

PRAVOSODNI BILTEN

2/2018

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

Dr. Dunja Jadek Pensa ustavna sodnica, Ustavno sodišče RAZMERJE MED USTAVNIM SODIŠČEM IN SODIŠČI	9
Prof. dr. Aleš Galič, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani Izr. prof. dr. Ana Vlahek, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani ZAKON O KOLEKTIVNIH TOŽBAH	25
Mag. Martina Metelko Kaplan državna odvetnica na državnem odvetništvu Republike Slovenije TUDI NOVELA ZPP-E NE ZAPIRA VRAT REVIZIJSKIM ZAHTEVKOM V SOCIALNIH SPORIH, ALI PAČ?	49
Dr. sc. Jakob Nakić strokovni sodelavec, namestnik Okrožne državne odvetnice na Reki (Republika Hrvaška) DOLOČENA SPORNA VPRAŠANJA V ZVEZI S 186. A ČLENOM ZAKONA O PRAVDNEM POSTOPKU (V TEORIJI IN PRAKSI)	67
Dr. Marko Brus višji sodnik, Višje sodišče v Ljubljani POGODBA O NAROČILU	93
Zvone Strajnar višji sodnik, Višje sodišče v Ljubljani MNENJE CENTRA ZA SOCIALNO DELO IN IZVEDENSKO MNENJE V DRUŽINSKOPAVNIH POSTOPKIH	109
Anita Bregar, univ. dipl. soc. delavka direktorica Centra za socialno delo Jesenice STARŠEVSKI SPOR V KOLESJU INSTITUCIJ	117
Mag. Metoda Maj, univ. dipl. psih., spec. psih. svet. Center za socialno delo Litija PSIHOLOŠKI POGLED NA SODNE SPISE IN DELO CENTROV ZA SOCIALNO DELO NA PODROČJU RAZVEZ	129
Dr. Mateja Končina Peternel vrhovna sodnica, Vrhovno sodišče Republike Slovenije SODNO IZVEDENSTVO V DRUŽINSKOPRAVNIH POSTOPKIH	149

Dr. Bernarda Dobnik Renko in Nada Hribar
sodni izvedenki za področje klinične psihologije otrok in mladostnikov ter
starševstvo in skrbništvo, Svetovalni center za otroke, mladostnike in starše
Ljubljana
**DELO SODNIH IZVEDENCEV KLINIČNOPSIHOLOŠKE STROKE V
DRUŽINSKOPRAVNIH POSTOPKIH 161**

Gordana Jekić-Bradajić
članica Upravnega odbora Združenja državnih tožilcev Srbije, namestnica
državnega tožilca pri Apelacijskem državnem tožilstvu v Beogradu
STOCKHOLMSKI SINDROM IN PRIČANJE ŽRTVE NASILJA V DRUŽINI..... 179

IZ PRAKSE ZA PRAKSO

Franc Seljak
vrhovni sodnik, Vrhovno sodišče Republike Slovenije
**POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH S ŠOLE
INSOLVENČNEGA PRAVA 2018..... 191**

Renata Horvat
višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani
**POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH S ŠOLE
INSOLVENČNEGA PRAVA 2018..... 213**

OBITER DICTA

Prof. dr. Alojz Ihan, dr. med.
Inštitut za mikrobiologijo in imunologijo, Medicinska fakulteta Univerze v Ljubljani
STRES, IMUNSKI SISTEM IN ODPORNOST, DA NE ZBOLIMO 227

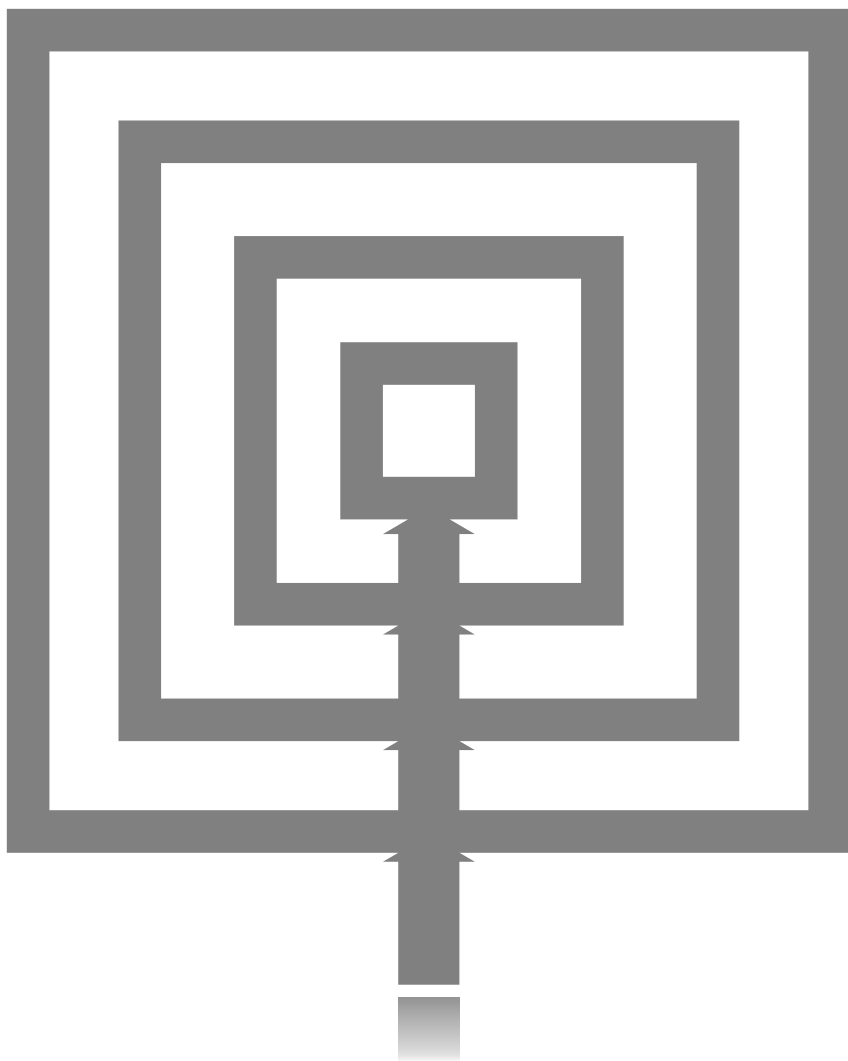
UVOD

V tej številki so zbrani za objavo prirejeni prispevki avtorjev, ki so kot predavatelji sodelovali na GOSPODARSKOPRAVNI ŠOLI 2017 (Portorož, 18.-20. oktober 2017), CIVILNOPRAVNI SODNIŠKI ŠOLI 2017 (Portorož, 23.-25. oktober in 8.-10. november 2017), na ŠOLI ZA DRŽAVNE PRAVOBRANILCE 2017 (Portorož, 14.-16. november 2017), na LETNEM STROKