.⁷³

5.2 Posredna mednarodna pristojnost

Posredna mednarodna pristojnost dobi svoj pomen pri razmerjih s tretjimi državami.⁷⁴

Posredna pristojnost v slovenskem pravu ni bila posebno pomembna, pomen je dobila šele glede načina razlage 98. člena ZMZPP pred Ustavnim sodiščem.⁷⁵ Poenostavljeno povedano je pomen posredne mednarodne pristojnosti, da se tuja sodna odločba, ki ne izhaja iz države članice EU, ne more izenačiti z odločbo sodišča Republike Slovenije in ta v Republiki Sloveniji ne more imeti enakega pravnega učinka kot domača sodna odločba, če je pristojnost tujega sodišča temeljila izključno na eni od naslednjih okoliščin (sistem negativne listine, 94. in 98. člen ZMZPP):

1. državljanstvu tožnika,
2. premoženju toženca v državi izdaje odločbe,
3. osebni vročitvi tožbe oziroma drugega akta, s katerim se je začel postopek, tožencu.

Preskus posredne mednarodne pristojnosti se izvede izključno po pravilih slovenskega prava oziroma slovenski *lex fori* določa merila za preskus posredne mednarodne pristojnosti.

Posredna mednarodna pristojnost se na področju uporabe bruseljske ureditve in tudi Luganske konvencije (razmerja s Švico) ne sme presojati. Sodna praksa temelj za takšen izvzem najde v načelu vzajemnega zaupanja.⁷⁶ Uredba (ES) št. 2201/2003 pa izrecno določa, da se pristojnost sodišča države članice izvora ne sme preverjati (24. člen).

Zastavlja se seveda vprašanje, zakaj je danes sploh še aktualen preskus mednarodne pristojnosti tujega sodišča za izdajo začasne odredbe v postopku priznavanja, če pa na ravni EU veljajo uredbe (EU) št. 1215/2012, (ES) št. 2201/2003 in (EU) št. 650/2012. Te uredbe imajo vsaka svoje področje uporabe. Na tem področju uporabe pa vprašanje, ali gre za začasni ukrep ali meritorno sodbo, ne more biti merilo za določanje, ali se te uredbe uporabljajo.⁷⁷ Imamo pa tudi področja, kjer neposredna mednarodna pristojnost ni urejena na ravni EU, tam pa ima seveda nacionalno pravo še vedno svoj pomen, kakor na primer pri arbitražnih postopkih. Postopki priznavanja ostajajo v tem delu še vedno popolnoma nacionalni.

73 Sodišče EU, C-391/95, *Van Uden*, 22., 24., 25., 34. in 48. točka.

74 Ustavno sodišče, Up-645/13, 18.–23. točka.

75 Ustavno sodišče, Up-645/13.

76 Sodišče EU, C-4/14, *Bohez*, točka 44.

77 Sodišče EU 120/79, *De Cavel*.

6. IZVZETJE IZ JURISDIKCIJE SLOVENSКИH SODIŠČ (IMUNITETA) IN ZAČASNE ODREDBE

V mednarodnem pravu obstaja posebno področje, ki zadeva tudi slovenski *lex fori* v civilnih postopkih, in sicer vprašanje imunitet po mednarodnem pravu. Trdimo lahko, da gre po ZPP in tudi ZIZ za absolutne negativne procesne pogoje s temelji v mednarodnem javnem pravu (28. člen ZPP).⁷⁸ Načelno je treba razlikovati med imuniteto tuje države oziroma mednarodne organizacije, osebno imuniteto (na primer diplomata ali šefa tuje države (*exemption*)) in eksteritorialnostjo (se pravi prostorsko imuniteto, na primer veleposlaništva).⁷⁹ Nosilci imunitet so tuje države in mednarodne organizacije, če je Slovenija članica te mednarodne organizacije. Toda civilni spori z mednarodnimi organizacijami in tujimi državami so pogosti. Lahko gre že za preprosto vprašanje, ali ima veleposlaništvo tuje države imuniteto v delovnem sporu, kjer lokalni uslužbenec toži na primer zaradi neplačila nadur.⁸⁰ Sodišča v Belgiji, Švici in Italiji ne priznavajo sodne imunitete mednarodnim organizacijam v delovnih sporih.⁸¹ Del teorije celo meni, da ni razlike med imuniteto tuje države in mednarodne organizacije.⁸² Vendar to stališče ni pravilno, kar je v primerjalnem pravu na primer pojasnilo švicarsko zvezno sodišče, ki je menilo, da ima po večinskem mnenju država za svoja oblastna ravnanja (*acta iure imperii*) imuniteto, za svoja neoblastna ravnanja (*acta iure gestionis*) pa je podvržena jurisdikciji in prisili druge države. Nasprotno pa imajo mednarodne organizacije imuniteto za vsa svoja ravnanja. Ta načelno absolutna imuniteta se obrazloži tako, da morajo biti na podlagi funkcionalnosti pravne osebnosti mednarodne organizacije vsa njena ravnanja tesno povezana z namenom mednarodne organizacije [...].⁸³ Tako lahko sklenemo, da obstaja imuniteta mednarodne organizacije (vključno z EU) na podlagi teorije o funkcionalni imuniteti za vsa njena ravnanja, za državo pa le za *acta iure imperii*.⁸⁴

78 Glej glede tega SLADIČ, Jorg, Conditions of Admissibility and Access to Justice – a Slovenian Perspective, v: UZELAC, Alan in VAN RHEE, Cornelius, Hendrik (ur.), *Revisiting Procedural Human Rights*, Cambridge: Intesentia, 2017, str. 227.

79 LINKE, Hartmut, HAU, Wolfgang, Internationales Zivilverfahrensrecht Grundriss, 6. izdaja, Köln: Otto Schmidt, 2015, str. 56.

80 Glej glede sodne prakse ESČP v SLADIČ, Conditions of Admissibility and Access to Justice – a Slovenian Perspective, str. 228.

81 KRIEGER, Heike: Immunität: Entwicklung und Aktualität als Rechtsinstitut, v: PAULUS, Andreas, DETHLOFF, Nina, GIEGERICH, Thomas, SCHWENZER, Ingeborg, KRIEGER, Heike, ZIEGLER, Andreas, R., TALMON, Stefan, SCHACK, Haimo, Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen? Immunität, C. F. Müller, Heidelberg 2014, str. 250 in 251, WALTER, DOMEJ, nav. delo, str. 77.

82 DUPUY, Pierre – Marie, KERBRAT, Yann, Droit international public, 13. izdaja, Pariz : Dalloz, 2016, točka 127 in naslednje, LAGERWALL, Anne, LOUWETTE, Arnauld, La reconnaissance par le juge belge d'une immunité à un Etat ou à une organisation internationale viole-t-elle le droit d'accès à un tribunal Revue de Droit Commercial Belge – Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht, (2014), str. 43–48.

83 Bundesgericht, zadeva 5A_360/2010, BGE 136 III 379, str. 379 in nasl., <https://www.bger.ch/>, točka 4.3.1. Nemško besedilo se glasi: »Nach herrschender Auffassung genießt ein Staat für seine Hoheitsakte (*acta iure imperii*) Immunität und unterliegt er für seine nichthoheitlichen Akte (*acta iure gestionis*) der Gerichtsbarkeit und Zwangsgewalt des anderen Staates. Hingegen genießen internationale Organisationen für alle ihre Handlungen Immunität. Die grundsätzlich absolute Immunität erklärt sich daraus, dass infolge des funktionellen Charakters der Rechtspersönlichkeit einer internationalen Organisation alle ihre Handlungen eng mit ihrem Organisationszweck in Verbindung stehen müssen [...]«.

84 SLADIČ, Jorg, Listine in korespondenca institucij EU v nacionalnih kazenskih postopkih, Pravna praksa, št. 35/2016, str. 18–20, SLADIČ, Jorg, Listine in korespondenca EU v nacionalnih kazenskih postopkih, Pravna praksa, št. 15/2017, str. 10–12, SLADIČ, Jorg, Monetarna politika Švicarske narodne banke je akt iure imperii, o katerem avstrijska sodišča ne morejo odločati, Pravna praksa št. 30-31/2017, str. 19– 20.

Vsebina *acta iure imperii* pa se ne določa po slovenskem *lex fori* ali po *lex nationalis* tuje države, ampak po mednarodnem pravu.

A zakaj bi bila v razpravi o začasnih ukrepih potrebna posebna analiza pojma imunitete tuje države ali mednarodne organizacije? Lahko bi trdili, da se imuniteta »nanaša na sodni postopek kot tak, država v tem postopku izvršuje svojo pristojnost (s starim izrazom *facultas iurisdictionis*) nad eksteritorialno osebo oziroma osebo, ki je izvzeta iz pristojnosti nacionalnih sodišč, saj je »pravna ureditev imunitet v bistvu postopkovne narave. Ureja izvrševanje pristojnosti glede posebnega ravnanja in je torej popolnoma ločena od materialnega prava.«⁸⁵ Toda v mednarodnem pravu se tako pri državah kot pri mednarodnih organizacijah razlikuje med sodno imuniteto (torej imuniteto pred meritornimi kognicijskimi postopki, *immunity of jurisdiction*, *l'immunité de juridiction*) in imuniteto pred izvršbo (*immunity from enforcement*, *l'immunité d'exécution*).⁸⁶ To razlikovanje poznamo tudi v Sloveniji, saj se sodna imuniteta ureja po mednarodnem običajnem pravu, izvršilna imuniteta pa je urejena v pozitivnem pravu v 14. členu ZIZ. V našem pravnem redu je tudi imuniteta pred vročanjem sodnih pisanj del imunitete države. Ker je vročanje po našem *lex fori* oblastveni akt, se imuniteta pred vročanjem obravnava, kakor da bi šlo za izvršilno imuniteto.⁸⁷

Vprašanje, ki se zastavlja v zvezi s tem, je, ali sočasne in predhodne odredbe kot del začasnih ukrepov v Sloveniji v primeru spora s tujo državo ali mednarodno organizacijo del izvršbe (v zavarovanje) na premoženje tuje države ali pa samo sredstva, ki se jih sprejema v kognicijskem postopku zaradi zavarovanja stanja. Od odgovora na to vprašanje sta odvisni vrsta imunitete, saj obe vrsti imunitete nista vsebinsko enaki, in nato dovoljenost izdaje začasnega ukrepa proti tuji državi. Imuniteta države je generičen pojem, ki zajema dve posebni obliki, in sicer sodno in izvršilno imuniteto.⁸⁸ Pravna teorija enači izvršilno imuniteto in imuniteto v primeru začasnega ukrepa.⁸⁹ Težava nastane pri začasnih ukrepih, ki določajo na primer nastanek zastavne pravice kakor pri naši izvršbi v zavarovanje (predhodna odredba). V takem primeru tudi odpoved sodni imuniteti, ki je omogočala izvedbo kognicijskega postopka, ne more utemeljiti sprejetja predhodne odredbe.

Iz načela imunitete tuje države pred sodišči druge države izhaja tudi prepoved prisilne izvršbe na premoženje tuje države, če je to namenjeno za oblastvene

85 SLADIČ, Listine in korespondenca institucij EU v nacionalnih kazenskih postopkih, str. 17 in 18 s sklicevanjem na sodbo Meddržavnega sodišča v zadevi *Nemčija proti Italiji* (International Court of Justice) v zadevi *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgement, I.C.J. Reports 2012, str. 99, 58. točka (*the law of immunity is essentially procedural in nature. It regulates the exercise of jurisdiction in respect of particular conduct and is thus entirely distinct from the substantive law*).

86 SLADIČ, Listine in korespondenca institucij EU v nacionalnih kazenskih postopkih, str. 18.

87 TAUCHMANN, Stephanie: die Immunität internationaler Organisationen gegenüber Zwangsvollstreckungsmassnahmen, Nomos, Baden-Baden 2005, str. 73. Položaj v romanskih pravnih redih in v pravnih redih common law je drugačen. Tako italijansko kasacijsko sodišče (Corte di Cassazione) v sodbah št 21946/2015 in 21947/2015 ni imelo pomislekov glede vročanja sodnih pisanj iranskemu veleposlaništvu.

88 VIRGÓS SORIANO, Miguel, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., Derecho Procesal Civil Internacional (Litigación internacional), 2. izdaja, Madrid: Thomson Reuters, 2007, str. 62, WALTER, DOMEJ, nav. delo, str. 72.

89 LINKE, HAU, nav. delo, str. 64.

dejavnosti.⁹⁰ Iz tega teoretičnega mnenja so tuja sodišča sklepala, da je »izvršilna imuniteta izraz načela imunitete držav, ki izvira iz suverene enakosti držav. Po sodobnem mednarodnem pravu je državno premoženje izvzeto iz ukrepov izvršbe, če ima oblastveni namen.⁹¹ Izvršilna imuniteta je še širša od sodne imunitete, torej imunitete v kognicijskih postopkih, izjeme so zaradi tega še ožje.⁹² Meddržavno sodišče je izvršilno imuniteto obravnavalo v zadevi *Nemčija proti Italiji*⁹³ in ugotovilo, da je izvršilna imuniteta, ki jo imajo države glede premoženja na tujem ozemlju, širša kot sodna imuniteta teh držav pred tujimi sodišči. Četudi je bila izdana sodba proti tuji državi, ko se ta ne more sklicevati na sodno imuniteto, to ne pomeni *ipso facto*, da je lahko država, zoper katero je bila izdana sodba, subjekt (se pravi zavezanec) iz naslova prisilnih ukrepov na ozemlju države foruma ali na ozemlju tretje države z namenom izvršbe zadevne sodbe.« Gre pravzaprav za vprašanje prisilne zastavne pravice oziroma hipoteke kot prvega koraka izvršbe, ki je značilno tudi za začasne ukrepe in ukrepe zavarovanja, saj se tudi pri nas v izvršbi v zavarovanje ustanovi prisilna zastavna pravica oziroma se začasna odredba zaznamuje v zemljiški knjigi.⁹⁴ Če se država odpove imuniteti pred sojenjem, to ne pomeni samo po sebi, da se je država odpovedala imuniteti pred izvršbo na njeno premoženje, ki je na tujem ozemlju. Pravila mednarodnega običajnega prava, ki urejajo izvršilno imuniteto, in pravila, ki urejajo sodno imuniteto, so ločena in jih je treba uporabljati ločeno.⁹⁵ Pomen izvršilne imunitete je poudarilo tudi belgijsko kasacijsko sodišče v postopku, ki se je nanašal na izvršbo na bančne račune argentinskega veleposlaništva na podlagi sodb proti Argentini zaradi neplačila državnih obveznic (argentinski moratorij). Tako ima na podlagi pravila mednarodnega običajnega prava *ne impediatur legatio*, na podlagi katerega se ne more poseči v delovanje diplomatske misije, avtonomno izvršilno imuniteto celota premoženja te misije, ki je namenjeno njenemu delovanju; upravičenec pa je

90 EPPING, Volker, Der Staat als die »Normalperson« des Völkerrechts, v: IPSEN, Knut (ur.), Völkerrecht, 6. izdaja, München, Beck, 2014, str. 189 in 190.

91 Nemško zvezno sodišče (BGH), zadeva VII ZB 63/12, <http://www.bundesgerichtshof.de> (*Die Vollstreckungsimunität ist eine Ausprägung des Grundsatzes der Staatenimmunität, der aus dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten folgt. Nach heutigem Völkerrecht sind staatliche Vermögenswerte vor Vollstreckungsmaßnahmen anderer Staaten immun, soweit sie hoheitlichen Zwecken dienen*).

92 MILANO, Laure, Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne, Revue trimestrielle des droits de l'homme, št. 76/2008, str. 1063.

93 Sodba Meddržavnega sodišča (*International Court of Justice*) v zadevi *Nemčija proti Italiji* – Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgement, I.C.J. Reports 2012, str. 99, točki 113 in 114 (točka 113: [...] the Court observes that the immunity from enforcement enjoyed by States in regard to their property situated on foreign territory goes further than the jurisdictional immunity enjoyed by those same States before foreign courts. Even if a judgment has been lawfully rendered against a foreign State, in circumstances such that the latter could not claim immunity from jurisdiction, it does not follow *ipso facto* that the State against which judgment has been given can be the subject of measures of constraint on the territory of the forum State or on that of a third State, with a view to enforcing the judgment in question. Similarly, any waiver by a State of its jurisdictional immunity before a foreign court does not in itself mean that that State has waived its immunity from enforcement as regards property belonging to it situated in foreign territory. The rules of customary international law governing immunity from enforcement and those governing jurisdictional immunity (understood *stricto sensu* as the right of a State not to be the subject of judicial proceedings in the courts of another State) are distinct, and must be applied separately).

94 Meddržavno sodišče uporablja v angleški verziji sodbe *Nemčija proti Italiji* pojem legal charge, v francoskem izvirniku pa pojem l'hypothèque judiciaire, kar ustreza prisilni zastavni pravici po našem ZIZ.

95 Sodba Meddržavnega sodišča (*International Court of Justice*) v zadevi *Nemčija proti Italiji* – Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgement, I.C.J. Reports 2012, str. 99, 113. točka.

država izvora. Iz tega izhaja, da niso dovoljeni izvršilni ukrepi na premoženje, ki je namenjeno delovanju diplomatske misije, razen če država izvora izrecno soglaša s prisilnimi ukrepi za to vrsto premoženja ali pa za njen del.⁹⁶

Absolutna izvršilna imuniteta v Evropi ne velja več, tako za tujo državo velja takšna imuniteta le za premoženje, ki je nujno za izvrševanje *acta iure imperii*.⁹⁷ V sodni praksi tujih držav je mogoče najti tudi odločbe, s katerimi je bila opravljena izvršba proti tujim državam (kot dolžnikom zapadlih dolgov). V teoriji je precejšen odmev povzročil rubež deležev Irana kot družbenika na koncernu Krupp v Nemčiji kot začasni ukrep.⁹⁸ Novejši primer je francoska sodna praksa v izvršilnem postopku, ki ga je sprožila skupnost etažnih lastnikov zoper Kongo, afriško državo, ki ni plačevala stroškov upravljanja in ni vplačevala v rezervni sklad, a je lastnica službenih stanovanj za prebivanje diplomatov. Pri tem je treba poudariti, da ni šlo za veleposlanikovo rezidenco, za katero velja diplomatska imuniteta. Francosko kasacijsko sodišče (*Cour de cassation*) je lakonično odločilo, da dejstvo, da je Kongo pridobil nepremično premoženje v Franciji, pa čeprav za službena stanovanja svojega diplomatskega osebja, ne pomeni izvrševanja suverene pravice ali akt *iure imperii*, in gre za navaden pravni posel, za katerega velja zasebno pravo. Kongo se ne more sklicevati na izvršilno imuniteto, če to premoženje ni bilo namenjeno delu veleposlaništva ali njegovih služb in ni bilo veleposlanikova rezidenca, ampak mora zaradi pridobitve nepremičnega premoženja plačevati stroške upravljanja etažne lastnine, terjatev skupnosti etažnih lastnikov pa se nanaša na ta posel.⁹⁹ V mednarodnem pravu torej velja pravilo, da se lahko premoženje tuje države rubi, pa čeprav v začasnem ukrepu oziroma ukrepu zavarovanja, če je namenjeno za *acta iure gestionis*.¹⁰⁰

Razvoj sodne prakse se lahko primerja z zahtevami pravne teorije, ki zahteva na področju izvršilne imunitete uporabo načela *dubio pro iurisdictione, non pro imunitate*, na podlagi katerega lahko izvršilni sodnik v izvršilnem postopku sam

96 Sodba belgijskega kasacijskega sodišča z dne 22. 11. 2012, št. C.11.0688.F, <http://www.juridat.be/>. Prevod izvira iz francoske zazličice sodbe (»En vertu de la règle coutumière internationale *ne impediatur legatio*, suivant laquelle le fonctionnement de la mission diplomatique ne peut être entravé, l'ensemble des biens de cette mission qui servent à son fonctionnement bénéficie d'une immunité d'exécution autonome, se superposant à celle de l'État accréditant. [...] Il s'ensuit qu'aucune saisie ou mesure d'exécution ne peut être pratiquée sur les biens affectés au fonctionnement d'une mission diplomatique, sauf si l'État accréditant consent expressément à l'adoption de mesures de contrainte pour cette catégorie de biens ou une partie de cette catégorie. [...].«

97 REINISCH, August, *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*, *European Journal of International Law*, 17 (2006), str. 807, WALTER, DOMEJ, nav. delo, str. 79.

98 LINKE, HAU, nav. delo, str. 64.

99 Sodba francoskega kasacijskega sodišča, Cass. Civ. 1^{re}, 25 janvier 2005, <https://www.legifrance.gouv.fr/> (Que l'acquisition par l'Etat du Congo de biens immobiliers en France, fussent-ils affectés au logement de son personnel diplomatique, ne constitue pas une prérogative ou un acte de souveraineté mais seulement une opération habituelle de gestion relevant du droit privé ; qu'ayant constaté que les biens en cause n'étaient pas affectés aux services de l'Ambassade ou de ses annexes et n'étaient pas la résidence de l'ambassadeur, puis retenu que cette acquisition impliquait pour l'Etat du Congo le paiement des charges de copropriété de sorte que la créance du syndicat se rattachait à cette opération, la cour d'appel a, à bon droit, décidé que la République démocratique du Congo ne pouvait pas opposer son immunité d'exécution ; [...]).

100 Glej zgoraj opombo pod črto 84, sodba *Nemčija proti Italiji*, 118. točka, belgijsko kasacijsko sodišče, sodba z dne 22. 11. 2012, št. C.11.0688.F, belgijsko Ustavno sodišče, sodba št. 48/2017 z dne 27. 4. 2017, na spletni strani na voljo v nemški in francoski različici <http://www.const-court.be/public/d/2017/2017-048d.pdf>.

ugotovi, ali je premoženje (pravica, stvar) tuje države, ki je predmet izvršbe, namenjeno opravljanju oblastne dejavnosti ali pa ne. Izvršilna imuniteta nastopi šele, če gre za premoženje, ki je nujno za izvrševanje *acta iure imperii*.¹⁰¹ To pa pomeni, da morata izvršilni sodnik in ministrstvo za zunanje zadeve na podlagi 14. člena ZIZ presojeti v postopku za izdajo predhodne odredbe, ali je premoženje tuje države namenjeno oblastni ali neoblastni dejavnosti. Samo če gre za oblastno dejavnost, obstaja izvršilna imuniteta in ni podana pristojnost sodišča.

Zadnje dejanje v razvoju izvršilne imunitete in začasnih ukrepov oziroma ukrepov zavarovanja je sodba nizozemskega kasacijskega sodišča (*Hoge Raad*) z dne 30. 9. 2016, kjer je jasno zapisano, da izvršilna imuniteta velja tudi za ukrepe zavarovanja, s katerimi naj se zavaruje prihodnja izvršba.¹⁰² Ukrepi zavarovanja so po opredelitvi Sodišča EU ukrepi, katerih namen je ohraniti dejansko in pravno stanje, da bi zavarovali pravice, priznanje katerih se sicer zahteva od sodišča, pristojnega v zadevi v glavni stvari.¹⁰³ Zaradi tega se zastavlja vprašanje, zakaj naj bi se ukrepi zavarovanja obravnavali v okviru izvršilne imunitete. V pravni teoriji je temeljna značilnost vseh začasnih ukrepov in ukrepov zavarovanja, ki se izdajo med meritornim kognicijskim postopkom, tako imenovano načelo akcesornosti.¹⁰⁴ Začasni ukrep kot pritiklina je obravnavan enako kakor glavna stvar, ki je meritorni kognicijski postopek, ali rečeno drugače, vsaka začasna odredba je izdana pod razveznim pogojem pravnomočnosti odločbe v glavni stvari. Lahko bi menili, da bi bilo na področju imunitete držav in mednarodnih organizacij treba ukrepe zavarovanja obravnavati v okviru sodne imunitete. Vendar to stališče ni pravilno, saj so ukrepi zavarovanja v teoriji obravnavani zelo drugače. Ukrepi zavarovanja so namreč lahko tudi izvršba v zavarovanje in dejansko že prvi korak prihodnjega izvršilnega postopka. Prislilna oziroma sodna hipoteka ali zastavna pravica je primerjalnopravno namreč vedno prvi korak prihodnje izvršbe. Če torej taka zastavna pravica nastane na podlagi ukrepa zavarovanja, ne moremo več govoriti o kognicijskih postopkih, ampak že o izvršilnem postopku, saj taka zastavna pravica upniku daje pravico do poplačila in izvršbe iz zastavljene stvari.¹⁰⁵ Zaradi tega je treba ukrepe zavarovanja obravnavati v okviru izvršilne imunitete, kar je zlasti trdila Nemčija pred Meddržavnim sodiščem.¹⁰⁶

101 VIRGÓS SORIANO, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, nav. delo, str. 63

102 *Hoge Raad*, sodba z dne 30. 9. 2016, zadeva 16/01153, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2016:2236> glede začasnih ukrepov in ukrepov izvršbe v zavarovanje glede ruskega premoženja.

103 Sodišče EU, C-261/90, *Reichert in Kockler*, točka 34, C-391/95, *Van Uden*, točka 37, C-104/03, *St. Paul Dairy Industries*, 13. točka.

104 SLADIČ, *Einstweiliger Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht*, str. 122.

105 RECHBERGER, Walter H., OBERHAMMER, Paul, *Exekutionsrecht*, 5. predelana izdaja, Dunaj, facultas, 2009, str. 123.

106 Glej zgoraj opombo pod črto 84, sodba *Nemčija proti Italiji*, 110. točka. »Germany argued before the Court that such a measure of constraint violates the immunity from enforcement to which it is entitled under international law.«

7. ZAČASNI UKREPI IN UKREPI ZAVAROVANJA, SPREJETI BREZ MOŽNOSTI DOLŽNIKA DO IZJAVE

Kadar se izkaže koristni učinek začasnega ukrepa (tako imenovani učinek presenečenja dolžnika), ko se torej izda začasni ukrep brez predhodne izjave dolžnika (začasni ukrepi *ex parte* oziroma *inaudita altera parte*), ga je vedno treba sočasno zahtevati v več državah.¹⁰⁷ Take začasne odredbe so v državah pogodbenicah EKČP dovoljene po načelu učinkovitega sodnega varstva iz prvega odstavka 6. člena EKČP.¹⁰⁸ Pravno sredstvo dolžnika je v takem primeru v našem pravu ugovor.

V MZP se takim začasnim ukrepom na splošno ne more priznati čezmejni oziroma ekstrateritorialni učinek. Tudi naše avtonomno pravo (96. člen ZMZPP) uvaja oviro priznavanju tuje odločbe. Prav tako pravo EU vsebuje podobne določbe. Tako 45. člen Uredbe (EU) št. 1215/2012 določa, da se tuja odločba ne prizna, »če je bila sodna odločba izdana v odsotnosti toženca, če tožencu ni bilo vročeno pisanje o začetku postopka ali enakovredno pisanje pravočasno in na tak način, da bi lahko pripravil obrambo, razen če toženec ni začel postopka za izpodbijanje sodne odločbe, čeprav je imel to možnost«.

Na področju začasnih ukrepov in ukrepov zavarovanja je to vprašanje že leta 1980 v zadevi Denilauer rešilo Sodišče EU. Sodišče, ki je mednarodno pristojno za meritorni postopek in tudi nepristojno sodišče, lahko izda začasni ukrep oziroma ukrep zavarovanja *inaudita altera parte*, vendar je temeljni namen bruseljske ureditve, da ima toženec oziroma nasprotna stranka zagotovljeno jamstvo pravic obrambe (torej pravico do izjave in sodelovanja v civilnem postopku). Sodišče EU »je sicer poudarilo, da je namen vseh določb Bruseljske konvencije – tako tistih, ki spadajo v okvir naslova II in se nanašajo na pristojnost, kot tistih, ki spadajo v okvir naslova III in se nanašajo na priznanje in izvršitev – v okviru njenih ciljev zagotavljati, da postopki, v katerih se sprejemajo sodne odločbe, potekajo ob spoštovanju pravic obrambe. Vendar je menilo, da za uporabo navedene konvencije za take odločbe zadostuje, da gre za sodne odločbe, ki so bile ali bi lahko bile – preden se je zahtevalo njihovo priznanje ali njihova izvršitev v drugi državi, kot je država izvora – v državi izvora v različnih postopkih predmet kontradiktorne obravnave.«¹⁰⁹ Temu ustrezno reforma bruseljske ureditve v Uredbi (EU) št. 1215/2012 v uvodni izjavi 33 določa, da »začasnih ukrepov, vključno z ukrepi zavarovanja, ki jih je odredilo takšno sodišče, ne da bi bil toženec vabljen pred sodišče, v okviru te uredbe ne bi smeli priznati in izvršiti, razen če se sodna odločba z zadevnimi ukrepi vroči tožencu pred izvršitvijo. To ne bi smelo preprečiti priznanja in izvršitve takšnih ukrepov skladno z nacionalnim pravom. Če pa začasne ukrepe, vključno z ukrepi zavarovanja, odredi sodišče države članice, ki ni pristojno za odločanje o glavni stvari, bi bilo treba učinek takšnih ukrepov v tej uredbi omejiti na ozemlje države članice, kjer je navedeno sodišče.«

107 NAGEL, GOTTWALD, 2013, str. 801 in uvodna izjava 33 Uredbe št. 1215/2012.

108 STAMM, nav. delo, str. 217 in ESČP, *Micallef proti Malti*.

109 Sodišče EU 125/79, *Denilauer*, 13. točka, C-394/07, in *Gambazzi*, 23. točka.

8. LITISPENDENCA MED MERITORNIMI IN PROVIZORIALNIMI POSTOPKI

Slovenska sodna praksa se je že ukvarjala z vprašanjem začasnih ukrepov kot negativnega absolutnega procesnega pogoja litispence v okviru razmerja med nepravdnim postopkom po Haaški konvenciji o civilnopravnih vidikih mednarodnega protipravnega odvzema otrok in med meritornim postopkom glede razmerij med starši in otroki. Višje sodišče v Ljubljani je popolnoma pravilno sklenilo, da okoliščina, da poteka nepravdni postopek zaradi zahteve za vrnitev otroka, po tej Haaški konvenciji ni procesni pogoj za vsebinsko odločanje o tožbi glede pravice do skrbi za otroka.¹¹⁰

Pravila o litispenci iz bruseljske ureditve se ne uporabijo, ko se zahteva izdaja začasnega ukrepa pred vložitvijo tožbe v meritornem postopku. Tako glede Uredbe (ES) št. 2201/2003 velja, da ni litispence »če se pred sodiščem države članice, ki je prvo začelo postopek o ureditvi starševske odgovornosti, začne zgolj postopek za sprejetje začasnih ukrepov v smislu člena 20 te uredbe, sodišče druge države članice, pristojno za odločanje o vsebini v smislu iste uredbe, pa drugo začne postopek na podlagi zahtevka za sprejetje enakih ukrepov, bodisi začasnih bodisi dokončnih. Člena 20 Uredbe št. 2201/2003 namreč ni mogoče šteti za določbo, ki bi podeljevala pristojnost za odločanje o vsebini. Poleg tega uporaba navedene določbe ne preprečuje začetka postopka pred sodiščem, ki je pristojno za meritorno odločanje.«¹¹¹

Če pa je iz tožbenega zahtevka ali naracije dejanskega stanja v tožbi, vloženi pri sodišču, ki je prvo začelo postopek, razvidno – tudi če se vloga glede na besedilo nanaša na sprejetje začasnih ukrepov – da je ta tožba vložena pri sodišču, ki je na prvi pogled pristojno za odločanje o vsebini, mora sodišče, ki je drugo začelo postopek, v skladu z 19. členom Uredbe št. 2201/2003 prekiniti postopek, dokler se ne ugotovi pristojnost sodišča, ki je prvo začelo postopek. Glede na okoliščine in ob izpolnjenih pogojih iz 20. člena te uredbe lahko sodišče, ki je drugo začelo postopek, sprejme nujnečasne ukrepe v otrokovem interesu. Obstoj sodne odločbe o sprejetju začasnih ukrepov, ne da bi bilo v tej odločbi pojasnjeno, ali je sodišče, ki jih je sprejelo, pristojno za odločanje o vsebini, ne more biti dokaz litispence, če niso pojasnjeni pristojnost sodišča, ki je prvo začelo postopek, in okoliščine dejanskega stanja iz zahtevka za odločitev o vsebini. V takih okoliščinah mora sodišče države članice, ki je drugo začelo postopek, samo preveriti, ali je bila odločba sodišča, ki je prvo začelo postopek, ker so bili z njo sprejetičasni ukrepi, le prvi pogoj za poznejšo meritorno sodno odločbo, sprejeto ob boljšem poznavanju pravne podlage v okoliščinah, ki niso zaznamovane z nujnostjo odločanja.¹¹²

110 VS Ljubljana, IV Cp 48/2015. Gre le za dejanski zastoj v postopku, zaradi katerega sodni organ članice ne more izdati meritorne odločbe o pravici do skrbi za otroka, dokler ni o zahtevi odločeno oziroma dokler ni jasno, da do vrnitve ne bo prišlo.

111 Sodišče EU, C-296/10, *Purrucker*, 70.–86. točka.

112 Sodišče EU, C-296/10, *Purrucker*, 70.–86. točka.

9. AVTONOMNI POMEN POJMA ZAČASNI UKREP OZIROMA UKREP ZAVAROVANJA

Izraz začasni ukrep oziroma ukrep zavarovanja sicer izhaja iz francosko-belgijskega pravnega sistema. Začasni ukrep (*mesure provisoire*) se lahko primerja z našimi začasnimi odredbami, ukrep zavarovanja (*mesure conservatoire*) pa zajema začasne ukrepe, ki učinkujejo *in rem* ter se lahko samodejno nadaljujejo v izvršilnem postopku. S takim ukrepom se oblikujeta zastavna in ločitvena pravica, ustreza pa približno naši hrambi, zasegu, zaznambi v naših začasnih odredbah in se približuje naši izvršbi v zavarovanje. Vendar glede na avtonomnost in razlago prava EU tako pojmovanje ne ustreza vsebini bruseljskih uredb, z izjemo Uredbe (ES) št. 2201/2003.

V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča EU potreba po enotni uporabi in zato razlago določb prava Unije izključuje, da bi se ob dvomu besedilo določbe upoštevalo ločeno v eni od njenih različic, ampak zahteva nasprotno, da se razlaga in uporablja glede na različice drugih uradnih jezikov. Če so med jezikovnimi različicami besedila določbe Unije razlike, je treba zadevno določbo razlagati glede na splošno sistematiko in namen ureditve, katere del je.¹¹³ V pravu EU se lahko izrazi iz predpisov EU razlagajo na podlagi nacionalnega prava samo takrat, kadar pravo EU napoti na uporabo pojmov nacionalnega prava,¹¹⁴ kot na primer pri izrazu prebivališče, kjer 62. člen Uredbe 1215/2012 napoti slovenskega sodnika na uporabo slovenskega prava. Prav tako na področju začasnih ukrepov in ukrepov zavarovanja prvi odstavek 20. člena Uredbe (ES) št. 2201/2003 napotuje na vsebino nacionalnega prava. »Začasni ukrepi oziroma ukrepi zavarovanja so zgolj tisti, ki jih predvideva pravo te države članice. V tem smislu velja, da nacionalni zakonodajalec določi ukrepe, ki jih morajo nacionalni organi sprejeti za zavarovanje interesov otroka, in podrobna postopkovna pravila za njihovo izvajanje. Ker je treba take ukrepe sprejeti na podlagi določb nacionalnega prava, mora njihova zavezujočnost izhajati iz zadevne nacionalne zakonodaje.«¹¹⁵

Po avtonomnem pravu EU bi glede na opredelitev uvodne navedbe 25 k Uredbi (EU) št. 1215/2012 »pravni institut začasnih ukrepov, vključno z ukrepi zavarovanja ..., moral na primer vsebovati odredbe za zavarovanje, namenjene pridobivanju informacij ali zavarovanju dokazov, kot določata člena 6 in 7 Direktive 2004/48/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine. Ne bi smel vključevati ukrepov, ki nimajo narave zavarovanja, kot so ukrepi odreditve zaslišanja priče.«

Začasni ukrep oziroma ukrep zavarovanja po 35. členu Uredbe (EU) št. 1215/2012 je bil opredeljen še v okviru stare Bruseljske konvencije. »Začasne ukrepe ali ukrepe zavarovanja v smislu člena 24 konvencije je treba razumeti kot ukrepe, katerih namen je ohraniti dejansko in pravno stanje v zadevah, za katere se uporablja konvencija, da bi zavarovali pravice, katerih priznanje se sicer zahteva od sodišča, pristojnega v zadevi v glavni stvari.«¹¹⁶

¹¹³ Sodišče EU, C63/06, *Profisa*, 13. in 14. točka.

¹¹⁴ SLADIČ, Jorg, *La présomption et le droit procédural de l'Union européenne*, International Journal of Procedural Law 2/2016, str. 300. V skladu s sodno prakso Sodišča EU pravni red Unije načelno ne določa svojih pojmov tako, da bi se oprl na enega ali več nacionalnih pravnih redov, razen če je to izrecno določeno (Sodišče EU, *Komisija proti Nemčiji*, C103/01, 33. točka).

¹¹⁵ Sodišče EU, C-523/07, A, 50.–52. točka.

¹¹⁶ Sodišče EU, C-261/90, *Reichert in Kockler*, 34. in 35. točka, in C-104/03, *St. Paul Dairy Industries*, 13. točka.

Avtonomni pojem začasnega ukrepa in ukrepa zavarovanja iz prava EU zajema tisto, kar v našem pravu urejajo.¹¹⁷

- začasne odredbe po ZIZ,
- začasne odredbe po ZPP,
- predhodne odredbe,
- novi samostojni dokazni postopek z izvedencem (268. a člen ZPP), kadar gre za pridobivanje informacij ali zavarovanje dokazov na področju intelektualne lastnine.

Slovenski postopek zavarovanja dokazov (na primer zaslišanje priče) za prihodnji pravdni postopek glede na sodno prakso ne spada med začasne ukrepe.¹¹⁸

Pravna teorija opozarja, da je položaj regulacijskih začnih ukrepov (torej ukrepov, s katerimi se predvideva meritorni izid zadeve) in zavarovanja dokazov v okviru Uredbe (EU) št. 1215/2012 precej nejasen, saj jih sodna praksa vnaprej ne izključuje.¹¹⁹

10. IZVRŠBA ZAČASNEGA UKREPA V TUJINI

V pravni teoriji se tradicionalno navajajo trije razlogi, ki preprečujejo izvršbo tujih začnih ukrepov:

1. Priznajo in izvršijo se le tuje izvršljive (in pravnomočne) meritorne odločbe. Pojemovno začasni ukrepi in ukrepi zavarovanja niso meritorne odločbe.
2. Izvršba tujih izvršljivih (in pravnomočnih) meritornih odločb se nanaša predvsem na dajatvene sodbe, predvsem na sodbe, ki se nanašajo na plačilo denarja. Začasni ukrepi in ukrepi zavarovanja se ne nanašajo na plačilo denarja.
3. Načelo učinkovitosti začasnega sodnega varstva zahteva, da začasni ukrep ali ukrep zavarovanja izda sodišče kraja, kjer je dolжник ali njegovo premoženje.¹²⁰

Bruselska ureditev pomeni odmik od teh treh pravil, kar nazadnje kaže na primer grška sodna praksa o priznanju francoske začasne odredbe v gospodarskem sporu v Franciji proti grškemu dolžniku na podlagi sodne prakse Sodišča EU v zadevah *van Uden*¹²¹ in *Mietz*^{122, 123}. Če je začasni ukrep sprejelo sodišče, ki je mednarodno pristojno za meritorno odločanje, imajo tudi začasni ukrepi čezmejni učinek in jih je treba priznati.

117 Nejasno POGORELČNIK, nav. delo, str. 95. Zdi se, da avtorica tu enači avtonomno vsebino prava EU s slovenskim ZIZ.

118 Sodišče EU, C-104/03, *St. Paul Dairy Industries*, 12., 13., 17. in 25. točka.

119 VAN DROOGHENBROECK, DE BOE, nav. delo, str. 176.

120 COLLINS, nav. delo, str. 121, VIRGÓS SORIANO, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, nav. delo, str. 671.

121 Sodišče EU, C-391/95, *Van Uden*.

122 Sodišče EU, C-99/96, *Mietz*.

123 Tako je na primer z odločbo 93/2017 grško kasacijsko sodišče razglasilo izvršljivost francoske začasne odredbe (*ordonnance de référé*), glej glede tega ANTHIMOS, <http://icl-in-greece.blogspot.si/2017/08/supreme-court-recognizes-french.html>.

11. NOVA UREDITEV EVROPSKEGA NALOGA ZA ZAMRZNITEV BANČNEGA RAČUNA (ENZB)

Dolžniki lahko sredstva na bančnih računih brez težav in velikih stroškov prenakažejo v tujino in jih s tem »rešijo oziroma zavarujejo« pred upnikom. Sredstvo, ki ga je EU sprejela za boj proti takim neutemeljenim nakazilom, je Uredba (EU) št. 655/2014. EU je s to uredbo začela popolnoma nov razvoj, saj so bila doslej vprašanja začasnih odredb v pristojnosti držav članic.¹²⁴ Slovenski *lex fori* v primeru glavnega postopka pred slovenskim *forumom* ne ureja vprašanja ukrepov zavarovanja v tujini. Po teoriji lahko upnik predlaga več ukrepov v več državah (vzporedni postopki), saj ni litispence zaradi teritorialnega učinka vzporednih začasnih odredb. Uredba 655/2014 tega ne dovoli več, lahko se izda samo en ENZB za celo EU.

Na tehnični uporabniški ravni je posebnost te uredbe drugačna sestavina vlog, popolnost vloge se v tem primeru ne ureja po ZPP (19. člen Uredbe 644/2014). Omeniti je treba tudi omejitve dokazovanja, a vseeno veljajo dokazni standardi po slovenskem *lex fori*. Ta uredba omogoča hiter poseg upnika na sredstva na bančnih računih dolžnika v drugih državah članicah EU z izjemo Danske in Velike Britanije.

Evropski nalog za zamrznitev bančnega računa¹²⁵ je oblikovan kot sredstvo zavarovanja, ki obstaja alternativno poleg drugih možnosti začasnih ukrepov, ki so opisani v tem prispevku. Uredba kakor večina avtonomnih aktov civilnega procesnega prava EU ni zaokrožena ureditev nekega vprašanja, ampak je na eni strani samo dopolnitev *lex loci executionis* (46. člen Uredbe 655/2014), na drugi pa tako imenovani opcijski instrument, ki ga lahko poleg nacionalnega prava izberejo upniki.¹²⁶ Uporaba *lex loci executionis* pomeni, da se ENZ izvrši po določbah ZIZ. ENZB bi se moral izvršiti bodisi kot začasna bodisi kot predhodna odredba, saj je izvršilno sredstvo izvršba na sredstva dolžnika pri OPP.

Pri ENZB obstaja interakcija med verjetnostjo utemeljenosti terjatev in grozečim tveganjem za škodo, gre torej za začasno odredbo, ki se izda *inaudita altera parte*. ENZB je prevzel znane elemente teorije o začasnih odredbah v pravo EU. Nujna je povezava z meritornimi postopki, ni materialne pravnomočnosti, glede nevarnosti in nujnosti pa veljajo instruktivski roki za izdajo in večinoma pisni postopek.

Zaradi zavarovanja učinka presenečenja se ukrep ENZB izda *inaudita altera parte*, torej brez možnosti izjave domnevnega dolžnika (11. člen), ter je z izjemo Danske in Velike Britanije neposredno izvršljiv v državah članicah EU (22. člen). Zaradi tega pa obstaja obveznost upnika do položitve varščine (12. člen Uredbe 655/2014, primerjaj 274. člen ZIZ), ki je dejansko edino učinkovito sredstvo pred zlorabo te vrste začasnega ukrepa. Poudariti je treba, da je na podlagi 13. člena Uredbe 655/2014 upnik odgovoren za vsakršno škodo, ki jo dolžnik utрпи zaradi naloga

124 LINKE, HAU, nav. delo, str. 336.

125 Nemški prevod, ki govori o sklepu o rubežu bančnega računa, je precej bolj jasen.

126 LINKE, HAU, nav. delo, str. 336.

za zamrznitev po krivdi upnika. Dokazno breme nosi dolžnik. Uredba ne omenja krivde, gre za objektivno odgovornost, kar pri nas v 279. členu ZIZ ni tako jasno zapisano. Dolžnik ima na podlagi 33. in 34. člena uredbe zagotovljeno ustrezno pravno varstvo.

Poleg Uredbe 655/2014 se umešča tudi Izvedbena uredba Komisije (EU) 2016/1823 z dne 10. oktobra 2016 o določitvi obrazcev iz Uredbe (EU) št. 655/2014 Evropskega parlamenta in Sveta o določitvi postopka za evropski nalog za zamrznitev bančnih računov z namenom olajšanja čezmejne izterjave dolgov v civilnih in gospodarskih zadevah.¹²⁷

12. SKLEP

V slovenski teoriji še ni poglobljenih študij o začasnih odredbah in izvršbi v zavarovanje z mednarodnim elementom. Po pristopu k EU se je ukvarjala z analizo začasnih ukrepov na področju uporabe Uredbe (EU) št. 1215/2012. Praktiki so se že ukvarjali z določenimi vprašanji, a dela, ki bi zajelo celotno razsežnost mednarodnih začasnih ukrepov, v slovenskem pravnem redu še ni.

Če so ukrepi zavarovanja in začasni ukrepi sredstva za zagotovitev prihodnje izvršbe, se zanje uporablja načelo teritorialnosti. Slovenski ZMZPP jih omenja samo posredno v poglavju o izključni pristojnosti slovenskih sodišč za izvršbo. Vendar pa lahko pod določenimi pogoji po bruseljski ureditvi in Uredbi št. 655/2014 začasni ukrepi prosto krožijo v EU. Eden od pogojev je mednarodna pristojnost, *forum arresti* mora biti mednarodno pristojen, da sprejme začasni ukrep. Z ustavnosodno prakso se je tudi v našem pravnem redu uveljavil pojem posredne mednarodne pristojnosti. Članek ta pojem umesti v okvir začasnih ukrepov in neposredne pristojnosti. Posredne mednarodne pristojnosti ni mogoče presojati, kadar se priznavajo in izvršujejo začasni ukrepi iz držav članic EU.

Zčasni ukrepi lahko učinkujejo *in rem* ali *in personam*. Če učinkujejo *in personam*, vplivajo na razpolagalno in tudi poslovno sposobnost dolžnika, saj jo omejuje. Zaradi tega pa učinkujejo *ipso iure* po vsej EU. Priznavanje ni niti potrebno; če dolžnik krši začasne ukrepe, je denarna kazen, ki se izreče, civilna in gospodarska zadeva, zato se ta kazen lahko prizna.

Autonomni pojem začasnega ukrepa in ukrepa zavarovanja iz prava EU zajema tisto, kar v našem pravu urejajo začasne odredbe po ZIZ in ZPP, predhodne odredbe in tudi novi samostojni dokazni postopek z izvedencem (268. a člen ZPP), vsaj kadar gre za pridobivanje informacij ali zavarovanje dokazov na področju intelektualne lastnine.

127 UL EU L 283, 19. 10. 2016, str. 1.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- ANTHIMOS, Apostolos, <http://icl-in-greece.blogspot.si/2017/08/supreme-court-recognizes-french.html>, 2017.
- COLLINS, Lawrence, Provisional and Protective Measures in International Litigation, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye, št. 234 III, 1992.
- CUNIBERTI, Gilles, Les mesures conservatoires dans le contentieux commercial international, Journal des tribunaux Luxembourg, 1/2011, str. 1–8.
- CUNIBERTI, Gilles, Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger, Pariz: LGDJ, 2000.
- DOMEJ, Tanja, Internationale Zwangsvollstreckung und Haftungsverwirklichung, Tübingen: Mohr, 2016.
- DUPUY, Pierre – Marie, KERBRAT, Yann, Droit international public, 13. izdaja, Pariz: Dalloz, 2016.
- EKART, Andrej, RIJAVEC, Vesna, Čezmejna izvršba v EU, Ljubljana: GV Založba, 2010.
- EPPING, Volker, Der Staat als die »Normalperson« des Völkerrechts, v: IPSEN, Knut (ur.), Völkerrecht, 6. izdaja, München, Beck, 2014.
- GALIČ, Aleš, Začasne odredbe v evropskem civilnem procesnem pravu, Zbornik znanstvenih razprav, 2004, str. 125–154.
- GUINCHARD, Emmanuel, Procédures individuelles d'exécution, v: GUINCHARD, Serge in MOUSSA, Tony (ur.), Droit et pratique des voies d'exécution, 6. izdaja, Paris: Dalloz, 2009.
- JEULAND, Emmanuel, La clef de voûte du droit judiciaire européen : le règlement no 655/2014 du 15 mai 2014 créant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires (OESC), International Journal of Procedural Law 2/2016, str. 282–295.
- JUHART, Jože, Civilno izvršilno pravo, oris, Ljubljana, 1962.
- KÖNIG, Bernhard, Einstweilige Maßnahmen und die Brüssel I-Verordnung, v: KÖNIG, B., MAYR, P., G., Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich III, 10 Jahre Brüssel I-Verordnung, Dunaj: Manz, 2012.
- KRIEGER, Heike: Immunität: Entwicklung und Aktualität als Rechtsinstitut, v: PAULUS, Andreas, DETHLOFF, Nina, GIEGERICH, Thomas, SCHWENZER, Ingeborg, KRIEGER, Heike, ZIEGLER, Andreas, R., TALMON, Stefan, SCHACK, Haimo, Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen? Immunität, C. F. Müller, Heidelberg 2014.
- LAGERWALL, Anne, LOUWETTE, Arnauld, La reconnaissance par le juge belge d'une immunité à un Etat ou à une organisation internationale viole-t-elle le droit d'accès à un tribunal, Revue de Droit Commercial Belge – Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht, (2014), str. 30–51.

- LAPAJNE, Stanko, Mednarodno in medpokrajinsko pravo Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev, Ljubljana, 1929.
- LINKE, Hartmut, HAU, Wolfgang, Internationales Zivilverfahrensrecht Grundriss, 6. izdaja, Köln: Otto Schmidt, 2015.
- MILANO, Laure, Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne, Revue trimestrielle des droits de l'homme, št. 76/2008, str. 1059–1093.
- NAGEL, Heinrich, GOTTWALD, Peter, Internationales Zivilprozessrecht, 7. dopolnjena izdaja, Köln: Otto Schmidt, 2013.
- POGORELČNIK, Neža, Razvoj ureditve ukrepov zavarovanja v evropskem civilnem procesnem pravu, Zbornik znanstvenih razprav, 2014, str. 93–116.
- POGORELČNIK VOGRINC, Neža, Začasne odredbe v civilnih sodnih postopkih, Ljubljana: Uradni list, 2015.
- PÉREZ – RAGONE, Alvaro, CHEN, Wei – Yu, Europäischer einstweiliger Rechtsschutz – eine dogmatische Systembildung im Lichte der EuGH Entscheidungen, Zeitschrift für Zivilprozeß International 17 (2012), str. 231–257.
- RECHBERGER, Walter H., OBERHAMMER, Paul, Exekutionsrecht, 5. predelana izdaja, Dunaj, facultas, 2009.
- REINISCH, August, European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures, European Journal of International Law, 17 (2006), str. 803–836.
- ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz, GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, 17. na novo predelana izdaja, München: Beck, 2010.
- SCHACK, Haimo, Internationales Zivilprozessrecht, 6. izdaja, München: Beck, 2014.
- SCHLOSSER, Peter, Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye, št. 284, 2000.
- SLADIČ, Jorg, Einstweiliger Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht, Bade-Baden: Nomos, 2008.
- SLADIČ, Jorg, La présomption et le droit procédural de l'Union européenne, International Journal of Procedural Law 2/2016, str. 296–326.
- SLADIČ, Jorg, Listine in korespondenca institucij EU v nacionalnih kazenskih postopkih, Pravna praksa, št. 35/2016, str. 17–20.
- SLADIČ, Jorg, Listine in korespondenca EU v nacionalnih kazenskih postopkih, Pravna praksa, št. 15/2017, str. 10–13.
- SLADIČ, Jorg, Conditions of Admissibility and Access to Justice – a Slovenian Perspective, v: UZELAC, Alan in VAN RHEE, Cornelius Hendrik (ur.), Revisiting Procedural Human Rights, Cambridge: Intesentia, 2017.

- SLADIČ, Jorg, Monetarna politika Švicarske narodne banke je akt *iure imperii*, o katerem avstrijska sodišča ne morejo odločati, Pravna praksa št. 30-31/2017, str. 19–20.
- STAMM, Jürgen, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, Tübingen: Mohr, 2007.
- TAUCHMANN, Stephanie: die Immunität internationaler Organisationen gegenüber Zwangsvollstreckungsmassnahmen, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- VAN DROOGHENBROECK, Jean – François, Les compétences internationale et territoriale du juge du provisoire (les mesures provisoires et le litige européen), v: van Drooghenbroeck, Jean – François, Tarzia, Giuseppe (ur.), Les mesures provisoires en droit belge, français et italien, Bruselj: Bruylant, 1998.
- VAN DROOGHENBROECK, Jean – François, DE BOE, Cécile, Les mesures provisoires et conservatoires dans le règlement Bruxelles I bis, v: GUINCHARD Emmanuel (ur.), Le nouveau règlement Bruxelles I bis, Bruselj: Bruylant, 2014.
- VIRGÓS SORIANO, Miguel, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., Derecho Procesal Civil Internacional (Litigación internacional), 2. izdaja, Madrid: Thomson Reuters, 2007.
- WALTER, Gerhard, DOMEJ, Tanja, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. izdaja, Bern: Haupt, 2012.
- ZONDLER, Georg, Schweizer Arrest auf Vermögenswerte im Ausland, Aktuelle juristische Praxis, 2005, str. 573–578.

(USTAVNOPRAVNA) PROCESNA JAMSTVA V PREKRŠKOVNEM POSTOPKU¹

dr. Sabina Zgaga, docentka za kazensko pravo, svetovalka Ustavnega sodišča Republike Slovenije²

1. UVOD

Prispevek prikazuje prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) in ustaljeno ustavnosodno presojo o procesnih jamstvih v prekrškovnem postopku. Čeprav se zdi, da je ta tema predmet tako vsakokratnega sodniškega izobraževanja o prekrškovnem pravu kakor tudi drugih srečanj na to temo in da ni mogoče povedati nič novega, je v praksi mogoče zaznati, da nekateri problemi ostajajo nerešeni. Tokratni prispevek je lahko v pomoč sodnikom pri opredelitvi do navedb obrambe, da so bile obdolžencu kršene človekove pravice in temeljne svoboščine, ki jih zagotavljata Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju EKČP)³ in/ali Ustava, ali pa le v pomoč pri iskanju ustreznega vira v zvezi s tem.

Predstavitev ustaljene prakse ESČP in ustaljene ustavnosodne presoje je pomembna tudi zaradi stališča Ustavnega sodišča glede presoje ustavnih pritožb v zadevah prekrškov. Po Zakonu o spremembah in dopolnitvah Zakona o ustavnem sodišču (ZUstS-A):⁴

ustavna pritožba ni dovoljena, če ne gre za kršitev človekovih pravic ali temeljnih svoboščin, ki bi imela hujše posledice za pritožnika, pri čemer se šteje, da ne gre za kršitev človekovih pravic ali temeljnih svoboščin, ki bi imela hujše posledice za pritožnika, med drugim, kadar gre za posamične akte, izdane v zadevah prekrškov.⁵ V skladu z ustaljeno ustavnosodno presojo ta pogoj ni izpolnjen v primeru, ko stališče Ustavnega sodišča o ustavnopravno pomembnem vprašanju, ki ga odpira ustavna pritožba, že obstaja. Pri izjemnem odločanju po tretjem odstavku 55. a člena ZUstS⁶ namreč Ustavno sodišče ne izvaja običajnega nadzora, ali sodišča spoštujejo človekove pravice in temeljne svoboščine, ampak oblikuje precedenčne standarde njihovega varstva z namenom razvoja in usmerjanja ustavnoskladne sodne prakse. Ko Ustavno sodišče tak standard določi, ga morajo sodišča upoštevati pri odločanju v vseh nadaljnjih zadevah, zato s ponovno odločitvijo o istem vprašanju v zadevi z bistveno podobnimi okoliščinami Ustavno sodišče ne more storiti nič več od tega, kar bi morala storiti že sodišča pri izdaji izpodbijanega akta, tj. odločiti ob upoštevanju zakona in Ustave.⁷

1 Prispevek je bil predstavljen na Prekrškovnopравни šoli, november 2017.

2 Stališča, izražena v tem prispevku, so stališča avtorice in jih ni mogoče šteti za stališča Ustavnega sodišča.

3 Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94.

4 Uradni list RS, št. 51/07.

5 Prvi in drugi odstavek 55. a člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12, v nadaljevanju ZUstS).

6 Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo, in 109/12.

7 Sklep Ustavnega sodišča št. Up-424/06 z dne 22. 10. 2009 (OdlUS XVIII, 93), 7. in 8. točka obrazložitve.

Ustavno sodišče je bilo v svoji presoji že prisiljeno, da ne upošteva te izrecne zahteve po precedenčnosti prekrškovne zadeve. V odločbi št. Up-965/11 z dne 9. 5. 2013⁸ je tako izjemoma odločilo o ustavnopravnem vprašanju, o katerem se je pred tem že opredelilo.⁹ Svoje neupoštevanje je obrazložilo s tem, da je sodišče v prekrškovnem postopku popolnoma prezrlo predhodno odločitev Ustavnega sodišča in s tem pritožnikove z Ustavo zajamčene pravice ter da ne gre več le za vprašanje kršitve človekove pravice, ki jo sodišče s svojo odločitvijo zagreši, ampak za vprašanje, ali se v takšnem odločanju sodišča izraža stališče, da človekovih pravic in temeljnih svoboščin v prekrškovnih zadevah sploh ni treba spoštovati in sodišče ni zavezano k ustavnoskladni razlagi zakonskih določb.¹⁰ S tem si je Ustavno sodišče tudi pri preizkusu nadaljnjih ustavnih pritožb v prekrškovnih zadevah omogočilo ponovno odločanje o ustavnopravnem vprašanju, o katerem se je pred tem že opredelilo, vendar naj bi ga sodišče v konkretnem primeru izrecno ne upoštevalo.

V aprilu 2017 pa je Ustavno sodišče spet okrepilo svojo precedenčno stališče. V „paketu“ prekrškovnih zadev (odločbe št. Up-578/16, Up-887/14, Up-942/14, Up-847/14, Up-854/14, vse z dne 20. 4. 2017) je ustavne pritožbe v prekrškovnih zadevah izjemoma sprejelo v obravnavo, čeprav so te ustavne pritožbe izpostavljale pomembno ustavnopravno vprašanje, o katerem je že odločalo bodisi Ustavno sodišče bodisi ESČP. Vendar je v obrazložitvi odločb izrecno poudarilo, da to ne pomeni, da bo Ustavno sodišče tudi v prihodnje obravnavalo prav vsako ustavno pritožbo, ki bi utemeljeno opozarjala na nespoštovanje ustavnosodnih precedensov na področju varstva človekovih pravic v prekrškovnih postopkih. Po zdajšnjem stališču Ustavnega sodišča namreč ni njegova naloga, da mora vedno znova opozarjati na pomen obvezujočnosti svojih odločb. V pravni državi (2. člen Ustave) se pričakuje, da jih sodišča ne spregledajo in da jih pri sodnem odločanju upoštevajo, ker ta obveznost izhaja iz Ustave, na katero so pri sojenju neposredno vezana (125. člen Ustave), zato bo Ustavno sodišče tudi poslej v skladu s pooblastili iz 55. a člena ZUstS le izjemoma odločalo o ustavnih pritožbah v prekrškovnih zadevah, če te ne bodo odpirale pomembnih ustavnopravnih vprašanj, ki presegajo pomen odločitve v posamezni zadevi. Take pa so predvsem zadeve, v katerih mora Ustavno sodišče šele oblikovati precedenčne standarde varstva človekovih pravic. Ustavno sodišče torej po zdajšnjem stališču glede (ne)dopustnosti ustavne pritožbe v prekrškovni zadevi praviloma ne bo več odločalo, kadar je o zadevi že zavzelo stališče ali pa ga je ESČP (zlasti v sodbah proti Sloveniji). Kljub temu pa si je Ustavno sodišče tudi v tem primeru pustilo možnost za izjemo glede vsebinskega odločanja o teh ustavnih pritožbah¹¹ in iz nadaljnje presoje Ustavnega sodišča bo razvidno, kako široko bo dopuščalo to izjemo. Ne glede na to velja opozoriti, da je glede na ureditev ZUstS in zdajšnjo ustavnosodno presojo glavna naloga prenos ustavnosodnih standardov procesnih jamstev in standardov ESČP v prekrškovne postopke na rednih sodiščih, zlasti prvostopenjskih, ki odločajo o odgovornosti za prekršek v rednem sodnem postopku ali o zahtevi za sodno varstvo. Če Vrhovno

8 Uradni list RS, št. 47/13 in OdlUS XX, 15.

9 Tj. odločanje o pravici, da sodišče kršitelja pred odločitvijo o zahtevi za sodno varstvo seznanj z opisom dejanskega stanja in mu da možnost, da se o njegovi vsebini izjavi.

10 7. točka obrazložitve.

11 Gl. B.–I. obrazložitve vseh odločb.

državno tožilstvo ne vložijo zahteve za varstvo zakonitosti,¹² namreč v primeru nespoštovanja procesnih jamstev in če Ustavno sodišče ne obravnava zadeve, lahko o njej na podlagi vložene pritožbe neposredno odloča ESČP.

Prispevek tako najprej obravnava prakso ESČP o procesnih jamstvih v prekrškovnem postopku, pri čemer se omejuje na sodbe in odločitve ESČP, sprejete priti Sloveniji. Nato je prikazan še pregled ustaljene ustavnosodne presoje o tej temi.

2. PRAKSA EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

Ustaljena praksa ESČP glede procesnih jamstev v prekrškovnem postopku v odločitvah, ki jih je ESČP sprejelo proti Sloveniji, je omejena na presojo zatrjevanih kršitev 6. člena EKČP, natančneje na presojo kršitve pravice do ustne in javne obravnave, tako zaradi zaslišanja samega storilca kakor tudi zaradi ugotavljanja dejanskega stanja z dokazi, ki jih je predlagal storilec, in pravice do kontradiktornega postopka oziroma do zaslišanja obremenilne priče.

Zatrjevano kršitev pravice do ustne in javne obravnave, ki jo zagotavlja prvi odstavek 6. člena EKČP, je ESČP presojalo v zadevi *Suhadolc proti Sloveniji* z dne 17. 5. 2011. V tem primeru je bil prekršek ugotovljen s tehničnimi sredstvi (tj. napravo za merjenje hitrosti in preizkus alkoholiziranosti). Slovenija je prepričala ESČP z utemeljitvijo, da je okrajno sodišče ustrezno odločilo v zadevi le na podlagi spisa in da ni bilo potrebe po ustnem zaslišanju, tudi zato, ker je šlo za lažje oblike obravnavanih prekrškov. Nasprotno pa je v sodbi v zadevi *Flisar proti Sloveniji* z dne 29. 9. 2011, v kateri so kršitev javnega reda in miru osebno zaznali policisti, ugotovilo kršitev te pravice. Pri tem je poudarilo razliko od zadeve *Suhadolc*, v kateri so bili dokazi pridobljeni z objektivno metodo, in sicer z uporabo naprave za merjenje hitrosti in z alkotestom, medtem ko so v tem primeru prekršek osebno zaznali policisti. Ta opažanja policistov so bila tudi edina podlaga za kaznovanje pritožnika. Pritožnik je v svoji zahtevi za sodno presojo izpodbijal izrečeno sankcijo in nekatere vidike dejanskega stanja zadeve, vključno z verodostojnostjo nekaterih policijskih izjav glede svojega vedenja, zato po stališču ESČP sodišče z vidika poštenega sojenja brez neposredne presoje dokazov na ustni obravnavi ni moglo ustrezno oceniti dejanskega stanja ali odgovornosti pritožnika, pritožnik pa se ni nedvoumno odpovedal svoji pravici do obravnave.¹³

Podobna so bila dejstva v zadevi *Mavrič proti Sloveniji* z dne 15. 5. 2014. Prekršek je prijavil oškodovanec, storilec je v zahtevi za sodno varstvo predlagal zaslišanje prič, ki jih je sodišče sicer zaslišalo, obdolženec in njegov odvetnik pa nista bila obveščena o obravnavi, čeprav je storilec želel biti zaslišan. Tudi v tem primeru je ESČP ugotovilo kršitev pravice do ustne obravnave iz prvega odstavka 6. člena EKČP.¹⁴ Tudi v zadevah *Milenovič proti Sloveniji* z dne 28. 2. 2013, *Petek proti Sloveniji* z dne 19. 6. 2014 in *Kariž proti Sloveniji* z dne 13. 11. 2014 je prišlo do obsodbe Slovenije zaradi kršitve pravice do ustne obravnave, ker prekršek ni

12 Drugi odstavek 169. člena ZP-1.

13 33.-40. točka obrazložitve.

14 22.-25. točka obrazložitve.

bil zaznan oziroma ugotovljen z objektivno metodo, ampak so ga zaznale bodisi priče bodisi policija, sodišče pa ni izvedlo ustne obravnave, na kateri bi bil storilec zaslišan ali na kateri bi v njegovi prisotnosti izvedlo predlagane dokaze, oziroma ne da bi sodišče neposredno ocenilo dokaze na ustni obravnavi.

Druga skupina zadev pred ESČP so zadeve, v katerih je ESČP presojalo zatrjevano kršitev pravice do zaslišanja obremenilnih prič iz točke d tretjega odstavka 6. člena EKČP. V že zgoraj omenjeni zadevi *Mavrič proti Sloveniji* z dne 15. 5. 2014 je ESČP prav tako ugotovilo kršitev te pravice, ker storilec ni imel možnosti zaslišati prič, ki so bile zaslišane pred Okrajnim sodiščem v Ljubljani, in izpodbijati dokazov, ki so bili predloženi temu sodišču.¹⁵ Podobno je ESČP ugotovilo v zadevi *Mesesnel proti Sloveniji* z dne 28. 2. 2013, v kateri je pritožnica zatrjevala kršitev te pravice, ker ni bilo omogočeno zaslišanje policistke, ki je odredila preizkus alkoholiziranosti. ESČP je odločilo, da glede na to, da je pritožnica nasprotovala policistkinemu opisu dogodka in je izrecno zahtevala njeno navzkrižno zaslišanje, ni nobenega utemeljenega razloga, zaradi katerega pritožnici ni bila dana možnost zaslišati edine priče v zadevi. S tem ji je bila kršena pravica do poštenega sojenja in kontradiktornega postopka.

3. USTALJENA USTAVNOSODNA PRESOJA O PROCESNIH JAMSTVIH V PREKRŠKOVNEM POSTOPKU

V nadaljevanju prispevek obravnava pregled odločb o prekrškovnih ustavnih pritožbah po iskalniku Ustavnega sodišča na njegovi spletni strani po posameznih ustavnih pravicah oziroma procesnih jamstvih. Pregled ne vsebuje odločitev o očitni napačnosti oziroma arbitrarnosti odločitev po 22. členu Ustave.

Na začetku pregleda ustavnosodne presoje o procesnih jamstvih v prekrškovnem postopku seveda ne smemo mimo odločbe št. Up-120/97 z dne 18. 3. 1999,¹⁶ ki se navaja kot odločitev, s katero je Ustavno sodišče določilo temelje procesnih jamstev v prekrškovnem postopku. Odločilo je, da morajo biti tudi obdolžencu v postopku o prekršku zagotovljena temeljna jamstva poštenega postopka, raven zagotovljenih pravic pa je lahko v primeru lažjih kršitev z manj hudimi posledicami za kaznovano osebo nižja od tiste, ki je zagotovljena v kazenskem postopku.¹⁷ Bistveno je, da so obdolžencu dane ustrezne in zadostne možnosti, da zavzame stališče tako glede dejanskih kot glede pravnih vidikov nanj naslovljenega očitka. Merilo za presojo, ali je bil obdolžencu v postopku o prekršku zagotovljen pošten postopek, je torej jamstvo enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave v povezavi z določbo 29. člena Ustave o pravnih jamstvih v kazenskem postopku.¹⁸

Po 22. členu Ustave je vsakomur zagotovljeno enako varstvo njegovih pravic v postopku pred sodiščem in drugimi državnimi organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil, ki odločajo o njegovih pravicah, dolžnostih ali pravnih

¹⁵ 34.-40. točka obrazložitve.

¹⁶ Uradni list RS, št. 31/99 in OdlUS VIII, 126.

¹⁷ 9. in 10. točka obrazložitve.

¹⁸ 10. točka obrazložitve.

interesih. V skladu z ustaljeno ustavnosodno presojo izhaja iz te določbe tudi pravica obdolženca, da se izjavi o vseh dejanskih in pravnih vidikih zadeve.¹⁹ V odločbi št. Up-96/94 z dne 4. 12. 1997²⁰ je Ustavno sodišče odločilo, da pravica iz 22. člena Ustave tudi v prekrškovnem postopku zagotavlja posamezniku pravico, da se udeležuje postopka, v katerem se odloča o njegovi pravici, ter pravico, da se izjavi o dejstvih in okoliščinah, pomembnih za odločitev o njegovi pravici. V obravnavanem primeru je bila z odločbo o prekršku kršena ta pravica, ker lastniku odvzetega blaga, ki ni bil obdolženec v postopku, ni bila dana možnost, da se izjavi o okoliščinah, ki so pomembne za izrek tega varstvenega ukrepa.²¹ V skladu z 22. členom Ustave mora biti v prekrškovnem postopku kršitelju zagotovljena pravica do izjave o vsem procesnem gradivu, ki bi lahko vplivalo na njegov pravni položaj.²² Poseben vidik pravice do izjave je pravica do ustne izjave oziroma ustnega zaslišanja. V odločbi št. Up-355/02 z dne 13. 2. 2003²³ je Ustavno sodišče odločilo, da iz 22. člena Ustave izhaja zahteva, da mora sodnik za prekrške v pozivu iz drugega odstavka 119. člena Zakona o prekrških (Uradni list SRS, št. 25/83, 36/83 – popr., 42/85, 2/86 – popr. in 47/87 ter Uradni list RS, št. 5/90, 10/91, 13/93, 66/93, 35/97, 87/97, 73/98, 31/2000 in 24/01 – v nadaljevanju ZP) obdolženca izrecno poučiti o njegovi pravici, da lahko namesto predložitve pisnega zagovora zahteva ustno zaslišanje. Ta obveznost sodnika za prekrške izrecno izhaja tudi iz drugega odstavka 58. člena ZP. Ustavna pravica do enakega varstva pravic je po stališču Ustavnega sodišča kršena, če v postopku o prekršku pritožniku ni bila dana možnost zahtevati ustni zagovor.

V odločbi št. Up-319/10, U-I-63/10 z dne 20. 1. 2011²⁴ pa je Ustavno sodišče poudarilo, da jamstvo enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave kršitelju zagotavlja možnost, da se izjavi o opisu dejanskega stanja, ki ga prekrškovni organ sestavi po vložitvi zahteve za sodno varstvo. Če sodišče v postopku odločanja o zahtevi za sodno varstvo dopolni ali ponovi dokazni postopek, mora kršitelju zagotoviti možnost, da je pri tem navzoč. Sodišče mora presoditi ustrezne navedbe iz zahteve za sodno varstvo in nanje odgovoriti v obrazložitvi sodbe.²⁵

Iz 22. člena Ustave izhaja tudi pravica do obrazložene sodne odločbe.²⁶ Tudi ta pravica je del procesnih jamstev v prekrškovnem postopku. V odločbi št. Up-7/98 z dne 30. 9. 1998 je Ustavno sodišče ugotovilo njeno kršitev, ker v obrazložitvi prvostopne odločbe niso bili navedeni namen ukrepa, okoliščine, ki v konkretnem primeru utemeljujejo sklep, da bi bil ta namen dosežen, in razlogi, zaradi katerih je splošna varnost prevladala nad varovanimi pritožnikovimi interesi, in pritožnik ni mogel razbrati, zakaj sta mu bila odvzeta orožje in strelivo.²⁷

19 Odločba Ustavnega sodišča št. Up-39/95 z dne 16. 1. 1997, OdlUS VI, 71.

20 Uradni list RS, št. 1/98 in OdlUS VI, 198.

21 8. točka obrazložitve.

22 Odločba Ustavnega sodišča št. Up-497/14 z dne 24. 11. 2016 (Uradni list RS, št. 79/16). Podobno Ustavno sodišče v odločbi št. Up-578/16 z dne 20. 4. 2017 (Uradni list RS, št. 24/17).

23 Uradni list RS, št. 21/03.

24 Uradni list RS, št. 10/11.

25 10. točka obrazložitve. Podobno v odločbi št. Up-965/11 z dne 9. 5. 2013 (Uradni list RS, št. 47/13 in OdlUS XX, 15).

26 Odločba št. Up-373/97 z dne 22. 2. 2001, Uradni list RS, št. 19/01, OdlUS X, 108.

27 OdlUS VII, 233.

V odločbi št. Up-312/99 z dne 14. 11. 2002²⁸ je Ustavno sodišče to jamstvo povezal s pravico do pravnega sredstva (25. člen Ustave) in odločilo, da je pravica do pravnega sredstva lahko učinkovita le, če je odločba v vsaki bistveni točki obrazložena na tako konkreten (ne pavšalen, abstrakten, splošen) način, da je mogoča presoja njene pravne pravilnosti. Če je obrazložitev pomanjkljiva, so lahko pravna sredstva le navidezna. Stopnja podrobnosti, s katero mora biti obrazložena odločba, je zato določena s tistim, kar zahteva učinkovito pravno sredstvo zoper odločbo v vsakem posameznem primeru. Iz povedanega tudi izhaja, da mora organ, ki odloča v posamični zadevi, obravnavati, ovrednotiti in obrazloženo sprejeti ali zavrniti trditve in stališča prizadete osebe v skladu s procesnimi določbami in ki niso očitno pravno nepomembna.²⁹ V skladu z novejšo ustavnosodno presojo bi Ustavno sodišče zatrjevano kršitev pomanjkljive obrazloženosti odločbe presojalo praviloma na podlagi 22. člena Ustave.

V odločbi št. Up-375/13 z dne 23. 3. 2016³⁰ pa je Ustavno sodišče povezal zahtevo po obrazloženosti s posebno procesno ureditvijo in naravo zahteve za sodno varstvo v hitrem prekrškovnem postopku. Ker je v prekrškovnem postopku sodno varstvo zagotovljeno le na eni stopnji in zoper odločitev sodišča ni dovoljena pritožba kot redno pravno sredstvo, je zadostna obrazloženost odločitve sodišča, kadar to zahtevi za sodno varstvo ne ugoti, za zagotovitev pravice do poštenega postopka kakor tudi za zagotovitev zaupanja v sodstvo po stališču Ustavnega sodišča še posebej pomembna,³¹ le navidezna obrazložitev pa pomeni poseg v pravico stranke do obrazložitve sodne odločbe in kršitev 22. člena Ustave.³²

V okviru 22. člena Ustave je Ustavno sodišče v zvezi s prekrškovnim postopkom odločalo tudi o širšem procesnem jamstvu poštenega postopka. Že v zvezi z odločbo Up-120/97 je bilo omenjeno, da je Ustavno sodišče v tej odločbi določilo minimalni standard poštenega postopka v prekrškovnem postopku; tj. ustrezne in zadostne možnosti, da obdolženec zavzame stališče tako glede dejanskih kot glede pravnih vidikov nanj naslovljenega očitka na podlagi jamstva enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave v povezavi z določbo 29. člena Ustave o pravnih jamstvih v kazenskem postopku. V odločbi št. Up-762/03 z dne 7. 4. 2005³³ pa je določilo še dve zahtevi za poštenost postopka iz 22. člena Ustave, in sicer prepoved samovolje državnih organov v postopku zoper posameznika in prepoved oziroma preprečevanje neutemeljenih posegov državne oblasti v pravice posameznika. V tej zadevi je Ustavno sodišče presojalo stališče, uveljavljeno v sodni praksi po ZP, da se lahko odločba Senata za prekrške o pritožbi pritožnikovega zagovornika pošlje na pritožnikov naslov šele po tem, ko je že nastopilo absolutno zastaranje postopka o prekršku. Ustavno sodišče je odločilo, da morajo sodišča v roku, določenem za absolutno zastaranje pregona, opraviti vsa procesna dejanja, da bi postopek zoper posameznika končali. Glede na namen zastaranja naj ne bi zadoščalo, da državni organ pred iztekom zastaralnega roka izda odločbo, temveč mora imeti posameznik, na katerega se nanaša, tudi možnost, da se seznanj z

28 Uradni list RS, št. 112/02 in OdlUS XI, 283.

29 4. točka obrazložitve.

30 Uradni list RS, št. 26/16.

31 5. točka obrazložitve.

32 9. točka obrazložitve.

33 Uradni list RS, št. 46/05 in OdlUS XIV, 39.

njeno vsebino. Zato mora državni organ pred pretekom absolutnega zastaralnega roka opraviti tudi vsa dejanja, ki so potrebna za to, da se prizadeti lahko seznanijo z vsebino odločitve, to pa pomeni, da mora odločbo v zastaralnem roku vsaj poslati na njegov naslov. Nasprotno stališče bi pomenilo, da nastopijo učinki odločbe za posameznika, še preden se je imel možnost seznaniti z njeno vsebino, hkrati pa pomeni, da je posameznik obremenjen z grožnjo posega v njegove pravice še neomejeno dolgo oziroma vse do preteka roka za zastaranje izvršitve sankcije. To pa je po stališču Ustavnega sodišča v nasprotju z namenom instituta zastaranja, ki je prav v tem, da se po preteku določenega časa vzpostavi pravni mir in odpravi negotovost glede možnosti posegov v pravice posameznikov, in zato v neskladju s pravico do poštenega sojenja kot enim od vidikov pravice do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave.³⁴ Ustavno sodišče je enako kršitev ugotovilo v več odločbah.³⁵

V skladu s prvim odstavkom 23. člena Ustave ima vsakdo pravico, da o njegovih pravicah in dolžnostih ter obtožbah proti njemu brez nepotrebnega odlašanja odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom ustanovljeno sodišče. V okviru te pravice je Ustavno sodišče presojalo pravico do nepristranskega sodnika in odločilo, da velja to jamstvo tudi v prekrškovnem postopku. V odločbi št. Up-572/03 z dne 6. 11. 2003³⁶ je tako odločalo, da organ ali organizacijo v konkretnem postopku o prekršku predstavlja oziroma zastopa vedno konkretna oseba, ki jo je tedaj v posameznem primeru šteti za predlagatelja v smislu izločitvenih določb (in ne *a contrario* organa oziroma organizacije). Stališče sodišča, da bi kot predlagatelja postopka lahko šteli le celotni organ oziroma organizacijo in da pritožnik do izdaje odločbe o prekršku ni zahteval izločitve, saj bi se morala sodnica za prekrške po prvem odstavku 78. člena ZP glede na obstoj izločitvenega razloga izločiti že po uradni dolžnosti, po stališču Ustavnega sodišča pomeni kršitev pravice do nepristranskega sojenja.

Pogosteje pa je Ustavno sodišče v primeru prekrškov v okviru 23. člena Ustave presojalo zatrjevano kršitev pravice do sodnega varstva. V odločbi št. Up-58/95 z dne 20. 11. 1997³⁷ je tako odločilo, da ustavna pravica do sodnega varstva ne pomeni, da bi morala biti zagotovljena izredna pravna sredstva v vseh primerih, ko sodišča odločajo o posameznikovih pravicah in dolžnostih ter obtožbah proti njemu in omejitev vložitve izrednega pravnega sredstva ne pomeni kršitve pravice do sodnega varstva iz 23. člena Ustave.³⁸

V eni izmed zadnjih zadev (št. U-I-173/14, Up-609/14 z dne 9. 3. 2017³⁹) pa je Ustavno sodišče presojalo ustavnost tretjega odstavka 61. člena Zakona o prekrških (Uradni list RS, št. 29/11 – uradno prečiščeno besedilo, 21/13, 111/13 in 32/16, v nadaljevanju ZP-1), ki določa, da se šteje, da je oseba, ki ji je bila izrečena sankcija, zahtevo za sodno varstvo umaknila, če ni prišla na zaslišanje na sodišče, na katero

34 10. točka obrazložitve.

35 Prim. odločbe Ustavnega sodišča št. Up-516/05 z dne 25. 5. 2006, Up-1183/05 z dne 25. 5. 2006, Up-548/05 z dne 25. 5. 2006, Up-333/05 z dne 11. 5. 2006, Up-566/05 z dne 11. 5. 2006, Up-855/05 z dne 25. 5. 2006, Up-1002/05 z dne 15. 3. 2007, Up-1062/05 z dne 15. 3. 2007.

36 Uradni list RS, št. 113/03 in OdlUS XII, 108.

37 OdlUS VI, 196.

38 12. točka obrazložitve.

39 Uradni list RS, št. 15/17.

je bila pravilno povabljena, izostanka pa ni opravičila. V skladu z drugim odstavkom 161. člena ZP-1 je pritožba nedovoljena, če jo je podala oseba, ki nima pravice do pritožbe, ali oseba, ki se je pritožbi odpovedala, če je bila pritožba umaknjena ali pa po umiku pritožbe ponovno vložena, ali če pritožba po zakonu ni dovoljena. Prepozno ali nedovoljeno pritožbo zavrže s sklepom sodišče prve stopnje (tretji odstavek 161. člena ZP-1). Če vlagatelj zahteva za sodno varstvo, ki mu je bila izrečena sankcija, ni prišel na zaslišanje na sodišče, na katero je bil pravilno povabljen, izostanka pa ni opravičil oziroma je njegov izostanek neopravičen, se torej v skladu s tretjim odstavkom 61. člena ZP-1 šteje, da je zahtevo za sodno varstvo umaknil, na podlagi drugega in tretjega odstavka 161. člena ter tretjega odstavka 61. člena ZP-1 pa je sodišče zato zahtevo za sodno varstvo kot nedovoljeno zavrglo. Ustavno sodišče je odločilo, da je navedena določba sodišču nalagala, naj z namenom sankcioniranja vlagateljve opustitve enega procesnega dejanja (tj. zaslišanja) o zahtevi za sodno varstvo sprejme procesno odločitev (zavrženje), ne da bi se vsebinsko opredelilo do navedb iz zahteve za sodno varstvo in preverilo kršitve, ki jih mora sodišče preveriti po uradni dolžnosti. Ker po poteku osemdnevnega roka tega pravnega sredstva ni več mogoče vložiti, za vlagatelja to pomeni odvzem sodnega varstva zoper odločbo prekrškovnega organa in zato poseg v pravico do sodnega varstva iz prvega odstavka 23. člena Ustave, ki ga je Ustavno sodišče presojalo po strogem preskusu sorazmernosti. Na podlagi te presoje je ugotovilo, da sta učinkovitost in gospodarnost sodnih postopkov, v konkretnem primeru postopka odločanja o zahtevi za sodno varstvo, ustavno dopusten cilj za omejitev človekove pravice iz prvega odstavka 23. člena Ustave, vendar je sankcioniranje vlagatelja z odvzemanjem sodnega varstva zaradi neopravičene neudeležbe na zaslišanju nesorazmerno s ciljem. Izpodbijana zakonska ureditev zato po stališču Ustavnega sodišča pomeni prekomerni poseg v pravico vlagatelja zahteve za sodno varstvo do sodnega varstva iz prvega odstavka 23. člena Ustave.⁴⁰

V okviru pravice do učinkovitega pravnega sredstva iz 25. člena Ustave je Ustavno sodišče pogosto presojalo zatrjevane kršitve pomanjkljive obrazloženosti, ki bi jih po novejši presoji praviloma presojalo po 22. členu Ustave.⁴¹ Presojalo pa je tudi druge zatrjevane kršitve te pravice. V odločbi št. Up-96/94 z dne 4. 12. 1997⁴² je tako ugotovilo kršitev pravice do pravnega sredstva, ker pritožniku ni bilo omogočeno, da s pritožbo učinkovito brani in varuje svoje pravne interese. Ta možnost mu ni bila dana, ker republiški senat ni presojal njegovih utemeljitev in ponujenih dokazov o izvoru blaga, s katerimi bi morebiti pritožnik lahko v tem postopku učinkovito ubranil svojo pravico na odvzetem blagu.⁴³ V odločbi št. Up-125/98 z dne 28. 9. 2000⁴⁴ je ugotovilo kršitev, ker je pritožbeni organ sam odločil o izreku varstvenega ukrepa odvzema predmetov na drugi zakonski podlagi kot organ za postopek o prekršku prve stopnje, pri tem pa se je skliceval na okoliščine, ugotovljene v postopku na prvi stopnji, zoper katere prizadeti ni imel možnosti za ugovor.

40 11.- 17. točka obrazložitve.

41 Prim. še odločbi Ustavnega sodišča št. Up-686/02 z dne 10. 7. 2003 in št. Up-138/03 z dne 1. 4. 2004.

42 Uradni list RS, št. 1/98 in OdlUS VI, 198.

43 9. točka obrazložitve.

44 Uradni list RS, št. 97/00 in OdlUS IX, 302.

V odločbi št. Up-419/03 z dne 4. 7. 2003⁴⁵ je Ustavno sodišče presojalo ustavnost stališča, da se pritožba lahko poda ustno na zapisnik le določene tri dni v tednu. Odločilo je, da niti sodnik za prekrške niti senat za prekrške na tak način ne moreta spreminjati ali celo ukinjati procesne ureditve, ki ureja način vložitve pritožbe. Takšno stališče sodišča pomeni kršitev pravice do pritožbe (25. člen Ustave).

V odločbi št. Up-527/03 z dne 9. 12. 2004⁴⁶ je Ustavno sodišče presodilo, da odločitev senata za prekrške, da zavrže pritožnikovo pritožbo v postopku o prekršku kot prepozno, nima dejanske podlage. Z odločitvijo senata za prekrške, da zavrže pritožbo kot prepozno, čeprav bi jo moral glede na okoliščine konkretne zadeve šteti za pravočasno in jo v primeru, da so izpolnjeni tudi drugi procesni pogoji vsebinsko obravnavati, je senat za prekrške po stališču Ustavnega sodišča kršil pritožnikovo pravico do pritožbe iz 25. člena Ustave.

Nedopustnost zavrženja pritožbe in s tem kršitev pravice iz 25. člena Ustave je Ustavno sodišče ugotovilo tudi v odločbi št. Up-340/14 z dne 24. 9. 2015. Povzelo je bistvo načela instančnega odločanja; da lahko organ druge stopnje presoja odločitev prvostopnega organa z vidika vseh vprašanj, ki so pomembna za odločitev o pravici oziroma obveznosti. Pravici do pritožbe iz 25. člena Ustave ustreza obveznost sodišča, ki odloča o pritožbi, da pritožbo, če je dopustna, vsebinsko obravnava.⁴⁷ V tem primeru pritožnika ni zastopala zagovornica, ki ga lahko zastopa po zakonu, zato je sodišče zavrglo pritožbo, ne da bi pritožniku omogočilo odpravo napake glede zastopanja. Ustavno sodišče je presodilo, da če sodišče, ki je vodilo postopek in je imelo dolžnost zagotavljati njegovo zakonitost, procesne napake v zvezi z zastopanjem ni zaznalo in pritožnika nanjo ni opozorilo, Višje sodišče bremena te napake ne sme šteti v škodo pritožnika. Odsotnost izrecne zakonske zahteve, da mora sodišče obdolženca v postopku o prekršku opozoriti, kdo ga lahko zastopa kot zagovornik, Višjega sodišča še ne upravičuje, da takoj zavrže pritožbo, ne da bi pri tem upoštevalo pravočasno napoved pritožbe sicer nezakonito pooblaščenega zagovornice in ne da bi pritožniku omogočilo odpravo napake glede zastopanja. Tako ravnanje pomeni nesorazmerno omejitev pravice do pritožbe iz 25. člena Ustave.

Ustavno sodišče je v svoji presoji presojalo tudi kršitve temeljnih jamstev v (kazenskem) postopku iz 29. člena Ustave, začevši s pravico do izvajanja dokazov v obdolženčevo korist (tretja alineja 29. člena Ustave). Ta pravica mora biti zagotovljena tudi v prekrškovnem postopku.⁴⁸ Pomembna skupina odločitev v tem okviru se nanaša na izpodbijanje domneve po prvem odstavku 8. člena Zakona o pravilih cestnega prometa (ZPrCP),⁴⁹ pri kateri so sodišča v praksi določala omejitve glede dokaznih sredstev. Ustavno sodišče je tako v odločbi št. Up-3663/07 z dne 10. 9. 2009⁵⁰ odločilo, da je izvajanje dokazov v korist obdolženca lahko učinkovito

45 Uradni list RS, št. 108/03 in OdlUS XII, 107.

46 Uradni list RS, št. 138/04 in OdlUS XIII, 91.

47 10. točka obrazložitve.

48 Prim. z odločbo Ustavnega sodišče št. Up-887/14 z dne 20. 4. 2017.

49 Uradni list RS, št. 82/13 – uradno prečiščeno besedilo, 69/17 – popr., 68/16 in 54/17. Prvi odstavek 8. člena določa: „Če je prekršek zoper varnost cestnega prometa storjen z vozilom, pa ni mogoče ugotoviti, kdo je storilec, se kaznuje za prekršek lastnik ali imetnik pravice uporabe vozila, razen če dokaže, da tega prekrška ni storil.“

50 Uradni list RS, št. 77/09 in OdlUS XVIII, 83.

le, če je obdolžencu v kazenskem postopku oziroma postopku o prekršku omogočeno, da se o njegovi odgovornosti odloči na podlagi vseh razpoložljivih dokaznih sredstev, ki so primerna za ugotavljanje dejstev. S tem je obdolžencu dana možnost, da vpliva na ugotovitve sodišča o pravno pomembnih dejstvih in da v razmerju do nasprotne stranke ni zapostavljen. Za to, da se v obdolžencu v položaju domnevane odgovornosti onemogoči dokazovanje ene od okoliščin, ki je bistvena za odločitev o njegovi odgovornosti, po mnenju Ustavnega sodišča ni videti ustavno dopustnega razloga. Stališče sodišča, da razbremenilnega dokaza ne bo izvedlo, ker bi lahko obdolženec določeno odločilno dejstvo dokazal le tako, da bi „dokumentiral“, kje se je nahajal, pomeni nedopustno omejitev izbire dokaznih sredstev.⁵¹

Iz ustaljene ustavnosodne presoje izhaja, da pravica do izvajanja dokazov v korist še ne pomeni, da mora sodišče izvesti vsak predlagani dokaz, ampak da mora sodišče pri presoji in odločitvi upoštevati merila iz ustaljene ustavnosodne presoje. V skladu z ustaljeno ustavnosodno presojo iz tretje alineje 29. člena Ustave izhaja, da sodišče glede na načelo proste dokazne presoje samo odloča o tem, katere dokaze bo izvedlo in kako bo presojalo njihovo verodostojnost; da sodišču ni treba izvesti vsakega dokaza, ki ga predlaga obramba; da mora biti predlagani dokaz materialnopravno ustrezen; da mora obramba obstoj in pravno ustreznost predlaganega dokaza utemeljiti s potrebno stopnjo verjetnosti in da mora v dvomu vsak dokazni predlog obrambe v korist obdolženca sodišče izvesti, razen če je očitno, da dokaz ne more biti uspešen.⁵²

Pravica iz tretje alineje 29. člena Ustave torej pomeni pravico do obrazložene zavrnitve dokaznega predloga v skladu z omenjenimi merili ustavnosodne presoje. To pravico je Ustavno sodišče presojalo tudi v prekrškovnih zadevah. V odločbah št. Up-751/02 z dne 11. 11. 2004⁵³ in št. Up-486/03 z dne 9. 7. 2004⁵⁴ je ugotovilo kršitev te pravice, ker sodišče ni obrazloženo zavrnilo dokaznega predloga. V odločbi št. Up-751/02 je pritožnik v pritožbi, v kateri je zahteval zaslišanje prič, ki naj bi potrdili, da prekrška ni storil namenoma, ker je bil k njemu izzvan, je pritožnik zatrjeval, da zaradi okoliščin, v katerih je odklonil strokovni pregled, ni odgovoren za storjeni prekršek. Senat za prekrške pritožbenih navedb v zvezi s tem ni upošteval niti ni pojasnil, zakaj izvedba dokaza s pričami o okoliščinah storjenega prekrška ne bi vplivala na odločitev o odgovornosti pritožnika za storjeni prekršek. Glede na navedeno drugostopenjski organ po stališču Ustavnega sodišča ni zadostil merilom pravnih jamstev izvajanja dokazov v obdolženčevo korist iz tretje alineje 29. člena Ustave. V odločbi št. Up-486/03 z dne 9. 7. 2004 pa je Ustavno sodišče podobno ugotovilo kršitev, ker prvostopenjski organ za postopek o prekršku dokaza ni izvedel, poleg tega pa odločitve o dokaznem predlogu ni utemeljeno obrazložil, prav tako pa ni pojasnil, zakaj dokaza z zaslišanjem predlaganih prič ni izvedel.

Podobno kot ESČP je tudi Ustavno sodišče presojalo kršitev pravice do zaslišanja obremenilne priče v prekrškovnem postopku, ki jo zagotavljata točka d tretjega

51 11. točka obrazložitve. Podobno v odločbi št. Up-942/14 z dne 20. 4. 2017.

52 Prim. odločbi Ustavnega sodišča št. Up-13/94 z dne 8. 6. 1995 (OdlUS IV, 128), 7. točka obrazložitve, in št. Up-34/93 z dne 8. 6. 1995 (OdlUS IV, 129), 11.–14. točka obrazložitve.

53 Uradni list RS, št. 131/04.

54 Uradni list RS, št. 83/04.

odstavka 6. člena EKČP in 29. člen Ustave. Ker ta pravica v 29. členu Ustave ni izrecno določena, jo je Ustavno sodišče opredelilo kot eno od jamstev poštenega postopka in kot del pravice do obrambe, ki jo zagotavlja 29. člen Ustave.⁵⁵ V odločbi št. Up-1293/10 z dne 21. 6. 2012⁵⁶ pa je Ustavno sodišče tudi izrecno odločilo, da kadar se odločba o prekršku opira na obremenilne izjave prič, mora biti kršitelju v postopku odločanja o zahtevi za sodno varstvo dana možnost, da jih zasliši oziroma zahteva njihovo zaslišanje. Kadar kršitelj te svoje pravice v postopku z zahtevo za sodno varstvo ni mogel uveljaviti, se sodba ne sme izključno ali odločilno opreti na njihove izjave.⁵⁷

Naslednje procesno jamstvo, ki prav tako ni izrecno določeno v Ustavi in o katerem je Ustavno sodišče prav tako odločalo v okviru prekrškovnega postopka, je tudi prepoved spremembe v škodo obdolženega oziroma prepoved *reformatio in peius*. Po ustaljeni presoji Ustavnega sodišča lahko kršitev prepovedi spremembe odločbe v škodo pritožnika pomeni kršitev načel poštenega sojenja, predvsem pravic iz 23. člena in prve alinee 29. člena Ustave.⁵⁸ V odločbi št. Up-953/07 z dne 9. 4. 2009⁵⁹ je Ustavno sodišče to jamstvo presojalo tudi v prekrškovnem pravu, vendar v konkretnem primeru ni ugotovilo kršitve.

Zadnja skupina predstavljenih odločb Ustavnega sodišča so odločbe o pravici do obrambe oziroma kontradiktornosti ter ustne in javne obravnave (druga in tretja alineja 29. člena Ustave). To skupino odločb je Ustavno sodišče izdalo po odločbah ESČP v zvezi s to pravico, ki jo, kot je bilo omenjeno, zagotavlja prvi odstavek 6. člena EKČP, in zaradi kršitve katere je bila Slovenija že obsojena na ESČP.

Prva je odločba št. Up-718/13 z dne 7. 10. 2015.⁶⁰ Tudi Ustavno sodišče (tako kot ESČP) je pri presoji zatrjevane kršitve upoštevalo predvsem način ugotovitve prekrška. Odločilo je, da kadar gre za očitke o storitvi prekrška, ki se nanaša na dokaze, ki niso bili pridobljeni z objektivno metodo (npr. naprava za merjene hitrosti vozil, alkotest), temveč gre za zadevo, v kateri je storitev prekrška zaznala policija, pravica do učinkovite obrambe zahteva, da sodišča odločitev o dejanskem stanju in odgovornosti posameznika za prekršek sprejmejo na podlagi neposredne izvedbe dokazov na ustni obravnavi. Ta primer je bil po stališču Ustavnega sodišča še toliko bolj sporen, ker je že sodišče samo v postopku ugotovilo, da dejansko stanje ni bilo v celoti ugotovljeno, in ko storilec zatrjuje in izkazuje, da je duševno manj razvita oseba, ki naj ne bi bila sposobna uveljavljati svojih koristi v postopku, in torej izpostavlja vprašanja dejanske narave, ki so bistvena za oceno o obstoju prekrška.⁶¹

V poznejših odločbah je Ustavno sodišče dolžnost izvedbe ustne obravnave razširilo na vse zadeve, ko kršitelj v zahtevi odpira vprašanje, ki ga ni mogoče ustrezno rešiti na podlagi spisa zadeve. Za tako vprašanje gre vselej (ne pa nujno

55 Odločba Ustavnega sodišča št. Up-719/03 z dne 9. 3. 2006, Uradni list RS, št. 30/06, in OdlUS XV, 41.

56 Uradni list RS, št. 52/12.

57 Glej tudi odločbo št. Up-1544/10 z dne 21. 6. 2012.

58 Na primer odločba št. Up-49/97 z dne 29. 11. 2001, Uradni list RS, št. 101/01, in OdlUS X, 232.

59 Uradni list RS, št. 38/09.

60 Uradni list RS, št. 80/15.

61 7.–13. točka obrazložitve. Podobno v odločbi št. 187/13 z dne 7. 10. 2015.

le takrat), kadar kršitelj izpodbija verodostojnost obremenilnih dokazov, ki niso pridobljeni z objektivno metodo, temveč z osebno zaznavo prekrškovega organa ali druge priče. Če sodišče v teh primerih ustne obravnave ne izvede, gre za kršitev pravice do sojenja v navzočnosti iz druge alineje 29. člena Ustave.⁶²

4. SKLEP

Čeprav gre pri prekrških v primerjavi s kaznivimi dejanji za milejša kazniva ravnanja in je Ustavno sodišče v odločbi št. Up-120/97 odločilo, da je dopustno, da je raven zagotovljenih pravic lahko v tem primeru nižja od tiste, ki je zagotovljena v kazenskem postopku, pa je iz prikazane ustaljene ustavnosodne presoje razvidno, da je Ustavno sodišče v okviru minimuma procesnih jamstev, ki morajo biti zagotovljena v prekrškovnem postopku, opredelilo vsa temeljna procesna jamstva iz (kazenskega) postopka, ki jih (vsaj v primeru kazenske obtožbe) varuje tudi ESČP. Glede na zdajšnje strogo stališče Ustavnega sodišča o precedenčnosti odločitev Ustavnega sodišča v prekrškovnih zadevah in glede na sistemsko ureditev prekrškovega postopka, ki iz odločanja izključuje Vrhovno sodišče (razen v primeru zahteve za varstvo zakonitosti Vrhovnega državnega tožilstva), je zato še toliko pomembnejše, da prvostopenjska sodišča razlagajo Ustavo in prenašajo jamstva iz ustaljene ustavnosodne presoje v prekrškovno prakso in s tem preprečijo kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin pritožnika na eni strani ter hkrati morebitno obsodbo Slovenije pred ESČP na drugi strani.

62 Odločba št. Up-854/14 z dne 20. 4. 2017. Prim. z odločbo št. Up-847/14 z dne 20. 4. 2017.

RAZMEJEVANJE MED PREKRŠKI IN KAZNIVIMI DEJANJI S PREGLEDOM SODNE PRAKSE EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE¹

Mojca Medved Ladinek
okrajna sodnica na Okrajnem sodišču v Mariboru

1. UVOD

Razmejevanje med kaznivimi dejanji in prekrški je zelo zahtevno in kompleksno pravno vprašanje.

Navedeno potrjuje dejstvo, da se Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP) in sodišča drugih evropskih držav, tudi Slovenije, s tem vprašanjem že veliko let ukvarjajo, saj se s problemi razmejevanja med kaznivimi dejanji in prekrški ukvarjamo v različnih evropskih sodnih sistemih še več kot 40 let od določitve prvih meril za tovrstno razmejevanje, ki jih je ESČP določilo v sodbi ENGEL in drugi proti Nizozemski (danes znanih kot meril Engel) davnega leta 1976.²

Pri razumevanju sodne prakse ESČP in razmejevanju med prekrški in kaznivimi dejanji ne gre pozabiti, da so prekrški, skupaj s kaznivimi dejanji in disciplinskimi prestopki, del širšega pojma **kaznivih ravnanj**. Tako je treba tudi pri presojanju, ali je bil posameznik že obravnavan za **istovrstno prepovedano ravnanje**, skrbno pretehtati, ali bi to ravnanje lahko umestili med kazniva ravnanja (tista, pri katerih je narava dejanja kazniva sama po sebi) in je torej nepomembno, ali tako dejanje v pravnem redu države imenujemo prekršek ali kaznivo dejanje.

Prekrški vsekakor niso kazniva dejanja, so pa del kaznovalnega prava in del širšega pojma kaznivih ravnanj (in izvirajo iz 27. člena Ustave RS,³ zaradi česar je treba v vsakem posameznem primeru posebej presoјati, ali gre za dejanje, **ki je po vsebini isto ali vsaj v bistvenem isto**, kakor dejanje, za katerega je bil obdolženi že obravnavan. Pri presoјi je treba skrbno preveriti, ali gre za istovrstno prepovedano ravnanje kakor tudi cilj, ki ga želimo doseči. Navedeno pomeni, da sodišče o obtožbi zoper isto osebo (o kateri že obstaja pravnomočna sodna odločba), ne sme znova meritorno odločati.

»Nikakor se ne sme primeriti, da se zaradi želje po večji učinkovitosti organov pregona, za istovrstno prepovedano kaznivo ravnanje, ki izvira iz istih ali bistveno

1 Príspevek je bil predstavljen na Prekrškovnopравни šoli, november 2017.

2 Case of Engel and others v The Netherlands (article 50), no. 5100/71 ECtHR (Plenary), Judgement (Just Satisfaction) of 23.11.1976, A22.

3 27. člen Ustave RS: Kdor je obdolžen kaznivega **ravnania**, velja za nedolžnega, dokler njegova krivda ni ugotovljena s pravnomočno sodbo, UL RS/I, št. 33-1409/1991.

istih dejstev, ki so povezana z istim historičnim dogodkom⁴ in storilcem, vodita tako kazenski kakor tudi prekrškovni postopek«,⁵ kar se v praksi pred slovenskimi sodišči žal še vedno dogaja.

Zakon o prekrških (v nadaljevanju ZP-1)⁶ sicer ne vsebuje takšne splošne določbe, kot na primer 10. člen Zakona o kazenskem postopku (v nadaljevanju ZKP),⁷ kljub vsemu pa v 11. a členu ureja postopek ob ugotovitvi, da je bilo o isti stvari že pravnomočno odločeno. »Kadar je bilo o isti stvari odločeno še pred začetkom prekrškovnega postopka, sodišče s sodbo zavrne obdolžilni predlog, v poznejši fazi in kadar je bil kazenski postopek sprožen v vmesnem času, ko je bil prekrškovni postopek že v teku, pa je dolžno s sodbo postopek ustaviti«.⁸

Pri razmejevanju med prekrški in kaznivimi dejanji v praksi je treba vsak primer obravnavati posebej, saj tako v pravni teoriji kakor tudi v sodni praksi ni enoznačnega šablonskega odgovora, kako ravnati.

Lahko pa s pregledom odločb sodne prakse ESČP zaznamo smernice, ki jih je pri tovrstnih razmejevanjih kljub vsemu treba upoštevati, da v praksi ne prihaja do kršitev Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju EKČP),⁹ Listine Evropske unije o temeljnih pravicah,¹⁰ slovenske Ustave in zakonov ter načela *ne bis in idem*.

Kljub navedenemu, torej že več kot štiridesetletni sodni praksi v zvezi z navedeno problematiko in sodbami, ki so določile merila glede preprečevanja dvakratnega obravnavanja posameznega storilca, je šele s sodbo Zolotukhin proti Rusiji (10. 2. 2009) in nato s sodbama, ki sta bližje našemu pravnemu sistemu, Maresti proti Hrvaški (25. 6. 2009) ter Tomasovič proti Hrvaški (2011) tudi v našem sistemu tako kazenska kakor prekrškovna sodna praksa dobila novo, širšo razsežnost, po kateri je potrebno mnogo previdnejše in natančnejše postopanje policije in tožilstva, in ki sodišču nalaga večjo odgovornost in pozornost pri preverjanju in ugotavljanju, ali gre morebiti v postopkih obravnavanja istega posameznika pred sodiščem za kršitev načela *ne bis in idem*.

Merila iz primera Engel proti Nizozemski se v sodni praksi držav članic najverjetneje niso dosledno uporabljala tudi zato, ker je že ESČP, kot bo navedeno v nadaljevanju, uporabljalo različne pristope pri interpretaciji 4. člena Protokola št. 7 k EKČP in je svojo sodno prakso in merila presojanja, ali gre za kršitev načela *ne bis in idem*, poenotilo in jih dosledno uporablja šele od sodbe Zolotukhin proti Rusiji (2009).

4 Historični dogodek je časovno in krajevno povezan življenjski primer.

5 MEDVED LADINEK, Mojca. Kaznivo dejanje ali prekršek. Zbornik 12. Dnevi prekrškovnega prava, GV založba, maj 2017, str. 105,106.

6 Zakon o prekrških, UL RS, št. 7-238/2003.

7 Nihče ne sme biti preganjan in kaznovan zaradi kaznivega dejanja, za katero je bil s pravnomočno sodno odločbo oproščen ali obsojen ali je bil kazenski postopek zoper njega pravnomočno ustavljen ali je bila obtožba zoper njega pravnomočno zavržena. Zakon o kazenskem postopku, UL RS, št. 63/1994.

8 U-I 24/10, z dne 19. 4. 2012, IV Ips 17/2011, z dne 31. 3. 2001 in Maresti proti R Hrvaški, številka 55759/0, z dne 25. 9. 2009.

9 Uradni list RS, št. MP 7/1994.

10 50. člen: Nihče ne sme biti ponovno v kazenskem postopku ALI kaznovan zaradi kaznivega dejanja, za katero je bil v EU že obsojen ali oproščen. Uradni list EU, C83/389.

2. NAČIN RAZMEJEVANJA

V pravni teoriji se je kljub različnim pristopom o razmejevanju med prekrški in kaznivimi dejanji (npr. Feuerbach, Goldschmidt, Mayers)¹¹ najbolj uveljavilo razlikovanje po **kvalitativnem**¹² in **kvantitativnem**¹³ merilu.

Temeljno razmejevanje med prekrški in kaznivimi dejanji v sodni praksi poteka na dveh ravneh, in sicer kot:

- a) materialno pravno razmejevanje in
- b) procesno pravno razmejevanje.

K točki a: Materialno pravno razmejevanje

Na materialno pravni ravni razmejevanja se lahko v sodni praksi primeri, da se sodniki srečamo z dejanjem, pri katerem se zakonski znaki prekrška popolnoma prekrivajo z zakonskimi znaki kaznivega dejanja, torej kjer gre za identične zakonske znake in njihovo inkriminacijo v različnih zakonih, pri čemer navidezno dve različni protipravni ravnanji vsebujeta enake izvršitvene oblike in načine, istočasno pa tudi enake posledice. V takšnem primeru gre za anomalijo pravnega reda.

Ustavno sodišče RS se je že ukvarjalo s tovrstnim primerom, ko je prejelo v presojo oceno ustavnosti 310. člena Kazenskega zakonika (v nadaljevanju KZ)¹⁴ in 4. točko prvega odstavka 81. člena v zvezi z 10. členom Zakona o orožju (v nadaljevanju ZOro).¹⁵ Ugotovilo je, »da je navedeni člen v delu, ki se je nanašal na izvršitev kaznivega dejanja, storjenega s protipravno hrambo strelnega orožja ali streliva, katerega promet je posameznikom omejen, v neskladju z ustavo«.

Preprečevanje tovrstnih primerov je gotovo naloga zakonodajalca, ki mora jasno določiti merila glede ravnanj, ki se lahko štejejo kot prekršek ali kot kaznivo dejanje. Pri določanju posameznih dejanj, ki štejejo kot prekršek, je navedeno še posebej pomembno, ker je drugače od kaznivih dejanj, ki so lahko določena in sprejeta le v Državnem zboru, mogoče ravnanja, ki štejejo kot prekršek, določati tudi z uredbami vlade, odloki lokalne skupnosti, torej občinskimi odloki in drugimi akti.

Če do nedorečene, dvomljive, podvojene kazenske represije kljub temu pride, pa je treba določiti jasna merila oziroma navodila za postopanje policije in tožilstva tako v prekrškovnih kakor tudi v kazenskih zadevah, da bi se izognili kršitvam načela *ne bis in idem*. Takšno stališče izhaja tudi iz prakse Ustavnega sodišča RS, ki je v zgoraj navedeni sodbi odločilo »da je glede določnosti in jasnosti kazensko pravnega pravila, ki določa neko vsebino, potrebno določiti njegovo vsebino tako,

11 Več o tem glej Derečinović, Gulšija, Drgičević Prtenjača: Novosti u materijalnopravnim odredbama prekršajnog zakona, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol 20, 2013, št. 2, str. 751–777.

12 Določa, katere človekove pravice ali druge pravne vrednote so bile z nekim dejanjem prizadete.

13 Določa, s kakšno intenzivnostjo so napadene oziroma prizadete človekove pravice ali druge pravne vrednote.

14 Kazenski zakonik –KZ, UL RS št.63/94, 70/94, 23/99, 44/04 in 95/04.

15 U-I-88/07 z dne 8. 1. 2009 in ZOro, UL RS št. 73/04.

da je v sistemu pravnih pravil prepoznavno in tako ločeno od katerihkoli drugih pravil kaznovalne narave, da ne pride do prekrivanja. V kolikor bi se zakonski znaki kaznivega dejanja in prekrška popolnoma prekrili, med njimi ne bi bilo ločnic, zaradi česar bi tovrstno stanje omogočalo arbitraren pregon. To pa bi pomenilo anomalijo pravnega reda«,¹⁶ kar je v nasprotju z načeli pravne države (2. člen Ustave RS) in načelom zakonitosti v kazenskem pravu (prvi odstavek 28. člena Ustave RS).

V postopkih pred sodišči sodniki pogosto obravnavamo primere, ko je neko prepovedano ravnanje, ki je določeno kot prekršek, storjeno na način, da lahko hkrati pomeni tudi izpolnitev zakonskih znakov kaznivega dejanja. Torej, kadar je izvršeno prepovedano ravnanje takšno, da zraven prekrška kot lažjega dejanja lahko pomeni tudi izvršitev kaznivega dejanja, pri čemer kriminalna količina kaznivega dejanja v celoti zajema tudi prekršek. Nikakor pa ni mogoče obratno, »saj kaznivo dejanje vsebuje še druge elemente, ki so lastni le kaznivemu dejanju samemu, prekršku pa ne.«¹⁷

Do delnega prekrivanja in možnosti dvakratnega obravnavanja kakor tudi do kršitve načela *ne bis in idem* lahko pride pri obravnavanju blanketnih kaznivih dejanj (npr. na področjih prometa, splošne varnosti ljudi in premoženja, gospodarstva, delovnih razmerij in socialne varnosti), pri katerih je v obtožnem aktu zraven določila, ki določa neko kaznivo dejanje (npr. povzročitev prometne nesreče iz malomarnosti), navedena tudi kršitev, ki lahko samostojno pomeni prekršek (npr. vožnja pod vplivom alkohola). V praksi se tako zastavlja vprašanje, ali se lahko nekoga, ki je vozil pod vplivom alkohola in pri tem povzročil prometno nesrečo, obravnava tako za prekršek kakor tudi za kaznivo dejanje. Pri obravnavi prometnih nesreč namreč obtožni akt zmeraj vsebuje vsaj enega izmed pravil o kršitvi cestnoprometnih predpisov, zaradi česar v slovenski pravosodni praksi še danes na tem področju ni dosledno spoštovano pravilo in prepoved **dvakratnega obravnavanja posameznega storilca**. Stališče ESČP glede takih primerov pri presoji kršitev EKČP je navedeno v nadaljevanju.

K točki b: Procesno pravno razmejevanje

Procesna razmerja med prekrškovnim in kazenskim postopkom so na prvi pogled lažja ob upoštevanju določil 11. a člena Zakona o prekrških in tretjega odstavka 56. člena Kazenskega zakonika. V sodni praksi pa kljub takšnim procesnim določbam še vedno prihaja do težav zaradi hkratnega vodenja in podvajanja obeh postopkov. Še vedno se namreč dogaja, da prekrškovni organ zaradi želje po hitrem postopanju (npr. izločitve nevarnega udeleženca iz cestnega prometa), v primerih prometnih nesreč z vožnjo pod vplivom alkohola, na sodišče poda obdolžilni predlog (zaradi predloga o začasnem odvzemu vozniškega dovoljenja) z očitkom vožnje pod vplivom alkohola nad 0,52 mg/l v izdihanem zraku (razen za voznike začetnike, pri katerih je ta stopnja nižja), pozneje pa še kazensko ovadbo zaradi povzročitve prometne nesreče, katere opis prepovedanega ravnanja vsebuje tudi vožnja pod vplivom alkohola. Ali je navedeno postopanje sprejemljivo in dovoljeno z vidika kršitve načela *ne bis in idem*, je prikazano v nadaljevanju na podlagi pregleda sodne prakse ESČP.

¹⁶ Prav tam.

¹⁷ P. Čas in soavtorji: Zakon o prekrških s komentarjem (2009), str. 70 in 71 in U-I-24/10 z dne 19. 4. 2012.

»Splošno pravilo za razmejevanje med prekrški in kaznivimi dejanji je, da odgovornost storilca za hujšo vrsto kaznivega ravnanja, izključuje njegovo odgovornost za mlejšo vrsto. Kadar je storilec obsojen za kaznivo dejanje, ki ima tudi znake prekrška, ni odgovoren za prekršek. Kadar je storilec obsojen za prekršek prej kot za kaznivo dejanje, se sankcija za prekršek všteje v kazen za kaznivo dejanje«. ¹⁸

Spodaj navedena evropska sodna praksa kaže, da razmejevanje med prekrški in kaznivimi dejanji vendarle ni tako enostavno, saj je treba pri presoji upoštevati **naravo posameznega ravnanja**, torej ali gre za **kaznivo ravnanje**, kar je še posebej pomembno z vidika preprečevanja kršitve načela *ne bis in idem*.

3. NE BIS IN IDEM IN MEDNARODNI AKTI

3.3 Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP) s protokoli in Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP)

3.1.1 Evropska Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin

Evropska Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju EKČP) ¹⁹ v 6. členu določa, da ima vsakdo pravico, da o njegovih civilnih pravicah in obveznostih ali kakršnikoli kazenski obtožbi zoper njega **pravično** in javno ter v razumnem roku odloča neodvisno in nepristransko, z zakonom ustanovljeno sodišče. Nadalje navedeni člen določa domnevo nedolžnosti posameznika kakor tudi minimalne pravice, ki mu morajo biti zagotovljene v postopkih pred sodiščem. Pri navedenem je treba posebej omeniti 4. člen Protokola številka 7 k EKČP, ki prekrškov in prekrškovega postopka sicer posebej ne omenja, kljub vsemu pa je mogoče prepoved ponovnega sojenja za **kaznivo ravnanje** prepoznati iz razlage EKČP in njenih protokolov ter sodne prakse ESČP, saj ESČP vsa leta v svojih sodbah **pojem kazenska zadeva in kazenski postopek** razlaga **avtonomno**, torej neodvisno od njihovega pomena v pravnem redu posamezne države članice. Navedeno pomeni, da **po presoji ESČP veljajo za kazenske vse zadeve**, ki so takšne **po svoji naravi**, pri čemer tudi pojem obtožbe razume povsem drugače kot v kazenskem pravu.

Dikcija 4. člena Protokola številka 7 k EKČP sicer sama po sebi ne prepoveduje možnosti ponovnega sojenja, vendar je treba navedeno prepoved razumeti iz razlage EKČP in njenih protokolov, ki jih je izoblikovalo ESČP, kakor tudi standarde, ki jih je postavilo, in sicer, kdaj se zadeva po svoji naravi šteje za kazensko, in torej ne po umestitvi v nacionalni pravni red posamezne države članice.

18 Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič: Kazensko pravo – splošni del, Uradni list RS, Ljubljana, 2013, str. 46.

19 Podpisana 4. novembra 1950 v Rimu. Podpisnice so članice Sveta Evrope. Slovenija je navedeno konvencijo umestila v svoj pravni red s sprejetjem Zakona o ratifikaciji EKČP in z objavo v Uradnem listu RS, št. MP 7/1994 z dne 31. 5. 1994 in začetkom njene veljave 28. 6. 1994.

Pri navedenem pa ne gre prezreti, da drugi odstavek 4. člena Protokola številka 7 k EKČP predvideva dve izjemi od načela *ne bis in idem*, in sicer v primerih:

- ko obstajajo v postopku novi dokazi ali nova odkritja in
- kadar je šlo v postopku za takšno bistveno kršitev, da bi ta lahko vplivala na izid postopka (primer Tomasovič proti Hrvaški, 2011).²⁰

3.1.2 Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP)

Evropsko sodišče za človekove pravice je bilo ustanovljeno na podlagi EKČP in dodatnega Protokola št. 11, ki velja od 1. 11. 1998 in ki je ukinil Evropsko komisijo za človekove pravice, naloga katere je bila preučevanje sprejemljivosti pritožb, ki so bile posredovane v presojo. Tako je od novembra 1998 sodišče ESČP enotno, kar posamezniku omogoča, da se lahko s pritožbo neposredno obrne na ESČP, in sicer v šestih mesecih od končanja postopka v lastni državi.

3.2 Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, Lizbonska pogodba in Sodišče EU

3.2.1 Listina EU o temeljnih pravicah in Lizbonska pogodba

Listina EU o temeljnih pravicah (v nadaljevanju listina)²¹ določa pravice, ki jih morajo pri izvajanju zakonodaje Unije spoštovati Unija in države članice.²²

V 50. členu določa, da ne sme biti nihče **ponovno v kazenskem postopku** ALL kaznovan zaradi kaznivega dejanja, za katero je bil v EU že obsojen ali oproščen. Navedena listina je pravno zavezujoč dokument od 1. 12. 2009 in je bila pripravljena za izrecno priznavanje temeljnih pravic v okviru pravnega reda EU in za zagotovitev njihove prepoznavnosti. Razglašena je bila 7. 12. 2000 v Nici s strani Evropskega parlamenta, Sveta Evrope in Evropske komisije, vendar je bila pozneje nekoliko spremenjena, zaradi česar je bila ponovno podpisana 13. 12. 2007 in razglašena v Lizboni leta 2007 ter nato objavljena v Uradnem listu EU z dne 30. 3. 2010. Iz konca besedila listine izhaja, »*da besedilo s potrebnimi prilagoditvami povzema besedilo Listine, razglašene 7. decembra 2000 in jo bo nadomestilo z dnem začetka veljavnosti Lizbonske pogodbe*«. Navedena listina sicer ni neposredno vključena v Lizbonsko pogodbo, vendar je s členom 6 (1) Pogodbe o Evropski uniji postala enako pravno zavezujoča in veljavna kakor temeljni pogođbi.²³

Lizbonska pogodba je spremenila Pogodbo o Evropski uniji in Pogodbo o Ustanovitvi Evropske skupnosti.

20 Tomasovič proti Hrvaški, 53785/2009 z dne 18. 11. 2011.

21 UL EU C 83/389.

22 Evropski parlament: Kratki vodnik po Evropski uniji. Listina o temeljnih pravicah. <<http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/sl/display>>. 10. 11. 2017 ob 10.41.

23 Prav tam; Lizbonska pogodba.

3.2.2 Sodišče EU (v nadaljnjem besedilu: Sodišče)

Pristojnosti navedenega sodišča so vse dejavnosti Unije, razen zunanje in skupne varnostne politike. Znotraj tega sistema je mogoče ustanavljati specializirana sodišča. Državljeni EU pa lahko lažje dostopajo do Sodišča.

3.3 Drugi mednarodni akti

Drugi mednarodni akti, ki vsebujejo načelo *ne bis in idem* in katerih določila smo dolžni pri sojenju spoštovati tudi v slovenskem sodnem sistemu, so še:

- sedmi odstavek 14. člena Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah,²⁴
- 9. člen Evropske konvencije o izročitvi,²⁵
- prvi odstavek 35. člena Evropske konvencije o prenosu podatkov v kazenskih zadevah,²⁶
- prvi odstavek 53. člena Evropske konvencije o mednarodni veljavnosti kazenskih sodb
- 54. do 58. člen Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma.²⁷

4. EVROPSKA SODNA PRAKSA

Sodna praksa in sodbe ESČP so zelo kompleksne in obširne. Zaradi navedenega jih ni mogoče predstaviti v celotnem obsegu posameznega primera, o katerem je presojalo ESČP. Tako v nadaljevanju podajamo le povzetek posameznih sodb v pomoč pri sojenju in odločanju sodnikov in drugih deležnikov, z namenom preprečitve kršitve načela *ne bis in idem*.

4.1 Engel in drugi proti Nizozemski, 1976

Vodilni primer, ki se uporablja pri razlagi razmejevanja med prekrški in kaznivimi dejanji ter razlagi spoštovanja načela *ne bis in idem*, je primer ENGEL in drugi proti Nizozemski iz leta 1976.

Pri presojanju, ali gre za kaznivo ravnanje, je ESČP določilo naslednja MERILA:

1. **Pravna kvalifikacija dejanja v domačem pravu** (ki ima relativni pomen in se uporablja le kot izhodišče).
2. **Narava dejanja** (pri čemer teža dejanja in organ, ki ga ugotovi,²⁸ nimata odločilnega vpliva). Pri navedenem merilu je zelo pomembna presoja, ali ima posamezna določba namen kaznovanja ali le odvratanja storilca od nekega prepovedanega ravnanja, kakor tudi, ali je pravno pravilo namenjeno le

24 UL RS, št. 35/92-MP, št. 9/92.

25 UL RS, št. 22-104/1994.

26 Svet Evrope, 15. 5. 1972.

27 UL EU, L 239/19.

28 Za presojo tega merila ni nujno, da je v zadevi odločalo sodišče (primer Tsonyo Tsonev proti Bolgariji, kršitev JRM je ugotovil župan).

posamezni skupini, ali jo je sprožil javni organ in tudi, kako so urejeni primerljivi postopki v drugih državah članicah Sveta Evrope.

- 3. Teža sankcije**, ki je zagrožena za določeno ravnanje storilcu (in ne tista, ki je bila storilcu dejansko izrečena).

Zadnji dve merili sta določeni alternativno, in ne nujno kumulativno, kar pomeni, da je že ugotovitev obstoja le enega izmed obeh navedenih meril dovolj za odločitev, da gre za kazensko zadevo.²⁹ Torej za kaznivo ravnanje po naravi dejanja samega. Za razmejevanje med prekrški in kaznivimi dejanji je zelo pomembno vedenje, da je ESČP z določitvijo meril ENGEL razširilo jamstva iz 6. člena EKČP in 4. člena Protokola št. 7 k EKČP in njenih protokolov tudi na sankcije javne oblasti. Ne glede na to, da navedeni določili prekrškov ne omenjata izrecno, je ESČP kot zadeve, ki lahko pomenijo kaznivo ravnanje in imajo tudi kazensko naravo, ugotovilo kršitve, ki se nanašajo na kršitev vojaške discipline, postopke vojaških sodišč, kazniva ravnanja zoper disciplino v zaporu, na carinsko in konkurenčno pravo, dejanja razžalitve v parlamentu, kakor tudi na upravne kršitve, katerih del so največkrat cestni promet, zadeve javnega reda in miru ter socialno varstvena zakonodaja. Z zadevami s področja cestnega prometa in javnega reda in miru ter razmejevanjem med kaznivimi dejanji in prekrški s tega področja se najpogosteje ukvarjamo tudi v našem sodnem sistemu.

4.2 Gradinger proti Avstriji, 1995

V navedenem primeru³⁰ je šlo za sojenje zaradi prekrška vožnje pod vplivom alkohola in kaznivega dejanja povzročitve prometne nesreče (1. 1. 1987), kjer je nasprotni udeleženec (kolesar) umrl za posledicami povzročitve prometne nesreče voznika, ki je vozil pod vplivom alkohola. Obdolženi je bil sprva v kazenskem postopku obsojen z zaporno in denarno kaznijo, pri čemer se mu ni očitala kvalificirana oblika še z vožnjo pod vplivom alkohola, saj naj ne bi presegel meje za kvalificirano obliko (imel naj bi 0,8 g/l).³¹ Tako je bil 15. maja 1987 v kazenskem postopku na Deželnem sodišču (Landesgericht) obsojen le zaradi povzročitve smrti iz malomarnosti, in sicer na 200 dnevni zneskov 160 ATS (šilingov) in 100 dni zavora v skladu s Kazenskim zakonikom (Strafgesetzbuch). Kljub navedeni ugotovitvi sodišča in obsodilni sodbi v kazenskem postopku, se je čez dva meseca začel postopek še pred Okrajnim upravnim sodiščem (Bezirkshauptmannschaft), ki je obdolženemu izreklo globo v višini 12.000 ATS (šilingov) in dva tedna zaporne kazni zaradi vožnje pod vplivom alkohola (0,95 g/l),³² pri čemer pa se je to sodišče sklicevalo na drugo izvedeniško mnenje, saj naj v predhodno izdelanem mnenju v kazenskem postopku ne bi bil upoštevan čas od povzročitve nesreče in do odvzema krvi. V postopku pred upravnim sodiščem je bilo ugotovljeno, da je obdolženi dejansko vozil pod vplivom višje stopnje alkohola, torej tiste, ki je zadoščala za kvalificirano obliko, zaradi česar je bil obsojen še pred upravnim sodiščem.

29 Praktični vodnik po merilih dopustnosti, Svet Evrope/Evropsko sodišče za človekove pravice, december 2011, <www.echr.coe.int.>, str. 47, 48, 49.

30 Gradinger proti Avstriji, serija A, št. 328-C, 23. 10. 1995.

31 Prav tam, 8. točka sodbe.

32 Prav tam, 9. točka sodbe.

Gradinger se je po vseh izčrpanih pravnih sredstvih pred avstrijskimi sodišči 22. 5. 1989 prek Komisije obrnil na ESČP in zatrjeval kršitev 6. člena Konvencije in načela *ne bis in idem*.

V odgovoru na navedbe pred evropskim sodiščem je avstrijska vlada navajala, da gre pri obeh primerih (torej pri kazenskem in prekrškovnem postopku) za po vsebini različni zadevi, saj je bil obdolženi v prvem (torej kazenskem) postopku obsojen zaradi kaznivega dejanja povzročitve smrti, medtem ko je bil v drugem postopku obsojen le zaradi vožnje pod vplivom alkohola.

ESČP je pritrdilo, da je šlo v navedenem primeru res za odločbi, ki sta se razlikovali tako glede opisa dejanj kakor tudi glede narave in namena pravnega varstva zavarovanih dobrin. Kljub vsemu pa je ugotovilo kršitev načela *ne bis in idem*, saj je šlo v navedenem primeru za **isto ravnanje istega storilca**, pri katerem je **bil prekršek tudi vsebinski del kaznivega dejanja**, zaradi česar kaznovanje za prekršek ni bilo dopustno.

4.3 Oliveira proti Švici, 1998

Na povsem drugačnem stališču je bilo ESČP v zadevi Oliveira proti Švici,³³ kjer je šlo prav tako za povzročitev prometne nesreče (15. decembra 1990), katere posledica niti ni bila smrt nasprotnega udeleženca (temveč hude telesne poškodbe) in v katerem voznica ni vozila pod vplivom alkohola, temveč je do nesreče prišlo, ker je voznico na zaledeneli in zasneženi cesti zaneslo na nasprotni vozni pas.

Razlika pri vodenju postopkov je bila le ta, da se je v zadevi Oliveira zaradi očitka prehitre vožnje najprej začel prekrškovni postopek, in sicer osem mesecev po nesreči, v katerem je policija 13. avgusta 1991 izdala odločbo z denarno kaznijo 200 CHF (švicarskih frankov) zaradi kršitve zveznega zakona o prometu,³⁴ ker voznica ni obvladala svojega vozila tako, da bi hitrost vožnje prilagodila razmeram na cesti,³⁵ 25. januarja 1993 pa se je proti isti voznici začel tudi kazenski postopek, v katerem je bila, prav tako z denarno kaznijo 2.000 CHF, obsojena zaradi kaznivega dejanja povzročitve telesne poškodbe iz malomarnosti po kazenskem zakoniku,³⁶ ki je bila posledica predhodnega trčenja, pri čemer je sodišče pri izreku kazni v kazenskem postopku vštelo globo izrečeno v prekrškovnem postopku. Okrožno sodišče³⁷ je 11. 3. 1993 kazen znižalo na 1.500 CHF in odločbo o prekršku in izrečeno globo za prekršek razveljavilo ter odločilo, da je že plačano kazen treba odšteti od izrečene denarne kazni za kaznivo dejanje, tako da je ta znašala 1.300 CHF.

Pritožnica je v postopku pred ESČP uveljavljala kršitev načela *ne bis in idem* (pritožbo je vložila, ker je policija v svojem postopku odločala tudi o hudi telesni poškodbi, kar ni bilo v njeni pristojnosti, zato po mnenju pritožnice ne bi smela izreči kazni), ki jo je na podlagi predhodne prakse ESČP prepoznala tudi takrat še

³³ V postopku je bila državljanka Portugalske, ki je tedaj živel v Švici.

³⁴ Federal Road Traffic Act, 31. in 32. člen.

³⁵ „of failing to control her vehicle, as she had not adapted her speed to the road conditions“.

³⁶ Swiss Criminal Code, article 125.

³⁷ Zurich District Court.

delujoča Evropska komisija za človekove pravice, ki je v svoji predložitvi primera pred ESČP navedla, da gre v navedenem primeru „za kršitev načela *ne bis in idem*, saj poškodba, ki izvira iz kaznivega dejanja, ni ločen element od dejanja samega, temveč je nepogrešljivi del ravnanja, katerega posledica je bila“.³⁸

Švicarska vlada je v svojem odgovoru zatrjevala, da gre pri obravnavanju pritožnice in vodenimi postopki zoper njo za:

1. za dva različna organa,
2. da ima policija kot upravni organ omejeno pristojnost in
3. da obdolženka ni bila v slabšem položaju, saj ji je bila pozneje izrečena kazen odšteta.

Kljub navedenemu stališču Komisije pa je ESČP v tem primeru presodilo drugače in ugotovilo, da ni šlo za kršitev načela *ne bis in idem*, saj je pri sojenju za prekršek in kaznivo dejanje, ki izvira iz istega historičnega dogodka, mogoče govoriti o idealnem steku, kar pomeni, da je pritožnica z enim prepovedanim ravnanjem izpolnila znake več kaznivih ravnanj. Sodišče pa je kljub vsemu potrdilo, da bi bilo primernejše, če bi o zadevi odločalo isto sodišče, ne pa tudi upravni organa, torej policija.

Navedena odločitev ESČP je pomenila odmik od dotedanje sodne prakse ESČP (ki kot taka velja še danes), pri čemer je sodišče kot ustaljeno sodno prakso ni več navajalo v svojih poznejših sodbah.

4.4 Fisher proti Avstriji, 2001

V navedeni zadevi so avstrijska sodišča prav tako obravnavala povzročitelja prometne nesreče (z dne 6. junija 1996), v kateri je umrl kolesar, pri čemer povzročitelj poškodovanemu ni nudil pomoči in tudi ni počakal na kraju nesreče. Pozneje se je oblastem sam predal.

V prekrškovnem postopku na okrajnem upravnem sodišču (Bezirkshauptmannschaft) je bil obdolženi 13. decembra 1996 spoznan za odgovornega več prometnih prekrškov (vključno s prekrškom vožnje pod vplivom alkohola, za kar mu je bila izrečena globa v višini 9.000 ATS in devet dni zapora v odsotnosti), zaradi česar je bila skupno izrečena globa v višini 22.010 ATS in 20 dni zapora v odsotnosti.

V nadaljevanju se je proti istemu obdolžencu začel še kazenski postopek na deželnem sodišču (Landesgericht), kjer je bil obdolženi 18. marca 1997 po kazenskem zakoniku (Strafgesetzbuch) obsojen zaradi kaznivega dejanja povzročitve smrti pod vplivom alkohola na šest mesecev zapora.

Pritožnik je že pred avstrijskim pritožbenim višjim deželnim sodiščem (Oberlandesgericht) uveljavljal, da je bil dvakrat kaznovan za isto dejanje in da je v njegovem primeru šlo za kršitev pravila *ne bis in idem*, vendar je pritožbeno

³⁸ Oliveira proti Švici, (84/1997/868/1080), točka 24 sodbe. „The injuries had not been a separate element, but an integral part of the conduct by which they had finally been caused.“

sodišče njegovo pritožbo zavrnilo z obrazložitvijo, da je «dvojna kazen» mogoča, saj ima kazenski postopek širši obseg. Ker se je pritožnik v pritožbi skliceval tudi na zadevo Gradinger, o kateri je že presojalo ESČP, je pritožbeno sodišče zavrnilo njegove navedbe z utemeljitvijo, da je v zadevi Gradinger šlo za drugačen procesni položaj, saj je bil obdolženi v tistem primeru obravnavan za prekršek šele po tem, ko je bil v kazenskem postopku že obsojen, medtem ko naj bi bil tokratni primer drugačen, saj je bil Fisher najprej obsojen v postopku o prekršku, pozneje pa še v kazenskem postopku.

Enako stališče je Republika Avstrija zastopala tudi pred ESČP, ki pa se je v tem primeru mnogo odločneje odzvalo in soglasno ugotovilo kršitev načela *ne bis in idem* ter kršitev 4. člena Protokola številka 7 k EKČP in jasno navedlo, da **posameznik ne sme biti niti dvakrat kazensko obravnavan** (torej ne samo obsojen), pri čemer pa ni pomembno, kateri izmed postopkov je tekel prej.³⁹

4.5 Zolotukhin proti Rusiji, februar 2009

*Sodbo Zolotukhin je ESČP sprejelo na podlagi analize mednarodnih instrumentov, v katere je vgrajeno načelo ne bis in idem,*⁴⁰ in je zelo pomembna tako za evropsko kakor tudi za slovensko sodno prakso, saj se je zaradi nje najprej poenotila praksa ESČP, ki jo v svojih nadaljnjih sodbah navaja kot vodilno zadevo (veliki senat ESČP ima precedenčno vlogo) pri razmejevanju med kaznivimi dejanji in prekrški ter prepoznavanju kršitve načela *ne bis in idem*. S to sodbo je ESČP tudi končalo dotedanjo negotovost glede natančnega obsega in vsebine načela *ne bis in idem*. Najverjetneje so tudi slovenska sodišča prav zaradi tako odločnih in natančno zapisanih stališč, ki ne dopuščajo različnih razlag načinov razmejevanja med kaznivimi dejanji in prekrški, sodno prakso ESČP začela uporabljati tudi pri svojem sojenju.⁴¹

V zadevi Zolotukhin je šlo za obravnavo alkoholiziranega ruskega vojaka, ki je bil 4. januarja 2002 sprva odpeljan na policijsko postajo, ker je predhodno brez dovoljenja na območje varovanega vojaškega kompleksa pripeljal svoje dekle. Najprej so ga odpeljali v Urad za potne liste, kjer je vpil in verbalno žalil uslužbenko navedenega urada in tudi vodjo oddelka, ki ga je potisnil in ignoriral njegove opomine in opozorila, zaradi česar so ga vklenili. Hkrati je žalil tudi policiste. Nato je bil odpeljan h komandirju, kjer je s svojim drznim vedenjem nadaljeval, saj je žalil tudi komandirja policijske postaje in mu verbalno grozil, da ga bo ubil (ker je zoper njega uvedel prekrškovni postopek), kakor tudi s fizičnim nasiljem, pri čemer je skušal še pobegniti.

39 The Court observes that the wording of Article 4 of Protocol No. 7 does not refer to "the same offence" but rather to trial and punishment "again" for an offence for which the applicant has already been finally acquitted or convicted. The question whether or not the non bis in idem principle is violated concerns the relationship between the two offences at issue and can, therefore, **not depend on the order in which the respective proceedings are conducted**. 25. točka obrazložitve navedene sodbe.

40 U-I-24/10 z dne 19. 4. 2012.

41 U-I-24/10-19.4.2012, IV Ips 17/2011 z dne 31. 3. 2011, VSL II Kp 36893/2012- 13.3.2014, I Ips 31/2015-19.5.2015, II Kp 12224/2012 z dne 17. 5. 2012.

Zaradi takšnega vedenja se je proti vojaku še isti dan začel prekrškovni postopek na okrožnem sodišču,⁴² v katerem je bil Zolotukhin zaradi izrečenih žalitev in kršitve javnega reda in miru po prekrškovnem zakonu⁴³ obsojen s sankcijo tridnevnega pridržanja.⁴⁴ Proti odločitvi sodišča pritožba ni bila mogoča in se je kazen izvršila takoj.

Čez tri tedne, natančneje 23. januarja 2002, so Zolotukhinu v kazenskem postopku očitali tudi storitev treh kaznivih dejanj, in sicer:

1. nedostojnega in drznega vedenja ter upiranja;
2. žalitve uradne osebe – komandirja in
3. grožnje z uporabo fizične sile.

Za prvo očitano dejanje je že rusko sodišče postopek ustavilo, saj naj dejanje ne bi imelo znakov kaznivega dejanja, medtem ko je bil Zolotukhin za drugo in tretje očitano dejanje spoznan za krivega in obsojen.

Po predložitvi zadeve pred ESČP je to v tem primeru **soglasno** odločilo, da je bil v postopkih pred ruskim sodiščem kršen 4. člen Protokola št. 7 k EKČP. Sodišče je jasno izrazilo, da je treba postopek, ki je bil najprej začel, kljub temu, da je po ruskem pravnem redu prekrškovni postopek, **zaradi narave dejanja in teže kazni šteti kot kazenskega**.

V svoji obrazložitvi⁴⁵ je dodatno poudarilo, da različni pristopi pri presojanju (misleč na lastno sodno prakso), ali gre za kazensko ali prekrškovno zadevo, ogrožajo pravno varnost, zato je izredno jasno odločilo in pojasnilo, da pomeni **pojmem istega kaznivega dejanja**, s katerim presoja pomen 4. člena Protokola št. 7 k EKČP, **dejanje, pri katerem vse konkretne okoliščine obravnavajo istega storilca, so medsebojno časovno in prostorsko neločljivo povezane**, iz česar izvira **pravica posameznika, da ni niti dvakrat kazensko preganjan**, in ne samo dvakrat kaznovan ali obsojen. V navedeni sodbi je ESČP zavzelo stališče, da je temeljna pravica vsakogar, da **ne sme biti dvakrat (bis) preganjan za isto (idem) dejanje**. **Navedeno pomeni, da EKČP ščiti posameznika pred ponovnim postopkom za isto prepovedano ravnanje, in torej ne samo pred drugo obsodilno ali oprostilno sodbo**.

S takšno utemeljitvijo je ESČP bistveno razširilo obseg pravic in prepovedi, ki jih določata Ustava RS in kazensko prekrškovna zakonodaja v slovenskem pravnem redu. Zato je pomembno spoštovati dejstvo, da je vsaka država članica zavezana in odgovorna spoštovati določila EKČP. Če svojih obveznosti ne izpolni, navedeno presoja ESČP.

42 Gribanovskiy District Court.

43 Code of Administrative Offences, article 158.

44 Three days administrative detention.

45 78. točka: The Court considers **that the existence of a variety of approaches** to ascertaining whether the offence for which an applicant has been prosecuted is indeed the same as the one of which he or she was already finally convicted or acquitted engenders legal uncertainty incompatible with a fundamental right, namely the right not to be prosecuted twice for the same offence.

Tolmačenje pomena 4. člena Protokola številka 7 k EKČP po razlagi ESČP je tako mogoče strniti v štiri pravice, in sicer da:

- ni nihče dvakrat kaznovan,
- ni nihče dvakrat obravnavan,
- ni nihče dvakrat kazensko preiganjan,
- se posamezniku ne sodi dvakrat, **četudi** v postopku ni prišlo do obsodbe.

Po sodbi Zolotukhin je jasno, da gre pri presojanju načela *ne bis in idem* **tudi za prepoved dvakratnega obravnavanja za istovrstno prepovedano kaznivo ravnanje**, ki izvira iz istih ali bistveno istih okoliščin/dejstev, in ne samo za prepoved dvakratnega sojenja.

Temu stališču je sledilo tudi Ustavno sodišče RS, ki je v eni izmed sodb⁴⁶ navedlo, da je potrebno 31. člen Ustave razlagati tako, «*da mora biti zagotovljeno jamstvo načela ne bis in idem tudi, kadar je zoper posameznika še pred uvedbo kazenskega postopka že tekel prekrškovni postopek in je bil tudi pravnomočno končan, če narava dejanja in teža predpisane sankcije za prekršek kažeta na to, da šlo v resnici za kaznivo ravnanje, ki ima naravo »kaznivega dejanja«*, iz opisa prekrška pa je razvidno, da je temeljil na istem historičnem dogodku».⁴⁷

4.6 Maresti proti Hrvaški, junij 2009

Slovenija v zvezi z napačnim presojanjem razmejevanja med kaznivim dejanjem in prekrškom ali s tem v zvezi zaradi morebitne kršitve načela *ne bis in idem* pred ESČP še ni bila obravnavana. Je pa morda prav po prvi tovrstni sodbi ESČP proti Republiki Hrvaški,⁴⁸ katere kazensko in prekrškovno pravo izvira iz istega sistema kaznovalnega prava, pri obravnavi storilcev posameznih kaznivih ravnanj tudi v slovenskem pravnem prostoru prišlo do zavedanja, da je treba pri presoji posameznega dejanja skrbno preveriti, ali gre za podvajanje postopkov in istovrstno prepovedano ravnanje ter kakšen cilj se želi doseči.

Tako je mogoče po pregledu slovenske sodne prakse⁴⁹ ugotoviti, da je pri razmejevanju med kaznivim dejanjem in prekrškom začela upoštevati enaka merila, ki jih je v svojih sodbah določilo ESČP, prav po letu 2009, torej po sodbi Maresti proti Hrvaški.

Armando Maresti je leta 2005 na avtobusni postaji v Pazinu v večernih urah alkoholiziran najprej verbalno nato pa še fizično (z nekaj udarci v glavo, po nogah in nato po celotnem telesu) napadel tamkajšnjega mimoidočega, zaradi česar je bil pozneje obravnavan tako v prekrškovnem kakor tudi v kazenskem postopku, in sicer zaradi očitka kršitve javnega reda in miru in udarjanja.

46 U-I-24/10 - 19.4.2012.

47 Prav tam.

48 Maresti proti Hrvaški, št. 55759/07 z dne 25. 6. 2009.

49 U-I-24/10 - 19.4.2012, IV Ips 17/2011 z dne 31. 3. 2011, VSL II Kp 36893/2012 z dne 13. 3. 2014, I Ips 31/2015 z dne 19. 5. 2015, II Kp 12224/2012 z dne 17. 5. 2012.

Maresti je bil tako najprej obsojen v prekrškovnem postopku z zaporno kaznijo, pozneje pa še v kazenskem postopku zaradi kaznivega dejanja grožnje s smrtjo in hude telesne poškodbe, zaradi česar mu je bila tudi v kazenskem postopku izrečena zaporna kazen in varnostni ukrep zdravljenja, pri čemer je bila sankcija iz prekrškovnega postopka všteta v kazen, izrečeno v kazenskem postopku.

ESČP je pri presoji navedenega primera opozorilo na več dejstev.

Najprej je opozorilo na sistemsko napako v hrvaškem pravnem redu, in sicer na kvalitativni ravni, saj je bilo po presoji Sodišča do takrat v hrvaškem pravnem redu skoraj nemogoče razlikovati med prekrški in kaznivimi dejanji. Po mnenju Sodišča namreč ni bilo mogoče določiti, **po čem** se prekrški razlikujejo od kaznivih dejanj, saj imajo tako odvrtačni kakor tudi kaznovalni namen.

V nadaljevanju navedene sodbe je ESČP ugotovilo, da je kljub temu, da je bila v kazenskem postopku pred hrvaškimi sodišči všteta sankcija iz prekrškovnega postopka, šlo za kršitev načela *ne bis in idem*, saj je šlo v navedenem primeru za identično stanje in isto ravnanje istega storilca, pri **čemer sta bila opisana dejanja in očitanih ravnanj v obeh postopkih identična, saj sta izhajala iz istega policijskega poročila**. Tako je opis dejanja prekrška vseboval tudi celotni opis pozneje obravnavanega kaznivega dejanja (torej tudi udarjanje s pestmi v glavo in brcanje), zaradi česar je bil Maresti po mnenju ESČP dvakrat obravnavan za istovrstno prepovedano ravnanje, zato je ugotovilo kršitev določil EKČP in posledično kršitev načela *ne bis in idem*. Problem, ki se je v navedenih postopkih odražal, je ESČP videlo v dejstvu, da bi prav zaradi nastopa posledice za zaščitene subjekte in objekte lahko zaradi napačnega opisa dejanja uporaba načela *ne bis in idem* škodila pravicam oškodovancev v kazenskem postopku, saj sta opisana za prekršek in kaznivo dejanje identična, vključno s posledico, ki pa ni element prekrška. Če je na takšni podlagi in opisu posameznega prepovedanega kaznivega ravnanja izdana pravnomočna sodba v postopku o prekršku, je po mnenju ESČP obdolženi že kaznovan za opisano ravnanje ne glede na to, da je dodana posledica, ki ni element postopka o prekršku in samega prekrška, saj je konstitutivni element kaznivega dejanja, zaradi česar se lahko v praksi primeri, da ni več mogoče vložiti obtožnega akta.⁵⁰

Da bi se izognili navedenim primerom, je zelo pomembno, da poznamo in analiziramo posledice kaznivega dejanja/prekrška zaradi preprečitve dvakratnega obravnavanja/sojenja kaznovanja posameznika, saj je prav posledica dejanja v večini primerov tista, ki razlikuje zakonski opis prekrška od opisa kaznivega dejanja.

4.7 Tomasovič proti Hrvaški, 2011

Kljub temu, da so na Hrvaškem z vso resnostjo pristopili k analizi sodbe Maresti in tudi rešitvi problema, kar kažejo številni strokovni članki profesorjev, sodnikov in drugih pravnih strokovnjakov, ki sodelujejo v kazenskih in prekrškovnih postopkih, je

50 Enako stališče izhaja iz ĐURAS. Ivanka, Dvostrukost u kaznenom i prekršajnom postupku, Polic. sigur. (Zagreb), 2016, št. 3, str. 217–228.

Republika Hrvaška kmalu po sodbi Maresti prejela še eno sodbo ESČP,⁵¹ s katero je bila v postopku pred hrvaškimi sodišči ugotovljena kršitev načela *ne bis in idem*.

V navedenem primeru je bila obdolžena/pritožnica leta 2006 (po obdolžilnem predlogu, vložnem leta 2004) na prekrškovnem sodišču v Splitu spoznana za odgovorno storitve prekrška posedovanja droge, in sicer 0,21 grama heroina.

V letu 2005 je okrajno državno tožilstvo v Splitu (Opčinsko državno odvjetništvo) zoper isto obdolženo na okrajno sodišče v Splitu (Opčinski sud u Splitu) vložilo tudi obtožni predlog zaradi kaznivega dejanja posedovanja droge, zaradi česar je bila obdolžena leta 2007 spoznana za krivo, z razliko, da se ji je v kazenskem postopku očitalo, da je isti dan ob istem času kakor v prekrškovnem postopku posedovala le 0,14 grama heroina, zaradi česar ji je bila izrečena denarna kazen v višini 1.526 HRK (hrvaških kun). Pritožbeno sodišče (Županijski sud) je izrečeno kazen spremenilo v pogojno obsodbo štirih mesecev zapora, če obdolžena v roku enega leta ne bo storila novega kaznivega dejanja.

Pritožnica je v okviru hrvaškega sodnega sistema izkoristila vsa pravna sredstva, vključno s podajo presoje na ustavno sodišče, vendar tudi tam ni bila uspešna, saj je Ustavno sodišče Republike Hrvaške zavzelo stališče, da hrvaški pravni sistem dovoljuje dvakratno obravnavo, če neko dejanje vsebuje tako prekršek kakor tudi kaznivo dejanje, ker sankcija v postopku o prekršku ni kazenskopravna.

Pritožnica se z utemeljitvami hrvaških sodišč ni strinjala in je pred ESČP trdila, da je bila za isto dejanje dvakrat kaznovana.

Vlada Republike Hrvaške je v postopku pred ESČP trdila, da sankcija, izrečena v prekrškovnem postopku, po svoji naravi ni kazenskopravna, saj je bila sprejeta v okviru prekrškovnega postopka, pri čemer je tudi očitano dejanje v domačem pravu opredeljeno kot prekršek. To je dodatno utemeljila z navedbo, da je cilj države v prekrškovnem postopku drugačen od njenega cilja v kazenskem postopku. Namen prekrškovnega zakona (Zakona o suzbijanju zlorabe opojnih drog) naj bi bil preprečevanje gojenja opojne droge in kot tak pomeni preventivo v preprečevanju odvisnosti od opojnih drog v delu državnega sistema pomoči odvisnikom. Glede višine kazni/globe pa je Republika Hrvaška zatrjevala, da je bila pritožnici izrečena le globa v višini 1.700 HRK, pri čemer kazen zapora v zakonu ni predvidena in je zato niti ne bi bilo mogoče izreči.

ESČP v svoji presoji ni bilo enakega mnenja. Ponovilo je svoje argumente iz predhodno izdanih sodb, in sicer, da **pravna karakterizacija postopka v okviru nacionalnega prava posamezne države ne more biti edino merilo** za presojo kršitve načela *ne bis in idem* iz 4. člena Protokola št. 7 k EKČP (to je podkrepilo še s primerom Storbraten proti Norveški (dec.), št. 12277/04) in poudarilo spoštovanje meril Engel, ki so se v večletni sodni praksi sodišča utrdila in ki jih je pri presoji, ali gre za obtožbo za kaznivo dejanje, treba skrbno upoštevati.

Tudi glede višine globe ESČP ni bilo enakega mnenja kakor Republika Hrvaška, saj je navedlo, da je globa, ki bi bila lahko izrečena pritožnici, določena v razponu od

51 Tomasovič v. Croatia, številka 53785/09 z dne 18. 10. 2011, Final 18. 1. 2012.

5.000,00 do 20.000,00 HRK, zaradi česar se po mnenju sodišča za takšno globo ne more šteti, da je neznatna. V pojasnilo in opozorilo pa je posebej navedlo, da sta bila oba postopka vodena na podlagi istega policijskega zapisnika. Po mnenju sodišča je šlo že v prekrškovnem postopku zaradi narave dejanja in drugih zgoraj navedenih okoliščin za kaznivo dejanje in torej za kršitev načela *ne bis in idem* iz člena 4. Protokola št. 7 k EKČP. Pri presoji, ali je šlo tudi v tej zadevi za *idem*, torej ali sta bili dejanji, zaradi katerih je bil zoper pritožnico sprožen kazenski pregon, isti, pa se je sklicevalo na sodbo Zolotukhin in njena merila. Tako je tudi v tem postopku ESČP izpostavilo in zavzelo stališče, da je treba 4. člen Protokola št. 7 k EKČP razumeti na način, **da prepoveduje kazenski pregon ali sojenje za drugo dejanje, kadar to izhaja iz istih dejstev ali dejstev, ki so v bistvenem ista.**⁵²

Kar ostro pa se je ESČP opredelilo do stališča Ustavnega sodišča Republike Hrvaške, ko je v 31. točki obrazložitve sodbe zapisalo, da je s takšnim stališčem država (domestic authorities) dovolila podvajanje kazenskega postopka kljub **vedenju**, da obstaja predhodna sodba, izrečena pritožnici za isto dejanje.⁵³

Tudi v tej zadevi je ESČP posebej opozorilo, da sta oba postopka potekala na podlagi istega policijskega zapisnika (policijski zapisnik je bil vložen v spis v prekrškovnem postopku in je bil enak pozneje predložen še v kazenskem postopku).⁵⁴

Po tej odločitvi so se tudi tisti hrvaški pravni strokovnjaki, ki predhodno niso soglašali z odločitvijo ESČP v zadevi Maresti, strinjali, da je šlo za napako Republike Hrvaške, saj so bili v zadevi Tomasovič v obeh postopkih že zakonski znaki prekrška in kaznivega dejanja identični, medtem ko je obsodba v zadevi Maresti temeljila na istih dejstvih, zakonska opisa obeh ravnanj pa sta bila različna.

4.8 Drugi pomembnejši primeri

Vsem primerom, ki jih je ESČP obravnavalo po izdani sodbi Zolotukhin in se nanašajo na presojo kršitve načela *ne bis in idem*, je skupno, da so argumenti Sodišča enaki in merila za razmejevanje med prekrški in kaznivimi dejanji poenotena. Tako je Sodišče ugotovilo kršitev načela *ne bis in idem* in tudi EKČP v naslednjih sodbah:

1. **Tsonyo Tsonev proti Bolgariji**, 2010. Postopek je zanimiv, ker je pritožniku v prvem postopku župan izrekel globo zaradi kršitev javnega reda in miru, pozneje pa še sodišče, pa je ESČP kljub temu presodilo, da je **ne glede na vrsto organa**, ki je odločitev sprejel (tudi če to ni sodišče), treba upoštevati naravo dejanja samo po sebi (torej ali ima kazensko pravno naravo) in težo sankcije.

52 82. točka obrazložitve Zolotukhin, ki jo je ESČP na tem mestu ponovilo: »Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second »offence« in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same.«

53 31. točka obrazložitve: In these circumstances, the Court find that the domestic authorities permitted the duplication of criminal proceedings in **the full knowledge** of the applicant's previous conviction for the same offence.

54 30. točka obrazložitve:«The **police report** upon which the minor-offences proceedings were instituted was included in the case file. These circumstances shows **that both sets of proceedings were instituted on the basis of the police report.**«

2. **Zaichenko proti Rusiji**, 2010. Sodba je zanimiva zaradi zagotovitve kavtel kazenskega prava morebitnemu osumljencu, ki je bil na cesti pozvan, da poda izjavo brez obvestila o razlogu za sum in brez ustreznega pravnega pouka, da se lahko izjava pozneje uporabi proti njemu.
3. Podobno je sodišče presojalo v **zadevi Brusco proti Franciji**, 2010, kjer je pritožnika ustavila policija in ga odpeljala v policijsko pridržanje. V postopku je bil zaslišan kot priča z dolžnostjo govoriti resnico.⁵⁵ Ob koncu pridržanja je bila proti njemu sprožena preiskava zaradi pomoči in sodelovanja pri umoru, zaradi česar je ostal v pridržanju kot osumljeni. ESČP je v tej sodbi poudarilo, da je v postopku pomembno zagotoviti pravico do molka in privilegij zoper samoobtožbo, kar sta splošno sprejeti mednarodni načeli in je temelj vsakega poštenega postopka.⁵⁶
4. Sodbi ESČP **Muslija proti Bosni in Hercegovini**, 2014 in **Milenkovič proti Srbiji**, 2016 sta znova posegli v podobni kazensko pravni sistem, kot ga imamo v Sloveniji, zaradi česar bi jima veljalo pri branju nameniti še posebno pozornost.

4.9 Opozorila ESČP, ki so skupna vsem sodbam, izdanim po letu 2009

1. **Umestitev dejanja in** postopka po nacionalnem pravu ne more biti edino relevantno merilo, ali gre v nekem postopku za kaznivo dejanje ali prekršek,
2. Kadar sta oba postopka sprožena **na podlagi istega** policijskega zapisnika, gre za kršitev načela ***ne bis in idem***.
3. Kadar gre **za isto stvar**, isti **dogodek**, isti **opis dejanja**, ni pomembno, ali so deli obtožbe v kazenskem postopku dodani ali odvzeti, gre za kršitev načela ***ne bis in idem***.
4. Četudi sta zakonska opisa prekrška in kaznivega dejanja različna **in gre v bistvu** za ista dejstva, gre za kršitev načela ***ne bis in idem***.
5. Narava dejanja in teža kazni privedeta do odločitve, da tudi prekršek spada v sfero kazenskega postopka.
6. Kadar gre v obeh postopkih za **namen kaznovanja in odvracanja**, gre za kršitev načela ***ne bis in idem***.
7. Izrek denarne kazni ne izključuje njegove **kazenske** narave.

5. SODIŠČE EU

Od začetka veljavnosti Lizbonske pogodbe nastaja več dilem o razmerju med Listino EU o temeljnih pravicah in EKČP.

Sodišče EU je v zadevi **Akerberg Fransson**, 2013 orisalo nasprotje med obema dokumentoma v zvezi s presojo, ali gre tudi na področju davkov za obveznost upoštevanja oziroma za kršitev načela ***ne bis in idem***, če se vodita tako davčni kakor tudi kazenski oziroma prekrškovni postopek.

55 He was made to swear to tell the truth, the whole truth and nothing but the truth. ECHR case summary *Brusco v France* (14/10/2010). <<http://www.legalaidreform.org/european-court-of-human-rights>>. 10. 11. 2017 ob 10.11.

56 In this case the Court stress the importance of the right to remain silent and the right not to incriminate oneself, which are generally accepted international legal principles at the heart of the notion of a fair trial. Prav tam.

V navedenem primeru se je Sodišče v okviru predhodnega vprašanja, ki ga je zastavilo švedsko sodišče, med drugim ukvarjalo z vprašanjem, ali in v kakšnih primerih ima davčna sankcija kazenskopravno naravo in na kak način je ob upoštevanju 50. člena Listine EU treba razlagati načelo *ne bis in idem*.

Švedski davčni organ je namreč sankcioniral ribiča, ki ni oddal pravih davčnih napovedi. Tako mu je v letu 2007 naložilo plačilo globe v skupni višini približno 13.000,00 EUR. Na isti podlagi je bil zoper istega ribiča v letu 2009 sprožen še kazenski postopek zaradi kaznivega dejanja navajanja neresničnih podatkov, pri čemer je obtožnica vsebovala kvalificirano obliko davčne zatajitve, prav tako pa so bili v kazenskem postopku navedeni isti zakonski znaki.

Sodišče je naprej presojalo, ali je sploh pristojno presojati v navedeni zadevi. Ko je ugotovilo svojo pristojnost, je ob zastavljenem vprašanju Švedske uporabilo merila Engel in odločilo, da je za presojo kazenskopravne narave davčnih sankcij treba upoštevati:

1. pravno opredelitev kršitve v nacionalnem pravu,
2. naravo kršitev,
3. vrsto in težo sankcije, ki se lahko izreče kršitelju.

V konkretnem primeru je Sodišče EU ugotovilo, da sta bili z dejanji ribiča storjeni dvakratni oškodovanji, in sicer oškodovanje državnega proračuna Švedske (v okviru dohodnine) in tudi proračuna EU (v okviru DDV).

Tako je presodilo, da 50. člen listine ne nasprotuje temu, da država članica za ista dejanja nespoštovanja obveznosti prijavljanja podatkov v zvezi z DDV naloži kombinacijo davčnih in kazenskih sankcij. Pri tem pa so lahko sankcije kazenske, upravne ali njihove kombinacije.

Za kršitev načela *ne bis in idem* in 50. člena listine gre **le takrat, kadar je davčna sankcija kazenskopravna in je pravnomočna**. 50. člen listine namreč nasprotuje dejstvu, da se zaradi istih dejanj proti isti osebi večkrat sproži kazenski pregon.

Sodišče EU je tako v navedeni zadevi odločilo, da lahko država članica za ista dejanja nespoštovanja davčnih obveznosti prijavljanja podatkov v zvezi z DDV zaporedno naloži davčno in kazensko sankcijo, **vendar le, če davčna sankcija ni kazenskopravne narave**, kar je vsakokrat znova dolžno preveriti nacionalno sodišče posamezne države članice.

6. SLOVENSKA SODNA PRAKSA

Pri obravnavi prekrškov in kaznivih dejanj sodniki še vedno opažamo podvajanje obeh postopkov, pri čemer se načelo iz 11. a člena ZP-1 v praksi in v delu, ki se nanaša na dolžnost obveščanja obstoja kazenskega postopka ali začetka njegovega teka, sodišču, ki obravnava postopek o prekršku, ne spoštuje.

Organi pregona več kot očitno vlagajo istočasno ali z manjšim časovnim zamikom obdolžilne predloge in obtožne akte zaradi zagotove obsodbe posameznika pred sodiščem.

Najbolj problematično se navedeno izraža pri prometnih nesrečah, povzročenih pod vplivom alkohola, kjer praviloma začneta hkrati teči oba postopka, vse zaradi izločitve nevarnega voznika iz cestnega prometa.

Kadar se šele po vložitvi obdolžilnega predloga izkaže tudi težka telesna poškodba, so tovrstni postopki razumljivi, saj jih predhodno zaradi objektivnih okoliščin ni bilo mogoče preprečiti. Zagotovo pa ni sprejemljivo, da se v primeru prometne nesreče s smrtnim izidom zgodi, da se zoper voznika, ki je vozil pod vplivom alkohola, vložijo tako obdolžilni predlog zaradi predloga za začasni odvzem vozniškega dovoljenja, pozneje pa še obtožni akt, ki vsebuje prav tako vse elemente očitanega prekrška. Glede na 137. člen ZKP, ki predvideva način postopanja in možnost začasnega odvzema vozniškega dovoljenja še pred začetkom kazenskega postopka, je nesprejemljivo, da se kljub obstoju navedenega instrumenta v kazenskem postopku sproži še postopek o prekršku. 137. člen ZKP namreč jasno določa, da lahko pri kaznivih dejanjih zoper varnost cestnega prometa sodišče na obrazloženi predlog tožilca odredi začasni odvzem vozniškega dovoljenja na način, da policija v treh dneh poda predlog tožilstvu, to pa v nadaljnjih osmih dneh poda tak predlog sodišču. V navedeni določbi je prav tako dana možnost vrnitve začasno odvzetega vozniškega dovoljenja, zaradi česar navedeni instrument znotraj kazenskega in že predkazenskega postopka omogoča ukrep z istim učinkom, kot ga določata 113. a in 113. b člen ZP-1, pri čemer je morebitna vrnitev začasno odvzetega vozniškega dovoljenja celo lažje izvedljiva, saj ZKP za vrnitev vozniškega dovoljenja kot obveznega pogoja ne zahteva opravljenega kontrolnega zdravstvenega pregleda, kot je to določeno v ZP-1. Pomembno je, da država zoper posameznika uvede samo en postopek.

Z uvedbo samo enega izmed postopkov se zagotavlja raven varstva pravic, kakor izhajajo tudi iz sodb ESČP. Dosledno upoštevanje sodne prakse ESČP in EKČP je še toliko pomembnejše, kadar EKČP skupaj z njeno razlago v sodbah Sodišča zagotavlja višjo raven pravic kot Ustava RS.

Dolžnost spoštovanja in upoštevanja sodne prakse ESČP je v zadevi II Kp 12224/2012 z dne 17. 5. 2012 izrazilo tudi Višje sodišče v Mariboru, ki je pri obravnavi in primerjavi opisa kaznivega dejanja prepovedanega prehoda čez državno mejo in opisa prekrška, za katerega so bili obdolženi v predhodnem prekrškovnem postopku že obsojeni, navedlo, da se opis kaznivega dejanja od opisa prekrška sicer razlikuje v tem, da so v opisu kaznivega dejanja navedeni priimki tujcev in natančneje opisane vloge in ravnanja vseh treh obdolženih, pri čemer je še dodano, da so tako ravnali zaradi neugotovljenega plačila, pa vendar je odločilo, *»da je prepovedanost ravnanja v obeh primerih spravljanje tujcev čez mejo, pri tem pa je bil njihov prehod meje ilegalen oziroma nedovoljen«*.

Tako je po pregledu zgoraj navedene prakse ustavnega sodišča, vrhovnega sodišča, višjih sodišč in tudi prvostopenjskih sodišč mogoče zaznati, da sodna praksa ESČP

vpliva na odločitve sodišč v Republiki Sloveniji in jo ta tudi upoštevajo. Navedenega pa žal še ni mogoče reči za vse postopke, ki jih predlagajo prekrškovni organ in tožilstvo, kar se najverjetneje dogaja zaradi pomanjkanja komunikacije med vsemi deležniki, ki posamezna dejanja obravnavajo.

7. POMEN NAČELA *NE BIS IN IDEM*

Pomen načela *ne bis in idem* je, da se prepoveduje ne samo sojenje, temveč **tudi že dvakratna obravnava za istovrstno prepovedano ravnanje** proti istemu storilcu. Pri tem je v konkretnem primeru:

- »1. *treba presoditi, ali se zadeva nanaša na idem (Zolotoukhin), torej ali izhaja iz istih ali bistveno istih dejstev, zaradi česar se mora sodišče pri ugotavljanju teh okoliščin osredotočiti na dejstva, ki predstavljajo skupek konkretnih okoliščin, ki se nanašajo na istega obdolženega in so med seboj nerazdelno povezane v kraju, času in prostoru ter obstoj katerih je treba dokazati v postopku;*
2. *pri presoji ali se zadeva nanaša na bis upoštevati in preizkusiti ali se osebi za isto dejanje dvakrat sodi*«. ⁵⁷

Pri navedenem načelu ne gre samo za dejstvo, da navedena oseba ne sme biti za isto stvar dvakrat obsojena (*nemo debet bis puniri pro uno delicto*), temveč za to, da se za isto stvar z istimi dejstvi te osebe ne sme niti dvakrat obravnavati (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*). ⁵⁸

8. PREDLOGI ZA PREPREČITEV DVAKRATNE OBRAVNAVE POSAMEZNEGA STORILCA

Da bi se izognili zgoraj navedenim situacijam bi bilo treba:

1. Zagotoviti dobro, tekočo in dosledno komunikacijo med prekrškovnimi organi in tožilstvom ter sodiščem glede obveščanja o obstoju enega ali drugega postopka **še pred morebitno podajo** predloga za drugi postopek in **tudi po vložitvi** oziroma **končanju** enega izmed postopkov. ⁵⁹
2. Določiti **navodila postopanja pristojnih organov** (v katerih primerih je treba vložiti obdolžilni predlog in v katerih kazensko ovadbo ter pozneje obtožni akt).
3. **Preprečevati že dvakratno obravnavanje**, in ne samo dvakratnega kaznovanja storilca za istovrstno prepovedano kaznivo ravnanje.
4. V primerih prometnih nesreč, v katerih pride do težjih telesnih poškodb ali smrti, za začasni odvzem vozniškega dovoljenja uporabljati 137. člen ZKP, saj je namen tega določila (iz javnega prometa takoj izločiti nevarnega voznika) enak

⁵⁷ Iz članka: MEDVED LADINEK, str. 108, 109.

⁵⁸ Povzeto po Dragan Novosel, Marko Rašo, Zoran Burić; strokovne analize sodbe ESČP v zadevi Maresti proti Hrvaški: «Razgraničenje kaznenih djela i prekršaja u svjetlu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske, str. 787, zbornik Pravne fakultete v Zagrebu, 3-4/2012, str. 819–822, in knjige Hrvatski ljetopis za kazneno pravo in praksu (Zagreb), vol. 17, broj 2/2012.

⁵⁹ 18. 4. 2017 sta generalni direktor policije in generalni državni tožilec podpisala sporazum o izmenjavi podatkov med policijo in tožilstvom.

namenu ukrepa začasnega odvzema vozniškega dovoljenja v prekrškovnem postopku iz 113. a in 113. b člena ZP-1.⁶⁰

5. Obveščati sodišča o teku kazenskega ali prekrškovnega postopka in tako dosledno spoštovati veljavno zakonodajo, še posebej četrti odstavek 11. a člena ZP-1.⁶¹
6. Posebno pozornost nameniti **opisu dejanja** (torej ali gre **za idem factum in idem delictum**), pri čemer opisa dejanja v obdolžilnem predlogu in kazenski ovadbi za kaznivo dejanje, v obeh postopkih, ne smeta biti identična (kar se v praksi dogaja). Po stališču ESČP se, kadar je že izdana pravnomočna sodba v postopku o prekršku, šteje, da je obdolženi že kaznovan za opisano ravnanje ne glede na to, da je dodana posledica, ki ni element postopka o prekršku in samega prekrška, zaradi česar ni več mogoče vložiti obtožnega predloga oziroma obtožnice.⁶² Zaradi navedenega pa se lahko zgodi, da je storilec kaznovan z blažjo sankcijo, sklicujoč se na že pravnomočno sodbo v prekrškovnem postopku.⁶³

9. SKLEP

»Načelo ne bis in idem ne prepoveduje samo ponovnega sojenja za kazniva dejanja, temveč se nanaša tudi na primere, kadar so z istim historičnim dogodkom izpolnjeni tako znaki prekrška kot tudi kaznivega dejanja. Prepoved se ne nanaša zgolj na konkretno pravno kvalifikacijo nekega dejanja, temveč na določen historični dogodek oziroma življenjski primer. Namen določbe 31. člena Ustave RS je v zagotavljanju pravne varnosti in pravnega miru na način, da se posameznika zaščiti pred večkratnim kazenskopravnim obravnavanjem konkretiziranega in individualiziranega življenjskega dogodka.«⁶⁴

Prekršovnomu organu ne sme biti prepuščeno, da se sam odloči, katerega izmed postopkov bo sprožil zoper posameznika (prekrškovnega ali kazenskega).⁶⁵ Nedopustno bi bilo, da so pravice posameznika v postopku o prekršku manj varovane in spoštovane kakor v kazenskem postopku samo zato, ker gre pri prekrških večinoma za lažje prepovedano kaznivo ravnanje.

»Če sodišča niso obveščena, da tečeta oba postopka, lahko hitro pride do kršitve pravila ne bis in idem, zaradi česar obstoji tveganje, da bo tudi Slovenija obsojena pred ESČP, v kolikor se že veljavna določila zakona, evropskih konvencij in odločb ESČP ter US RS (pri odločanju, katerega izmed postopkov začeti), ne bodo spoštovala. Iz zgoraj navedene sodna prakse je

60 Komentar ZKP, GV Ljubljana 2004, str. 290, in Ips 223/98 z dne 12. 11. 1998 ter VII Kp 40100/2015 z dne 26. 1. 2016.

61 Določa, da mora državni tožilec v zadevi, ki vpliva na vodenje postopka o prekršku, če je bil začel ali končan kazenski postopek, pa tudi o pravnomočni odločitvi sodišča **brez odlašanja obvestiti** za obravnavanje prekrška pristojni prekrškovni organ oziroma sodišče.

62 Enako izhaja iz ĐURAS, Ivana: Dvostrukost u kaznenom i prekršajnom postupku, Polic. sigur. (Zagreb), leto 25 (2016), št. 3, str. 217–228.

63 Iz članka MEDVED LADINEK, str. 3.

64 I Ips 6258/2010-109 z dne 12. 3. 2015.

65 Kakor je bilo to mogoče do odločitve ustavnega sodišča v zadevi U-I-88/07 z dne 8. 1. 2009, npr. ob uporabi KZ in ZObr.

mogoče skleniti, da storilec za posamezno kaznivo ravnanje, ki izvira iz istega historičnega dogodka z istimi ali bistveno istimi dejstvi, ne sme biti niti dvakrat obravnavan, ne samo dvakrat obsojen».⁶⁶ »Država se mora tako vnaprej odločiti, katerega izmed postopkov bo sprožila pred sodiščem, saj gre v nasprotnem za kršitev pravil poštenega postopka, kršitev načela ne bis in idem, kakor nenazadnje tudi za zlorabo državnega aparata zoper posameznika.⁶⁷

10. SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

10.1 Knjige in članki

- Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič: Kazensko pravo-splošni del, Uradni list RS, Ljubljana 2013.
- Derenčinović, Gulišija, Dragičević, Prtenjača: Novosti u materijalnopravnim odredbama prekršajnog zakona, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol 20, 2013, št. 2, str. 751–777.
- Đuras, Ivana: Dvostrukost u kaznenom i prekršajnom postupku, Polic. sigur. (Zagreb), Godina 25 (2016), številka 3.
- Karas, Ivičević in Kos: Primjena načela ne bis in idem u hrvatskom kaznenom pravu, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu 2/2012.
- Maresti protiv Hrvatske, strokovni članek, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo in praksu (Zagreb), vol.17, številka 2/2010.
- Medved Ladinek, Mojca. Kaznivo dejanje ali prekršek. Zbornik 12. dnevi prekrškovnega prava, GV založba, maj 2017.
- Novosel, Dragan, Rašo, Marko, Burić, Zoran: Razgraničenje kaznenih djela i prekršaja u svjetlu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske, Zbornik Pravne fakultete v Zagrebu, 3-4/2012, str.787.
- Praktični vodnik po merilih dopustnosti, European court of human rights, Svet Evrope, december 2011.
- Sudre, F.: Droit europeen et international des droits de l'homme, Presses Universitaires de France, Paris, 2011.

66 Iz članka MEDVED LADINEK, str. 111; Enako Sudre, F.: Droit europeen et international des droits de l'homme, Presses Universitaires de France, Paris, 2011 in Zolotukhin proti Rusiji, številka 14939/03 z dne 10. 2. 2009, in Karas, Ivičević in Kos: Primjena načela ne bis in idem u hrvatskom kaznenom pravu, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu 2/2012.

67 Iz članka MEDVED LADINEK, str. 111.

10.2 Sodbe⁶⁸

10.2.1 Evropsko sodišče za človekove pravice in sodišče EU

- Engel in drugi proti Nizozemski, A št. 22 z dne 8. 6. 1976.
- Gradinger proti Avstriji, serija A, št. 328-C z dne 23. 10. 1995.
- Oliveira proti Švici, št. 84/1997/868/1080 z dne 30. 7. 1998.
- Fisher proti Avstriji. št. 37950/97 z dne 29. 5. 2001.
- Maresti proti Hrvaški, št. 55759/07 z dne 25. 6. 2009.
- Zolotukhin proti Rusiji, št. 14939/03 z dne 10. 2. 2009.
- Tsonyo Tsonev proti Bolgariji, št. 2376/03 z dne 14. 1. 2010.
- Zaichenko proti Rusiji, št. 39660/02 z dne 18. 2. 2010.
- Brusco proti Franciji, 1466/07 z dne 14. 10. 2010.
- Tomasovič proti Hrvaški, 53785/2009 z dne 18. 11. 2011.
- Fransson-Švedska, C-617/10, Veliki senat z dne 26. 3. 2013, <info CURIA:ECLI:EU:2013:105> (10. 10. 2017).
- Muslija proti Bosni in Hercegovini, št. 32042/11 z dne 14. 1. 2014.
- Milenkovič proti Srbiji, št. 50124/13 z dne 1. 3. 2016.
- Praktični vodnik po merilih dopustnosti, Svet Evrope/Evropsko sodišče za človekove pravice, december 2011, <www.echr.coe.int.> (10. 10. 2017).

10.2.2 Ustavno sodišče RS

- U-88/07 z dne 8. 1. 2009.
- U-I-24/10 z dne 19. 4. 2012.

10.2.3 Vrhovno sodišče in višja sodišča

- IV Ips 49/2009 z dne 18. 12. 2009.
- IV Ips 17/2011 z dne 31. 3. 2011.
- IV Ips 35/2011 z dne 17. 5. 2011.
- I Ips 6258/2010 z dne 12. 3. 2015.
- I Ips 16436/2012 z dne 7. 5. 2015.
- I Ips 31/2015 z dne 19. 5. 2015.

68 Sodne odločbe slovenskih sodišč-portal lus Info<<http://sodisce.iusinfo.si>>, sodne odločbe ESČP portal – <<http://hudoc.echr.coe.int>> (7. 11. 2017).

- PRp 883/2013 z dne 11. 12. 2013.
- II Kp 12224/2012 z dne 17. 5. 2012.

10.3 Ustava RS, zakoni in mednarodni akti

- Ustava RS UL RS/I, št. 33-1409/1991, z vsemi nadaljnjimi spremembami.
- Kazenski zakonik –(KZ), UL RS št. 63/94, z vsemi nadaljnjimi spremembami.
- Zakon o kazenskem postopku (ZKP), Uradni list RS, št. 63/1994, z vsemi nadaljnjimi spremembami.
- Zakon o orožju (ZOro), UL RS št. 73/04.
- Komentar ZKP, GV Ljubljana 2004.
- Zakon prekrških (ZP-1), Uradni list RS, št. 7-238/2003, z vsemi nadaljnjimi spremembami.
- Zakon o prekrških z uvodnimi pojasnili Hinka Jenulla in Liljane Selinšek z novelama ZP-1F in ZP-1, GV Založba, Ljubljana.
- Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP), Svet Evrope, 4. 11. 1950, Uradni list RS, št. MP 7/1994.
- Evropska konvencija o izročitvi, UL RS, št. 22-104/1994, 21. 12. 1994.
- Evropska konvencija o prenosu podatkov v kazenskih zadevah, Svet Evrope, 15. 5. 1972.
- Evropska konvencija o mednarodni veljavnosti kazenskih sodb, UL RS Mednarodne pogodbe, št. 19/00, 24. 8. 2000.
- Konvencija o izvajanju Schengenskega sporazuma, UL Evropskih skupnosti, L 239/19, 22. 9. 2000.
- Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, UL EU C 83/389.
- Lizbonska pogodba.
- Mednarodni pakt o državljskih in političnih pravicah, UL RS, št. 35/92-MP, št. 9/92.

DOGMATIKA KAZNIVEGA DEJANJA PRENAŠANJA NALEZLJIVIH BOLEZNI PO 177. ČLENU KZ-1¹

prof. dr. Damjan Korošec,
redni profesor, Pravna fakulteta v Ljubljani
mag. Boštjan Valenčič,
okrožni državni tožilec na Specializiranem državnem tožilstvu RS,

1. UVOD

Kaznivo dejanje z naslovom prenašanje nalezljivih bolezn² je uvrščeno v poglavje kaznivih dejanj, ki varujejo človekovo zdravje kot kazenskopravno zavarovano dobrino. Ne glede na siceršnjo očitno pomembnost dobrine, ki je zavarovana s to inkriminacijo, pa je v sodni praksi pojavljanje tovrstnih kaznivih dejanj nenavadno redko. Kazenskopravna norma 177. člena KZ-1 je doktrinarno neobdelana inkriminacija, saj z izjemo Deisingerjevega komentarja posebnega dela Kazenskega zakonika³ ni zaslediti podrobnejše analize zakonskih znakov, uporabljenosti inkriminacije v konkretnih primerih ali primerjalno pravne analize. Morda k odsotnosti interesa za ukvarjanje z inkriminacijo pripomore redkost pojavov epidemij nalezljivih bolezn⁴ v slovenskem okolju, morda pa tudi sama struktura kaznivega dejanja, posledično težavno iskanje vzročne zveze med izvršitvenim ravnanjem in prepevedano posledico na eni strani in pseudovzročne zveze med izvršitvenim ravnanjem in objektivnim pogojem kaznivosti na drugi strani, ki podobno kot prometna nesreča v 323. členu KZ-1 vzbuja številna vprašanja o naravi delikta posebej z vidika splošnega pojma kaznivega dejanja. Inkriminacije, kot je zasnovana v KZ-1 in je kot taka v bistvenem nespremenjena⁴ že od leta 1977 dalje,⁵ ni mogoče zaslediti v nobeni izmed bližnjih kazenskopравnih ureditev. To kajpak ne

1 *Besedilo je avtorska priredba njenega soavtorskega prispevka za Veliki znanstveni komentar posebnega dela KZ (delovni naslov), ki ga skupaj kot raziskovalni projekt vodita Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani in Založba Uradni list iz Ljubljane. Uredniki: D. Korošec, K. Filipčič in S. Zdošek (gospodarsko kazensko pravo). Rezultati raziskave naj bi v obliki velike knjižne izdaje izšli v letu 2018.*

2 Besedilo člena 177 KZ-1 se dobesedno glasi: (1) Kdor se ne ravna po predpisih ali odredbah, s katerimi pristojni organ odredi pregled, razkuženje, izločitev bolnikov ali kakšne druge ukrepe za zatiranje ali preprečevanje nalezljivih bolezn³ pri ljudeh in s tem povzroči, da se nalezljiva bolezen razširi, se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporom do enega leta.

(2) Enako se kaznuje, kdor se ne ravna po predpisih ali odredbah, s katerimi pristojni organi določijo ukrepe za zatiranje ali preprečevanje kužnih bolezn³ pri živalih, ki se lahko prenesejo na ljudi, in s tem povzroči, da se kužna bolezen prenese na ljudi.

(3) Kdor stori dejanje iz prvega ali drugega odstavka tega člena iz malomarnosti, se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporom do šestih mesecev.

(4) Če ima dejanje iz prvega, drugega ali tretjega odstavka tega člena za posledico smrt ene ali več oseb, se storilec kaznuje za dejanje iz prvega ali drugega odstavka z zaporom do osmih let, za dejanja iz tretjega odstavka pa z zaporom do petih let.

3 Deisinger, str. 279 - 282.

4 Hujša posledica, ko zaradi razširitve bolezn³ umre ena ali več oseb, je bila kot 4. odstavek 188. člena dodana v KZ leta 1994 (Uradni list RS, št. 63/1994).

5 Kazenski zakon SRS (Uradni list SRS, št. 12/1977, 3/1978 - popr., 19/1984, 47/1987, 33/1989, Uradni list SFRJ, št. 83/1989, Uradni list SRS, št. 5/1990, Uradni list RS/I, št. 17/1991 - ZUDE, Uradni list RS, št. 55/1992 - ZVDK, 63/1994 - KZ).

pomeni, da drugi tozadevno pregledani kazenski zakoni človekovega zdravja (in javnega zdravja, tudi kot posebne vrste splošne varnosti) pred različnimi epidemijami nalezljivih bolezni ne ščitijo na podoben način; prav nasprotno je inkriminacije, ki se nanašajo na (ne)izvrševanje prepovedanih in zapovedanih ukrepov, ki lahko vodijo v prenos oziroma razširitev kakšne nalezljive bolezni, mogoče zaslediti v hrvaški, avstrijski in švicarski osrednji kazenski zakonodaji.

2. SPLOŠNO O DOKTRINARNIH ZNAČILNOSTIH INKRIMINACIJE

Prima facie struktura obravnavane inkriminacijske norme in njena jezikovna razlaga nakazujeta na sklep, da storilec ravna naklepno v odnosu do razširitve nalezljive bolezni, vendar glede na predpisano sankcijo, primerjalno-pravne rešitve in podobnost strukture inkriminacije 177. in 323. člena KZ-1 že na samem začetku analize kaznivega dejanja širjenja nalezljivih bolezni lahko postavimo trditev, da ni tako, in da se je zakonodajalec (tudi) tozadevno zatekel k **objektivnemu pogoju kaznivosti**.

Kazenskopravna norma je uvrščena v poglavje kaznivih dejanj zoper človekovo zdravje, ki je tudi osrednji **objekt kazenskopravnega varstva** v konkretnem primeru, medtem ko so s kaznivimi dejanji, uvrščenimi v poglavje kaznivih dejanj zoper človekovo zdravje varovane kazenskopravne dobrine zaupanja javnosti v zdravstveni sistem, nekako vzporedno pa tudi fenomen, imenovan javno zdravje kot blanketna zdravstvene stroke in medicine, ki se kaže predvsem kot konkretizacija dobrine splošne varnosti, kar vse kaže v smeri nedisponibilnih dobrin kazenskega prava, dobrin splošnosti. Glede na očitno javnopravno naravo tako razumljenih dobrin, je torej treba dobrinski paket inkriminacije prenašanja nalezljivih bolezni iz 177. člena KZ-1 šteti za nedisponibilen.

Inkriminacija 177. člena KZ-1 je **opisna blanketna dispozicija**, ki se tozadevno sklicuje na druge pravne predpise, ki jo kot dispozicijo dopolnjujejo. Temeljni predpis, na katerega odkazuje inkriminacija, je Zakon o nalezljivih boleznih, ZNB⁶, v tej povezavi pa tudi številni podzakonski predpisi, ki dopolnjujejo ZNB, med drugim Pravilnik o prijavi nalezljivih bolezni in posebnih ukrepih za njihovo preprečevanje in obvladovanje⁷, Pravilnik o monitoringu zoonoz in povzročiteljev zoonoz⁸, Pravilnik o cepljenju, zaščiti z zdravili in varstvu pred vnosom in razširjenjem nalezljivih bolezni in drugi. Nalezljive bolezni, zaradi katerih se izvajajo splošni in posebni ukrepi, so med drugim AIDS (Sindrom pridobljene imunske pomanjkljivosti), malarija, norice, mumps, ošpice, okužba s hrano po povzročiteljih, steklina, šen in druge (8. člen ZNB). Na tem mestu je smiselno omeniti tudi bolezni, glede katerih je v 22. členu ZNB določeno obvezno cepljenje, in sicer proti hemofilusu influence b, davici, tetanusu, oslovskemu kašlju, otroški paralizi, ošpicam, mumpsu, rdečkam in hepatitisu B. Medtem pa je proti steklini, rumeni mrzlici, trebušnemu tifusu, klopnemu meningocelitalisu, gripi, tuberkulozi in drugim nalezljivim boleznim, cepljenje obvezno v primeru, če obstajajo določeni epidemiološki razlogi in tako

6 Zakon o nalezljivih boleznih – ZNB (Uradni list RS, št. 69/95 z dne 1. 12. 1995).

7 Pravilnik o prijavi nalezljivih bolezni in posebnih ukrepih za njihovo preprečevanje in obvladovanje (Uradni list RS, št. 16/99).

8 Pravilnik o monitoringu zoonoz in povzročiteljev zoonoz (Uradni list RS, št. 114/13).

določa letni program cepljenja in zaščite z zdravili (25. člen ZNB). Zakon torej določa nalezljive bolezni, ki ogrožajo zdravje prebivalcev RS in bolnišnične ali nozokomialne okužbe, ki nastanejo v vzročni zvezi z opravljanjem zdravstvene dejavnosti (1. člen ZNB). Ne da bi se natančneje spuščali v značilnosti posameznih bolezni, pa je vendarle mogoče sklepati, da so vsaj nekatere bolezni med naštetimi (izpostaviti je prav gotovo treba AIDS, malarijo, ebolo, otroško paralizo) izjemno nevarne bolezni, težko ali celo neozdravljive, ki lahko privedejo tudi do posebno hudih razpletov, pogosto tudi do smrtnih izidov. Inkriminacija tovrstne posledice, ki nastanejo zaradi razširjenja nalezljivih bolezni, predvideva in zato v IV. odstavku uvaja institut hujše posledice v obliki smrti »ene ali več oseb«, ne pa v obliki hude ali posebno hude telesne poškodbe človeka. Tozadevna pravna praznina kliče po zapolnjevanju z uporabo pravil splošnega dela o (pravih idealnih) stekih. Pri tem naj ne bo odveč že takoj na tem mestu (podrobneje glej spodaj) opozoriti, da je združevanje uničenih človeških življenj v izrecno navidezne idealne steke (kot v 177/IV. členu KZ-1) zaradi narave dobrine življenja človeka v vsej njeni enkratnosti in neponovljivosti vrednostno presenetljivo, filozofsko skrajno problematično in kriminalitetno politično v posebnem delu slovenske kazenske zakonodaje izpeljano vsaj nedosledno.

Izvršitveno ravnanje je v inkriminaciji opredeljeno z besedno zvezo »kdor se ne ravna po predpisih ali odredbah«, s čimer kazenskopravna norma odkazuje na ustrezne zakonske in podzakonske predpise, ki jo kot dispozicijo dopolnjujejo, tako glede storilca kot glede izvršitvenih ravnanj, ki so v obliki prepovedi in zapovedi podrobneje določene v ZNB in podzakonskih aktih. Storilec kaznivega dejanja je torej lahko vsakdo (**splošno kaznivo dejanje glede možnega storilca** - *delictum commune, delictum non proprium*), ki ne ravna skladno s predpisi in ukrepi, kot jih določa relevantni ZNB, vključno okuženi oziroma bolni sam in zlasti tudi oseba, ki se zaradi lastne kršitve predpisov okuži oziroma oboli sama. Blanketna izpolnitvena norma je lahko oblikovana zapovedno ali prepovedno. V primeru zapovedne blanketne izpolnitvene norme gre za pravo opustitev, torej konstrukcija neprave opustitve po splošnih pravilih ni mogoča. Če pa je blanketna izpolnitvena norma prepovedna, potem gre za storitev in je hkrati vsaj teoretično možna konstrukcija neprave opustitve. Zaradi blanketne narave inkriminacije iz 177. člena KZ-1 je dogmatično nevzdržna (v podobnih primerih norm v Sloveniji sicer precej razširjena) razlaga nikalnice »se ne ravnati predpisih« v smeri prave opustitvene inkriminacije.

Ker je z uporabo pravil o blanketnem izpolnjevanju vsebine kazenskopravne norme in še dodatno s pravili o nepravi opustitvi (po 17/III. členu KZ-1) mogoče utemeljiti kaznivost opustitvenega izvršitvenega ravnanja, taka ravnanja pa so po naravi stvari trajajoča, naj zato takoj na tem mestu ne bo odveč nekaj temeljnih opozoril o dogmatičnih posebnostih take izvršitvene oblike. Prava opustitev je po definiciji trajajoča in ima zato dve točki dokončanja. Formalno je delikt dokončan, ko se vzpostavi protipravno stanje (začnejo kršiti javnozdravstvena pravila, zaradi česar pride do nevarnosti za javno zdravje), materialno pa, ko prepovedano stanje preneha (taka nevarnost tako ali drugače preneha). Takšno trajanje prepovedanega stanja načeloma seveda vpliva na časovno veljavnost kazenskega prava in tek zastaranja, udeležbe, prostovoljni odstop, tudi poskus (ki v dani inkriminaciji sicer po splošnih pravilih 34. člena KZ-1 in teoretskih dopolnitvah sicer ni kazniv oziroma

niti ni možen zaradi drugih posebnosti inkriminacije). Vse povedano v bistvu velja enako za prave in neprave opustitvene izvršitvene alternative (posebna razlika je kvečjemu prostovoljni odstop, ki je pri nepravi načeloma upošteven, pri pravi pa ne). V danem primeru norme pa imamo opraviti celo z določbo, ki je trajajoča tudi v storitveni izvršitveni obliki, ker gre očitno za nevarnost in njeno vzdrževanje s strani storilca, ki je nepravnostno bistvo obravnavane inkriminacije. Takšne inkriminacije so v kazenskem pravu nasploh redke. Dogmatično še posebej dodatno zahtevne pa postanejo, če ima nevarnost kot prepovedana posledica obliko abstraktne ogrožitve in je vse skupaj opremljeno še z nepravim (poškodbenim) objektivnim pogojem kaznivosti, kot ga lahko prepoznamo v dani inkriminaciji v delu »se nalezljiva bolezen razširi«.

ZNB v členih od 54. do 58 določa krog storilcev, zapovedana in prepovedana ravnanja ob pojavu nalezljivih bolezni, ki so taksativno naštetje in na ta način zakonsko določene v 8. členu ZNB. Na tej podlagi je **krog storilcev** kaznivega dejanja in ustreznih ukrepov ob pojavu nalezljive bolezni, mogoče razdeliti na pet kategorij, in sicer **fizične osebe, ki imajo v organizaciji določen položaj oziroma pristojnosti**, in tozadevno **ne omogočijo** opravljanja higienskih pregledov s svetovanjem, predhodnih zdravstvenih pregledov in drugih zakonsko predvidenih ukrepov, ki so taksativno naštetje, **zdravstveni delavci in zdravstveni sodelavci**, ki se izmikajo ali se ne odzovejo na opravljanje delovne dolžnosti ali ne izvajajo programa preprečevanja in obvladovanja bolnišničnih okužb, **zdravniki**, ki odkrijejo ali posumijo na nalezljivo bolezen na podlagi anamnestičnih podatkov, kliničnega pregleda in epidemioloških razmer, pa ne izvedejo nemudoma ustreznih ukrepov, določenih z zakonom, **posamezniki**, ki se ne ravnaajo v skladu z ukrepi osamitve, karantene, se izmikajo ali onemogočajo obvezno cepljenje, zavračajo ali se izmikajo zaščiti z zdravili, obveznim higienskimi pregledom s svetovanjem ter **pooblaščne osebe v veterinarskih organizacijah, veterinarski delavci in druge osebe, ki izvajajo nadzor nad živalmi v lastnem oblastnem območju** (177/II), v primerih okužb živali z zoonozami.⁹ Naj na tem mestu ne bo odveč opozorilo, da so zdravstveni delavci, v prvi vrsti zdravniki po tradicionalni biomedicinski etiki dolžni varovati svoje zdravje in se izogibati nerazumnim tveganjem zanj, torej tudi okužbam z (nevarnimi) nalezljivimi boleznimi ne le v osebnem interesu, ampak tudi v interesu pacientov, ki so oziroma utegnejo postati odvisni od njihove strokovne pomoči. V tem smislu ima njihovo samozgrožanje posebej kompleksne etične in tudi (kazensko)pravne razsežnosti ravno zaradi immanentnih interpersonalnih elementov.

Vsebinsko gledano ni med I. in II. odstavkom 177. člena KZ-1 nikakršne kvalitativne razlike glede možnih žrtev, zakonodajalec zgolj ločuje nalezljive bolezni, ki se prenašajo med ljudmi (strogo gledano v I. odstavku zakon sicer ne pove izrecno, da za kaznivost zahteva razširitev ravno med ljudmi, govori zgolj o razširitvi nalezljive bolezni, kar bi lahko zajemalo kakršnokoli širjenje s človeka, tudi na živali in celo rastline, kolikor bi bilo to naravoslovno možno, a zgodovinsko in teleološko, očitno tudi ob vsaj tihem soglašanju terminološko blanketno izpolnitveno relevantne epidemiološke naravoslovne stroke značilno ta del inkriminacije tradicionalno razlagamo izključno v smeri širjenja med ljudmi) in z živali na ljudi. V vsakem primeru ga kot aktualna žrtev skrbi človek predvsem v smislu človeške vrste, glede

⁹ Zoonoza je vsaka bolezen, ki se prenaša z divjih ali domačih živali na človeka – ali s človeka na živali.

na višino predpisane kazni in umeščeno v dano poglavje KZ-1, predvsem tudi naravo ostalih inkriminacij z izrazito nedisponibilnimi kazenskopravnimi dobrinami v tem poglavju manj človek posameznik. To, mimogrede, kaže, da je v ekološkem smislu določba zlasti II. odstavka 177. člena KZ-1 fiksirana na dobrobit človeštva, ne v zdravje in zdrave ekosisteme same po sebi, je torej poudarjeno antropocentrična in že zaradi tega javna in načeloma nedisponibilna. Res se razlikujejo ukrepi, ki jih predvidevajo zgoraj omenjeni predpisi (ZNB in pravilniki) ob pojavu zoonoz, sicer pa je II. odstavek doktrinarno povsem primerljiv I. odstavku 177. člena KZ-1. Pač pa je s tem v zvezi treba opozoriti na doktrinarno nejasnost in posledično etično vprašljivost nastanka prepovedane posledice in nadalje morebitnega objektivnega pogoja kaznivosti, ki se v zakonu odraža z besedno zvezo »prenašanje **kužne bolezni na ljudi**«.

Glede jezikovne razlage zakonskega besedila ni nobenega dvoma o tem, da do nastanka prepovedane posledice pride šele takrat, ko je podana nevarnost, da se bo bolezen z živali prenesla na več (širši krog) ljudi. Prav tako je prenos bolezni kot potencialni objektivni pogoj kaznivosti izpolnjen šele v primeru, ko se zoonoza prenese na več(!) ljudi – uporaba množinskega samostalnika tozadevno ne dopušča izjem, čeravno bi bilo od zakonodajalca izkustveno utemeljeno in logično pričakovati drugačno ureditev – prenos zoonoze z živali na človeka.¹⁰

Kazenskopravno relevantno izvršitveno ravnanje se kaže v neupoštevanju zapovedanih ali prepovedanih ukrepov, namenjenih preprečevanju pojavljanja in nadaljnjega širjenja nalezljivih bolezni – **blanketna izpolnitvena norma** je na tej podlagi, kot že rečeno, lahko zapovedna ali prepovedna, izvršitveno ravnanje - kršitev pa v posledici storitvena ali opustitvena. Kot primer opustitve dolžnostnega ravnanja ob pojavu nalezljive bolezni služi primer iz sodne prakse, ki je reprezentativen prikaz dejanskega stanu, ki ga je mogoče subsumirati pod inkriminacijsko normo 177. člena KZ-1. Vrhovno sodišče je s sodbo, opr.št. I Ips 343/2008 pritrdilo obsodilni sodbi sodišč nižjih stopenj, ki so obravnavala zdravnika in direktorja hotela, ki nista ravnala v skladu s Pravilnikom o posebnih ukrepih pri zastrupitvah in infekcijah oseb s hrano in o njihovem preprečevanju (Pravilnik o posebnih ukrepih) v zvezi z 58. členom ZNB. Upravnik kot zakoniti zastopnik hotela ni takoj obvestil Zdravstvenega inšpektorata in Zavoda za zdravstveno varstvo o sumu, da je v njihovem hotelu prišlo do zastrupitve oziroma infekcije s hrano, medtem pa zdravnik skladno s 14. členom ZNB Zavodu za zdravstveno varstvo ni prijavil suma na epidemijo oziroma epidemije nalezljivih bolezni ter sodeloval pri obvladovanju epidemije, v roku treh do šestih ur po ugotovitvi.

Glede na izjemno natančno določenost predvidenih ukrepov ob pojavu nalezljive bolezni inkriminacija ne pušča odprtih vprašanj niti glede storilca niti glede izvršitvenega ravnanja, še prav posebej za zdravnike in druge zdravstvene delavce kot strokovnjake na področju zdravstva in medicine.

10 Ni mogoče dovolj poudariti, da se v kazenski zakonodaji s samostalniškimi množinami v luči načela zakonitosti ne gre šaliti in je treba z vso resnostjo poznati in priznati njihov učinek na kaznivost ob danih edinskih alternativah v slovenskem jeziku.

3. RAZŠIRJANJE NALEZLJIVE BOLEZNI KOT PREPOVEDANA POSLEDICA ALI OBJEKTIVNI POGOJ KAZNIVOSTI

V zvezi z zakonskim znakom razširjanja nalezljive bolezni se pojavlja vprašanje pomena dela te inkriminacijske norme – po I. odstavku 177. člena KZ-1 je to okuženje vsaj še ene osebe,¹¹ in sicer ali je razširitev nalezljive bolezni (hujša) prepovedana posledica javnozdravstvenega delikta ali zgolj njegov objektivni pogoj kaznivosti (pravi ali nepravi). Posledično se zastavi vprašanje vzročne (glede prepovedane posledice) oziroma pseudovzročne (glede objektivnega pogoja kaznivosti¹²) zveze med ravnanjem in prepovedano posledico oziroma objektivnim pogojem kaznivosti ter vprašanje storilčevega subjektivnega odnosa – krivda posebej do te posledice lastnega ravnanja.

Izhajajoč iz definicije dveh temeljnih kategorij objektivnih pogojev kaznivosti (pravi in nepravi), po kateri je **pravi objektivni pogoj kaznivosti** del inkriminacijske norme, ki v biti inkriminacije zajema nepravo dogajanja, ki po svojem nepravu sodi v področje kazenskega prava, **nepravi pogoji kaznivosti** pa kaznivost utemeljujejo,¹³ bi bilo upoštevanje navezovanje širjenja nalezljive bolezni na opustitev dolžnostnega ravnanja ob pojavu nalezljive bolezni mogoče sklepati, da gre pri povzročitvi razširjenja nalezljive bolezni prav za nepravi objektivni pogoj kaznivosti. Če se namreč nalezljiva bolezen ne razširi, ni mogoče govoriti o kazenski odgovornosti storilca, niti na ravni poskusa (ostajajo pa zaradi hujših kršitev javnozdravstvenih pravil potencialni disciplinski prestopki zdravstvenih oziroma medicinskih strokovnjakov in ustrezni prekrški po zdravstveni zakonodaji).¹⁴ Od tod dalje je sicer mogoče zavzeti stališče, da šele z razširitvijo nalezljive bolezni kršilec dolžnostnega ravnanja postane storilec kaznivega dejanja, kar posledično pomeni, da o obstoju kaznivega dejanja bolj kot storilčev odnos do kršitve dolžnostnega ravnanja odloča nastanek hude telesne poškodbe, *in concreto* razširjenje nevarne nalezljive bolezni, ki pa je s stališča storilca bolj ali manj nujno aleatorna.¹⁵ To v kazenskem pravu očitno ne more šteti za neproblematično.

Če (konformno primerjalnopravni logiki takšnih deliktov v kazenskopravnih sistemih) sprejmemo tezo o objektivnem pogojem kaznivosti v slovenski inkriminaciji 177. člena KZ-1 v delu, ki govori o dejanski razširitvi nalezljive bolezni, potem izhajamo iz

11 Deisinger, str. 281.

12 V slovenski kazenskopravni teoriji je pojem vzročne zveze tradicionalno rezerviran za objektivno vektorsko povezavo med izvršitvenim ravnanjem na eni in prepovedano posledico(!) na drugi strani, zato si pri podobnih vektorskih povezavah, kjer na drugi strani ni prepovedane posledice, ampak kakšna druga, pomagamo z izrazom pseudovzročnost. Mimogrede: podobno velja tudi pri udeležbenih ravnanjih, ki iz podobnih razlogov prav tako tradicionalno ne prenesejo razprav o pravih vzročnih zvezah.

13 Temeljno o teh pojmihi v novejši slovenski kazenskopravni literaturi glej Bavcon/Šelih 2013, str. 193-195. Monografsko obravnavo pojma objektivnega pogoja kaznivosti v slovenski literaturi glej Fišer, nav. delo, v celoti.

14 Vendar pa tozadevno ni mogoče mimo tehtnih opozoril uglednih teoretikov glede preširokega uvrščanja določenih zakonskih znakov med objektivne pogoje kaznivosti in njihove z vidika načela krivdne odgovornosti in tudi načela zakonitosti v kazenskem pravu potencialno nesprejemljivo preširoke razlage. Po stališču slednjih namreč za smiselne veljajo nepravi objektivni pogoji kaznivosti v zvezi z razmejevanjem vsebinsko podobnih različnih vrst kaznivih ravnanj, v našem sistemu prekrškov in kaznivih dejanj.

15 Jakulin, V.: Analiza kaznivega dejanja »povzročitev prometne nesreče iz malomarnosti«, 10. dnevi javnega prava, 1/2004, s. 313-322.

norme, po kateri storilec izvrši kaznivo dejanje po I. odstavku 177. člena KZ-1 z naklepom, vendar ne v odnosu do razširjanja nalezljive bolezni, temveč v odnosu do kršitve javnozdravstvenih pravil, zaradi česar nastane abstraktna nevarnost za razširjanje bolezni. Razširjenje nalezljive bolezni je zgolj nekakšna zelo posebna poškodbeni hujša posledica kršitve, za katero se še najbolj zdi, da opravlja funkcijo oziroma je oblikovana kot objektivni pogoj kaznivosti. Na to kaže diktacija, v delu širitve bolezni izrazito netipična za prepovedano posledico ampak ravno tipična za objektivni pogoj kaznivosti in pa kombinacija nizke višine predpisane kazni z nalezljivostjo in značilno težko zdravljivostjo v velikem deležu življenjsko nevarnih bolezni, blanketno zajetih v obravnavani naklepni(!) inkriminaciji, nenazadnje pa tudi umestitev v izrazito dobrinsko javnopravno dvajseto poglavje KZ-1, ob bok npr. paketu inkriminacij v zvezi s prepovedanimi drogami, dopinga ipd.

Zadostuje že storilčev eventualni naklep do kršitve kakšnega relevantnega predpisa in s tem povezane abstraktne nevarnosti za razširitev blanketno ključno soopredeljene nevarne nalezljive bolezni, torej da se storilec zaveda, da lahko zaradi njegove kršitve pride do oddaljene, teoretske možnosti, da se bo taka bolezen razširila, pa v to privoli. Storilec se mora zavedati obstoja (posebnih) predpisov ali odredb v smislu tukaj obravnavane inkriminacije in jih vsaj eventualno naklepno hoteti kršiti. Vedeti mora, da gre opraviti s kakšno resno, nevarno nalezljivo boleznijo, ki jo država zaradi njene nevarnosti za zdravje človeka pravno obravnava posebej resno, vse to na ravni t.i. splošnega naklepa (*dolus generalis*). Jasno je, da inkriminacija po splošnih pravilih o naklepu od storilca ne zahteva virtuoznega razumevanja in poznavanja vseh pravnih podrobnosti teh blanketnih pravil in ukrepov, niti naravoslovnih nadrobnosti v zvezi z njimi in posamezno konkretno boleznijo.

Razširjenje nalezljive bolezni tako po I. kot po II. odstavku utemeljuje nepravo delikta iz 177. člena KZ-1 ter ga ključno razmejuje od vsebinsko podobnih prekrškov po zdravstveni zakonodaji (ZNB), brez te poškodbene okoliščine storilčevo ravnanje s posledico širjenja nalezljivih bolezni ne bi bilo kaznivo dejanje, temveč prekršek. To utemeljuje nepravo delikta in s tem nepravost objektivnega pogoja kaznivosti po splošni teoriji kazenskega prava. Ker zakonodajalec preko zakonskega znaka »kdor« za zajemanje storilca uporablja tehniko splošnega kaznivega dejanja glede na storilca (*delictum commune, delictum non-proprium*) in hkrati ne v I. ne v II. odstavku 177. člena KZ-1 ne precizira, da naj se za kaznivost bolezni širi ravno na druge ljudi in ne zgolj na storilca samega, v objektivni pogoj kaznivosti zajame tudi storilca, ki se ne ravna skladno s predpisi in odredbami ob pojavu nalezljive bolezni kot edino neposredno žrtev te razširitve. To je z vidika dogmatičnega in kriminalitetopolitičnega smisla instituta (nepravega) objektivnega pogoja kaznivosti razumljivo. Zlasti ne predstavlja zakonodajne napake, kot v (preštevilnih) primerih zajemanja storilca med žrtve kaznivega dejanja v primeru prepovedanih posledic(!) na storilcu samem v slovenskem KZ-1 (z uporabo zakonskih znakov »koga«, »komu« in podobnih za opis žrtve vse tja do zajemanja samomora v bit kaznivega dejanja uboja, kot na primer v 115. členu KZ-1). Zakonodajalcu v 177. členu KZ-1, kot pri vseh rabah objektivnega pogoja kaznivosti v posebnem delu kazenskega prava zadošča objektivni izraz dejstva objektivne posebne nevarnosti ravnanja in zato enako funkcijo opravi tudi poškodovanost storilca samega. Mešanje dogmatičnih funkcij biti kaznivega dejanja kot (prvega) elementa splošnega pojma kaznivega dejanja in kaznivosti (vključno z nekakšno »kaznovanostjo zaradi poškodovanosti v lastnem deliktu«), ki ga implicitno kot vdor viktimoške in s tem kriminološke nepravne

logike v splošni pojem kaznivega dejanja pogosto srečujemo v kazenskem pravu, je vselej napačno. Objektivni pogoj kaznivosti ni institut odmere kazni in dogmatično ne more biti prepredljivo vprašanje primernosti kaznovanja posameznika, ki zaradi svoje nespametnosti v kaznivem dejanju stakne poškodbo telesa sam. Za to ima pravo obsežne instrumentarije s širšega področja kaznovanja. Podobno objektivni pogoj kaznivosti ne more opravljati funkcije garanta interpersonalnosti prava v inkriminacijski normi. Vse tovrstne argumentacije in argumentacijski nastavki v (slovenskem) kazenskem pravu so dogmatično zgrešeni. Če se zakonodajalcu takšen interpersonalnostni učinek objektivnega pogoja kaznivosti iz kakršnegakoli razloga posebej zahoče, mora konkretni dani objektivni pogoj ustrezno jezikovno oblikovati, da tak učinek ustrezno doseže (razširitev bolezni na drugega, ogrožitev drugega, poškodba drugega), tega pa slovenski zakonodajalec v 177. členu KZ-1 brez dvoma ni napravil. Zato v 177. členu KZ-1 objektivni pogoj kaznivosti ne more šteti ne za eksplicitno, ne za implicitno interpersonalnost.

Po II. odstavku 177. člena KZ-1, ki zaradi zgoraj že obravnavane dogmatično in kriminalitetnopolitično presenetljive rabe množinskega samostalnika »ljudi« zahteva razširitev bolezni na več ljudi, da je izpolnjen dani objektivni pogoj kaznivosti (kar je po vsem povedanem skoraj gotovo zakonodajna napaka), zadošča, da je med osebami, ki se okužijo zaradi prepovedanega ravnanja tudi storilec sam (in pač še ena dodatna oseba).

Ker se razširjenje nalezljive bolezni v inkriminaciji 177. člena KZ-1 hkrati pojavlja kot nekakšna logična posledica ogrožitve zaradi neupoštevanja predpisov in odredb, ki tozadevno prenese krivdni odnos v obliki malomarnosti (naklepa pa nikakor ne), po drugi strani pa nastopa v funkciji razmejevanja med vsebinsko podobnimi različnimi vrstami kaznivih ravnanj (naš sistem prekrškov in kaznivih dejanj), je mogoče zaključiti, da je zakonski znak razširjenje bolezni hkrati nepravilni objektivni pogoj kaznivosti, v razmerju do ogrožitve pa nekakšna hujša posledica, zaradi katere dogmatično abstraktna ogrožitev nekako nujno tipsko preskoči v konkretno ogrožitev. Pri tem naj ne bo odveč opozorilo, da vsi nepravilni objektivni pogoji kaznivosti v določenem smislu opravljajo deloma tudi dogmatične naloge hujše posledice, vendar za razliko od slednje ne poznajo značilnega dvostopenjskega kaznovanja s stopnjevanjem od delikta s temeljno prepovedano posledico na delikt s temeljno in še hujšo prepovedano posledico. Zato naj ne bi smelo biti sporno, da razširitev nalezljive bolezni v 177. členu KZ-1 nikjer ni hujša (poškodbena) posledica glede na temeljno abstraktno-konkretno ogrožitveno, pač pa objektivni pogoj kaznivosti.

V III. odstavku 177. člena KZ-1 je urejeno ravnanje iz malomarnosti v odnosu do kršitve norme (zapovedne ali prepovedne, pač po sistemu blanketnega normiranja), zaradi česar v posledici pride do ogrožitve, da se bo bolezen razširila (privilegirana oblika kaznivega dejanja).

Krog izvršitvenih ravnanj in posledic kršitev je na ta način sklenjen, zato bi bilo v primeru, če bi storilec naklepno kršil predpise in ukrepe, ki mu nalagajo dolžnostno ravnanje ob pojavu nalezljive bolezni, zato da bi se bolezen razširila na drugega človeka ali ljudi, glede na značilno nalezljivost, težko zdravljivost in deloma tudi veliko smrtnost posameznih v inkriminacijo blanketno zajetih bolezni podano kaznivo dejanje iz poglavja zoper življenje in telo (na primer huda telesna poškodba

po 123. členu KZ-1 (z medicinsko značilnim neugodnim razvojem bolezni v posebno hudo telesno poškodbo po 124. členu KZ-1) ali uboj ali umor po 115. ali 116. členu KZ-1, zato se tozadevno uporabljajo pravila o (pravih idealnih) stekih. Ob določenih komplementarnih obarvanostih naklepa oziroma izrazito nizkotnih namenov pa bi bilo lahko podano kaznivo dejanje iz poglavja kaznivih dejanj zoper človečnost, kot sta bioterorizem ali celo genocid (103. člen KZ-1).

V IV. odstavku je predvidena **hujša posledica**, ko zaradi razširjene nalezljive bolezni nastopi smrt ene ali več oseb. Takšen izrecno navidezen idealni stek, kot že omenjeno zgoraj, ne more biti neproblematičen. Korošec¹⁶ tovrstno obliko alternativnega uvajanja instituta hujše posledice v inkriminacijsko normo ostro kritizira v zvezi z analizo kaznivega dejanja povzročitve prometne nesreče iz malomarnosti po 323. členu KZ-1 (doktrinarno primerljiva inkriminacija), ko navaja, da naj bi bila smrt človeka v vseh takih primerih v obliki zakonodajalčevega združevanja ene ali več oseb v isto nepravnostno košaro v okvirih instituta odgovornosti za hujšo posledico predvsem dokaz splošne odvrtnosti slovenskega zakonodajalca od najpomembnejših osebnih dobrin posameznih ljudi (življenja, elementarne telesne celovitosti) v njihovi edinstvenosti, individualnosti in enkratnosti in se zato kaže kot nehumano ali vsaj kot etično čudno ignoriranje števila mrtvih znotraj biti kaznivega dejanja kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja. Predvsem je po njegovem napačno tudi z vidika dogmatike instituta odgovornosti za hujšo posledico, ki da je razvojno in sistemsko nasploh izrazito institut odražanja povečanega neprava dogajanja in s tem zaostritelj represivnosti. Poleg zgoraj navedenih pomislov glede smrti kot hujše posledice, pa je treba izpostaviti tudi drugo, sicer milejšo obliko hujše posledice razširjenja bolezni, to so vse vrste telesnih poškodb. V splošnem se resnejša bolezen, že od okužbe z virusom dalje, smatra kot huda telesna poškodba. Če pa kot primer izpostavimo otroško paralizo in njene posledice, pa je hitro mogoče ugotoviti, da so posledice te bolezni na stopnji posebno hudih telesnih poškodb (uničenost delov telesa). Očitno je torej, da zakonodajalec na opisani vidik širjenja nalezljivih bolezni ni pomislil, kar sicer ob uporabi splošnih določil kazenskega prava o stekih ne more predstavljati težave oziroma posledične pravne praznine, pa vendarle bi tozadevne posledice v obliki posebno hudih telesnih poškodb človeka (in ne na primer enega ali več ljudi) veljajo vključiti v inkriminacijsko normo 177. člena KZ-1, kar bi na ta način zaokroževalo logično celoto aleatornih hujših posledic razširitve nalezljive bolezni.

4. AKTUALNOST VPRAŠANJA KAZNIVOSTI OPUSTITVE OBVEZNEGA CEPLJENJA

Kot posebej pomembno se v luči inkriminacijske norme 177. člena KZ-1 pokaže politično, pa tudi kazenskopravno dogmatično vprašanje zunanjih meja kaznivosti odločitev skrbnikov, da ne dovolijo cepljenja oseb pod njihovim skrbništvom, vsaj v zadnjem obdobju vse pogostejšega opuščanja obveznega cepljenja otrok (22. člen ZNB), in sicer že na ravni biti kaznivega dejanja, pa tudi v zvezi z vzročno zvezo, protipravnostjo in krivdo.

16 Korošec, D.: Zelo kritično o institutu hujše posledice v slovenskem kazenskem pravu, Pravna praksa, 2012, št. 19, str. II-VI.

ZNB v 22. členu nalaga dolžnost obveznega cepljenja proti številnim boleznim, pozna pa tudi bolezni, v zvezi s katerimi je cepljenje obvezno zgolj v primeru, če obstajajo določeni epidemiološki razlogi in tako določa program iz 25. člena tega zakona (Letni program cepljenja in zaščite z zdravili). ZNB v 57. členu kot prekršek določa izmikanje in onemogočanje obveznega cepljenja. Ustavno sodišče je v odločbi U-I-127/01 ugotovilo, da obvezno cepljenje ni v neskladju z Ustavo RS, pač pa je bil, skladno s citirano odločbo, v neskladju z Ustavo zgolj del zakona, ki ni urejal postopka in pravic prizadetih v zvezi z ugotavljanjem obstoja upravičenih razlogov za opustitev obveznega cepljenja in odškodninske odgovornosti države za škodo, ki jo zaradi obveznega cepljenja utрпи posameznik. Po oceni US RS je torej obvezno cepljenje, ki ga je zakonodajalec določil v prvi alineji prvega odstavka 22. člena ZNB, primeren ukrep za doseganje zasledovanega legitimnega cilja, preprečevanja in obvladovanja nalezljivih bolezni.

Opuščanje obveznega cepljenja je torej kršitev dolžnostnega ravnanja, v posledici česar lahko pride do konkretne ogrožitve drugega. Še posebej pomembno je v tej zvezi treba izpostaviti prav osebe, pri katerih so podani (trajni) razlogi za opustitev cepljenja, ki so lahko pravzaprav edine prave žrtve »svobodne izbire« glede cepljenja. Kršilec dolžnostnega ravnanja v zvezi z obveznim cepljenjem je lahko oseba, ki mora biti cepljena, pa pri njej niso podani razlogi za opustitev cepljenja, starši otrok kot dvojni garantirata otrokovega zdravja (nosilci varovalne in nadzorstvene garantne dolžnosti) kot tudi lečeči zdravnik - pediater v primerih, ko na različne načine vzpodbuja oziroma odločitvi o necepljenju vsaj *tacite* pritruje. Kadar v posledici opustitve obveznega cepljenja pride do možnosti razširjenja nalezljive bolezni, nastopi prepovedana posledica kaznivega dejanja (konkretna ogrožitev človekovega zdravja); če se nato bolezen tudi dejansko razširi še na vsaj enega človeka, je izpolnjen tudi objektivni pogoj kaznivosti te inkriminacije.

Čeravno se z **obveznim cepljenjem** posega v nekatere človekove pravice - v pravico posameznika odločati o samem sebi, v pravico do varstva njegove telesne integritete in v pravico do prostovoljnega zdravljenja, pa je z inkriminacijo širjenja nalezljivih bolezni varovana dobrina zaupanja javnosti v zdravstveni sistem in vzporedno še tako imenovano javno zdravje, ki sta očitno nedisponibilni kazenskopravni dobrini. Razlog je prav gotovo v dojemanju nalezljivih bolezni kot hude grožnje za obče človeško zdravje, pri čemer bi svobodno odločanje posameznika, tudi po oceni Ustavnega sodišča, lahko povzročilo upad precepljenosti ter posledično epidemijo nalezljivih bolezni z resnimi posledicami.

Prav gotovo pa v tej povezavi ni mogoče mimo pomislekov o (možni) škodljivosti cepiv, vendar ZNB posamezniku ne omogoča svobodne izbire, saj določa obvezno cepljenje proti taksativno naštetim boleznim. Izjeme opredeljuje 22.a člen ZNB, ki po izrecnih navodilih Ustavnega sodišča med razloge za opustitev cepljenja uvršča alergijo na sestavine cepiva, resen nezaželeni učinek cepiva po predhodnem odmerku istega cepiva ter bolezen ali zdravstveno stanje, ki je nezdržljivo s cepljenjem. Če zdravnik, ki opravlja cepljenje, ugotovi, da obstajajo razlogi za opustitev cepljenja, mora dati predlog za opustitev cepljenja, ki mora biti strokovno utemeljen in obrazložen. Poleg zdravnika, ki opravlja cepljenje, predlog lahko da tudi oseba, ki naj bi bila cepljena, njeni starši oziroma skrbniki. O predlogu odloča Komisija za cepljenje, ki jo določi minister, pristojen za zdravje.

Pojavlja se vprašanje kaznivosti oseb v verigi obolelih, ki niso ravnali skladno s predpisi in odredbami po ZNB in se je bolezen od njih razširila naprej, na vsaj še enega človeka, pod ustreznimi pogoji pa tudi njihovih (nebolnih) skrbnikov in zdravstvenih delavcev, pa tudi kakšnih uradnih oseb, vpletenih v dogajanje v zvezi s konkretno opustitvijo cepljenja. Skladno z doktrinarnimi pravili o vzročni zvezi bodo kot potencialni storilci lahko kazensko odgovorni prav vsi deležniki v verigi, ki se niso ravnali skladno s predpisi in odredbami (zapovedmi in prepovedmi) ob pojavu nalezljive bolezni, če niso podani razlogi, ki izključujejo protipravnost (razlogi za opuščanje cepljenja) in so seveda lahko za to tudi krivi. Primeroma navedeno bodo torej lahko ob onemogočanju in opuščanju obveznega cepljenja kazensko odgovorni zlasti starši otrok, ki niso ravnali skladno z 22. členom ZNB in so s tem povzročili, da se je nalezljiva bolezen z njihovih otrok razširila. Posebej velja opozoriti, da zaradi že večkrat omenjane očitno poudarjeno javnopravne narave in s tem nedisponibilnosti kazenskopravnih dobrin poglavja KZ-1, v katerega je umeščena tukaj obravnavana inkriminacija in inkriminacije same in hkrati nedvoumno široke formulacije zakonodajalca (v objektivnem pogoju kaznivosti), da se nalezljiva bolezen razširi, torej od kogarkoli na kogarkoli, seveda na ravni biti kaznivega dejanja tudi s storilca na drugega in z drugega na storilca, torej sploh ne nujno izključno od storilca naprej, inkriminacija 177. člena KZ-1 v pomembnem delu inkriminira tudi samoogrožujoče ravnanje posameznika. Že zgolj v tem smislu jo je treba razumeti kot posebej represivno.

5. SKLEPNO

Čeravno uradni statistični podatki za obdobje od 2011 do 2015 kažejo, da v Republiki Sloveniji za kaznivo dejanje iz 177. člena KZ-1 ni bilo ne obtožb in ne pravnomočnih obsodb, pa postane besedilo inkriminacije in predvsem grožnja kazenskopravne intervencije vselej aktualna ob razpravah o padanju precepljenosti in posledičnih možnostih epidemij različnih otroških bolezni. Le - tem bi se bilo moč z doslednim izvajanjem (vsaj) obveznega cepljenja učinkovito izogniti, po mnenju avtorjev z doslednim poudarjanjem koristnosti (ne)obveznega cepljenja, ne pa z nenehnim vpletanjem grožnje s kazenskim pregonom, ki pa naj bo kot vselej, *ultima ratio* ukrep.

SEZNAM VIROV IN LITERATURE:

- Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M., Filipčič, K.: Kazensko pravo – splošni del, 6. izdaja, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2013.
- Deisinger, M.: Kazenski zakonik s komentarjem, Posebni del, GV Založba, Ljubljana, 2002.
- Fišer, Z., Objektivni pogoj kaznivosti, doktorska disertacija, Univerza v Ljubljani, Ljubljana 1995.
- Jakulin, V.: Analiza kaznivega dejanja »povzročitev prometne nesreče iz malomarnosti«, 10. dnevi javnega prava, 1/2004, s. 313-322.
- Korošec, D.: Zelo kritično o institutu hujše posledice v slovenskem kazenskem pravu, Pravna praksa, 2012, št. 19, str. II.–VI.
- Korošec, D., Dežman, Z., Karakaš, A., Nerat, B., Novoselec, P., Verdel Kokol, V., Zgaga, S., Cestnoprometno kazensko pravo. Analiza temeljnih institutov za sodno prakso. Ljubljana: GV Založba 2013.

JAVNOPRAVNE OSEBE KOT NOSILKE ČLOVEKOVIH PRAVIC (IZBRANI VIDIKI)

doc. dr. Boštjan Tratar

višji državni odvetnik, Državno odvetništvo Republike Slovenije

1. UVOD

Po »prvotnem« pravnem pojmovanju je bila **fizična oseba** (lat. *persona physica*) »idealnotipični in praktično (edini) nosilec človekovih pravic«. ¹ V razvoju priznavanja in pozitiviranja človekovih pravic je bil že od začetka človek kot posameznik oziroma kot zasebna fizična oseba v središču ustavnih besedil, zlasti zaradi zgodovinske izkušnje z značilnimi kršitvami in ogrožanju človekovega dostojanstva, svobode posameznika in pravne enakosti s strani države oziroma drugih oblik javne oblasti. ²

Danes pa se na ustavnopravni ravni vedno bolj zastavlja vprašanje, koliko se lahko nosilnost – tj. titularstvo človekovih pravic razširi tudi na **pravno osebo** kot umetno tvorbo pravnega reda (lat. *persona ficta*, *persona moralis*), ki je nastala v prvi polovici 19. stoletja, tj. v času, ko je ta pravni institut dobil svoje mesto v zakonikih zasebnega prava, ki so tedaj nastajali v Evropi (npr. *Code de Commerce*, *Code Civil*). ³

Ustavnosodna praksa je razširila varstvo človekovih pravic tudi na pravne osebe, zato načelno danes pri **pravnih osebah zasebnega prava** titularstvo človekovih pravic ni sporno. ⁴ Ustanavljanje in delovanje pravnih oseb zasebnega prava

1 Glej **Wolfram Höfling**, *Träger der Grundrechte*, v: **Andreas Kley**, **Klaus A. Vallender** (ur.): *Grundrechtspraxis in Lichtenstein*, Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft, Schaan, 2012, str. 58. Glej še: **Luis Castillo-Córdova**, *La persona jurídica como titular de derechos fundamentales*, v: *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*, tomo 167, 2007, str. 125–134.; **Manuel A. Nuñez Poblete**, *Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales*, v: *Revista de derecho público*, vol. 63, 2001, str. 200–208; **Ángel J. Gómez Montoro**, "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación", v: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, mayo–agosto 2002; **Boštjan Tratar**, *Utemeljivanje pravnih lica kao nosioca ljudskih prava u praksi ustavnih sudova*, v: *Pravni život*, št. 12/2017, str. 665–681; **Boštjan Tratar**, *Pravna oseba (persona ficta) kao titular ljudskog prava na privatnost – u Sloveniji i komparativno*, v: *Pravni vjesnik*, št. 2/2017, str. 9–27; **Vitalija Tamavičiūtė**, *Constitutional Rights of Local Government, Lithuania*, A Summer School on Comparative Interpretation of European Constitutional Jurisprudence, 2nd Edition 2007, <http://www.jus.unittn.it/cocoa/papers/PAPERS%202nd%20PDF/Local%20Government/Lithuania-local.pdf> (1. 9. 2017), str. 1–8.

2 Odločitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča v zadevi št. BVerfGE 61, 82 (100) – že od začetka je smisel nastanka človekovih pravic **varstvo zasebne, fizične osebe** (»... deshalb bildet der Schutz der privaten natürlichen Person die Sinnmitte der Grundrechte«).

3 Glej **Mirjam Baldeger**, *Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten*, Duncker&Humbolt, Berlin, 2017.

4 Za pravne osebe je treba v vsakem primeru titularstvo človekovih pravic posebej utemeljiti. Za utemeljevanje praviloma obstajata **teorija spregleda pravne osebnosti (nem. Durchgriffstheorie)**, po kateri se lahko človekova pravica uporabi tudi za pravno osebo zasebnega prava, če sta njena ustanovitve in delovanje izraz svobodnega oblikovanja fizične osebe, ki je za to pravno osebo, ter **teorija o značilnem ogrožanju človekove pravice (nem. Theorie der grundrechtstypischen Gefährdungslage)**, ko se človekove pravice uporabijo za pravne osebe zasebnega prava v primeru, kadar gre za značilni položaj

s strani posameznikov je praviloma izraz zasebne pobude in je zato večinoma zaščiten s človekovimi pravicami,⁵ vprašanje v tej zvezi se zastavlja le v primeru, ko pravne osebe zasebnega prava izvajajo javne (državne) naloge, ki so nanje prenesene z zakonom, ali če gre za drugo »tesno povezavo« z državo (npr. če je dejavnost pravne osebe močno zakonsko urejena ali jo država močno finančno podpira), ali če država deluje v zasebnopravni obliki; ta vprašanja se zastavljajo zlasti zaradi vse večje tendence privatizacije in zagotavljanjs državnih nalog v oblikah zasebnega prava.⁶

Na ustavnopravni ravni se še posebej zastavlja tudi vprašanje, ali so država in druge **osebe javnega prava** lahko titularji človekovih pravic. Pri tem gre namreč za vprašanje, ali je s teleologijo človekovih pravic (sploh) združljivo, da bi njihovo varstvo razširili tudi na državo v širšem pomenu besede⁷ oziroma na druge nosilce državne uprave, in ali niso država (kot pravna oseba) in osebe javnega prava kot pojavne oblike državne uprave v bistvu zavezanci, to je adresati človekovih pravic, ne pa (hkrati) tudi njihovi nosilci⁸ (titularji oziroma upravičenci).⁹ Gre za temeljno izhodišče, da so **človekove pravice namenjene varstvu posameznikov pred državo, ne pa varstvu države kot take**.¹⁰

-
- ogrožanja človekove pravice, to pa je tedaj, ko se pravna oseba nahaja v primerljivem položaju kot fizična oseba pod pogojem, da so zavarovani ustavnopravni interesi primerni tudi za pravno osebo.
- 5 Če primerjamo stališča nemškega Zveznega ustavnega sodišča in švicarskega Zveznega sodišča, lahko poenostavljeno sklenemo, da **nemško Zvezno ustavno sodišče osebam javnega prava načelno ne priznava titularstva človekovih pravic, če ne gre za jasno povezavo z zasebnim uresničevanjem človekovih pravic**. Organi centralne javne uprave načelno po mnenju nemškega Zveznega ustavnega sodišča ne morejo prispevati k uresničevanju človekovih pravic. Nasprotno pa obstaja v Švici relativno daljnosežna tendenca, celo pri osebah javnega prava, pri katerih ne obstaja nikakršna povezava teh oseb z zagotavljanjem zasebne svobode, da so lahko tudi osebe javnega prava znajdejo v položaju, ki je podoben položaju posameznika, in so zato prepoznani kot titularji človekovih pravic. Podobno lahko opazimo tudi v ZDA, čeprav oslabiljeno in nedosledno. Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 181.
- 6 Primerjalni pregled kaže, da v Švici in v ZDA obstajajo tradicionalni odmiki od temeljnega pravila glede določanja titularstva človekovih pravic osebam javnega prava, predvsem z namenom, da bi tudi za vertikalno decentralizirane državne akterje (občine, posamezne države, kantone) veljalo varstvo človekovih pravic. Nasprotno pa v Nemčiji tradicionalno horizontalno decentralizirane državne akterje priznavajo kot titularje človekovih pravic le, če imajo posebno vlogo pri uresničevanju človekovih pravic posameznikov. Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 181.
- 7 Nekateri zato uporabljajo izraze »državni akterji« ali »osebe javnega prava«, pa tudi »pravne osebe, ki so v tesni zvezi z državo« – nem. *juristische Personen mit besonderer Nähe zum Staat*.
- 8 Gre za t. i. **argument konfuzije** (nem. *Konfusionsargument*).
- 9 Glej **W. Höfling**, nav. delo, str. 75. Primerjaj: **Ignacio Torres Muro**, *Entes públicos y derechos fundamentales*, v: Foro, Nueva época, vol. 17, št. 2/2014, str. 347–368; **José Manuel Díaz Lema**, *Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?*, v: Revista de Administración, št. 120/1989, str. 102; **Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, *Organismos autónomos y derechos fundamentales*, v: *La Europa de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, str. 224; **Antonio Gisbert Gisbert**, *La acción popular y las personas jurídicas públicas*, v: Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, št. 22/2007, str. 100 in naslednje; **Francisco Velasco Caballero**, *Administraciones públicas y derecho a la tutela judicial efectiva*, Barcelona, Bosch, 2003; **Maria Teresa Caballeira Rivera**, *Gozan de derechos fundamentales las Administraciones Públicas*, v: Revista de Administración Pública, št. 158/2002, str. 233 in naslednje; **Juan Manuel Alegre Ávila**, *A vueltas con los derechos fundamentales de los poderes públicos*, v: Revista de Administración Pública, št. 61/2001, str. 319 in naslednje; **Francisco de Borja López-Jurado**, *La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los derechos fundamentales de las personas jurídico públicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional*, v: Revista de Administración Pública, št. 125/1991, str. 557 in naslednje; **Pablo Ruiz-Jarabo**, *Los derechos fundamentales de los poderes públicos: de la legitimación en el proceso a la limitación del poder*, v: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, št. 9/2003, str. 144–163.
- 10 O tem, kdo je lahko **nosilec človekovih pravic** oziroma **titularstvu človekovih pravic** (angl. *the entity entitled to the human right*, nem. *Grundrechtsberechtigung*, *Grundrechtsträgerschaft*, šp. *la titularidad de derechos fundamentales*) govorimo v ustavnopravni teoriji tedaj, ko je določena oseba upravičena

2. TEMELJNA IZHODIŠČA PRAVNIH OSEB KOT NOSILK ČLOVEKOVIH PRAVIC

Ker naj bi bil glavni smisel človekovih pravic, da zagotavljajo varstvo fizičnim osebam, predvsem proti državi, zaradi česar so ustavne pravice (torej kot obrambne pravice) sploh nastale, mora sodna praksa razširitev titularstva človekovih pravic na pravne osebe **posebej utemeljiti**. Idejam, ki želijo utemeljiti razširitev človekovih pravic na pravne osebe, je skupno to, da izhajajo iz pravnih oseb kot »stvaritev, ki imajo namen«, da bi »osebam, ki so za pravnimi osebami« (t. i. presonalnemu substratu) omogočili uresničevanje skupnih, ustavno zavarovanih interesov. Pravne osebe naj bi bile (le) orodje, da se fizičnim osebam, ki so za njimi, omogoči uveljavljanje določenih ustavno zavarovanih interesov. **Dejstvo, da pravne osebe v bistvu (le) uresničujejo cilje posameznikov kot fizičnih oseb, ki so člani te pravne osebe (personalni substrat), legitimira pravne osebe k titularstvu človekovih pravic.**¹¹

Nemško Zvezno ustavno sodišče je v vodilni odločitvi v zadevi št. BVerfGE 21, 362 (369) z dne 2. 5. 1967 navedlo: »Vrednostni sistem človekovih pravic ... izhaja iz človekovega dostojanstva in svobode posameznika kot fizične osebe. Človekove pravice predvsem varujejo svobodo posameznika pred posegi državne oblasti in mu s tem hkrati zagotavljajo pogoje za svobodno aktivno sodelovanje in sooblikovanje v skupnosti. Glede na to osrednjo idejo je treba razlagati in uporabljati tudi tretji odstavek 19. člena GG. Ta utemeljuje vključitev pravnih oseb v področje varstva človekovih pravic samo, če je njihova ustanovitev in delovanje izraz svobodnega oblikovanja fizične osebe, še posebej, če spregled pravne osebnosti oziroma pogled na osebe, ki so za pravno osebo,¹² pokaže, da je to smiselno in potrebno.«¹³ Iz načelnega priznanja korporativnega varstva človekovih pravic pa **ne izhaja, da**

do (posamezne) človekove pravice oziroma je njen nosilec (titular, rus. *носитель фундаментальных прав, Юридические лица как носители основных прав*). Nosilec človekove pravice (kot načelne obrambne pravice oziroma pravice negativnega statusa) uživa varstvo pred državo in drugimi nosilci javnih oblasti, ki so v tej zvezi naslovniki (adresati) človekovih pravic, tj. zavezanci za njihovo spoštovanje oziroma pospeševanje (nem. *Grundrechtsverpflichtete*). Glej **K.A. Рывкин**, *Юридические лица как носители основных прав: российская и европейская практика*, v: Журнал российского права, št. 11, ноябрь 2007 (Система ГАРАНТ: <http://base.garant.ru/5408036/#ixzz4bNNr12Eb>, 11. 4. 2017). **Кузнецов В.**, *Конституция и права юридических лиц*, v: Российская юстиция, št. 4/1997, Система ГАРАНТ: <http://base.garant.ru/3540202/#ixzz4eKezENR4>, (14. 4. 2017); **Солдатов, Вадим Викторович**, *Защита конституционных прав юридических лиц в конституционном суде Российской Федерации*, Научная библиотека диссертаций и авторефератов disserCat <http://www.dissercat.com/content/zashchita-konstitutsionnykh-prav-yuridicheskikh-lits-v-konstitutsionnom-sude-rossiiskoi-fede#ixzz4eKg9VUSA>, Челябинск, 2007, 240 strani.

11 Glej **M Baldeger**, nav. delo, str. 89 in nasl.

12 Te osebe so lahko npr. poslododje, zaposleni v družbi z omejeno odgovornostjo, lastniki deležev, svetovalci uprave, delavci v delniški družbi, člani združenja itd.

13 Gre za vodilno odločitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča v zadevi »Sozialversicherungsträger«, št. BVerfGE 21, 362 (369) z dne 2. 5. 1967, kjer je sodišče med drugim navedlo: »Wertesystem der Grundrechte ... geht von der Würde und Freiheit des einzelnen Menschen als natürlicher Person aus. Die Grundrechte sollen in erster Linie die Freiheitssphäre des Einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen und ihm insoweit zugleich die Voraussetzungen für eine freie aktive Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern. Von dieser zentralen Vorstellung her ist auch Art. 19 Abs. 3 GG auszulegen und anzuwenden. Sie rechtfertigt eine Einbeziehung der juristischen Personen in den Schutzbereich der Grundrechte nur, wenn ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders wenn der »Durchgriff« auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll oder erforderlich erscheinen läßt«.

mora biti varstvo človekovih pravic pravnih oseb enako varstvu fizičnih oseb oziroma da se zanje uporabljajo enake določbe, prav tako iz tega ne izhaja enaka obravnava vseh pravnih oseb.¹⁴

Primerjalno gledano švicarsko Zvezno sodišče in ameriško Vrhovno sodišče nista vzpostavili splošnih meril glede intenzivnosti varstva človekovih pravic pri pravnih osebah, personalni substrat pravnih oseb pri odločanju o korporativnem varstvu človekovih pravic načelno ni imel nobene vloge.¹⁵ V nasprotju s tem pa je nemško Zvezno ustavno sodišče v judikaturi podalo določene posplošene razlike med varstvom človekovih pravic pravnih oseb in posameznikov, pri čemer pa teorija spregleda pravne osebnosti učinkuje neposredno na oblikovanje korporativnega varstva človekovih pravic.¹⁶ Nemško Zvezno ustavno sodišče intenzivnost presoje (nem. *Prüfungsdichte*) prilagaja konkretni osebnosti zvezi posameznika (torej člana pravne osebe) s pravno osebo (obstaja torej razlika, ali gre npr. za enoosebno družbo ali veliko podjetje, ki kotira na borzi).¹⁷ V nemški praksi je torej **personalni substrat pravnih oseb** (gre za stopnjo intenzivnosti odnosov med pravno osebo, njenimi stališči in dejanji na eni strani in osebami, ki so za to pravno osebo in delujejo zanj – npr. poslovodje, člani družbe, tj. njenimi osebami, njihovimi osebnostmi in voljo) pomemben pri oblikovanju korporativnega varstva človekovih pravic, saj ga nemško Zvezno ustavno sodišče upošteva pri različnih ustavnih jamstvih kot merilo za ugotovitev intenzivnosti kontrole.¹⁸ Povezavo med personalnim substratom pravnih oseb in intenzivnostjo kontrole je sodišče doslej uporabilo pri načelu enakosti, poklicni svobodi, lastninski pravici in svobodi združevanja.¹⁹ Če obstaja visoka personalna vsebina (npr. pri enoosebnih delniških družbah, manjših združenjih), gre za večjo intenzivnost kontrole, medtem ko gre pri manjši personalni vsebini pravne osebe (npr. pri velikih podjetjih, ki kotirajo na borzi) za nizko merilo presoje. Stopnjevanje intenzivnosti kontrole glede na personalni substrat pravnih oseb je logično oziroma prepričljivo, če se pri korporativnem varstvu človekovih pravic osredotočamo na zagotavljanje varstva posameznika in oblikovanje njegove osebnosti.²⁰ Stopnjevanje intenzivnosti kontrole je širitev teze o spregledu pravne osebnosti, ki zagotavlja varstvo človekovih pravic pravnim osebam na posameznike, ki so za temi pravnimi osebami, in ki se osredotoča na varstvo človekovega dostojanstva in svobode posameznika.²¹

Tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije (v nadaljevanju – US RS) se je načelno že opredelilo do vprašanja, ali so pravne osebe lahko nosilci (titularji) človekovih pravic, ko je na primer 3. točki sklepa št. Up-98/06 z dne 21. 12. 2006 (Ur. l. RS, št. 139/06 in OdlUS XV, 110) pojasnilo, da: »Ustavna pritožba kot posebno pravno sredstvo za varstvo človekovih pravic omogoča upravičencu oziroma nosilcu človekovih pravic varstvo pred posegi države in drugih javnopravnih

14 Nemško Zvezno ustavno sodišče razlikuje več ravni intenzivnosti presoje očitkov. **M. Baldegger**, nav. delo, str. 765.

15 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 92 ter 764, 765.

16 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 93.

17 Glej npr. odločitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča v zadevi »Montan Mitbestimmung« št. BVerfGE 99, 367 (388) z dne 24. 11. 1988.

18 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 93.

19 Prav tam.

20 Prav tam.

21 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 93 ter 768.

in zasebnopravnih oseb v njegove človekove pravice in temeljne svoboščine. Upravičene osebe za vložitev ustavne pritožbe so po ustaljeni ustavnosodni presoji poleg fizičnih oseb tudi pravne osebe, kolikor se posamezne človekove pravice glede na svojo naravo nanašajo nanje (sklep US RS št. Up-10/93 z dne 20. 6. 1995, OdlUS IV, 164).«

US RS je na nek način utemeljilo teorijo spregleda pravne osebnosti (ne da bi jo samo tako poimenovalo), ko je v odločbi št. U-I-40/12 z dne 13. 4. 2013 pri odgovoru na vprašanje, ali so tudi pravne osebe lahko nosilke človekovih pravic, izhajalo iz stališča, da je »pravno-etični temelj sodobnih držav, ki temeljijo na ustavni demokraciji, tj. pogoju, da mora biti oblast omejena z nekaterimi temeljnimi pravicami in svoboščinami, ki človeku pripadajo zaradi njegove lastne vrednosti, spoštovanje človekovega dostojanstva. Človekovo dostojanstvo je najvišja etična vrednota ter merilo in omejitev za delovanje državne oblasti. Ustavnopравни red je torej po mnenju US RS zgrajen na vrednotah, ki v temelju pripadajo posamezniku – svobodnemu človeškemu bitju. ... **Pravne osebe so tako pomembne tudi za uveljavljanje nekaterih pravic fizičnih oseb, tudi njihovih človekovih pravic. Zato je potrebno tudi ustrezno ustavno varstvo pravnih oseb.**«²² V 18. točki iste odločbe je US RS nadaljevalo: »Razvoj v ustanavljanju in delovanju pravnih oseb je pripeljal do tega, da je treba tudi pravnim osebam zagotoviti pravno varstvo na nekaterih področjih, na katerih gre sicer ustavnopravno varstvo fizičnim osebam, pri čemer je varstvo pravnih oseb po svoji naravi izvedeno iz potrebe po varstvu človeka. Zato je treba nekatere pravice, ki jih Ustava zagotavlja fizičnim osebam kot človekove pravice, priznati tudi pravnim osebam kot ustavno varovane pravice. **Vendar ne zaradi tega, ker bi bile pravne osebe in ustavne pravice, ki jim pripadajo, cilj sam po sebi, temveč zato, ker se prek njih varujejo človekove pravice fizičnih oseb. Vendar je to varstvo pravic pravnih oseb odvisno najprej od tega, ali se posamezne pravice glede na svojo vsebino in naravo nanje lahko nanašajo.**«²³ Zato lahko torej po mnenju US RS govorimo o »ustavnih pravicah pravnih oseb.

Vendar Ustava Republike Slovenije pravnim osebam zagotavlja enakovredno pravno varstvo le glede nekaterih pravic, ki jih sicer priznava kot človekove pravice fizičnih oseb (npr. glede ustavnih procesnih jamstev iz 22. člena Ustave), glede nekaterih pravic zagotavlja manjšo stopnjo varstva kot fizičnim osebam, nekaterih pravic pa pravna oseba glede na naravo človekove pravice oziroma pravne osebe sploh ne more uživati.²⁴

22 Glej 18. točko obrazložitve odločitve US RS v zadevi št. U-I-40/12 z dne 13. 4. 2013.

23 V tem smislu je US RS že odločilo, da imajo pravne osebe glede premoženjskih zadev enake pravice kakor fizične osebe. Prav tako je US RS menilo, da imajo pravne osebe zagotovljeno tudi ustavno varstvo iz prvega odstavka 39. člena Ustave, ki varuje pravico do svobode izražanja, varstvo splošne svobode ravnanja (35. člen Ustave), varstvo ustavnih procesnih jamstev ter varstvo po 33. členu Ustave (varstvo zasebne lastnine) in prvem odstavku 74. člena Ustave (svobodna gospodarska pobuda). Pravica do svobodne gospodarske pobude, ki je z Ustavo zagotovljena kot človekova pravica fizičnih oseb, torej varuje tudi pravno osebo, seveda prilagojeno naravi te pravice in naravi pravne osebe. Tako lahko na ustavnopravni ravni govorimo o ustavnem varstvu pravnih oseb, katerega sestavni del so glede na navedeno prilagojene pravice v primerjavi s tistimi, ki jih kot človekove pravice Ustava zagotavlja fizičnim osebam.

24 Glej 19. točko obrazložitve odločitve US RS v zadevi št. U-I-40/12 z dne 13. 4. 2013.

Glede pravice do zasebnosti pa je US RS posebej zapisalo: »Pravna oseba je umetna tvorba pravnega reda. Ustanovitev in delovanje pravne osebe sta izvedena iz človekove pravice do ustanavljanja pravnih oseb za uresničevanje interesov fizičnih oseb. Vendar je tudi za obstoj pravne osebe in za normalno izvrševanje njene dejavnosti, zaradi katere je ustanovljena, pomembno, da uživa neko notranje polje, ki je v razumni meri varovano in zaščiteno pred zunanjimi vdori. V tem polju lahko njeno delovanje, ki sledi namenu ustanovitve pravne osebe, v miru uresničujejo pripadniki njenega personalnega substrata (družbeniki, člani, zaposlene osebe, poslovodstvo itd.). Razlog za to je v težnji po varovanju organizacij (v katere se združujejo posamezniki) pred arbitrarnim vmešavanjem državnih oblasti, kar je temeljni namen varstva zasebnosti. Ni si mogoče predstavljati, kako bi lahko pravna oseba nemoteno načrtovala svojo dejavnost in dosegala svoje cilje, če ne bi imela možnosti varovati dejstva in podatke o svojem delovanju pred (samovoljnimi) posegi države ali pred posegi drugih zasebnikov, oziroma če ji ne bi bila zagotovljena določen prostor, varen pred neželenimi vdori, ter možnost varnega in zasebnega komuniciranja, tudi na daljavo. Tudi pravna oseba razpolaga z neko funkcionalno, kadrovsko in prostorsko opredeljeno notranjo sfero, za katero utemeljeno pričakuje, da je zavarovana pred vdori tretjih, ki ne spadajo v organizacijsko strukturo pravne osebe. Tudi pravna oseba torej v tem pogledu uživa ustavno pravico do zasebnosti, čeprav prilagojeno svoji naravi. Vendar to izhodišče ne pomeni, da mora pravna oseba uživati to ustavno pravico v enaki meri oziroma v enakem obsegu, kot velja za človekove pravice fizičnih oseb. Ker so pravne osebe umetne pravne tvorbe, ki so ustavno varovane zato, da bi se širilo in varovalo polje svobode posameznika, je že v temelju stopnja njihovega varstva lahko nižja kot pri fizičnih osebah.«²⁵

3. JAVNOPRAVNE PRAVNE OSEBE KOT NOSILKE ČLOVEKOVIH PRAVIC

Človekove pravice naj bi tako varovale predvsem področje svobode posameznika pred posegi javne oblasti in s tem posamezniku zagotavljale pogoje za njegovo svobodno aktivno sodelovanje in oblikovanje v skupnosti. Taka ureditev upravičuje vključitev pravnih oseb v področje varstva človekovih pravic samo tedaj, če sta njihova ustanovitev in delovanje izraz svobodnega oblikovanja fizičnih oseb, posebej pa tedaj, če je **spregled pravne osebe (nem. Durchgriff)**, tj. prenos na človeka, ki je za to pravno osebo, smiseln ali potreben.²⁶ Obstajajo pa načelni pomisleki proti temu, da bi razširili titularstvo človekovih pravic na pravne osebe javnega prava, kadar te izvajajo javne naloge.²⁷ Glede na stališče,

25 Glej 20. točko obrazložitve odločitve US RS v zadevi št. U-I-40/12 z dne 13. 4. 2013.

26 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 98 in nasl.

27 Glej **W. Höfling**, nav. delo, str. 69. Primerjaj tudi: **Herbert Bethge**, *Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz*, Passau, 1985; **Karl August Bettermann**, *Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger*, v: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1969, str. 1321; **Norbert Zimmermann**, *Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts*, München, 1993; **Philipp Lindermuth**, *Der Grundrechtsschutz des Staates und seiner Einrichtungen*, v: **Arno Kahl/ Nicolas Raschauer/ Stefan Storr** (ur.), *Grundsatzfragen der europäischen Grundrechtscharta*, Verlag Österreich, 2013; **Wiltraut Rupp v. Brünneck**, *Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen*, v: **Horst Ehmke/ Carlo Schmidt/ Hans Scharoun** (ur.): *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1969, str. 349; **Heinrich Scholler**

da se človekove pravice nanašajo na odnos posameznika do javne oblasti, bi bilo nezdržljivo, da bi bila država sama imetnik, nosilec oziroma koristnik človekovih pravic; država ne more biti hkrati adresat in upravičenec do človekovih pravic; lahko sicer pride do posegov in prekoračitvev pooblastil kakega od nosilcev javnih pooblastil v vlogo in premoženje drugega nosilca javnih pooblastil, vendar pa gre pri tem smiselno (le) za spor glede pristojnosti v širšem pomenu besede (in ne za kršitev človekovih pravic).²⁸

Če podrobneje opazujemo razvoj ustavnosodne judikature npr. ustavnega sodišča v Lihtenštajnu, lahko prepoznamo primerljivo osnovno koncepcijo, ki poudarja, da je primarna vloga človekovih pravic v tem, da so »obrambne pravice proti državi« (nem. *Schutzrechte gegen den Staat*).²⁹ Pravne osebe javnega prava so lahko »samo izjemoma legitimirane vložiti ustavno pritožbo na ustavno sodišče zaradi kršitev ustavnopravno zavarovanih pravic«.³⁰ Judikatura nemškega Zveznega ustavnega sodišča in v Nemčiji prevladujoča ustavnopravna teorija odgovarja na navedena vprašanja v smislu pristopa »pravilo – izjema«. **Osrednji smisel vsebine človekovih pravic je v »varstvu svobode posameznega človeka kot fizične osebe pred posegi državne oblasti«³¹, kar vodi do temeljnega stališča, da pravne osebe javnega prava nimajo sposobnosti biti nosilec človekovih pravic.** Kljub temu so mogoče izjeme, ki pa jih je treba posebej utemeljiti. Tako se v Nemčiji priznava izjema glede titularstva oseb javnega prava kot nosilcev človekovih pravic, če gre za javnopravne univerze, javne radiotelevizije in cerkve (gre za t. i. triado izjem – nem. »*Ausnahmetrias*«).³²

Siegfried Broß, *Grundrechtsschutz für juristische Personen des öffentlichen Rechts*, v: Die öffentliche Verwaltung, 1978, str. 238; **Otto Seidel**, *Grundrechtsschutz juristischer Personen des öffentlichen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, v: **Walther Fürst/ Roman Herzog/ Dieter C. Umbach** (ur.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Gruyter, Berlin, New York, 1987, str. 1459; **Werner Siepermann**, *Die öffentliche Hand als Grundrechtsträger*, v: Die öffentliche Verwaltung, 1975, str. 263; **Siegfried Broß**, *Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts*, v: Verwaltungsarchiv, 1986, str. 65; **Luisa Crones**, *Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2002; **Horst Dreier**, Art. 19 III., v: **Horst Dreier** (ur.), *Grundgesetz Kommentar Band I*, 2013; **Horst Dreier**, *Zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des öffentlichen Rechts*, v: **Norbert Achtenberg** (ur.), Festschrift für Scupin, Öffentliches Recht und Politik, 1973, str. 81; **Walter Frenz**, *Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts bei grundrechtssichernder Tätigkeit*, v: Verwaltungsarchiv, 1994, str. 22; **Ludwig Fröhler**, *Der Grundrechtsschutz der interessensvertretender Körperschaften des öffentlichen Rechts*, v: **Schäffer/ Köringhofer** (ur.), *Im Dienst an Staat und Recht*, Internationale Festschrift Erwin Melchiar zum 70. Geburtstag, 1989, str. 9; **Ernst-Werner Fuß**, *Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger*, v: Deutsches Verwaltungsblatt, 1958, str. 739; **Josef Isensee**, *Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen*, v: **Josef Isensee/ Paul Kirchhof** (ur.), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, 2011, str. 911; **Klaus Kröger**, *Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger*, v: Juristische Schulung, 1981, str. 26; **Enrique Sánchez Falcón**, *La distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado (Verdades y confusiones de una problemática)*, v: Revista de derecho público, št. 15/1983, str. 78–86; **Gregor Heißl**, *Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen*, *Systematik in der österreichischen Rechtsordnung*, v: Zeitschrift für öffentliches Recht, št. 2/2016, str. 215–239.

28 Odločitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča v zadevi št. BVerfGE 21, 362 z dne 2. 5. 1967.

29 Odločitev v zadevi št. StGH 2000/10 z dne 5. 12. 2000, str. 15.

30 Odločitev v zadevi št. StGH 2000/12 z dne 5. 12. 2000, str. 18.

31 Glej odločitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča v zadevi »Zahntechniker« št. BVerfGE 68,193 (205) z dne 31. 10. 1984.

32 Glej **W. Höfling**, nav. delo, str. 76.

4. PRIMERJALNOPRAVNI POGLED

Nemčija je ena redkih držav, kjer je problematika vprašanja, ali so pravne osebe lahko titularji človekovih pravic, urejena že v ustavnem besedilu (*Grundgesetz* – GG).³³ Tretji odstavek 19. člena GG sicer na splošno ureja pravne osebe, glede na besedilo ustave pa naj bi se ta določba nanašala na vse pravne osebe ne glede na njihovo pravno obliko, tj. ne glede na to, ali gre za osebe javnega ali zasebnega prava.³⁴

Vendar pa nemško Zvezno ustavno sodišče (*Bundesverfassungsgericht*) zavrača enako obravnavo pravnih oseb javnega in zasebnega prava glede na stališče, da je namen človekovih pravic, da varujejo človekovo dostojanstvo in svobodo posameznika. Prvotni namen človekovih pravic je varovanje posameznika proti državi, in ne varstvo države, zato po mnenju sodišča ... »*obstajajo načelni pomisleki proti temu, da bi razširili titularstvo človekovih pravic na pravne osebe javnega prava na področju zagotavljanja javnih nalog. Človekove pravice se nanašajo na odnos med posameznikom in javno oblastjo, zato je nezdržljivo, da bi državo samo naredili za imetnika ali koristnika človekovih pravic ... To pa ne velja samo tedaj, ko nastopa država sama neposredno – tj. kot državna oblast zveze ali dežele, temveč načelno tudi, kadar za izvajanje svojih nalog uporablja samostojne pravne tvorbe.*«³⁵

Temu je nemško Zvezno ustavno sodišče dodalo, da »*se izpolnjevanje javnih nalog prek pravnih oseb javnega prava ... po vseh pravilih ne izvaja kot zagotavljanje izvirnih svoboščin, temveč na podlagi pristojnosti, ki jih določa veljavna zakonodaja, in ki so vsebinsko odmerjene in zamejene. Ureditev teh odnosov in odločanje o sporih, ki iz tega izhajajo, ni predmet človekovih pravic, saj nima neposredne povezave s človekom.*«³⁶

Ker pa naj upoštevanje le oblike pravne osebe pri presoji ne bi bilo pravično glede na mnogovrstnost oblik pravnih oseb, je nemško Zvezno ustavno sodišče vzpostavilo natančni instrumentarij in pri določitvi titularstva človekovih pravic **primarno upošteva vlogo (izvajanje oblastnih nalog versus izvajanju svoboščin človeka), pri izvajanju katere je pravna oseba prizadeta z oblastnim aktom, ter razmerje institucije do države in odnos do področja človekove svobode.**³⁷ Glede vloge pravne osebe je nemško Zvezno ustavno sodišče natančneje navedlo, da »*je upravičenje do človekovih pravic... posebej odvisno od vloge, v kateri je pravna oseba javnega prava prizadeta zaradi spornega akta javne oblasti. Če gre za vlogo zagotavljanja zakonsko dodeljenih in določenih javnih nalog, se pravna oseba v taki vlogi ne more sklicevati na svoje človekove pravice.*«³⁸

33 Podobna določba je sicer tudi v 12. členu portugalske ustave iz leta 1976, ki izrecno določa, da imajo pravne osebe pravice in dolžnosti, ki so združljive z njihovo naravo. Španska ustava se posredno in v nekaterih točkah opredeljuje do titularstva pravnih oseb, ko v točki b prvega odstavka 162. člena pooblašča pravne osebe, da lahko vložijo ustavno pritožbo zaradi kršitve ustavnih pravic, in jih omenja v nekaterih ustavnih določbah (npr. kot nosilke pravice do ustanovitve zasebnih šol iz 27. člena). Po 2. členu italijanske ustave iz leta 1947, po katerem republika priznava in zagotavlja pravice tako človeku kot posamezniku kakor tudi družbenim skupinam, v katerih ta posameznik oblikuje svojo osebnost.

34 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 100.

35 Odločitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča v zadevi št. BVerfGE 21, 362 (369) z dne 2. 5. 1967.

36 Prav tam.

37 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 100, 101.

38 Odločitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča št. BVerfG-K, v: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, str. 1634.

Nemško Zvezno ustavno sodišče ima najbolj medsebojno povezano stališče glede pravnih oseb javnega prava kot titularjev človekovih pravic.³⁹ Tovrstno stališče se povezuje s tezo o spregledu pravne osebnosti (nem. *Durchgriffsthese*) in se opira na pojmovanje človekovih pravic, ki temelji na človekovem dostojanstvu.⁴⁰ **Izhodišče za zagotavljanje varstva človekovih pravic osebam javnega prava je zato varstvo človekove osebnosti in dostojanstva človeka ali splošno varstvo človeka in zasebno uresničevanje človekovih pravic.** Zato je sodišče precej zadržano pri odločanju glede tega, da bi se varstvo človekovih pravic razširilo na državne akterje; le če država oziroma druge osebe javnega prava, kot so državne univerze, javne radiotelevizije,⁴¹ cerkve – namenjene tudi zasebnemu uresničevanju človekovih pravic (nem. *private Menschenrechtverwirklichung*), ker jim je z njihovimi nalogami (pristojnostmi) določeno neposredno uresničevanje nekih področij življenja, ki so zaščitena s človekovimi pravicami, se jim lahko prizna titularstvo človekovih pravic.⁴²

V **Švici** ustavnosodna praksa upošteva načelo, da se nosilci državne uprave ne morejo sklicevati na človekove pravice.⁴³ Sodna praksa Zveznega sodišča glede titularstva pravnih oseb javnega prava je omejena na preizkus dopustnosti vložitve ustavne pritožbe zaradi kršitve človekovih pravic.⁴⁴ Neposredno pa se je z vprašanjem, ali so pravne osebe javnega prava lahko titularji človekovih pravic, ukvarjalo le redko.⁴⁵ To je negativno vplivalo na kakovost sodne prakse.⁴⁶ Zvezno sodišče je izoblikovalo naslednje pravilo:⁴⁷ »*Ustavna pritožba je pravno sredstvo, namenjeno varstvu nosilca ustavne pravice proti posegom državne oblasti; samo ti nosilci jo imajo na voljo. Država kot imetnik suverene oblasti ni subjekt ustavnih pravic. Te obstajajo v razmerju do države. Iz tega izhaja, da javnopravne korporacije niso legitimirane za ustavno pritožbo, da bi kot take z njo spodbijale kako odločitev proti njim. To pravilo se ne uporablja samo za kantone in občine, temveč tudi za njihove organe, ki delujejo kot nosilci javne oblasti. Prav tako to velja za javnopravne korporacije, institucije, ki zastopajo splošne interese ali izpolnjujejo naloge, ki jih je nanje prenesla država.*«⁴⁸

V **Združenih državah Amerike** bi težko našli obsežno in sistematično analizo vprašanja, ali so državni organi oziroma druge osebe javnega prava lahko nosilci človekovih pravic.⁴⁹ V ZDA ni notranje skladne teorije, prav tako pa je kakovostno

39 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 176–181.

40 **M. Baldegger**, nav. delo, str. 85.

41 Glej odločitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča v zadevi »Aufzeichnungspflicht« št. BVerfGE 95, 220 (234) z dne 26. 2. 1997.

42 Prav tam. Glej še odločitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča v zadevi »Inkompatibilität/ Kirchliches Amt« št. BVerfGE 42, 312 (321) z dne 21. 9. 1976.

43 Glej **W. Höfling**, nav. delo, str. 76; **M. Baldegger**, nav. delo, str. 118.

44 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 120.

45 Prav tam.

46 Prav tam.

47 Glej odločitev švicarskega Zveznega sodišča št. BGE 109 Ia, str. 173, 174.

48 Deloma je Zvezno sodišče še dodatno navedlo, da človekove pravice niso namenjene temu, da bi nek (državni) organ, ki deluje na podlagi zakonsko določenih pristojnosti, varovale pred kršitvami nekega drugega organa. Iz tega stališča Zveznega sodišča lahko razberemo izrecno ločitev državnega (ki temelji na zakonsko določenih pristojnostih) in zasebnega ravnanja (ki temelji na uresničevanju izvirnih svoboščin). Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 120.

49 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 161.

in količinsko skromna tudi sodna praksa.⁵⁰ Izjema je področje doktrine *state action*, s katero sta se teorija in sodna praksa precej ukvarjali.⁵¹ Ta doktrina sicer zastavlja vprašanje, pod kakšnimi pogoji lahko zasebne akterje štejejo za državne akterje (in jih s tem zavežemo k spoštovanju človekovih pravic – postanejo torej adresati človekovih pravic).⁵² Ta doktrina se omejuje na ugotavljanje dolžnosti spoštovanja človekovih pravic (nem. *Menschenrechtsverpflichtung*) državnih organov in organov oziroma zasebnih institucij, ki so blizu države, ne ukvarja pa se z vprašanjem, ali so te institucije pod določenimi pogoji lahko tudi titularji človekovih pravic (nem. *menschenrechtsberechtigt*).⁵³

Dolžnost spoštovanja človekovih pravic in upravičenost do človekovih pravic sta večinoma zrcalni podobi, kar pomeni, da kdor je vezan na človekove pravice, praviloma hkrati ne more biti nosilec človekove pravice, vendar pa se to *per definitionem* ne izključuje, kar kaže med drugim praksa ameriškega Vrhovnega sodišča glede političnih strank, ki so načelno (hkrati) titularji človekovih pravic, v zvezi z določenimi dejavnostmi pa tudi naslovniki človekovih pravic.⁵⁴ Če po doktrini *state action* opredelimo določenega akterja kot državnega, dopušča to samo pogojno sklep o njegovi sposobnosti biti nosilec človekovih pravic.⁵⁵ Doktrina se je samo na dveh področjih v omejenem obsegu ukvarjala s titularstvom človekovih pravic državnih institucij in državi bližnjih institucij kot takih – po eni strani v zvezi s svobodo govora (*free speech*, 1. amandma k ameriški Ustavi) in po drugi strani v zvezi z občinami in drugimi državnimi akterji na lokalni ravni.⁵⁶

V načelu obstaja neizpodbitno izhodišče v ameriškem ustavnem pravu, da je treba pri vsakršnem državnem delovanju spoštovati človekove pravice, zato država ne more biti titular človekovih pravic.⁵⁷ Ameriško Vrhovno sodišče je upravičenost posameznih ameriških držav do človekovih pravic (glede na načelo enakosti iz 14. amandmaja k Ustavi) zavrnilo z jasnimi besedami, da to jamstvo varuje ljudi, ne pa držav (*»people not States«*).⁵⁸ Prav tako jasno je sodišče zavrnilo titularstvo države v zvezi z *due process clause* 5. amandmaja k ustavi z besedami: *»The word »person« in the context of the Due Process Clause ... cannot, by any reasonable mode of interpretation, be expanded to encompass the States of the Union, and to*

50 Prav tam.

51 Prav tam.

52 Kateri akterji se poleg centralne uprave še lahko štejejo za državne ali državi pripisljive akterje, presoja ameriško Vrhovno sodišče glede na celovito materialno presojo. Odločilno je, ali je podana dovolj tesna povezava zasebnega akterja z državo, da bi lahko njegovo delovanje opredelili kot državno ravnanje (pripisljivost državi). Pri tem ameriško Vrhovno sodišče med drugim upošteva, ali akter izvaja državni tradicionalno pridržana ravnanja, ali prejema akter državno pomoč ali podporo, kakšne kontrolne mehanizme ima država v razmerju do tega akterja in v kakšnem obsegu deluje akter s pomočjo državne organizacije ali državnih uslužbencev. Pri tem pa ni pomembna uradna oznaka državne institucije ali oblika družbe (npr. *corporation*).

53 Glej **M. Baldeger**, nav. delo, str. 161.

54 Prav tam.

55 Glej **M. Baldeger**, nav. delo, str. 162.

56 Prav tam. Podrobneje glej: **Michael A. Lawrence**, *Do »Creatures of the State« Have Constitutional Rights?: Standing for Municipalities to Assert Procedural Due Process Claims Against the State*, v: Villanova Law Review, vol. 47, 2002, str. 93–116; **Josh Bendor**, *Municipal Constitutional Rights: a New Approach*, v: Yale Law & Policy Law Review, vol. 31, št. 1/2012, str. 389–431.

57 Prav tam.

58 Glej odločitev v zadevi ameriškega Vrhovnega sodišča v zadevi: *Pennsylvania v. New Jersey*, 426 U.S. 660 (1976.), 664, nav. po **M. Baldeger**, nav. delo, str. 162

our knowledge this has never been done by any court.»⁵⁹ Nasprotno pa Vrhovno sodišče ni povsem izrecno odločilo, da ZDA (tj. zvezni organi) ne bi mogli biti nosilci *due process clauses*.⁶⁰ V zvezi s svobodo mišljenja in svobodo tiska je eden od članov sodišča zanikal upravičenost države do človekovih pravic z naslednjimi besedami: »*The First Amendment protects the press from governmental interference; it confers no analogous protection on the Government.*«⁶¹ Po stališču ameriškega Vrhovnega sodišča se podenote posameznih držav (npr. občine, okoliši itd.) nikakor ne morejo sklicevati na človekove pravice v razmerju do njihovih (lastnih) držav, poleg tega so pri občinah relativno pogosti odmiki od načela, da država in akterji, ki jih lahko uvrstimo v državno organizacijo, niso titularji človekovih pravic.⁶²

Izjema od načelne izključitve države in drugih oseb javnega prava kot titularjev človekovih pravic je sodna praksa Vrhovnega sodišča v zvezi z določbo *taking clause* 5. amandmaja k Ustavi. Sodišče je odločilo, da je to jamstvo mogoče uporabiti tudi za države in občine, ki lahko zahtevajo odškodnino, če bi zvezni organi odtujili njihovo lastnino (*taking rights*).⁶³ V nasprotju z besedilom ameriške Ustave, ki se nanaša samo na zasebno lastnino, je Vrhovno sodišče pritrdilo, da so državne institucije lahko titularji človekovih pravic, pri tem pa je navedlo, da je izguba lastnine nekega državnega organa enako pomembna za osebe, ki imajo koristi od državnih institucij, in za davkoplačevalce, podobno kot v primeru, če je prizadeta zasebna lastnina, zaradi česar naj bi se tudi državna lastnina razlagala kot »*private property*«. ⁶⁴

Od načela, da država in druge osebe javnega prava niso upravičene do človekovih pravic, pa se ameriško Vrhovno sodišče občasno oddalji, pri tem pa odločitve ne kažejo kakšne rdeče niti.⁶⁵ Poleg t. i. *taking rights* je sodna praksa včasih posebna tudi pri občinah, tudi glede drugih človekovih pravic – v sicer manj dosledni oziroma protislovni praksi; odmaknila se je od izključitve varstva človekovih pravic državnim akterjem.⁶⁶ To razkriva določeno nagibanje sodišča k temu, da bi zvezno strukturo države zavarovalo prek človekovih pravic.⁶⁷ Nenazadnje lahko v praksi ameriškega Vrhovnega sodišča najdemo še neodločne ideje o upravičenosti do človekovih pravic državnih izobraževalnih ustanov (univerz, knjižnic⁶⁸)⁶⁹ in državnih medijskih

59 Glej odločitev ameriškega Vrhovnega sodišča v zadevi: *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966.), 323, navedeno po **M. Baldegger**, nav. delo, str. 162.

60 Glej **Rhonda Wasserman**, *Procedural Due Process, A Reference Guide to the United States Constitution*, Westport etc., 2004, str. 53, nav. po **M. Baldegger**, nav. delo, str. 163 – *Wasserman* k temu dodaja: »*Since the Due Process Clause were designed to protect individuals from arbitrary government action, however, it would be anomalous to conclude that the United States is a »person« protected by due process.*«

61 Sodnik *Stewart*, glej primer ameriškega Vrhovnega sodišča: *Inc. v. Democratic National Comm.*, 412 U.S. 94 (1973.), 139, nav. po **M. Baldegger**, nav. delo, str. 163.

62 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 163.

63 Primer ameriškega Vrhovnega sodišča: *United States v. 50 Acres of Land*, 469 U. S. 24 (1984), 31, nav. po **M. Baldegger**, nav. delo, str. 163.

64 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 163. Glej primer ameriškega Vrhovnega sodišča: *United States v. 50 Acres of Land*, 469 U. S. 24 (1984.)

65 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 175.

66 Prav tam.

67 Prav tam.

68 Primerjaj odločitev ameriškega Vrhovnega sodišča v zadevi: *United States v. American Library Ass'n, Inc.* 539 U. S. 194 (2003.)

69 Primerjaj odločitev ameriškega Vrhovnega sodišča v zadevi: *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978).

podjetij v zvezi s 1. amandmajem (*speech*).⁷⁰ Državne izobraževalne ustanove in državi bližnja medijska podjetja imajo že od nekdaj dokajšnjo avtonomijo znanstvenega udejstvovanja oziroma oblikovanja programa, novo pa je, da se je sodišče večkrat ukvarjalo z vprašanjem, ali so zahteve po avtonomiji subjektivne zahteve teh institucij po človekovih pravicah.⁷¹

5. SLOVENIJA

Problematika, ali so država oziroma druge osebe javnega prava lahko nosilci človekovih pravic, je tako kakor v primerjalnem pravu tudi v Sloveniji v zvezi s prakso US RS glede legitimacije za vložitev ustavne pritožbe.⁷² Pri tem lahko ugotovimo, da US RS še ni dokončno izoblikovalo prakse glede aktivne legitimacije države oziroma državnih organov in drugih oseb javnega prava. V zadevi št. OdlUS XIII, 90⁷³ je US RS še vztrajalo na stališču, da so pravne osebe javnega prava, konkretno javni zavod in občina, nosilke ustavnih procesnih jamstev in zato upravičene vložiti ustavno pritožbo. Glede države je US RS sprejelo stališče, da **je treba najprej ugotoviti, v kateri vlogi je država – oblastni ali neoblastni; v sodnih postopkih, ki ne izvirajo iz oblastnih aktov (*iure imperii*), temveč iz neoblastnih aktov (*iure gestionis*), je država izenačena z vsako drugo osebo zasebnega prava in so ji zato zagotovljena tudi ustavnopravna procesna jamstva iz 22. člena.**⁷⁴

V zadevi št. OdlUS XV, 110⁷⁵ je US RS sprejelo stališče, da sodišče ne more vložiti ustavne pritožbe, ker kot državni organ, ki nima pravne subjektivitete, ne more biti nosilec človekovih pravic. V tem primeru je bil poudarek na tem, da organ ni bil samostojna pravna oseba, US RS pa se ob tem ni spraševalo, ali so država in državni organi sploh lahko nosilci človekovih pravic. Pri pravnih osebah javnega prava je torej ključno vprašanje (poleg pogoja, da je podana lastna pravna subjektiviteta), ali oseba deluje oblastno ali neoblastno. V zadevi OdlUS XVII, 98⁷⁶ je US RS odreklo aktivno legitimacijo Zavodu za pokojninsko in invalidsko

70 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 175.

71 Glej **M. Baldegger**, nav. delo, str. 176.

72 Pregled prevzet po **Sebastian Nerad**, v: **Lovro Šturm** (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, dopolnitev – A, Fakulteta za državne in evropske študije, Ljubljana, 2011, str. 1452.

73 Glej zadevo US RS št. Up-387/03, Ur. l. RS, št. 131/04.

74 Zakonodajalec daje tudi osebam javnega prava pravico, da svoj pravni položaj varujejo v postopkih pred sodišči, zato pripada ta pravica tudi javnemu zavodu (Sklep US RS št. Up-199/98 z dne 25. 3. 1999). V ozadju obrazložitve tega sklepa je bilo izhodišče, da je sodni postopek mehanizem, ki bi deloval izkrivljeno, če se pravila ne bi izvajala enako za obe stranki postopka. Izključitev oseb javnega prava bi porušilo zahtevano ravnovesje in bi privedlo do kršitve enega od temeljnih ustavnih načel, to je načela pravne države. US RS je potrdilo to svoje stališče, ko je v zadevi št. Up-373/97 (OdlUS X, 108 in Ur. l. RS, št. 19/2001) meritorno presojalo navedbe občine, da sta ji bili v pravdnem postopku kršeni pravica do pravnega sredstva iz 25. člena ustave in enako varstvo pravic iz 22. člena Ustave, ustavno sodišče pa se ni opredelilo do vprašanja, ali se občina kot pravna oseba javnega prava lahko sklicuje na varstvo pravice do zasebne lastnine iz 33. člena Ustave. Delni odgovor na vprašanje, v kakšnem obsegu so osebe javnega prava lahko nosilke ustavne pravice do zasebne lastnine, lahko najdemo v obrazložitvah US v postopku abstraktne presoje (OdlUS IV, 19, U-I-179/94, Ur. l. RS, št. 28/95; OdlUS VI, 11, U-I-304/95, Ur. l. RS, št. 11/97; OdlUS VI, 52, U-I-82/96, Ur. l. RS, št. 35/97; OdlUS VI, 57, U-I-112/95, Ur. l. RS, št. 34/97). Povzeto po **Franc Testen**, v: **Lovro Šturm** (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana, 2002, str. 1101.

75 Glej zadevo US RS št. Up-98/06, Ur. l. RS, št. 139/06.

76 Glej zadevo US RS št. Up-157/08, Ur. l. RS, št. 108/08.

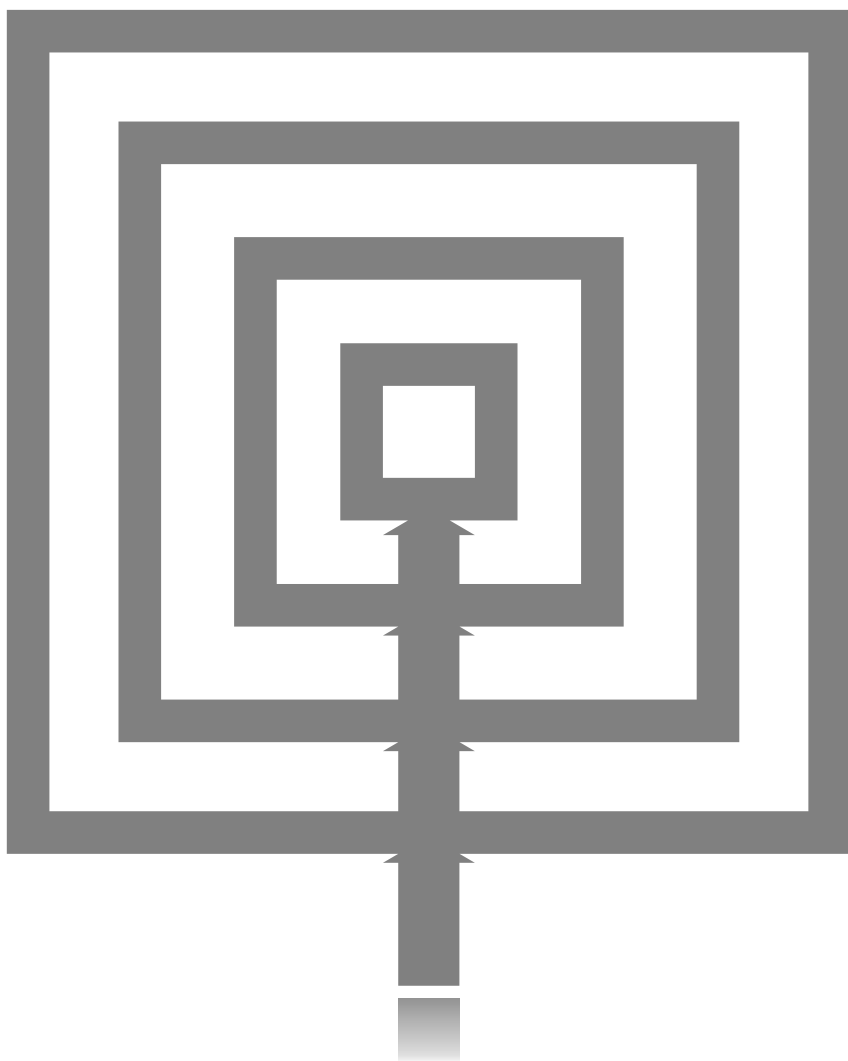
zavarovanje z obrazložitvijo: »Pritožnik, ki je javni zavod, je pravna oseba. Kot nosilec in izvajalec obveznega pokojninskega in invalidskega zavarovanja je v obravnavanem primeru v položaju oblastnega organa. V takšnem položaju pa glede na naravo človekovih pravic ne more biti nosilec teh pravic. Zgolj dejstvo, da je bil stranka v postopku pred sodišči, njegovega položaja oblastnega organa v razmerju do predmeta socialnega spora, v katerem je bila izdana izpodbijana sodba, ne spremeni. Glede na navedeno pritožnik v obravnavanem primeru nima aktivne legitimacije za vložitev ustavne pritožbe.«

6. SKLEP

Članek prikazuje nekatere vidike v razvoju teorije in ustavnosodne prakse, ki je pravnim osebam priznala, da so lahko nosilke človekovih pravic. Pri utemeljevanju sodne prakse lahko vidimo, da temeljna usmeritev pri razlagi človekovih pravic izhaja iz posameznika (*individuum*).⁷⁷ Utemeljevanje pravnih oseb kot titularjev človekovih pravic, še posebej teorija o spregledu pravne osebnosti (nem. *Durchgriffsthese*), ki jo je razvilo nemško Zvezno ustavno sodišče, priznava in oblikuje korporativno varstvo človekovih pravic na vrednoti človekove svobode ter na varstvu človeka kot središču ustavnopravnega varstva. Tudi US RS je, ne da bi to izrecno navedlo, sprejelo utemeljitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča in sprejelo teorijo spregleda pravne osebnosti, kakor izhaja iz predstavljenih odločitev. Vprašanja, ali so tudi osebe javnega prava lahko nosilci človekovih pravic, pa se posamezna ustavna sodišča v judikaturi lotevajo glede na konkretni primer. Pri tovrstni presoji se sodišča ne odločajo o morebitnem titularstvu države in pravnih oseb javnega prava (samo) glede na pravno obliko pravne osebe (javnopravne oziroma zasebnopravne) ali glede na to, ali gre za državno ali zasebno podjetje (odklanjajo torej povsem formalistični način obravnave), temveč veliko bolj glede na konkretni primer, pri čemer se npr. nemško Zvezno ustavno sodišče in ameriško Vrhovno sodišče opirata na več meril.⁷⁸ Nemško Zvezno ustavno sodišče odloča v bistvenem glede na vlogo pravne osebe (izvajanje javnih nalog *versus* izvajanje svoboščin kot človekove pravice), odnos institucije do države ter odnos do področja človekove svobode. Švicarsko Zvezno sodišče se postavlja v načelu na naloge in funkcijo akterja in tako zanika, da bi bile osebe javnega prava lahko titularji človekovih pravic, kadar delujejo pri izpolnjevanju javnih nalog oblastno, obstaja pa izjema v primeru, če je pravna oseba javnega prava, tudi državni akterji centralne uprave, v določenih položajih (tj. v svojem svojstvu kot lastnik ali zavezanec za plačilo), enako prizadeta kot zasebnopravne osebe zaradi nekega državnega ravnanja.

⁷⁷ Glej M. Baldegger, nav. delo, str. 88.

⁷⁸ Glej M. Baldegger, nav. delo, str. 177.



**IZ PRAKSE ZA
PRAKSO**



SODNA RAZVEZA POGODBE O ZAPOSLOTIVI¹

Marjana Lubinič
vrhovna sodnica, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

I. UVOD

Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1, Ur. l. RS št. 21/2013 in naslednji) v 118. členu ureja prenehanje pogodbe o zaposlitvi na podlagi sodbe sodišča. Gre za enega od načinov prenehanja pogodbe o zaposlitvi, ki so umeščeni v 12. poglavje ZDR-1. Posebnost prenehanja pogodbe o zaposlitvi po navedeni določbi je, da delavcu kljub ugotovljeni nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi delovno razmerje vseeno preneha.

Zgodovinski razvoj tega instituta ter analiza zdajšnje zakonske ureditve in prakse Vrhovnega sodišča so v pravni literaturi že obdelani², vendar pa se ob razvoju sodne prakse odpirajo nove dileme in iščejo nove rešitve, zaradi katerih se k tej temi vedno znova vračamo. V prispevku povzemam nekaj novejših pogledov, ki so se izoblikovali v praksi Vrhovnega sodišča, pa tudi nekatera starejša stališča, ki so se z leti utrdila in dopolnila. Predvsem pa je moj namen obravnavati uporabo 118. člena ZDR-1.

II. SPLOŠNO

Do prenehanja pogodbe o zaposlitvi po sodbi sodišča (v nadaljevanju: sodne razveze pogodbe o zaposlitvi) pride, če sodišče ugotovi, da je prenehanje pogodbe o zaposlitvi nezakonito, vendar glede na vse okoliščine in interes obeh pogodbenih strank nadaljevanje delovnega razmerja ne bi bilo več mogoče. V tem primeru lahko na predlog delavca ali delodajalca ugotovi trajanje delovnega razmerja, vendar najdlje do odločitve sodišča prve stopnje, prizna delavcu delovno dobo in druge pravice iz delovnega razmerja ter ustrezno denarno povračilo v višini največ 18 mesečnih plač delavca, izplačanih v zadnjih treh mesecih pred odpovedjo pogodbe o zaposlitvi (prvi odstavek 118. člena ZDR-1). Ureditev tega načina prenehanja pogodbe o zaposlitvi je podobna ureditvi civilnopravne razveze ali spremembe pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin iz 112. člena Obligacijskega zakonika (OZ, Ur. l. RS št. 83/2001 in naslednji),³ zato se v praksi zanj uporablja izraz „sodna razveza“ pogodbe o zaposlitvi.

1 Prispavek je bil predstavljen na Delovno-socialni sodniški šoli, ki je potekala od 27. do 29. septembra 2017 v Portorožu.

2 Ivan Robnik, Sodna razveza pogodbe o zaposlitvi po določbah ZDR-1, Pravosodni bilten št. 4/2014, str. 207–221, Biserka Kogej Dmitrovič, Prenehanje pogodbe o zaposlitvi na podlagi sodbe sodišča, Delavci in delodajalci št. 2-3/2016, str. 303–317

3 Prvi odstavek 112. člena OZ: „Če nastanejo po sklenitvi pogodbe okoliščine, ki otežujejo izpolnitev obveznosti ene stranke, ali če se zaradi njih ne da doseči namena pogodbe, v obeh primerih pa v tolikšni meri, da pogodba očitno ne ustreza več pričakovanjem pogodbenih strank in bi bilo po splošnem mnenju nepravilno ohraniti jo v veljavi takšno, kakršna je, lahko stranka, ki ji je izpolnitev obveznosti otežena, oziroma stranka, ki zaradi spremenjenih okoliščin ne more uresničiti namena pogodbe, zahteva razvezo pogodbe.“

ZDR-1 je v primerjavi s prej veljavnim Zakonom o delovnih razmerjih (ZDR, Ur. l. RS št. 42/2002 in naslednji) v zvezi s sodno razvezo pogodbe o zaposlitvi prinesel nekaj novosti. Po prejšnjem zakonu je bila sodna razveza mogoča le v primeru ugotovljene nezakonite odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Po novem zakonu je mogoča v vseh primerih ugotovitve nezakonnosti prenehanja pogodbe o zaposlitvi. Po prejšnjem zakonu je sodno razvezo lahko predlagal delavec (prvi odstavek 118. člena ZDR), ne glede na njegov predlog pa je pogodbo o zaposlitvi lahko razvezalo tudi sodišče samo, če je ob upoštevanju okoliščin in interesa obeh pogodbenih strank ugotovilo, da nadaljevanje delovnega razmerja ne bi bilo več mogoče (drugi odstavek 118. člena ZDR). Zakon iz nerazumljivega razloga ni izrecno določal, da sodno razvezo lahko predlaga tudi delodajalec, vendar je sodna praksa glede določbe drugega odstavka 118. člena ZDR sprejela stališče, da se pogodba o zaposlitvi lahko sodno razveže tudi na predlog delodajalca (oziroma z upoštevanjem okoliščin in interesov, ki jih delodajalec navede v sporu). Po veljavnem zakonu lahko sodno razvezo predlaga ali delavec ali delodajalec. Sodišče brez predloga strank ne glede na okoliščine pogodbe o zaposlitvi ne more razvezati.

Sodna razveza pogodbe o zaposlitvi je institut, s katerim se v sporu med delavcem in delodajalcem začne ukvarjati šele sodišče. Res je, da morata predlog za to podati stranki, ki poznata tudi argumente, ki jih morata predstaviti sodišču, vendar pa sodišče presodi, ali so ti argumenti utemeljeni oziroma argumenti katere stranke bodo pri odločitvi prevladali.

V sporu, v katerem se predlaga sodna razveza pogodbe o zaposlitvi, mora sodišče ugotoviti:

- okoliščine in interese strank, ki utemeljujejo sodno razvezo,
- datum sodne razveze pogodbe o zaposlitvi,
- višino denarnega povračila.

III. OKOLIŠČINE IN INTERESI STRANK

Kadar se stranki strinjata, da delovnega razmerja kljub nezakonniti odpovedi ne moreta nadaljevati, sodišče okoliščin in njunih interesov, ki vplivajo na nemožnost nadaljevanja delovnega razmerja, ne ugotavlja. Okoliščine in interese mora ugotavljati, kadar ena stranka predlaga sodno razvezo, druga pa se zavzema za vrnitev na delo. V praksi je običajno tako, da sodno razvezo pogodbe o zaposlitvi predlaga delodajalec, delavec pa primarno zahteva vrnitev na delo. Mogoče bi bilo sicer tudi obratno: sodno razvezo bi predlagal delavec, delodajalec pa bi se (na primer, da bi se izognil plačilu denarnega povračila) temu upiral, vendar v praksi takšnih primerov ni.

Sodišče mora okoliščine in interese strank skrbno pretehtati. Sodna razveza je za delavca, ki je uspel s tožbo na ugotovitev nezakonnosti prenehanja pogodbe o zaposlitvi, huda posledica, saj je kljub uspehu v pravdi ob zaposlitev. Zato morajo biti dejstva, s katerimi delodajalec utemeljuje svoj predlog, tehtna, predvsem pa objektivno preverljiva in utemeljena.

Delodajalčeva zmožnost, sprejeti odpuščenega delavca nazaj na delo, se lahko kaže tako v objektivni nezmožnosti delavcu zagotoviti ustrezno delo glede na nezakonito odpovedano pogodbo o zaposlitvi kakor tudi v subjektivno porušenem odnosu med delodajalcem in delavcem⁴. Objektivna nezmožnost je najpogosteje povezana z organizacijskimi spremembami, zaradi katerih delodajalec nima več delovnega mesta, na katerega bi se delavec lahko vrnil. Kadar okoliščine kažejo, da je delodajalec sprejel organizacijsko spremembo z namenom, da delavca ne sprejme nazaj na delo, pomeni to zlorabo, ki jo mora sodišče zaznati in temu primerno delodajalčeve razloge zavrniti.

Med delavcem in delodajalcem po prenehanju delovnega razmerja lahko pride do porušanja medsebojnega zaupanja, zlasti kadar je bila odpoved podana iz razlogov na strani delavca (redna odpoved iz krivdnega razloga, izredna odpoved). Vendar za sodno razvezo ne zadošča gola navedba delodajalca, da delavcu ne zaupa več. Sodišče mora glede na okoliščine, ki jih mora navesti delodajalec, presoditi, ali mu utemeljeno ne zaupa več in ali je ta izguba zaupanja tolikšna, da nadaljevanje delovnega razmerja res ni več mogoče.

Pri odločanju o sodni razvezi se ne morejo upoštevati razlogi, zaradi katerih je bila pogodba o zaposlitvi odpovedana, čeprav delodajalci v sodnih sporih zlasti izgubo zaupanja pogosto povezujejo prav s tem razlogom. V komentarju k ZDR-1⁵ je zapisano, da se v primeru nezakonitosti zaradi „postopkovnih“ kršitev ni mogoče izogniti ugotavljanju oziroma preizkušanju obstoja dejstev, na katerih je delodajalec utemeljeval odpovedni razlog, če bi bila lahko ta dejstva pomembna kot okoliščina, zaradi katere delovnega razmerja ni več mogoče nadaljevati. Vendar pa tega stališča ni mogoče razumeti tako, da se lahko kljub ugotovljeni nezakonitosti odpovedi (morda ni bilo zagovora, morda je bila odpoved prepozna, morda je ni podala upravičena oseba) znova presoja utemeljenost odpovednega razloga⁶. Razumemo ga lahko tako, da dejanske okoliščine (predvsem kadar gre za odpoved iz razlogov na strani delodajalca) in dejansko ravnanje (kadar gre za odpoved iz razlogov na strani delavca) pomembno vplivajo na presojo, ali je nadaljevanje delovnega razmerja še mogoče, ne da bi pri tem ugotavljali, ali je bil odpovedni razlog utemeljen. V primeru odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz razlogov na strani delodajalca (poslovni razlog) je kljub ugotovitvi, da je odpoved nezakonita, lahko pomembna okoliščina, ki utemeljuje sodno razvezo, dejstvo, da delovnega mesta ni več. Tako postane dejstvo, s katerim je delodajalec utemeljeval odpoved (ukinitve delovnega mesta), dejstvo, zaradi katerega nadaljevanje delovnega razmerja ni več mogoče. Razumljiv je pomislek, ki ga stranke v pravnih sredstvih pogosto navajajo, ali je v takem primeru sodna razveza utemeljena, saj delodajalec kljub ugotovljeni nezakonitosti doseže namen, ki ga je želel doseči z (nezakonito) odpovedjo. Vendar pomislek ni utemeljen. Če sodišče ob skrbnem tehtanju okoliščin in interesov obeh strank presodi, da je objektivna nezmožnost sprejeti delavca nazaj na delo prevladujoča okoliščina, ki onemogoča nadaljevanje delovnega razmerja, se ravnovesje med nezakonitostjo odpovedi in izgubo

4 Primerjaj sodbe VS RS VIII Ips 7/2013 z dne 18. 3. 2013, VIII Ips 294/2016 z dne 21. 2. 2017 in VIII Ips 54/2017 z dne 10. 11. 2016

5 I. Robnik v I. Bečan in drugi: Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem, GV Založba, 2016, str. 711

6 Na tak način ga je razumelo sodišče v zadevi Pdp 856/2015, ko je kljub ugotovljeni nezakonitosti odpovedi ugotavljalo obstoj odpovednega razloga in celo, ali so podani znaki kaznivnega dejanja.

zaposlitve vzpostavi z denarnim povračilom (v takem primeru mora biti denarno povračilo višje, kot bi znašala odpravnina, ki bi jo delavec prejel, če bi bila odpoved zakonita).

Kadar je podana odpoved zaradi okoliščin na strani delavca, je mogoče dejstva, zaradi katerih je prišlo do odpovedi, upoštevati le, ko med strankama njihov obstoj ni sporen. Tedaj bi bilo delavčevo ravnanje morda lahko ena od okoliščin, s katero bi utemeljevali sodno razvezo. Štejejo samo dejstva, in ne presoja, ali je kršitev storjena ali ne. Sprejemljiva se mi zdi utemeljitev Višjega delovnega in socialnega sodišča v sodbi Pdp 1400/ 2014 z dne 4. 2. 2015⁷. Dejstvo, da je delavec prišel v direktorjevo pisarno in mu razbil računalnik in pohištvo, je štel za okoliščino, ki utemeljuje sodno razvezo, čeprav je bilo ugotovljeno, da je to storil v stanju neprištevnosti. Delodajalec se je utemeljeno skliceval na porušenje medsebojnih odnosov, zaradi katerega delavcu ni mogel več zagotoviti nadaljevanja delovnega razmerja (navajal je, da se nekateri delavci tožnika bojijo oziroma njegovih ravnanj in posledic, ki bi jih tožnik s svojo jezo in nasiljem lahko povzročal v primeru vrnitve na delo).

Okoliščine, zaradi katerih je bila izredno odpovedana pogodba o zaposlitvi, je Vrhovno sodišče ob uporabi 118. člena ZDR-1 presojalo tudi v zadevi VIII Ips 255/2016 z dne 23. 5. 2017. Predmet odpovedi pogodbe o zaposlitvi je bil način tožnikovega dela, za katerega se je pozneje izkazalo, da je bil napačen in je povzročil precejšnjo škodo, vendar pa je bil dotlej običajen in v skladu s tedanjo politiko delodajalca. Sodišče je sicer štel, da bi bila dejstva, s katerimi je delodajalec utemeljeval odpoved pogodbe o zaposlitvi, lahko pomembna za odločitev o sodni razvezi, saj med strankama sploh ni bilo sporno, kaj je tožnik storil. Vendar v konkretnem primeru niso utemeljevala sodne razveze, saj zatrjevana okoliščina (da je toženka izgubila zaupanje do tožnika) ni bila objektivno izkazana; ni bilo objektivnega razloga, da mu ne zaupa, če je delal na način, ki je bil dotlej običajen. Položaj bi bil lahko drugačen, če bi do nezakonite odpovedi prišlo zaradi „postopkovnih“ napak in bi bilo mogoče ravnanje delavca že na prvi pogled označiti za kršitev.

IV. OKOLIŠČINE, KI UTEMELJUJEJO IZREDNO ODPOVED, NISO OKOLIŠČINE, ZARADI KATERIH SE POGODBA O ZAPOSLOTVI RAZVEŽE

V sodnih sporih se pogosto razlogi za izredno odpoved iz 109. člena ZDR-1⁸ zamenjujejo z okoliščinami, ki po 118. členu ZDR-1⁹ utemeljujejo sodno razvezo.

⁷ Vrhovno sodišče je v tej zadevi izdalo sodbo pod opr. št. VIII Ips 134/2015 z dne 22. 12. 2015 na revizijo tožene stranke, zato o razlogih za sodno razvezo ni zavzelo stališča.

⁸ Delavec in delodajalec lahko izredno odpovesta pogodbo o zaposlitvi, če obstajajo razlogi, določeni s tem zakonom, in če *ob upoštevanju vseh okoliščin in interesov obeh pogodbenih strank ni mogoče nadaljevati delovnega razmerja* do izteka odpovednega roka oziroma do poteka časa, za katerega je bila sklenjena pogodba o zaposlitvi (prvi odstavek 109. člena ZDR-1).

⁹ Če sodišče ugotovi, da je prenehanje pogodbe o zaposlitvi nezakonito, vendar *glede na vse okoliščine in interes obeh pogodbenih strank nadaljevanje delovnega razmerja ne bi bilo več mogoče*, lahko na predlog delavca ali delodajalca ugotovi trajanje delovnega razmerja, vendar najdlje do odločitve sodišča prve stopnje, prizna delavcu delovno dobo in druge pravice iz delovnega razmerja ter delavcu prizna

Razlogi, s katerimi je delodajalec utemeljeval nemožnost nadaljevanja delovnega razmerja do izteka odpovednega roka, niso hkrati tudi razlogi, s katerimi bi bilo mogoče utemeljevati predlog za sodno razvezo. Gre za pogoje, na podlagi katerih je mogoče uporabiti dva različna instituta delovnega prava (izredno odpoved in sodno razvezo), ki nista medsebojno neposredno povezana, čeprav so pogoji za njuno uporabo v zakonu podobno opisani.

Nemožnost nadaljevanja delovnega razmerja do poteka odpovednega roka (109. člen ZDR-1) se dokazuje z okoliščinami, zaradi katerih je ugotovljena kršitev pogodbenih in drugih obveznosti iz delovnega razmerja tako resna, da utemeljuje izredno odpoved pogodbe o zaposlitvi kot najstrožjo sankcijo brez odpovednega roka. Pomembne so torej okoliščine, v katerih je prišlo do kršitve pogodbene ali druge obveznosti iz delovnega razmerja.

Okoliščine in interesi iz 118. člena ZDR-1 pa se ugotavljajo, če je izredna odpoved pogodbe o zaposlitvi nezakonita (torej delavec **kršitve NI storil**), pa nadaljevanje delovnega razmerja kljub temu ni mogoče. Vrhovno sodišče je že večkrat poudarilo, da so to predvsem okoliščine, ki nastanejo po odpovedi oziroma zaradi nje,¹⁰ le izjemoma (kot je navedeno zgoraj) pa tudi okoliščine, v katerih in zaradi katerih je prišlo do odpovedi.

V. DATUM SODNE RAZVEZE POGODBE O ZAPOSLOTVI

Sodišče določi trajanje delovnega razmerja „najdlje do odločitve sodišča prve stopnje“, kar pomeni, da lahko sodišče razveže pogodbo o zaposlitvi na katerikoli dan od dneva nezakonite odpovedi (nezakonitega prenehanja delovnega razmerja) do odločitve sodišča prve stopnje, pri čemer upošteva vse pomembne okoliščine. Najpogosteje se pogodba o zaposlitvi razveže z dnem izdaje prvostopenjske sodbe. Kot datum sodbe sodišča je mogoče šteti le datum zadnje sodbe; če je predhodna sodba razveljavljena, nanjo ni mogoče vezati nobenih pravnih posledic. Na datum (zadnje) sodbe sodišča prve stopnje se razveže pogodba o zaposlitvi tudi v primeru, če sodišče druge stopnje spremeni sodbo sodišča prve stopnje in samo odloči o sodni razvezi.¹¹

Delavčev interes je ne glede na to, kdo je predlagal sodno razvezo, običajno čim poznejša razveza pogodbe o zaposlitvi, torej sodba sodišča prve stopnje, saj mu do tedaj pripadajo pravice iz pogodbe o zaposlitvi, vključno z zapadlimi zneski plač. Zato mora delodajalec navajati okoliščine, zaradi katerih naj se sodna razveza določi pred tem datumom.

Če se je delavec po odpovedi pogodbe o zaposlitvi zaposlil pri drugem delodajalcu (in je v času trajanja sodnega postopka zaposlen), pa se kljub temu želi vrniti na delo, ki ga je zaradi odpovedi izgubil, se ob obstoju okoliščin, ki utemeljujejo sodno razvezo, pogodba o zaposlitvi razveže (na predlog delodajalca) z dnem

ustrezno denarno povračilo v višini največ 18 mesečnih plač delavca, izplačanih v zadnjih treh mesecih pred odpovedjo pogodbe o zaposlitvi (prvi odstavek 118. člena ZDR-1)..

10 Primerjaj sodbi VS RS VIII Ips 283/2016 z dne 20. 12. 2016 in VIII Ips 305/2015 z dne 23. 2. 2016.

11 Primerjaj sodbi VS RS VIII Ips 61/2014 z dne 8. 12. 2014 in VIII Ips 220/2015 z dne 17. 2. 2015

nove zaposlitve¹². Če ni okoliščin, ki utemeljujejo sodno razvezo, poznejša zaposlitev delavca ni ovira za vrnitev na delo, če jo delavec zahteva, le da mu za čas zaposlitve pri drugem delodajalcu ni mogoče priznati (še enega) delovnega razmerja. Lahko pa je upravičen do razlike v plači, če je bila v času zaposlitve pri drugem delodajalcu plača manjša, kot bi jo prejel pri delodajalcu, ki mu je nezakonito odpovedal pogodbo o zaposlitvi.

Če je delavec zaposlen pri drugem delodajalcu za krajši delovni čas (na primer 20 ur na teden) in pride do sodne razveze, datuma ni mogoče vezati na datum sklenitve pogodbe o zaposlitvi za krajši delovni čas, ampak se pogodba razveže z dnem izdaje sodbe, saj se delavcu lahko za čas od nezakonite odpovedi do razveze prizna delovno razmerje za delovni čas do polnega in se mu priznajo ustrezne pravice v zvezi s tem¹³.

Kratkotrajnejših vmesnih zaposlitev ni mogoče šteti kot okoliščino, na katero bi lahko vezali datum sodne razveze. Lahko pa se kratkotrajne vmesne zaposlitve upoštevajo pri odmeri povračila kot dokaz, da delavec npr. ni težko zaposljiv.¹⁴

Ali lahko na datum sodne razveze vplivajo tudi kakšne druge okoliščine, npr. pravnoomočna kazenska obsodba na zaporno kazen, seznanitev delodajalca, da je delavec v kazenskem postopku? Vrhovno sodišče je obravnavalo primer delavca, ki je delal na obrambnem področju in bil po odpovedi obsojen na daljšo zaporno kazen¹⁵. Pravnoomočna obsodba zaradi kaznivega dejanja, ki se preganja po uradni dolžnosti, in pravnoomočna obsodba na nepogojno zaporno kazen za kakšno drugo kaznivo dejanje v trajanju več kot treh mesecev je po tretjem odstavku 88. člena Zakonu o obrambi (ZObr, Ur. l. RS 82/94 in naslednji) zakonska ovira za opravljanje dela na obrambnem področju. Zato je Vrhovno sodišče štelo takšno kazensko obsodbo za okoliščino, ki utemeljuje sodno razvezo. Zakon prenehanje pogodbe o zaposlitvi zaradi tega razloga veže na izdajo ugotovitvenega sklepa (šesti odstavek 88. člena ZObr), zato je sodišče pogodbo o zaposlitvi razvezalo z dnem izdaje sodbe, kar pomeni, da je kazenska obsodba vplivala na odločitev o sodni razvezi, ne pa na njen datum.

Zastavlja se vprašanje, ali je pravnoomočna kazenska obsodba tudi v drugih primerih lahko okoliščina, ki utemeljuje sodno razvezo. Menim, da je lahko. Če mora biti delavec zaradi prestajanja zaporne kazni več kot šest mesecev odsoten z dela, je po peti alineji prvega odstavka 110. člena ZDR-1 podan razlog za izredno odpoved pogodbe o zaposlitvi. Zato je to lahko okoliščina, s katero delodajalec utemeljuje predlog za sodno razvezo (kot v prejšnjem primeru). Vendar pa za sodno razvezo ne zadošča le ugotovitev, da je prišlo do take zaporne kazni. Zaporna kazen ni ovira za nadaljevanje delovnega razmerja, je pa to razlog za izredno odpoved, ki jo delodajalec poda ali pa je ne poda. Zato mora delodajalec, ki se sklicuje na to okoliščino, posebej utemeljiti, zakaj takšna obsodba vpliva na (ne)možnost nadaljevanja delovnega razmerja (kar je pogoj za zakonitost izredne odpovedi). Tudi v tem primeru datuma sodne razveze ne moremo vezati na datum

12 Primerjaj sodbo VS RS VIII Ips 220/2015 z dne 17. 2. 2015

13 Primerjaj sodbi VS RS VIII Ips 61/2014 z dne 8. 12. 2014 in VIII Ips 148/2015 z dne 23. 2. 2016

14 Primerjaj sodbo VS RS VIII Ips 56/2016 z dne 22. 11. 2016

15 Sodba VIII Ips 266/2015 z dne 11. 1. 2016

pravnomočnosti kazenske sodbe, ker tudi delavcu, ki je še zaposlen pri delodajalcu, delovno razmerje iz razloga po peti alineji prvega odstavka 110. člena ZDR-1 ne preneha s pravnomočnostjo kazenske sodbe, ampak z izredno odpovedjo. Če ni drugih pomembnih okoliščin, sodišče tudi v tem primeru pogodbo o zaposlitvi razveže z dnem izdaje prvostopenjske sodbe.

Na izgubo zaupanja ni mogoče vezati datuma sodne razveze. Vrhovno sodišče ni upoštevalo predloga delodajalca, da se pogodba o zaposlitvi razveže na dan, ko je izvedel za obsodbo delavca, ker naj bi takrat izgubil zaupanje vanj (kaznivo dejanje ni bilo povezano z očitano kršitvijo, bilo pa je povezano z delovnim razmerjem).¹⁶ Izguba zaupanja je subjektivno dejstvo (ki mora biti sicer objektivno utemeljeno), zato jo je Vrhovno sodišče štelo za okoliščino, ki utemeljuje sodno razvezo, ne pa tudi za okoliščino, na katero bi bilo mogoče vezati datum sodne razveze.

V praksi se je nekajkrat zastavilo tudi vprašanje, ali je primerno razvezati pogodbo o zaposlitvi z dnem delavčeve samozaposlitve ali pridobitve statusa samostojnega podjetnika (v nadaljevanju s. p.), kadar je očitno, da je delavec s samozaposlitvijo reševal svoj eksistenčni položaj oziroma si zagotovil prijavo v zavarovanje; ali z dnem upokojitve, ki jo je delavec izbral, ko je izpolnil minimalne pogoje, drugače pa se ne bi upokojil in bi imel ob izpolnjenih polnih pogojih za starostno upokojitev višjo pokojnino. Stališče Vrhovnega sodišča glede tega je jasno: dveh statusov delavec ne more imeti. Če je ob ugotovitvi nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi delavec samozaposlen oziroma ima status s. p. ali je upokojen, mu delovnega razmerja do izdaje sodbe ni mogoče priznati. Lahko se mu prizna le do dneva, ko se je njegov status spremenil.

Nepravilna je praksa, po kateri se pogodba o zaposlitvi razveže z dnem pridobitve novega statusa, za naprej, do izdaje prvostopenjske sodbe pa se delavcu priznajo razlika v plači in drugi prejemki iz delovnega razmerja. Delavec od razveze pogodbe o zaposlitvi naprej do razlike v plači in drugih prejemkov iz delovnega razmerja ni upravičen, ker delovnega razmerja ni več. Če se je delavec po (nezakoniti) odpovedi pogodbe o zaposlitvi zaposlil ali upokojil, potem se mu delovno razmerje in vse pravice, ki iz tega izhajajo, pri delodajalcu lahko priznajo le do dneva nove zaposlitve ali upokojitve. Ni pa ovire za vrnitev takega delavca na delo. V tem primeru bi se mu tudi za vmesni čas lahko priznala razlika med dejanskimi prejemki in prejemki, ki bi jih imel pri delodajalcu, enako, kot se prizna delavcu, ki se vrne na delo, pa je imel v času trajanja sodnega postopka vmesne zaposlitve. Kadar je okoliščina, da se je delavec samozaposlil ali upokojil, ker je ostal brez zaposlitve in ker je le tako lahko reševal svoj eksistenčni položaj, odločilna, potem je to razlog, ki mora prevladati pri zahtevku za vrnitev na delo. Če pa vrnitev vendarle ni mogoča, je slabši ekonomski položaj, v katerem se je znašel zaradi nezakonite odpovedi, lahko podlaga za višje denarno povračilo¹⁷ ali višjo odškodnino.¹⁸

16 Sodba VIII lps 294/2016 z dne 21. 2. 2017.

17 Glej sodbo VS RS VIII lps 119/2014 z dne 29. 9. 2014

18 Glej sodbo VS RS VIII lps 148/2015 z dne 23. 2. 2016

VI. VIŠINA DENARNEGA POVRAČILA IN MERILA ZANJ

Denarno povračilo pripada delavcu, če se kljub nezakoniti odpovedi ne vrne na delo.¹⁹ Denarno povračilo iz 118. člena ZDR-1 ni odškodnina, zato delavcu ni treba zatrjevati in dokazovati nastanka škode in drugih elementov odškodninskega delikta. Zahtevek za plačilo denarnega povračila ni pogoj za to, da se to povračilo dosodi²⁰. Ne glede na obstoj zahtevka mora sodišče, če se odloči za sodno razvezo, tudi okoliščine, na podlagi katerih določi višino denarnega povračila, ugotoviti.

Zakon določa merila, na podlagi katerih se določi denarno povračilo: trajanje delavčeve zaposlitve, možnosti za novo zaposlitev, okoliščine, ki so privedle do nezakonite odpovedi, ter pravice, ki jih je uveljavil do prenehanja. To niso edina merila, ki jih je treba upoštevati, čeprav bi morda glede na način zapisa v zakonu lahko tako sklepali. Res pa je, da jih sodišča najpogosteje uporabijo. Dejstva, na podlagi katerih se določi denarno povračilo, mora navesti predvsem delavec (najpogosteje se navajajo starost, trajanje zaposlitve pri delodajalcu, premoženjske razmere, družinske razmere, zaposlitvene možnosti itd.), navaja pa jih lahko tudi delodajalec (zmožnost pridobivanja drugega dohodka, npr. honorarjev, poklicne izkušnje, vmesne zaposlitve kot dokaz zaposlitvenih možnosti itd.).

Pravil za določitev višine denarnega povračila ni. Merila, ki jih določa zakon, je treba uporabiti z upoštevanjem vseh okoliščin primera. Glede teženj, naj sodišča oblikujejo pravila o uporabi meril, iz prakse Vrhovnega sodišča izhajajo, da to ni mogoče. Okoliščine so v vsakem primeru drugačne in primerov, v katerih bi bile povsem enake, skoraj ni. Vrhovno sodišče je zavzelo nekaj stališč v zvezi z uporabo meril:

- starost je povezana z merilom zaposlitvenih možnosti, vendar ne velja vedno, da so starejše osebe težje zaposljive: zaposlitvene možnosti so lahko tudi za mlajšo osebo slabe, če gre npr. za osebo z delovnimi omejitvami; tudi če je mlajša, je težje zaposljiva, ker v svojem poklicu ni sposobna za vsako delo;²¹
- 15 povprečnih mesečnih plač je ustrezno denarno povračilo, upoštevaje delovno dobo tožnice pri delodajalcu, njeno starost, poklic in izobrazbo ter njene zaposlitvene možnosti (tožnica je bila ob prenehanju delovnega razmerja stara več kot 57 let, večino svoje delovne dobe je delala pri toženki in imela enolične delovne izkušnje s področja ekonomske izobrazbe, znana je tudi nasičenost trga dela, ki je še posebej nenaklonjen starejšim delavcem);²²
- denarno povračilo v višini štirih plač je previsoko za delavca, ki pri delodajalcu ni bil zaposlen niti eno leto, poleg tega so njegove zaposlitvene možnosti dobre (Vrhovno sodišče mu je prisodilo dve plači);²³
- denarno povračilo v višini štirih plač je ustrezno v drugem primeru, ko se je delavec sicer takoj zaposlil pri drugem delodajalcu, vendar le za polovični delovni čas, upoštevano pa je bilo tudi merilo delovne dobe pri delodajalcu;²⁴

19 Glej sodbo VS RS VIII lps 40/2016 z dne 24. 5. 2016

20 Glej sodbo VS RS VIII lps 61/2014 z dne 8. 12. 2014

21 Glej sodbo in sklep VS RS VIII lps 104/2017 z dne 6. 6. 2017

22 Glej sodbo VS RS VIII lps 251/2016 z dne 7. 3. 2017

23 Glej sodbo VS RS VIII lps 217/2014 z dne 8. 4. 2015

24 Glej sodbo VS RS VIII lps 219/2015 z dne 22. 3. 2016

- denarno povračilo v višini desetih plač je previsoko za krajše trajanje delovne dobe pri delodajalcu ob upoštevanju mladosti delavca in dobrih zaposlitvenih možnosti ter v razmerju do najvišjega možnega povračila, ki znaša osemnajst plač;²⁵
- kot merilo se upošteva tudi, kako je prišlo do odpovedi: šest plač je ustreznih kljub temu, da tožnik ni imel slabih zaposlitvenih možnosti, in sicer zato, ker mu je toženka očitno neupravičeno očitala kršenje delovnih obveznosti, ker se je takoj zaposlil in s tem bistveno zmanjšal obveznosti delodajalca;²⁶
- v obratnem primeru je povračilo lahko manjše, če je bila odpoved nezakonita iz razloga, za katerega delodajalec ni mogel vedeti.²⁷

Kako neustrezno bi bilo postaviti pravila o uporabi meril iz 118. člena ZDR-1 za določitev višine denarnega povračila končno kažeta dva primera, v katerih sta bila oba delavca stara nekaj čez 50 let in imela okoli 30 let delovne dobe pri delodajalcu. Obema je sodišče prisodilo dvanajst plač denarnega povračila. V prvem primeru je bilo ugotovljeno, da je delavkino zdravstveno stanje slabo in da je zaradi tega tudi težje zaposljiva.²⁸ V drugem primeru je bilo ugotovljeno, da je delavec težje zaposljiv zaradi starosti.²⁹

Na prvi pogled se morda zdi, da je sodišče ob enakih merilih delavcema določilo enako denarno povračilo. Okoliščine obeh primerov pa kažejo, da ni bilo tako. V prvem primeru je sodišče pogodbo o zaposlitvi razvezalo na predlog delodajalca, v drugem pa na predlog delavca, češ da se ne bo vrnil v podjetje, kjer se obeta prisilna poravnava (vpliv enega in drugega delavca na »zaposlitvene možnosti« ni bil enak). Znatna razlika v navedenih primerih pa je bila tudi v tem, da je bilo glede na »delavčevo plačo«, ki je osnova za odmero denarnega povračila, v prvem primeru delavki prisojenih 9.000 EUR, v drugem pa 34.000 EUR. Niti to, kdo poda predlog za sodno razvezo niti višina delavčeve plače, ki je osnova za odmero denarnega povračila, v sodni praksi ne šteje za pomembno okoliščino, na podlagi katere se določi denarno povračilo. Vendar pa se v praksi večkrat zastavlja vprašanje, ali se določi utemeljeno. Menim, da za delavca, ki se sam ne želi več vrniti k delodajalcu, čeprav bi se lahko (razen če ima za to resne razloge), manjše zaposlitvene možnosti zaradi starosti ne morejo biti odločujoče merilo za določitev denarnega povračila (v omenjeni zadevi v odločitvah ni bilo mogoče poseči, ker revizija tega vprašanja ni izpostavila). Težje je najti razloge za to, da bi morala biti ob podobnih merilih tudi višina denarnega povračila podobna (pri čemer bi za primerjavo vzeli dejanski znesek, in ne število plač). V sodni praksi stališče, da na odmero denarnega povračila vpliva tudi primerjava zneskov, ki so bili prisojeni v podobnih primerih, še ni bilo zavzeto. Razlog za to je predvsem v tem, da zakon kot osnovo za odmero denarnega povračila izrecno določa delavčevo plačo. Ob upoštevanju, da imajo delavci z višjimi dohodki verjetno tudi višje izdatke kot delavci z nižjimi (npr. višje kredite, višje najemnine, skratka višjo življenjsko raven in s tem povezane višje stroške), se zdi ureditev ustrezna, primerljiva pa je tudi z ureditvijo, ki se nanaša na odpravnine.

25 Glej sodbo VS RS VIII Ips 72/2015 z dne 13. 7. 2015

26 Glej sodbo VS RS VIII Ips 121/2015 z dne 8. 9. 2015

27 Glej sodbo VS RS VIII Ips 134/2015 z dne 22. 12. 2015

28 Glej sodbo VS RS VIII Ips 33/2015 z dne 21. 4. 2015.

29 Glej sodbo VS RS VIII Ips 293/2016 z dne 5. 9. 2017

VII. SKLEP

Odločanje sodišč o sodni razvezi ni enostavno. Od sodnika zahteva pozornost, ki mora biti usmerjena v ugotavljanje in tehtanje okoliščin in interesov, ki jih navedeta stranki. Naloga, kjer se izrazi sodnikova sposobnost materialno procesnega vodstva, je zahtevna zlasti takrat, ko so navedbe strank in razlogi, s katerimi utemeljujejo predlog za sodno razvezo (na strani delodajalca) in zahtevke za denarno povračilo (na strani delavca), skope, kar je pogosto. Ob skopih navedbah so primerno šibke tudi utemeljitve razlogov za sodno razvezo in določitev (višino) denarnega povračila. Na nekem strokovnem srečanju je bila izražena bojazen, da bo sodna razveza pogodbe o zaposlitvi postala (postaja) pravilo, ker se glede na sodno prakso Vrhovnega sodišča sodišča zanjo odločajo s preveliko lahkoto. Bojazen ne more biti upravičena. Odločitev o sodni razvezi je odvisna od tega, kako natančno so raziskane in upoštevane (in nato v sodnih odločbah tudi obrazložene) okoliščine ter raziskani in upoštevani interesi obeh strank, kako svoje predloge z navedbami in dokazi utemeljijo stranke in zaradi katerih razlogov sodne odločitve izpodbijajo v pravnih sredstvih.³⁰ „Kar tako“ sodne razveze pogodbe o zaposlitvi pač ne more biti.

30 Glej sodbo VS RS VIII Ips 352/2008 z dne 27. 9. 2010: „Tožena stranka v postopku pred sodiščem prve stopnje sodne razveze niti ni predlagala. Navajala je le, da nima delovnega mesta, kjer bi tožnika lahko zaposlila, pa še to pretežno v zvezi s tožbeno navedbo, da bi mu namesto odpovedi pogodbe o zaposlitvi lahko ponudila drugo ustrezno delo. Presoja, da nadaljevanje delovnega razmerja ni več mogoče, je odvisna od okoliščin in interesa obeh pogodbenih strank, ki morajo biti v postopku (pred sodiščem prve stopnje) zatrjevane in dokazane. Sodišče prve stopnje okoliščin in interesa ni ugotavljalo, pritožba pa mu v zvezi s tem nepopolno ugotovljenega dejanskega stanja ni očitala.“

POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH NA GOSPODARSKOPRAVNI ŠOLI 2017¹

Franc Seljak
vrhovni sodnik, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

I. VPRAŠANJA OKROŽNEGA SODIŠČA V MARIBORU

1. UVOD

Zastavljena so tri vprašanja z različnih pravnih področij. Njihovo stičišče je v osrednjem vprašanju uveljavljanja odškodninskih zahtevkov zoper (nekdanje) člane organov vodenja v gospodarski družbi. Izpostavljena vprašanja se dotikajo tudi razmerij med pravnimi pravili, ki v različnih zakonih urejajo sankcije za neskrbno ravnanje organov vodenja in nadzora (263. člen Zakona o gospodarskih družbah² ter 42. in 43. člen Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju³). Da bi lahko ustrezno odgovorili na zastavljena vprašanja, je treba najprej pojasniti pomen posameznih zakonskih določb, ki urejajo odškodninsko odgovornost teh organov. Primerjava teh določb je smiselna tudi zato, ker je iz zastavljenih vprašanj razvidno, da se nanašajo na položaj članov organov v delniški družbi.

2. UREDITEV ODŠKODNINSKE ODGOVORNOSTI V 263. ČLENU ZGD-1

Odškodninska odgovornost organov vodenja in nadzora je v ZGD-1 podrobno urejena v 263. členu, ki je umeščen v četrto poglavje, ki ureja delniško družbo. Na smiselno uporabo 263. člena pa se sklicuje tudi šesti odstavek 515. člena ZGD-1, ko ureja položaj poslovodje v družbi z omejeno odgovornostjo.

Temeljno pravilo je opredeljeno v prvem odstavku 263. člena, ki opredeljuje dolžnost ravnanja člana organov vodenja in nadzora (delniške družbe) v dobro družbe, pri čemer se pravilnost ravnanja presoja z najvišjim standardom, tj. stopnjo vestnega in poštenega gospodarstvenika. Razen določila, da morajo člani teh organov varovati poslovno skrivnost družbe, zakon v tem delu nima določb, ki bi določala njihovo dolžno ravnanje. To je tudi logično, saj gre za različne vrste organov, katerih člani imajo različne dolžnosti. Zato je treba pravila o odgovornosti razlagati v povezavi z zakonskimi določbami, ki urejajo pristojnosti posameznega organa.⁴ Pristojnosti in dolžnosti organov vodenja in nadzora pa niso opredeljena samo v določbah

1 Prispevek je povzetek najprepričljivejših argumentov, ki so bili izraženi v razpravi o aktualnih vprašanjih na Gospodarskopравни šoli, oktober 2017.

2 Uradni list RS št. 42/2006 s spremembami do 15/2017, v nadaljevanju ZGD-1.

3 Uradni list RS št. 126/2007 s spremembami do 27/2016, v nadaljevanju ZFPPIPP.

4 R. Bohinc in drugi avtorji, Veliki komentar zakona o gospodarskih družbah, GV Založba, 2. knjiga, Ljubljana 2007, stran 315.

ZGD-1. Pogosto so urejena tudi v drugih zakonih (na primer z davčnimi ali finančnimi predpisi) ali v podzakonskih predpisih (na primer v računovodskih standardih). Seveda so življenjske situacije, v katerih morajo delovati organi vodenja in nadzora v družbi, tako raznolike, da bi bilo nemogoče vnaprej predvideti in s pravnimi pravili opredeliti vsa dolžna ravnanja. Kadar posamezna ravnanja niso pravno urejena, je za presojo pravilnosti ravnanja treba opredeliti pravni standard „skrbnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika“.

Že ob začetku veljavnosti ZGD-1 v letu 2006 je bila v drugem odstavku 263. člena urejena solidarna odgovornost članov organov vodenja in nadzora za škodo družbi, ki je nastala kot posledica kršitve njihovih nalog. Opredeljeno je bilo tudi obrnjeno dokazno breme za razbremenitev odgovornosti. V tretjem odstavku pa so bili opredeljeni pogoji za razbremenitev odgovornosti za škodo, če je ravnanje temeljilo na zakonitem skupščinskem sklepu.

Za našo razpravo je pomembna določba četrtega odstavka 263. člena, ki daje legitimacijo za uveljavljanje odškodninskega zahtevka družbe do člana vodenja ali nadzora tudi upnikom družbe, če jih družba ne more poplačati. Ta določba ni najbolj jasna (*upniki lahko uveljavljajo zahtevek, ki ga ima družba*), saj bi jo bilo mogoče razumeti tudi tako, da daje upnikom družbe le procesno legitimacijo (kar bi pomenilo, da zahtevek lahko uveljavljajo le v korist družbe). Pri utemeljitvi predloga ZGD-1 pa se je predlagatelj⁵ skliceval na to, da imajo upniki družbe neposredni zahtevek zoper povzročitelje, kar bi se verjetno dalo razumeti kot stvarno legitimacijo (zahtevek v svojo korist).

Pri razlagi ureditve 263. člena ZGD-1 je treba upoštevati tudi spremembe, ki jih je uveljavila novela ZGD-11, ki je začela veljati 8. 8. 2015. V zvezi z obravnavanimi vprašanji opozarjam na naslednje spremembe in dopolnitve:

- dodan je nov peti odstavek, ki ureja uveljavljanje odškodninskih zahtevkov v primeru stečaja in je vsebinsko enak določbi petega odstavka 44. člena ZFPPIPP;
- določen je petletni zastaralni rok odškodninskih zahtevkov od nastanka škode (šesti odstavek) oziroma desetletni zastaralni rok v družbah s prevladujočim vplivom države ali samoupravne lokalne skupnosti (sedmi odstavek 263. člena ZGD-1).

3. UREDITEV ODŠKODNINSKE ODGOVORNOSTI V ZFPPIPP

Ob začetku veljavnosti ZGD-1 so bile dolžnosti poslovodnih organov v zvezi s finančnim poslovanjem družb urejene v Zakonu o finančnem poslovanju podjetij⁶ (ZFPPod), ki je v 19. do 22. členu urejal tudi vprašanje odškodninske odgovornosti uprave, nadzornega sveta oziroma družbenikov v primeru stečaja družbe. Z začetkom veljavnosti ZFPPIPP v letu 2008 so prenehale veljati določbe ZFPPod. V ZFPPIPP so vprašanja odškodninske odgovornosti članov poslovodstva urejena

⁵ Poročevalec DZ 19. oktober 2005, stran 236.

⁶ Uradni list RS št. 54/99 s spremembami.

v dveh sklopih. V oddelku 2.1 je v tretjem in četrtem odstavku 28. člena ter v drugem in tretjem odstavku 29. člena najprej na splošno opredeljena odškodninska odgovornost članov poslovodstva in nadzornega sveta družbe za škodo, nastalo družbi zaradi kršitve njihovih obveznosti iz 2. poglavja, ki ureja finančno poslovanje družb. V tem delu gre za poslovno odškodninsko odgovornost do družbe.⁷ V pododdelku 2.2.3 (42. do 44. člen) pa je urejena odškodninska odgovornost članov teh organov v razmerju do upnikov. Bistvene značilnosti ureditve uveljavljanja tovrstnih odškodninskih zahtevkov so:

- zahtevke se lahko uveljavlja le za upnike, ki imajo pravico do plačila v stečajju, in sicer tako, da se zahteva plačilo v stečajno maso družbe;
- zahtevke so upravičeni uveljavljati stečajni upravitelj v imenu družbe in vsak upnik, ki ima položaj stranke v stečajnem postopku (peti odstavek 44. člena ZFPPIPP).

4. PRIMERJAVA POLOŽAJEV PO 263. ČLENU ZGD-1 IN PO DOLOČBAH PODODDELKA 2.2.3 ZFPPIPP

Glede na navedeno ureditev se zastavlja vprašanje, ali navedeni ureditvi urejata različne položaje in s tem dajeta podlago za različne vrste zahtevkov oziroma ali gre za (nepotrebno) podvajanje enake ureditve v dveh zakonih. V obeh primerih gre za urejanje odškodninske odgovornosti članov organov vodenja in nadzora v posameznih pravnih osebah. Pri tem se področji urejanja ne prekrivata v celoti.

Določbi tretjega odstavka 28. člena in tretjega odstavka 29. člena ZFPPIPP (poslovna odškodninska odgovornost) se prekrivata z določbo drugega odstavka 263. člena ZGD-1, pri čemer pa navedene določbe ZFPPIPP učinkujejo za vse vrste pravnih oseb, in ne le za delniško družbo, ki jo ureja 263. člen ZGD-1.

Tudi določbe 42. do 44. člena ZFPPIPP glede na določila 263. člena ZGD-1 učinkujejo širše v tistem delu, ko se v skladu z 9. členom ZFPPIPP izraza poslovodstvo in nadzorni svet uporabljata tudi za druge pravne osebe, in ne samo za delniško družbo oziroma d. o. o., na katero se nanaša 263. člen ZGD-1. Odškodninske zahtevke po 42. in 43. členu ZFPPIPP je torej mogoče uveljavljati zoper organe vodenja in nadzora vseh pravnih oseb, nad katerimi je bil začet postopek stečaja na podlagi ZFPPIPP.

Po drugi strani pa določbe 42. do 44. člena ZFPPIPP učinkujejo ožje od določbe 263. člena ZGD-1. Najprej se ožji učinek kaže v tem, da se zahtevki iz 42. in 43. člena ZFPPIPP vedno uveljavljajo le zoper nekdanje člane organov vodenja in nadzora. Še pomembnejši ožji učinek 42. in 43. člena ZFPPIPP pa je v tem, da urejata odškodninsko odgovornost le glede škode, ki so jo utrpeli upniki zaradi nepopolnega poplačila svojih terjatev v stečajnem postopku dolžnika. Ta škoda mora biti v vzročni zvezi z opustitvami in ravnaji, povezanimi z dolžnostmi članov teh organov v času po nastopu insolventnosti, ki so opredeljene v 35. do 39. členu ZFPPIPP.

⁷ N. Plavšak, ZFPPIPP, razširjena uvodna pojasnila, GV Založba, 2008, 62.–70. stran.

Glede podvajanja ureditve v petem odstavku 263. člena ZGD-1 in petem odstavku 44. člena ZFPPIPP predlagatelj novele v tem delu ni zagotovil ustreznih razlage.⁸ Čeprav gre za enaki zakonski določbi, pa se ne nanašata na uveljavljanje istovrstne škode. Nov peti odstavek 263. člena ZGD-1 širi procesna upravičenja upnikov pri uveljavljanju odškodninskih zahtevkov v korist stečajne mase. Če jim je ZFPPIPP dal to upravičenje le za uveljavljanje (njihove) škode iz 42. in 43. člena ZFPPIPP, jim je novi šesti odstavek 263. člena ZGD-1 to upravičenje razširil tudi glede škode, nastale družbi.

5. MOŽNOST KOPIČENJA ZAHTEVKOV OZIROMA UVELJAVLJANJA RAZLIČNE PRAVNE PODLAGE

Jasno je, da je kopičenje zahtevkov po 263. členu ZGD-1 in petem odstavku 44. člena ZFPPIPP mogoče samo v primeru uveljavljanja zahtevkov zoper (nekdanje) člane organov vodenja in nadzora v družbi, za katero je začel stečajni postopek. Če ta pogoj ne bi bil izpolnjen, bi bil zahtevek nesklepčen tako na podlagi petega odstavka 263. člena ZGD-1 kot tudi na podlagi petega odstavka 44. člena ZFPPIPP. O pravem kopičenju tožbenih zahtevkov je mogoče govoriti samo v primeru, ko tožeča stranka uveljavlja več zahtevkov. Zato se kot osrednje zastavlja **vprišanje identitete tožbenega zahtevka**.⁹ Pri tem se je treba (smiselno) opredeliti tudi do vprišanja, ali pri tovrstnem kopičenju ne gre morebiti le za uveljavljanje več pravnih podlag za isti zahtevek (drugi odstavek 184. člena ZPP).

Glede na prikazano ureditev uveljavljanja odškodninskih zahtevkov po ZGD-1 in ZFPPIPP si je mogoče zamisliti primer objektivnega kopičenja zahtevkov, ko bi tožnik (stečajni upravitelj ali posamezni upnik) z isto tožbo od nekdanjega člana organa vodenja ali nadzora uveljavljal povrnitev dveh vrst škode: (1) škode (družbe), ki je nastala zaradi kršitve skrbnosti iz prvega odstavka 263. člena ZGD-1 ali kršitev določb drugega poglavja ZFPPIPP v času pred nastopom insolventnosti, in (2) škode (upnikov) iz prvega odstavka 42. oziroma 43. člena ZFPPIPP.

6. ODGOVORI NA POSAMEZNA VPRAŠANJA

Vprašanje št. 1: Uporaba 44. a člena ZFPPIPP:

ZFPPIPP v 44. a členu določa, da tožeči stranki ni treba plačati sodne takse za odškodninsko tožbo upnikov oziroma upravitelja zoper nekdanje člane posloводства ali nadzornega sveta (42. do 44. člen ZFPPIPP). Tožeča stranka je v postopku zatrjevala, da utemeljuje tožbeni zahtevek na podlagi določbe 42. člena ZFPPIPP, ki ureja odškodninsko odgovornost članov posloводства upnikom družbe, za katero se je začel stečajni postopek. Dodatno je utemeljevala njihovo odgovornost, da so nekdanji člani posloводства odgovorni tudi na podlagi 263. člena ZGD-1, ki ureja odškodninsko odgovornost posloводства družbi zaradi njihovega neskrbnega

⁸ Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah ZGD-1 z dne 22. 4. 2015, stran 66.

⁹ A. Galič in drugi avtorji, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga, Založba Uradni list in GV Založba, Ljubljana, 2006, stran 167.

ravnanja pri sklenitvi določenih pravnih poslov, ko je družba še delovala. Sodišče je izdalo plačilni nalog za plačilo sodne takse, vendar je tožeča stranka ugovarjala, češ da njena tožba temelji na odškodninski odgovornosti po določbah ZFPPIPP. Sodišče je ugovoru ugodilo in plačilni nalog razveljavilo, tako da tožeča stranka v postopku ni plačala sodne takse. V nadaljevanju postopka se je tožeča stranka sklicevala, da bi moralo sodišče njeno tožbo obravnavati tudi glede kršitve 263. člena ZGD-1. Višje sodišče v Kopru je v sklepu opr. št. Cpg 176/2016 z dne 9. 9. 2016 odločilo, da zato, ker tožnik ni plačal sodne takse, njegove tožbe ni mogoče obravnavati tudi po določbah ZGD-1. Tožeča stranka trdi, da je postopek plačila sodnih taks poseben upravni postopek, ki nima vpliva na vsebinsko obravnavanje zadeve. Ali mora sodišče tožbo oziroma odgovornost tožencev obravnavati tudi po 263. členu ZGD-1?

Odgovor:

Menim, da je odgovor treba iskati v izhodiščnem vprašanju identitete tožbenega zahtevka. V skladu s 16. členom ZST-1 se obveznost plačila sodne takse odmeri glede na vrednost spornega predmeta. Določba 44. a člena ZFPPIPP je posebna določba glede oprostitev plačila sodnih taks, ki jo izrecno dopušča tudi peti odstavek 10. člena ZST-1. Glede na ureditev splošnih določb o oprostitvi plačila sodnih taks v 10. in 11. členu ZST-1 se ureditev v 44. a členu ZFPPIPP razlikuje po tem, da splošne določbe ZST-1 upravičenje do oprostitve plačila sodnih taks vežejo na subjektivno merilo, medtem ko 44. a člen ZFPPIPP to upravičenje veže tudi na vrsto (pravno podlago) uveljavljanega zahtevka. Ta razlika zato vzbuja vprašanja prav v primeru, ko gre za kopičenje več zahtevkov in več pravnih podlag pri enem zahtevku. Menim, da je določbo 44. a člena ZFPPIPP treba razlagati tako, da v primeru kopičenja več zahtevkov oprostitev plačila sodne takse učinkuje samo za zahtevke, za katere tožnik v tožbi zatrjuje dejstva, ki bi pripeljala do uporabe pravne podlage iz 42. in 43. člena ZFPPIPP. Glede zahtevkov, ki jih ni mogoče opreti na takšno pravno podlago, ne bi smela učinkovati taksna oprostitvev iz 44. a člena ZFPPIPP. Zato bi plačilo sodne takse glede teh zahtevkov še vedno moralo biti procesni pogoj za obravnavanje tožbe (prvi odstavek 105. a člena ZPP). Neplačilo sodne takse ima v tem primeru za posledico le domnevo o umiku tega dela tožbe (tretji odstavek 105. a člena ZPP), kar seveda omogoča vložitev nove tožbe. Takšne posledice pa lahko nastopijo le pod pogojem, da je sodišče postopalo v skladu z drugim odstavkom 105. a člena ZPP.

Drugačen je položaj v primeru uveljavljanja enega tožbenega zahtevka, glede katerega pa se tožnik sklicuje na več pravnih podlag, med drugim tudi na pravno podlago iz 42. oziroma 43. člena ZFPPIPP. Sodišče se mora pri zagotavljanju sodnega varstva izreči o vseh možnih pravnih podlagah uveljavljanega tožbenega zahtevka glede na zatrjevano dejansko podlago. Vendar mora ostati presoja znotraj istega zahtevka. Vzemimo primer, ko je uveljavljana odškodninska odgovornost na podlagi petega odstavka 44. člena ZFPPIPP. V skladu s 42. in 43. členom ZFPPIPP se kot škoda na tej podlagi lahko uveljavlja le prikrajšanje upnikov zaradi nepolnega poplačila terjatev v stečajnem postopku. Če je bila podana takšna trditvena podlaga, je s tem opredeljena identiteta tožbenega zahtevka. Sodišče ob upoštevanju določbe 44. a člena ZFPPIPP plačila sodne takse ne bo štelo za procesni pogoj obravnavanja tožbe. Kakšen pomen ima v tem primeru morebitno sklicevanje tožeče stranke tudi na podlago iz 263. člena ZGD-1? Ta določba

(tudi njen peti odstavek) obravnava uveljavljanje drugačne vrste škode kot peti odstavek 44. člena ZFPPIPP, saj gre pri tem za uveljavljanje škode družbe (in ne upnikov). Če se uveljavlja le povrnitev škode upnikov, te ni mogoče utemeljevati na 263. členu ZGD-1. Sklicevanje tožnika na to pravno podlago bi bilo nesklepčno. Drugače pa bi bilo v primeru, ko bi se tožnik (ki je lahko tudi upnik stečajnega dolžnika) v trditvah skliceval tudi na škodo, nastalo družbi. Iz vprašanja izhaja, da naj bi se tožnik skliceval tudi na neskrbno ravnanje pri sklenitvi določenih pravnih poslov. Vendar bi v tem primeru šlo za objektivno kopičenje dveh zahtevkov, ki bi jih bilo treba obravnavati ločeno (tudi glede procesnega pogoja glede plačila sodne takse), pri čemer pa bi tožnik moral ločeno opredeliti tudi škodo, ki je nastala družbi. Ob morebitni nejasnosti in pomanjkljivostih v trditvah bi bilo nujno tudi ustrezno materialno procesno vodstvo sodišča. Dodal bi še, da za odgovor na vprašanje, ali mora sodišče ob vsebinskem presojanju zahtevka presoјati tudi podlago iz 263. člena ZGD-1, ne more biti odločilno, ali je tožnik plačal sodno takso, temveč kakšna je bila trditvena podlaga tožnika. Neplačilo sodne takse bi lahko imelo za posledico le domnevo o umiku tega dela tožbe ob upoštevanju določbe 105. a člena ZPP.

Vprašanje št. 2: Uporaba 249. člena ZFPPIPP o zadržanju zastaranja v primeru odškodninske terjatve po 42. in 43. členu ZFPPIPP

ZFPPIPP v 249. členu določa, da zastaranje terjatev stečajnega dolžnika do njegovih dolžnikov ne teče eno leto od začetka stečajnega postopka. Ta določba je umeščena med oddelek 5.3 zakona, ki ureja pravne posledice začetka stečajnega postopka, tako splošna pravila, med katera sodi 249. člen, kot tudi pravne posledice, ki vplivajo na terjatve upnikov, ki so nastale pred začetkom stečajnega postopka iz poslovanja družbe z upniki. Glede na takšno urejenost zakona po mojem mnenju 249. člen ZFPPIPP predvideva, da je terjatev stečajnega dolžnika zoper njegovega dolžnika že nastala. Terjatev pa pomeni, da ima upnik pravico terjati svojega dolžnika, torej da že obstaja aktivna in pasivna legitimacija za določeno terjatev. 20. člen ZFPPIPP v prvem odstavku opredeljuje pojem terjatve, sicer v smislu upnikove terjatve, ki jo ta prijavi v stečajni postopek stečajnega dolžnika. Tako je v skladu z navedeno določbo terjatev pravica upnika, da od dolžnika zahteva izpolnitveno ravnanje, katerega predmet je dajatev, storitev, opustitev ali dopustitev. V primeru posebne odškodninske tožbe po 42. členu ZFPPIPP ob tem, ko je v petem odstavku 44. člena ZFPPIPP določeno, da je odškodninski zahtevek po 42. ZFPPIPP upravičen uveljavljati stečajni upravitelj v imenu družbe kot stečajnega dolžnika in vsak upnik v svojem imenu in za družbo kot stečajnega dolžnika, odškodninski zahtevek pa se uveljavlja za vse upnike, ki imajo pravico do plačila svojih terjatev v stečajnem postopku družbe, menim, da ta terjatev do nekdanjih članov poslovodstva ni nastala pred začetkom stečajnega postopka, pač pa po njem. Zato tudi aktivna legitimacija za odškodninsko terjatev do članov poslovodstva nastane šele po začetku stečajnega postopka. Upniki, v korist katerih je predpisana tožba po 42. členu ZFPPIPP, pred začetkom stečajnega postopka takšne tožbe ne morejo vložiti. Čeprav je treba odgovornost tožencev obravnavati v času pred začetkom stečajnega postopka in mora sodišče za ugotovitev odgovornosti ugotavljati okoliščine delovanja toženih strank kot poslovodij tožeče stranke v času pred začetkom stečajnega postopka, slednje po mojem mnenju ne pomeni, da je terjatev tožeče stranke (upnikov), ki imajo aktivno legitimacijo (v

imenu upnikov pa tudi stečajni upravitelj) za vložitev tožbe po 42. členu ZFPPIPP, že nastala. Namen določbe 249. člena ZFPPIPP o zadržanju zastaranja je stečajnemu upravitelju omogočiti, da se seznanj s terjatvami in zagotovi njihovo uveljavitev, pri čemer je zadržanje zastaranja pomembno zlasti, če bi se zastaralni rok iztekel v času neposredno po začetku stečaja (tako dr. Nina Plavšak, Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP), razširjena uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 186 in 187). Menim, da je pogoj za uporabo določbe 249. člena ZFPPIPP ta, da obstaja terjatev stečajnega dolžnika (upnikov) do članov posloводства že pred začetkom stečajnega postopka. V primeru odškodninskih tožbo po 42 in 43. členu ZFPPIPP pa gre za terjatev, ki je nastala zaradi in kot posledica začetega stečajnega postopka in se uveljavlja za vse upnike. Dodatni razlog za to, da v primeru odškodninske tožbe po 42. in 43. členu ZFPPIPP določba 249. člena ni uporabljiva, je po mojem v tem, da je tak odškodninski zahtevek v skladu s petim odstavkom 44. člena ZFPPIPP poleg stečajnega upravitelja upravičen uveljavljati tudi vsak upnik, ki je v skladu z določbami ZFPPIPP upravičen opravljati procesna dejanja v stečajnem postopku družbe, in sicer v svojem imenu in za družbo kot stečajnega dolžnika. Menim, da določba 249. člena ZFPPIPP o zadržanju zastaranja ne velja v primeru, če bi takšno tožbo po 42. členu ZFPPIPP vložil katerikoli upnik ali skupina upnikov, ki je upravičen oziroma so upravičeni opravljati procesna dejanja, torej če je/so svoje terjatve v stečajni postopek prijavil/-i (1. točka 56. člena ZFPPIPP). Če zadržanje zastaranja po določbi 249. člena ZFPPIPP ne velja za upnike, če vložijo takšno tožbo, tudi ne more veljati za stečajnega upravitelja, ki tovrstno terjatev uveljavlja v imenu vseh upnikov, saj bi sicer prišlo do neenakega obravnavanja subjektov, ki imajo aktivno legitimacijo za vložitev tožbe po petem odstavku 44. člena ZFPPIPP. To stališče je v okviru odločanja o začasni odredbi potrdilo Višje sodišče v Kopru s sklepom opr. št. Cpg 176/2016 z dne 9. 9. 2016. Nasprotno je Višje sodišče v Mariboru v skorajda enaki zadevi (tožnika je zastopal isti pooblaščenec) s sklepoma opr. št. I Cpg 247/2016 z dne 28. 7. 2016 in I Cpg 453/2016 z dne 20. 4. 2017 (ki ni v zbirki IUS INFO in se prilaga) prav tako v okviru odločanja o začasni odredbi odločilo, da tudi za odškodninsko terjatev po 42. in 43. členu ZFPPIPP velja določba 249. člena ZFPPIPP o zadržanju zastaranja, ker je od tega vprašanja odvisno, ali je terjatev po tožbi zastarala.

Odgovor:

Zadržanje zastaranja terjatev je institut civilnega prava, ki skuša omiliti posledice zastaranja takrat, ko so podane posebne okoliščine, ki preprečujejo ali omejujejo upniku možnost uveljavljanja terjatev.¹⁰ V času, ko trajajo takšne okoliščine, zastaranje ne teče. Prvi odstavek 361. člena Obligacijskega zakonika¹¹ zato ureja začetek teka zastaranja, ko razlogi za zadržanje zastaranja ovirajo začetek zastaranja. Zastaranje v tem primeru začne teči, ko vzrok za zadržanje zastaranja preneha. Ta položaj se od položaja iz drugega odstavka istega člena razlikuje v tem, da s prenehanjem vzroka za zadržanje zastaranja v prvem primeru začne zastaranje teči od začetka (kar je po učinku enako kot v primeru pretrganja zastaranja), v drugem primeru pa se zastaranje nadaljuje z vštevanjem časa, ki je pretekel pred zadržanjem zastaranja. Hkrati pa je prvi odstavek 361. člena OZ

10 V. Kranjc in drugi, Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga, GV Založba, 2003, stran 495.

11 Uradni list RS 83/2001, v nadaljevanju OZ.

mogoče razlagati le tako, da na učinek zadržanja zastaranja ne vpliva okoliščina, kdaj je terjatev nastala, temveč le čas, ko je upnik lahko uveljavljal terjatev (drugi odstavek 335. člena OZ), torej zapadlost terjatve. Če je terjatev nastala in zapadla pred nastankom vzroka za zadržanje zastaranja, je podan položaj iz drugega odstavka 361. člena OZ. Položaj iz prvega odstavka 361. člena OZ pa je podan tako v primeru, ko je terjatev nastala že pred nastankom vzroka za zadržanje zastaranja, pa je zapadla šele po nastanku tega vzroka, kot tudi v primeru, ko je terjatev tudi nastala (in zapadla) šele po nastanku vzroka za zastaranja.

Določba 249. člena ZFPPIPP ureja kot pravno posledico začetka stečajnega postopka zadržanje zastaranja terjatev stečajnega dolžnika v enem letu od začetka stečajnega postopka. Ta določba je vsebinsko enaka določbi drugega odstavka 115. člena prej veljavnega Zakona o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji.¹² Obe določbi je teorija razlagala kot namen, da se stečajnemu upravitelju omogoči, da se seznanji s terjatvami in zagotovi njihovo uveljavitev.¹³ Sklicevanje teorije na pomembnost zadržanja zastaranja zlasti za terjatve, glede katerih bi zastaralni rok potekel v času neposredno po začetku stečaja, je samo razlagalna utemeljitev za uzakonitev tega instituta, ne pa kot za razlikovanje učinkov zadržanja zastaranja glede na rok, ki še ni potekel ob začetku stečaja. Za takšno razlikovanje ni podlage v zakonu. Uzakonitev zadržanja zastaranja je treba razumeti tudi kot obliko dodatnega varovanja upnikov stečajnega dolžnika, saj jim je s tem povečana možnost unovčenja vsega premoženja stečajnega dolžnika in s tem poplačila njihovih terjatev, kar je eden od temeljnih ciljev v stečajnem postopku. Določitev enoletnega roka zato pomeni poenostavljeni način opredelitve časa, v katerem se predvideva, da so na strani stečajnega dolžnika podane ovire, ki mu otežujejo uveljavljanje svojih terjatev. Namen določitev jasne časovne meje tega učinka je tudi pravna varnost dolžnikov stečajnega dolžnika.

Menim, da ni zakonske podlage za razlago, da naj bi zadržanje zastaranja iz 249. člena ZFPPIPP učinkovalo le na terjatve, ki so nastale (oziroma zapadle) do začetka stečajnega postopka. Terjatve stečajnega dolžnika do svojih dolžnikov so del premoženja stečajnega dolžnika in spadajo v stečajno maso. Takšna oblika premoženja lahko izvira še iz časa pred začetkom stečajnega postopka, po tem obdobju pa lahko nastane kot način preoblikovanja premoženja stečajnega dolžnika ali kot (nova) neposlovna obveznost dolžnika. Glede načina in možnosti uveljavljanja tega premoženja v ZFPPIPP ni podlage za razlikovanje glede na to, ali je posamezna terjatev nastala pred začetkom stečajnega postopka ali po njem. Položaj je drugačen kot v primeru terjatev upnikov do stečajnega dolžnika. V tem primeru je časovna točka začetka stečajnega postopka odločilna za razmejitev, v kakšnem obsegu bo upnik terjatve lahko uveljavljal poplačilo (46. in 227. člen ZFPPIPP). 249. člena ZFPPIPP zato ni mogoče razlagati drugače kot določitev jasnega enoletnega roka, v katerem ne tečejo zastaralni roki za vse terjatve stečajnega dolžnika, ne glede na čas njihovega nastanka. To pa seveda ne vpliva na možnost njihovega uveljavljanja tudi v času zadržanja zastaranja, saj zadržanje zastaranja (pod pogojem dospelosti terjatve) za to ni ovira.

12 Uradni list RS 67/93 s spremembami, v nadaljevanju ZPPSL.

13 N. Plavšak, ZPPSL s komentarjem, GV, 1997, stran 263 in ZFPPIPP, razširjena uvodna pojasnila, GV Založba, 2008, stran 186 in 187.

Kakšen je torej učinek 249. člena ZFPPIPP na terjatve iz 42. in 43. člena ZFPPIPP? Prva posebnost pri tovrstnih terjativah je v tem, da je začetek stečajnega postopka družbe materialni pogoj za nastanek tovrstnega upravičenja za povrnitev nastale škode. Pravica do povrnitve škode (kot materialno upravičenje) torej nastane z začetkom stečajnega postopka. Ta pogoj ne bi smel biti sporen oziroma ne bi smel povzročati težav.

Za presojo učinka 249. člena ZFPPIPP pa je treba najprej odgovoriti na vprašanje, čigavo je to upravičenje (terjatev), ki se uveljavlja na podlagi 42. in 43. člena ZFPPIPP? Je to terjatev stečajnega dolžnika ali je terjatev upnikov? Ali gre v tem primeru za razdružitven procesne in stvarne legitimacije pri uveljavljanju zahtevkov? O učinku zadržanja zastaranja terjatve na podlagi 249. člena ZFPPIPP lahko sklepamo le ob predhodni ugotovitvi, da gre pri takšni terjatvi za terjatev stečajnega dolžnika.

Na sklepanje, da gre pri teh zahtevkih za materialnopravno upravičenje upnikov, bi nakazovalo besedilo prvega odstavka 42. in prvega odstavka 43. člena ZFPPIPP, ki uporabljata besedno zvezo, da so poslovodstvo oziroma člani nadzornega sveta *upnikom... odgovorni za škodo*. Druga okoliščina, ki bi govorila v prid pripadnosti teh terjatev upnikom, je v 1. točki petega odstavka 44. člena ZFPPIPP uporabljena besedna zveza, da se odškodninski zahtevek *uveljavlja za račun vseh upnikov*. Tretja okoliščina, ki nakazuje na takšno sklepanje, pa je opredelitev škode kot prikrajšanje upnikov v obsegu neplačanega dela terjatev v stečajnem postopku (prvi odstavek 42. in prvi odstavek 43. člena ZFPPIPP).

Vendar te okoliščine za opredelitev pripadnosti terjatve (stvarne legitimacije) niso odločilne. Stvarna legitimacija je namreč v korist stečajnega dolžnika opredeljena v 1. točki petega odstavka 44. člena ZFPPIPP, saj se zahtevek lahko uveljavlja le v korist stečajnega dolžnika. Uporabo besedne zveze, da se odškodninski zahtevek *uveljavlja za račun vseh upnikov*, je treba razumeti le v kontekstu celotnega besedila 1. točke petega odstavka 44. člena ZFPPIPP, ki pomeni, da pripada odškodnina stečajni masi stečajnega dolžnika. Iz te stečajne mase se poplačajo upniki po pravilih stečajnega postopka, s čimer je posredno doseženo, da se odškodnina uveljavi za vse upnike. Vendar v okviru procesnega razmerja pravde za uveljavitev odškodninske terjatve nastopa kot materialnopravni upravičenec le stečajni dolžnik. To pa pomeni, da imajo upniki na podlagi druge alineje 2. točke petega odstavka 44. člena ZFPPIPP le procesno legitimacijo za uveljavljanje tujega materialnopravnega upravičenja.¹⁴ Takšna razlaga pomeni, da je pri uveljavljanju terjatev na podlagi petega odstavka 44. člena ZFPPIPP podano prekrivanje stvarne in procesne legitimacije le v primeru, ko zahtevke uveljavlja stečajni dolžnik, če pa zahtevek uveljavlja upnik, sta stvarna in procesna legitimacija ločeni. To hkrati pomeni, da gre v obeh primerih za uveljavljanje iste terjatve, ki (že od nastanka) pripada stečajnemu dolžniku. Logični sklep je torej, da zadržanje zastaranja po 249. členu ZFPPIPP učinkuje tudi na terjatve iz 42. in 43. člena ZFPPIPP. Za takšen učinek ni odločilna okoliščina, da tožbeni zahtevek uveljavlja upnik stečajnega dolžnika, ki ima le procesno legitimacijo. Zadržanje zastaranja je namreč materialnopravni institut, ki je glede na 249. člen ZFPPIPP vezan na pripadnost terjatve, in ne na položaj procesnega upravičenca, ki jo je upravičen uveljavljati.

¹⁴ Enako tudi N. Plavšak, ZFPPIPP, razširjena uvodna pojasnila, GV Založba, 2008, stran 68 in 69.

Vprašanje št. 3: Glede dolžine zastaralnega roka za uveljavljanje zahtevka po 42. in 43. členu ZFPPIPP

Vrhovno sodišče RS je v zadevi opr. št. III Ips 14/2016 z dne 9. 12. 2016 zavzelo stališče, da je položaj članov organov vodenja do družbe podoben mandatnemu razmerju, saj upravo z imenovanjem vežejo določene obveznosti pri vodenju poslov družbe, katerih kršitev utemeljuje njeno odškodninsko odgovornost do družbe, zaradi česar takšna značilnost razmerja terjata uporabo določb OZ o zastaranju terjatev iz poslovne odškodninske obveznosti. To stališče je bilo zavzeto v zvezi z odškodninsko odgovornostjo članov uprave po 263. členu ZGD-1 v zvezi z delujočo družbo (ki ni v stečajnem postopku). Zato v zvezi z zastaranjem ni mogoče uporabiti 352. člena OZ, ki določa zastaralne roke za odškodninske terjatve za nepogodbeno odškodninsko odgovornost, pač pa 349. člen OZ, ki ureja zastaranje terjatev iz gospodarskih pogodb, kar posledično pripelje do uporabe petletnega zastaralnega roka.

Ali se navedena odločba Vrhovnega sodišča RS lahko nanaša tudi na odškodninsko odgovornost nekdanjih članov posloводства po 42. členu ZFPPIPP? Menim, da ne. Odškodninsko terjatev po 42. členu ZFPPIPP lahko v imenu upnikov uveljavlja le stečajni upravitelj ali jo uveljavljajo upniki sami (2. točka petega odstavka 44. člena ZFPPIPP). Ta morebitna škoda ne izvira iz pogodbenega razmerja med družbo in člani posloводства (kar je značilno za odškodninsko odgovornost po 263. členu ZGD-1), pač pa iz razmerja upnikov (pri čemer tožbo v imenu upnikov lahko vložijo tudi stečajni upravitelji) do nekdanjih članov posloводства, škoda pa izvira iz njihovega nezakonitega ravnanja. Drugi odstavek 28. člena ZFPPIPP določa, da mora posloводство pri vodenju poslov družbe ravnati s skrbnostjo poslovno-finančne stroke in si pri tem prizadevati, da je družba vedno kratkoročno in dolgoročno plačilno sposobna. V primeru nastanka insolventnosti družbe mora posloводство v enem mesecu od nastanka insolventnosti nadzornemu svetu predložiti poročilo o ukrepih finančnega prestrukturiranja (35. člen ZFPPIPP), če je kot ukrep finančnega prestrukturiranja predvideno povečanje osnovnega kapitala z novimi denarnimi vložki, pa mora sklicati skupščino (36. člen ZFPPIPP) in objaviti poziv za vpis in plačilo delnic (37. člen ZFPPIPP). Če posloводство meni, da obstaja manj kot 50-odstotna verjetnost, da bi bilo mogoče uspešno izvesti finančno prestrukturiranje, ali da bo mogoče uspešno izvesti prisilno poravnavo, v treh delovnih dneh vložijo popoln predlog za začetek stečajnega postopka (38. člen ZFPPIPP). Prav tako posloводство, če družba postane insolventna, ne sme odobriti nobenih plačil ali prevzemati novih obveznosti, razen tistih, ki so nujne za redno poslovanje (34. člen ZFPPIPP). Kršitev teh zakonskih določil ima za posledico odškodninsko odgovornost posloводства po 42. členu ZFPPIPP. Ali je takšna razlaga pravilna, ali pa bi bilo kljub temu tudi glede zastaranja terjatve po 42. in 43. členu ZFPPIPP treba uporabiti 349. člen OZ?

Odgovor:

Pri tem vprašanju je treba odgovoriti tudi na več podvprašanj. Ali obstajajo razlogi za drugačno presojo odškodninske odgovornosti, ko gre za odgovornost nekdanjih članov posloводства družbe, ki je v stečaju? Ali je mogoče utemeljevati drugačno presojo, ko gre za odškodninsko odgovornost na podlagi 42. in 43. člena ZFPPIPP? Glavna utemeljitev odločbe Vrhovnega sodišča v odločbi III Ips 14/2016 glede

opredelitve odškodninske odgovornosti članov organov vodenja družbe (ki temelji na 263. členu ZGD-1) kot poslovne odškodninske odgovornosti, je ugotovitev, da se z aktom o imenovanju neke osebe za člana uprave vzpostavi pravno-poslovno razmerje med tem članom in družbo, ki je urejeno v zakonu in pogodbi o poslovanju. Takšno pravno-poslovno razmerje je najbližje mandatnemu razmerju. Upravo z imenovanjem vežejo določene obveznosti pri vodenju poslov družbe, katerih kršitev utemeljuje njeno odškodninsko odgovornost do družbe. Pri tem pa vprašanje napačno razlaga navedeno odločbo, češ da naj bi bilo zavzeto stališče, da naj bi bilo namesto 352. člena OZ, ki določa zastaralne roke glede neposlovne odškodninske odgovornosti, treba uporabiti določbo 349. člena OZ, ki ureja zastaranje terjatev iz gospodarskih pogodb. Vrhovno sodišče je odločitev o daljšem zastaralnem roku¹⁵ oprlo na določbo 346. člena OZ, ki določa splošni petletni zastaralni rok. Vrhovno sodišče torej pogodbenega razmerja člana uprave z družbo ni opredelilo kot gospodarsko pogodbo po 13. členu OZ. Takšna opredelitev bi namreč pripeljala do uporabe krajšega triletnega zastaralnega roka (349. člen OZ).

Ne vidim podlage za različno presojo odškodninske odgovornosti v povezavi z vprašanjem, ali pravno-poslovno razmerje z družbo še traja ali pa je že prenehalo. Podlaga za utemeljitev protipravnosti kot pogoja za odškodninsko odgovornost je namreč kršitev dolžnega ravnanja v času, ko je takšno razmerje z družbo še obstajalo. S prenehanjem tega razmerja ne preneha odškodninska odgovornost za ravnanja v času njegovega trajanja. Prav tako ni videti razumnega razloga za drugačno presojo zahtevkov le v povezavi z okoliščino, da je do prenehanja razmerja člana organa vodenja z družbo prišlo kot pravna posledica začetka stečajnega postopka (prvi odstavek 245. člen ZFPPIPP). Začetek stečajnega postopka je lahko celo eden od pokazateljev škode, če je zatrjevana in dokazana ustrezna vzročnost med opustitvijo zahtevane skrbnosti in stečajem družbe.

Tako se izkaže kot pomembno tudi vprašanje, ali je na drugačno vrsto odškodninskih zahtevkov mogoče sklepati iz posebnosti ureditve v 42. in 43. členu ZFPPIPP.

Prvi možni odgovor upošteva opredelitev, da gre pri teh zahtevkih za odškodninsko odgovornost posloводства v razmerju do upnikov, pri čemer člani posloводства z upniki niso v nobenem poslovnem razmerju. Zato naj bi imela njihova odškodninska odgovornost v razmerju do upnikov značilnost **neposlovne odškodninske odgovornosti**.¹⁶ Takšna razlaga bi pomenila uporabo pravil iz prvega in drugega odstavka 352. člena OZ za presojo zastaranje teh obveznosti.

Druga možna razlaga pa izhaja iz pogoja, da je tudi v tem primeru protipravno ravnanje člana organa vodenja oziroma nadzora kršitev dolžnega ravnanja, ki je opredeljeno v (mandatnem) pogodbenem razmerju z družbo. To velja tudi v tistem delu, ko je dolžno ravnanje določeno že z zakonom. Glede na določbo petega odstavka 44. člena ZFPPIPP ima družba (stečajni dolžnik) posebno materialnopravno upravičenje v svojo korist uveljavljati tujo škodo (škodo, nastalo

15 Dejanski primer se je nanašal na obdobje pred uveljavitvijo novele ZGD-1 I v letu 2015, s katero je bil uzakonjen daljši petletni zastaralni rok (šesti odstavek 263. člena OZ).

16 N. Plavšak, ZFPPIPP, razširjena uvodna pojasnila, GV Založba, 2008, stran 64 in 65.

upnikom). Gre torej za posebno obliko pravno priznane škode, za uveljavljanje katere ima stvarno legitimacijo stečajni dolжник. Dopustnost takšne oblike uveljavljanja tuje škode pa temelji na predvidevanju, da bodo te koristi v drugem sodnem postopku prenesene na dejanske oškodovance po pravilih stečajnega postopka. To pa pomeni, da gre tudi v primeru uveljavljanja zahtevkov po petem odstavku 44. člena ZFPPIPP za uveljavljanje pravno priznane škode, ki izvira iz kršitve nekdanjega poslovnega razmerja med družbo (stečajnim dolžnikom) in (nekdanjim) članom organa vodenja. Ob takšni utemeljitvi gre tudi v tem primeru za uveljavljanje **poslovne odškodninske odgovornosti**.

Zdi se, da so vendarle **močnejši argumenti v prid razlagi o neposlovni odškodninski odgovornosti**. Ni mogoče prezreti temeljne značilnosti, da gre za uveljavljanje škode upnikov, ki niso v pogodbenem razmerju z odgovorno osebo. Okoliščina, da je zakon (zaradi zagotavljanja načela enakega obravnavanja upnikov iz 46. člena ZFPPIPP) materialnopravno upravičenje iz tega naslova prenesel na družbo, ne pomeni, da je zaradi tega treba družbo obravnavati kot oškodovanko. Zato ne gre za uveljavljanje škode, ki bi bila v vzročni zvezi s kršitvijo pogodbenega razmerja z oškodovancem. Gre torej za neposlovno odškodninsko odgovornost, za katero je treba uporabiti določila o zastaranju tovrstnih terjatev iz prvega in drugega odstavka 352. člena OZ. Za tovrstne terjatve tudi ne učinkuje posebna določba iz šestega odstavka 361. člena ZGD-1 o petletnem zastaralnem roku.

Ali je treba uporabiti enaka pravila o dolžini zastaralnega roka za terjatve iz 42. in 43. člena ZFPPIPP, ne glede na to, ali jih uveljavlja stečajni dolжник ali posamezni upnik? V prid pritrdilnemu odgovoru govori dejstvo, da gre v obeh primerih za uveljavljanje iste terjatve.

II. VPRAŠANJA OKROŽNEGA SODIŠČA V KOPRU

1. vprašanje: Pristojnost za odločanje

Zveza: šesta točka 483. člena ZPP, drugi odstavek 481. člena ZPP

Vprašanje: *Kateri oddelek okrožnega sodišča (gospodarski ali pravdni) je pristojen za odločanje v spodaj navedenih primerih:*

Uvodni komentar:

Vprašanje temelji na izhodiščni napaki. Znotraj okrožnega sodišča ni mogoče zastaviti vprašanja stvarne pristojnosti (različnih oddelkov). Določbi 481. in 483. člena ZPP (na katera se vprašanje sklicuje) vsebujeta merila za opredelitev sporov, v katerih je treba uporabiti pravila postopkov v gospodarskih sporih. Le posredno urejata razmejitve stvarne pristojnosti med okrajnim in okrožnim sodiščem. V skladu s 7. točko drugega odstavka 32. člena ZPP namreč odločanje v gospodarskih sporih sodi v pristojnost okrožnega sodišča. Samo v tem smislu se lahko sodišče, na katerega je naslovljena tožba, izreče za stvarno nepristojno (drugi odstavek 19. člena ZPP) in zadevo odstopi pristojnemu sodišču. Če je stvarna pristojnost okrožnega sodišča podana že po splošnem merilu iz prvega odstavka 32. člena ZPP (če vrednost spornega predmeta presega 20.000,00

EUR), pa ima presoja, da gre za gospodarski spor, drugačen pomen. Po eni strani gre za opredelitev pravil postopka, po katerih sodišče vodi spor, po drugi strani pa gre za vprašanje pravnega vodenja spisa v vpisniku v skladu s Sodnim redom oziroma za vprašanje pravilne dodelitve spisa sodniku (spoštovanje načela naravnega sodnika). Pravila morajo biti opredeljena v letnem razporedu dela. Morebitne napake pri dodelitvi zadeve sodniku (gospodarskega oziroma pravnega oddelka) ne morejo pripeljati do spora glede pristojnosti po 24. členu ZPP, temveč se odpravijo le z ustrezno odredbo v skladu s pravili, določenimi v letnem razporedu dela sodnikov. Ta pravila lahko upoštevajo tudi načelo hitrosti postopka in izogibanje predodeljevanja spisov med sodniki različnih oddelkov. To lahko pripelje do tega, da v gospodarskem sporu odloča sodnik pravnega oddelka in obratno. To pa seveda ne izključuje pravilne uporabe procesnih pravil glede na vrsto spora. Zaradi navedenega so v spodaj navedenih procesnih primerih možni odgovori oblikovani glede na izhodiščno vprašanje, ali gre za gospodarski spor oziroma katera procesna pravila je treba uporabiti v konkretnem sporu.¹⁷

1.1 Spor zaradi delitve skupnega premoženja, ki že teče pred začetkom osebne stečaja ene (ali obeh) pravnih strank

Odgovor:

Sodna praksa VS RS je že pred uveljavitvijo določb ZFPPIPP zavzela stališče, da dejstvo, da se je med pravdo začel stečajni postopek (ene od pravnih strank, op. a.), še ne pomeni, da gre v konkretni zadevi za spor, ki je nastal v zvezi s stečajnim postopkom, za katerega v skladu s 6. točko 483. člena ZPP velja pravilo o postopku v gospodarskih sporih.¹⁸ Ta argumentacija nasprotuje uporabi pravil postopka v gospodarskih sporih v pravnih, ki so se začele pred začetkom stečaja, kar velja tudi v primeru v zastavljenem vprašanju.

1.2 Spor zaradi delitve skupnega premoženja (nepremičnin in premičnin), ki se začne po začetku postopka osebne stečaja ene (ali obeh) pravnih strank (z napotitvijo sodišča)

Odgovor:

V tem primeru se predvideva, da je podana vzročna povezava med pravdo in stečajnim postopkom, saj je do pravde prišlo zaradi odločitve sodišča v stečajnem postopku, v katerem so se preizkušale terjatve in očitno tudi izločitveni zahtevki (sklepam, da zakonca dolžnika) iz skupnega premoženja. To bi govorilo v prid razlagi, da je izpolnjeno merilo iz 6. točke 483. člena ZPP za uporabo pravil o postopku v gospodarskih sporih. Že precej časa pa se utemeljeno pojavljajo pomisleki, da naj bi bilo treba to določbo razlagati ožje v primerih sporov v zvezi s postopki osebne stečaja, če ne gre za spore v zvezi z gospodarskim poslovanjem nekdanjega podjetnika. Ta argumentacija temelji na zgodovinski in namenski (*ratio legis*) razlagi zakona. Izhaja iz izhodišča, da je bil ZPP, ki je določil merila za uporabo pravil v gospodarskih sporih, sprejet v času, ko je substančni zakon (ZPPSL) urejal možnost vodenja stečajnega postopka le nad pravnimi osebami

¹⁷ Glej tudi: N. Betetto, Razmejitev med rednim pravnim postopkom in gospodarskim sporom, Podjetje in delo – 2014, št. 6-7, stran 1081–1095 in V. Rijavec, Sodni postopki v zvezi s stečajnim postopkom, Pravna praksa 21-22/2000, stran I-IV.

¹⁸ Sklep III Ips 133/2005 z dne 3. 9. 2007.

in podjetnikom. Možnost vodenja stečajnega postopka fizične osebe, ki nima nobene povezave z opravljanjem gospodarske dejavnosti, je uvedel šele ZFPPIPP (poznejši zakon). Zato naj bi bila smiselna ožja razlaga 483. člena ZPP, da se uporaba pravil, ki veljajo v gospodarskih sporih, ne nanaša tudi na spore v zvezi s postopkom osebnega stečaja, če ne gre za dolžnika – nekdanjega podjetnika. Argument proti takšni ozki razlagi zakona bi lahko bila jasnost zakonske določbe, kakor tudi, da zakonodajalec ureditve v ZPP v tem delu ni spreminjal kljub temu, da je od uveljavitve ZFPPIPP minilo že devet let. Ureditve ni prilagodil niti v obsežni noveli ZPP, ki je bila sprejeta v letošnjem letu.

Vrhovno sodišče se glede vprašanja uporabe pravil o gospodarskih sporih v sporih, ki so nastali v zvezi s postopki osebnega stečaja, še ni opredeljevalo. Pri tem je treba opozoriti, da je napačno sklepanje, da naj bi Vrhovno sodišče svoje stališče v prid uporabe pravil postopkov v gospodarskih sporih tudi v pravnih, povezanih z osebnim stečajem, zavzelo v odločbah, izdanih v sporih glede pristojnosti v povezavi z določbo 63. člena ZPP.¹⁹ Tako je na primer s sklepom I R 24/2016 (v sporu med tremi fizičnimi osebami o ugotovitvi deleža skupnega premoženja treh fizičnih oseb) odločilo, da je pristojno za odločanje Okrožno sodišče v Kopru, sklicujoč se na pravilo iz 63. člena ZPP o atrakciji krajevne pristojnosti v sporih, ki so v zvezi s stečajnim postopkom. S takšnim stališčem pa se Vrhovno sodišče ni opredelilo do vprašanja, katera pravila postopka mora pristojno sodišče pri tem uporabiti, saj to ni bilo izpostavljeno v sporu glede pristojnosti.

Tudi v zbirki odločb višjih sodišč ni veliko odločb, ki bi se opredeljevale do tega vprašanja, na podlagi katerih bi bilo mogoče sklepati na prevladujočo oziroma ustaljeno sodno prakso. Samo v eni odločbi se je VSK izrecno opredelilo, da gre za gospodarski spor v sporih v zvezi z osebnimi stečaji.²⁰ V eni od odločb VSL²¹ pa je na takšno stališče mogoče sklepati le posredno (*obiter dictum*), čeprav je sodišče izključitev uporabe pravil o gospodarskih sporih oprlo na drugo podlago (izključitev koneksnosti zaradi končanega stečajnega postopka).

Ob upoštevanju, da je bilo navedeno vprašanje že večkrat obravnavano na sodniških šolah (med drugim tudi v okviru delavnice na insolvenčni šoli 2017), je vendarle prepričljivejše stališče, ki izhaja iz namenske razlage zakona. Ni videti razumnega razloga za obravnavanje kot gospodarskih sporov tistih sporov, ki nimajo nobene povezave z gospodarskim poslovanjem strank (na primer spori zaradi delitve skupnega premoženja, spori iz neposlovne odškodninske odgovornosti fizičnih oseb ipd.).

Ob tem pa velja izpostaviti še eno dilemo. Ali je posebna ureditev pravil v gospodarskih sporih sploh še smiselna? Glede na zadnje posege zakonodajalca v ZPP z novelo ZPP-E so postale postopkovne razlike v gospodarskih sporih od splošnih pravil ZPP bolj ali manj le še kozmetične. Glede na napovedane sistemske spremembe za eno vrsto prvostopenjskih sodišč tudi ne bo več vprašanj o razmejitvi stvarne pristojnosti med okrožnim in okrajnim sodiščem. S tem pa ne bo prenehala smiselnost specializacije sodnikov za posamezna ožja področja.

¹⁹ Takšni argumenti so bili izpostavljeni v razpravi, ki jo povzema ta prispevek.

²⁰ Sklep VSK I Cp 929/2015 z dne 31. 5. 2016.

²¹ Sklep I Cpg 2034/2014 z dne 19. 12. 2014.

1.3 *Spor zaradi izpodbijanja pravnih dejanj stečajnega dolžnika, in sicer izpodbijanje sklenjenega sporazuma o delitvi skupnega premoženja v obliki notarskega zapisa*
Odgovor: enak kot na vprašanje 1.2.

1.4 *Spor zaradi ugotovitve lastninske pravice, ki že teče pred začetkom postopka stečaja ene izmed pravnih strank*

Odgovor:

Že iz okoliščine, da se je pravda o obstoju stvarne (lastninske) pravice začela pred začetkom stečaja, izhaja, da ne gre za spor v zvezi s stečajem. Gre za klasični civilnopravni spor (čeprav vpliva na obseg stečajne mase). Takšen spor ne izpolnjuje merila iz 6. točke 483. člena ZPP, zato je v takšni pravdi (tudi po začetku stečajnega postopka) treba uporabiti splošna pravila ZPP.

1.5 *Spor zaradi ugotovitve lastninske pravice oziroma obstoja prerokane izločitvene pravice, začet med tekom postopka stečaja ene izmed pravnih strank (npr. avto v vrednosti 5.000 EUR)*

Odgovor:

Zdi se, da vprašanje obravnava dva različna procesna položaja.

(1) Predvidevam, da je v prvem primeru (spor zaradi ugotovitve lastninske pravice) mišljen položaj, ko stečajni dolžnik kot tožnik zoper toženca uveljavlja ugotovitev lastninske pravice (npr. avtomobila). Gre za primer, ki je videti enak primeru iz vprašanja 1.4, le da je do pravde prišlo po začetku stečajnega postopka. Tožnik bi lahko enak zahtevek uveljavljal že pred začetkom stečaja, kar govori proti koneksnosti pravde in stečajnega postopka. VSRS je zavzelo stališče, da ni v zvezi s stečajem spor iz zastavne pravice, pridobljene na podlagi pogodb, ki so jih toženke v slabi veri sklepale z zastavnikom.²² Ali bi tudi v tem primeru lahko sklepali na pomanjkanje vzročnosti? Namen lastninskopravnega zahtevka, ki ga uveljavlja stečajni dolžnik po začetku stečaja, je sicer res usmerjen v povečanje stečajne mase, vendar bi bil sklep enak tudi v primeru pravde, ki se je začela pred začetkom stečaja, le da do začetka stečaja še ni mogoče govoriti o stečajni masi. Ob takšnem stališču uporabo pravil o gospodarskih sporih izključuje določba drugega odstavka 481. člena ZPP, kar v konkretnem primeru odpira tudi vprašanje stvarne pristojnosti sodišča. Vrhovno sodišče se je že večkrat opredelilo, da določba 63. člena ZPP ureja le atrakcijo krajevne, ne pa tudi stvarne pristojnosti sodišča.²³ Ker ni izkazana stvarna pristojnost okrožnega sodišča po 7. točki drugega odstavka 32. člena ZPP, je ob upoštevanju splošnega pravila iz prvega odstavka 30. člena ZPP za odločanje o tožbi pristojno okrajno sodišče. Pri tem pa je treba upoštevati tudi določbo 19. člena ZPP, ki časovno omejuje sodišče pri izrekanju za nepristojno.

(2) Drugačen pa je položaj pri uveljavljanju prerokane izločitvene pravice (310. člen ZFPPIPP). Čeprav gre tudi v tem primeru za uveljavljanje stvarnopravnega upravičenja v tožbenem zahtevku, pa gre za pravdo, ki je v vzročni zvezi s stečajnim postopkom, saj je pogoj za zahtevek predhodno uveljavljanje izločitvene pravice v stečajnem postopku. V že omenjenem sklepu III Ips 57/2002 je VSRS zavzelo

²² Sklep III Ips 57/2002 z dne 27. 11. 2002.

²³ Sklep III R 29/2001 z dne 6. 9. 2001 in sklep I R70/1999 z dne 30. 11. 1999.

stališče, da tudi v sporih o stvarnih pravicah, ki nastanejo v zvezi s stečajnim postopkom, veljajo pravila o gospodarskih sporih.

1.6 Spor, v katerem upnik vloži tožbo za ugotovitev obstoja prerekanе ločitvene pravice

Odgovor:

Nedvomno gre v tem primeru za spor, za katerega sta pogoja predhodni postopek upnikove prijave ločitvene pravice v stečaju in prerekanje te pravice, kar je zaobseženo tudi v sklepu stečajnega sodišča o preizkusu terjatev. Koneksnost spora s stečajnim postopkom je podana, zato gre za gospodarski spor po 6. točki 483. člena ZPP.

1.7 Spor zaradi ugotovitve obstoja prerekanе terjatve med dvema fizičnima osebama oziroma eno fizično in eno pravno osebo oziroma med osebami, za katere se ne uporabljata 481. in 482. člen ZPP, oziroma ne gre za spor (z izjemo 6. točke 483. člena ZPP) iz 483. člena ZPP;

Odgovor:

Iz vprašanja je mogoče sklepati, da naj bi šlo za pravdo, v kateri sta udeležena dva upnika (dve fizični osebi oziroma ena fizična in ena pravna oseba). Od teh je ena stranka v pravdi upnik, ki je prijavil terjatev v stečaju, druga stranka pa upnik, ki je to terjatev prerekal. Če gre za stečajni postopek pravne osebe, ne more biti nobenega dvoma, da gre za koneksnost med pravdo in stečajnim postopkom, zato gre za gospodarski spor po 6. točki 483. člena ZPP. Osebni status pravnih strank v tem primeru ni odločilno merilo. Če pa bi šlo za spor, ki izvira iz osebne stečaja, se sklicujem na stališča, pojasnjena v odgovoru na vprašanje 1.2.

1.8 Spor, v katerem upnik vloži tožbo za ugotovitev ničnosti pogodbe (npr. o služnosti), in podrejeno zahtevek za izpodbijanje pravnega dejanja stečajnega dolžnika s sklenitvijo navedene pogodbe (o služnosti)

Odgovor:

Če izhajam iz podrejenega zahtevka, naj bi šlo za to, da je stečajni dolžnik sklenil pogodbo, s katero je na delu svojega premoženja ustanovil služnost. Ni pojasnjeno, ali gre za stvarno ali osebno služnost. V vsakem primeru naj bi šlo za nudenje ugodnosti tretjemu oziroma za obremenitev (zmanjšanje vrednosti) premoženja (stečajne mase) stečajnega dolžnika. Upnik naj bi uveljavljal primarni zahtevek za ugotovitev ničnosti, podrejeno pa izpodbojni zahtevek po določilih ZFPPIPP.

Zdi se, da se je glede primarnega zahtevka znova treba vprašati, ali ima tožnik pravni interes le za zahtevek za ugotovitev ničnosti pogodbe. Če je tožnik korektno postavil zahtevek, ki bi ga lahko uveljavljal na podlagi nične pogodbe, se je treba vprašati, ali je dopustna takšno (podrejeno) kopičenje zahtevkov. Glede na določbo četrtega odstavka 182. člena ZPP lahko tožeča stranka z isto tožbo podrejeno uveljavlja več zahtevkov, ki so v medsebojni zvezi le, če je sodišče stvarno pristojno za sojenje o vsakem zahtevku in je za vse zahtevke predpisana ista vrsta postopka. V prikazanem primeru je za podrejeni zahtevek nedvomno, da gre za njegovo koneksnost s stečajnim postopkom, zato je za odločanje o tem zahtevku treba

uporabiti pravila o gospodarskih sporih. Kaj pa glede primarnega zahtevka? Za uveljavljanje takšnega zahtevka (ki ima absolutni učinek, ne pa relativnega kakor izpodbojni) ni mogoče najti pravne podlage v določbah ZFPPIPP. Mogoče pa ga je utemeljevati s splošnimi pravili obligacijskega prava. Vendar uveljavljanje takšnega zahtevka ni vzročno povezano s stečajnim postopkom, saj je mogoče ničnostne sankcije pogodbe uveljavljati tudi izven stečaja. Ta okoliščina pa pomeni, da glede primarnega zahtevka ni izpolnjen pogoj iz 6. točke 483. člena ZPP za uporabo pravil v gospodarskih sporih. Uporaba teh pravil je izključena tudi na podlagi drugega odstavka 481. člena ZPP, saj je predmet spora odločanje o stvarni pravici (služnosti). Ker v tem delu ne gre za gospodarski spor, je treba upoštevati tudi splošna pravila, ki urejajo stvarno pristojnost sodišč. Na podlagi 2. točke drugega odstavka 30. člena ZPP je odločanje v sporih o služnostih in stvarnih bremenih pridržana okrajnemu sodišču. To pa pomeni, da v konkretnem primeru ni izpolnjen nobeden od kumulativnih pogojev za podrejeno kopičenje obeh zahtevkov. Do drugačnega sklepa bi lahko prišli le ob razširjeni razlagi koneksnosti primarnega zahtevka s stečajnim postopkom, kar pa bi bilo v nasprotju z novejšo sodno prakso in stališči teorije.²⁴

Ob takšni razlagi bi bilo okrožno sodišče pristojno odločati le o podrejenem zahtevku, ki pa je bil uveljavljan le posredno. Ta okoliščina pa onemogoča razdružitev pravd po tretjem odstavku 300. člena Zpp, saj bi sodišče s tem prekoračilo tožbeni zahtevk.²⁵ Po stališču Vrhovnega sodišča²⁶ mora sodišče, na katerega je tožnik vložil tožbo zoper morebitne sospornike, pa pogoji morebitnega sosporništva niso izpolnjeni, s tožbo postopati kot z vlogo, ki je ni mogoče obravnavati (108. člen ZPP). Menim, da je enako postopanje pripisati sodišču tudi v primeru nedopustnega objektivnega morebitnega kopičenja zahtevkov. Na ta način bi bil tožnik zavarovan pred posledicami prekluzije podrejeno uveljavljenega zahtevka. Tožnik bi pomanjkljivost v tožbi lahko odpravil tako, da bi umaknil primarni zahtevk in uveljavljal le podrejeno (izpodbojni) zahtevk. Če pa tožnik pomanjkljivosti v tožbi ne bi odpravil, pa menim, da bi moralo (okrožno) sodišče tožbo zavreči v delu, ki se nanaša na podredni zahtevk (peti odstavek 108. člena ZPP), glede primarnega zahtevka pa se izreči za nepristojno (drugi odstavek 19. člena ZPP) in zadevo odstopiti pristojnemu okrajnemu sodišču.

2. vprašanje: vročanje

Zveza: 252. in 254. ZFPPIPP

2.1 Komu vročati tožbo v odgovor, če sta hkrati tožena Jože Špacapan kot s. p. in Jože Špacapan kot fizična oseba (spor je v zvezi s poslovanjem Jožeta Špacapana kot s. p.)?

Odgovor:

Po opredelitvi iz šestega odstavka 3. člena ZGD-1 je podjetnik fizična oseba, ki na trgu samostojno opravlja pridobitno dejavnost v okviru organiziranega podjetja.

²⁴ N. Betetto, navedeno delo, točka 2.5.1.

²⁵ N. Betetto, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga, Založba Uradni list in GV Založba, 2006, stran 641.

²⁶ Sklep III R 38/2001 z dne 11. 1. 2002.

Takšna oseba lahko vstopa v pravna razmerja kot gospodarski subjekt, še vedno pa lahko vstopa v pravna razmerja tudi kot fizična oseba. Vrsta razmerja, iz katerega se uveljavlja upravičenje s tožbo, pa je odločilna za odločitev o tem, ali se v sporu uporabljajo pravila postopka v gospodarskih sporih (2. točka prvega odstavka 481. člena ZPP), lahko pa tudi o stvarni pristojnosti sodišča (prvi odstavek v zvezi s 7. točko drugega odstavka 32. člena ZPP).

Na žalost v praksi še vedno niso redki primeri, ko tožeče stranke zoper takšen subjekt kopičijo tožbene zahtevke, kot da gre za sosporniško kumulacijo po prvem odstavku 191. člena ZPP. Pri tem uveljavljajo solidarno plačilo od podjetnika in od iste osebe kot fizične osebe. Druga pojavna oblika je, da tožniki po prvem odstavku 192. člena ZPP uveljavljajo podrejeno kumulacijo tako, da uveljavljajo najprej zahtevek od podjetnika in podrejeno od fizične osebe ali obratno. Jasno je, da v takšnih primerih ne gre za dopustno kopičenje zahtevkov, temveč za nepravilno oblikovano tožbo. Zato bi moralo v takih primerih sodišče postopati po 108. členu ZPP in pozvati tožnika na popravo tožbe oziroma pri vodenju postopka in odločanju pravilno razumeti ter upoštevati takšne navedbe v tožbi. Pri tem je treba razlikovati različne primere takšnih pomanjkljivosti v tožbi.

Če tožnik uveljavlja le en zahtevek (oziroma več istovrstnih zahtevkov), je pomanjkljivost le v pravilni opredelitvi (enega) toženca. Gre za navidezno kopičenje oziroma sosporništvo. Menim, da bi v takšnem primeru tudi sodišče ne storilo bistvene kršitve postopka, če bi samo kot toženo stranko obravnavalo glede na vrsto tožbenega zahtevka oziroma status toženca. To lahko stori samo pod pogojem, če je tožnik v tožbi podal dovolj trditev za presojo vrste spornega razmerja. Domnevam, da takšne pomanjkljivosti pri oblikovanju tožbe največkrat nastanejo zaradi negotovosti tožnika o tem, ali pravno razmerje opredeliti kot spor iz poslovne dejavnosti in ali ima toženec še vedno status podjetnika. Glede prve dileme (o vrsti spornega razmerja) se mora sodišče opredeliti že v okviru predhodnega preizkusa tožbe. Glede statusa podjetnika pa lahko do sprememb pride tudi v času pravde, pri čemer morebitno prenehanje statusa podjetnika v takšnem primeru ne vpliva niti na opredelitev vrste spora niti glede stvarne pristojnosti sodišča. Če sodišče iz tožbenih navedb lahko sklepa na vrsto spornega razmerja, pravilno postopa tako, da najprej preizkusi, ali je stvarno pristojno. Ob pozitivnem odgovoru tožbo vroči na naslov podjetnika, če gre za gospodarski spor in ima toženec še vedno status podjetnika. Na naslov fizične osebe (kadar sta naslova različna) pa tožbo vroči, če presodi, da zahtevek ne izvira iz poslovanja podjetnika (v tem primeru gre za klasično pravdo) oziroma da sporno razmerje sicer izvira iz poslovne dejavnosti podjetnika, vendar ta statusa nima več (v tem primeru je to še vedno gospodarski spor). Jasno je, da mora sodišče toženca pravilno opredeliti tudi v vsaki sodni odločbi kot enega toženca.

Kakšne posledice bi imelo drugačno postopanje sodišča? Pri morebitni nepravilni uporabi navedbe s. p. v sodni odločbi gre le za pomoto, ki je odpravljaliva s popravnim sklepom po 328. členu ZPP. Nedvomno je treba šteti za pravilno vročeno sodno pošiljko, četudi je vročena na drugem naslovu (na primer tožba, vročena na sedežu poslovalnice, čeprav se nanaša na razmerje, ki ni povezano s toženčevim gospodarskim poslovanjem, ali obratno). Kaj pa v primeru vročitve s fikcijo po 142. členu ZPP? Zdi se, da bi bilo treba učinek fikcije razlagati restriktivno in šteti za nevročeno tožbo glede razmerja izven poslovne dejavnosti, ki bi bila s fikcijo vročana na drugem naslovu sedeža poslovalnice.

Drugačna pa je pomanjkljivost tožbe v primeru, ko bi tožnik takšno obliko navidezne opredelitve več tožencev uporabil zato, ker bi z eno tožbo uveljavljal več zahtevkov, od katerih nekateri izvirajo iz poslovne dejavnosti, drugi pa ne. V takšnem primeru gre za nedopustno kopičenje zahtevkov, saj ni izpolnjen pogoj (ista vrsta postopka) iz drugega odstavka 182. člena ZPP. V takšnem primeru bi sodišče v okviru predhodnega preizkusa moralo zadevo razdružiti na dva spora in tožbo vročiti na oba naslova, če pa ni pristojno glede vseh zahtevkov, pa se v tem delu s sklepom iz drugega odstavka 19. člena ZPP izreče za nepristojno in zadevo odstopi pristojnemu sodišču.²⁷ Znova pa opozarjam na časovne meje izrekanja o nepristojnosti sodišča (drugi odstavek 19. člena ZPP).

2.2 Komu vročiti (če sploh) tožbo v odgovor, če je tožena stranka že v času vložitve tožbe v postopku osebnega stečaja, spor pa se nanaša na plačilo obveznosti po posojilni pogodbi, ki sta jo pravdni stranki sklenili pred začetkom postopka osebnega stečaja tožene stranke, prvi (in naslednji) obrok po pogodbi pa ob začetku postopka osebnega stečaja še ni zapadel v plačilo? Terjatev iz spora ob vložitvi tožbe še ni bila prijavljena v stečajni postopek. Ali pravdni postopek prekiniti in če, kdaj?

Odgovor:

Nobenega dvoma ni, da gre za terjatev, ki je nastala pred začetkom stečaja. Glede na določbo prvega odstavka 383. člena ZFPPIPP tudi za postopek osebnega stečaja velja načelo koncentracije, kot je opredeljeno v prvem odstavku 227. člena ZFPPIPP, saj uporaba tega odstavka ni izključena z drugim odstavkom 383. člena ZFPPIPP. Načelo koncentracije postopka pomeni, da je sodno varstvo upniku v razmerju do stečajnega dolžnika za izpolnitev obveznosti, ki je nastala do začetka stečajnega postopka, zagotovljeno le v okviru stečajnega postopka, razen če je za posamezni primer drugače določeno. Takšno pravilo po začetku stečaja izključuje dopustnost začetka pravde o takšnem zahtevku. ZFPPIPP dopušča po začetku stečaja vodenje pravde o posamezni terjatvi upnika zoper stečajnega dolžnika, ki je nastala do začetka stečajnega postopka, samo v primeru napotitve na pravdo (oziroma na nadaljevanje že začete pravde) v okviru sklepa o preizkusu prijavljenih terjatev (300. in 301. člen ZFPPIPP). Tožba, ki jo je vložil upnik, ne da bi prijavil terjatev v stečajnem postopku, je zato nedopustna, zato bi jo sodišče moralo zavreči. Na opredelitev nedopustnosti tožbe ne vpliva posebna ureditev v postopkih osebnega stečaja, da zaradi neprijave terjatve ne nastopijo (materialnopravne) posledice prenehanja terjatve (drugi odstavek 227. člena ZFPPIPP). Izključitev pravice do tožbe ne temelji na presoji utemeljenosti terjatve, temveč na posebni ureditvi načina uveljavljanja sodnega varstva položaja upnikov po začetku stečaja.

3. vprašanje: vrsta postopka

Ali spor obravnavati kot klasični spor ali spor majhne vrednosti v primeru, ko tožeča stranka toži za skupno 5.000 EUR na podlagi sklenjenih (npr. prodajnih) pogodb, posamezna faktura med pravdnima strankama na podlagi teh (npr. prodajnih) pogodb pa znaša 1.000 EUR?

27 A. Galič, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga, Založba Uradni list in GV Založba, 2006, stran 169.

Odgovor:

Vprašanje se nanaša na pravilno upoštevanje vrednosti spornega predmeta. Ta vrednost je lahko pomembna tako za opredelitev stvarne pristojnosti sodišča, če gre za razmejitve pristojnosti med okrajnim in okrožnim sodiščem, kot tudi za pravilno izbiro pravil postopka, ko gre za razmejitve med splošnimi pravili postopka in pravili postopka v sporu majhne vrednosti. Glede pravice do revizije je merilo vrednosti spornega predmeta po uveljavitvi novele ZPP-E ostalo pomembno tudi kot kriterij za dopustnost predloga za dopustitev revizije, saj je na podlagi osmega odstavka 458. člena ZPP v sporih majhne vrednosti pravica do revizije izrecno izključena.

V primeru objektivnega kopičenja zahtevkov prvi odstavek 41. člena ZPP določa, da se določi pristojnost po seštevku vrednosti vseh zahtevkov, če se zahtevki opirajo na isto dejansko in pravno podlago. V povezavi z določbo 39. člena ZPP je to merilo treba uporabiti tudi pri odgovoru na vprašanje, katera pravila postopka je treba uporabiti pri sojenju. Vendar odgovora na vprašanje, ali gre za isto dejansko in pravno podlago zahtevkov, ni mogoče poenostaviti le s sklicevanjem na primerljivost listin (računov, dobavnic, dokazil o skupnemu delnemu plačilu itd.). Zobec pravi, da je ta razmejitve bolj stvar konvencije kot poglobljenih razmišljanj in analiz.²⁸ Pri tem kritizira preteklo sodno prakso Vrhovnega sodišča, ki je bila usmerjena v drobitveno načelo. Kot razlago tega merila pa ponuja, da imajo zahtevki isto dejansko in pravno podlago, kadar izvirajo iz istega življenjskega dogodka in se presojujejo po istih pravnih pravilih. Za takšen primer upoštevanja seštevka vrednosti bi šlo v primeru uveljavljanja plačila več računov, v katerih je obračunana najemnina na podlagi iste najemne pogodbe za različna časovna obdobja. Enako velja pri uveljavljanju obrokov za lizing na podlagi iste pogodbe, pri dobavi elektrike, stroških upravljanja in podobno. Kaj pa v primeru dobavljenega blaga na podlagi več računov? Na prvi pogled bi prevladalo merilo presoje ločene vrednosti, češ da je treba vsako naročilo in dobavo blaga upoštevati kot ločeno kupoprodajno pogodbo. Vendar se pri gospodarskem poslovanju praviloma posli sklepajo bolj dolgoročno. Pogoji medsebojnega poslovanja so običajno dogovorjeni s krovno pogodbo, posamezna naročila dobav pa so bolj način izvajanja iste pogodbe. Tudi v takih primerih bi bilo treba kot vrednost predmeta spora upoštevati seštevke zneskov po posameznih računih.

III. VPRAŠANJE OKROŽNEGA SODIŠČA V KRANJU

Upnik je zoper dolžnika in pridobitelje njegove nepremičnine vložil tožbo, s katero zahteva ugotovitev ničnosti verige pogodb o odsvojitvi dolžnikove nepremičnine. Med postopkom je upnik – tožeča stranka svojo terjatev do dolžnika – tožene stranke odstopil, zoper dolžnika (fizična oseba) se je začel postopek osebnega stečaja. Prevzemnik terjatve je želel vstopiti v pravdo namesto tožeče stranke (prvotnega upnika), a tožena stranka s tem ni soglašala.

Ali ima prvotni upnik kljub odstopu terjatve še aktivno materialno legitimacijo za ničnostno tožbo, ali bi moral na ničnost (z novo tožbo) tožiti prevzemnik terjatve? S

28 J. Zobec, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 1. knjiga, Založba Uradni list in GV Založba, 2005, stran 220.

pogodbo o prenosu terjatve se tožena stranka - prvotni upnik sicer ni zavezala za iztožljivost terjatve. Zato se zastavlja vprašanje pravnega interesa prvotnega upnika.

Dodatno pojasnilo:

Pri pošiljatelju sem naknadno dobil še naslednje podatke, ki natančneje opredeljujejo sporno razmerje:

- *tožnik je sodno uveljavljal terjatev zoper dolžnika,*
- *po vložitvi prve tožbe je zoper dolžnika in pridobitelje nepremičnine vložil novo tožbo, s katero je uveljavljal ugotovitev ničnosti posla in vrnitev nepremičnine dolžniku (podrejeno pa še zahtevek za razveljavitev posla in vrnitev nepremičnine),*
- *v času pravde je prišlo do odstopa tožnikove terjatve zoper dolžnika in do začetka osebnega stečaja dolžnika.*

Odgovor:

Z vprašanjem pravnega interesa za tožbo bi se bilo treba ukvarjati že ob vložitvi (ničnostne) tožbe. Za ugotovitveno tožbo se pravni interes ne predvideva, zato ga je treba utemeljiti (drugi odstavek 181. člena ZPP). Če je želel tožnik preprečiti posledice ravnanja dolžnika, zaradi katerega je bil oškodovan kot upnik, mu je pravni red omogočal predvsem paulijansko tožbo po 255. členu OZ. Ta tožba vsebuje (tudi) oblikovalni zahtevek, ki učinkuje šele s pravnomočnostjo sodbe. Hkrati pa ustvarja le relativne učinke razveljavitve posla v razmerju do tožnika. Le v povezavi z zatrjevanim dolžnikovim namenom oškodovanja upnikov ni videti podlage za uveljavljanje ničnosti posla, ki ga je dolžnik sklenil s tretjimi osebami.

Kakšen bi bil položaj, ko bi bila ničnost posla utemeljevana na splošnih določbah iz 86. člena OZ? V tem primeru bi bilo pod pogojem, da gre za prenos nepremičnine, posledice ničnosti pravnega posla mogoče popraviti le z izbrisno tožbo po 243. členu ZZK-1.²⁹ Vprašanje pa je, ali bi bilo mogoče le na podlagi neporavnane terjatve upniku priznati položaj izbrisnega upravičenca.

Kakšne so posledice odstopa (osnovne) terjatve tožnika tretji osebi? V pravdi o tej terjatvi gre za učinek iz prvega odstavka 190. člena ZPP (možnost dokončanja pravde med prvotnima pravdnima strankama). Kaj pa glede druge pravde? Če gre za zahtevek iz paulijanske tožbe, se zastavi vprašanje, ali je prenos terjatve (ki je materialni pogoj za uveljavljanje takšnega zahtevka), mogoče razlagati kot prenos stvari ali pravice po prvem odstavku 190. člena ZPP. Takšen učinek bi bilo treba priznati, saj bi bilo v nasprotnem primeru zaradi izteka prekluzivnega roka iz 257. člena OZ pridobitelju terjatve pogosto onemogočeno uveljavljanje takšnega varstva z novo tožbo. Prvi odstavek 190. člena ZPP je treba razlagati tako, da mora biti tožniku omogočeno, da se pravda (v korist prevzemnika terjatve) konča enako kot v primeru, če prenosa terjatve ne bi bilo. Pravni interes je tožniku priznan že z navedeno določbo zakona.

Presoja učinka odstopa osnovne terjatve na pravdo, s katero naj bi se uveljavljala ničnost pogodbe, pa bi bila omogočena le ob predhodni razjasnitvi pravne podlage za uveljavljanje tovrstnega tožbenega zahtevka.

²⁹ Glede razmejitve med paulijansko in izbrisno tožbo glej sodbo II Ips 84/2015 z dne 12. 10. 2015.

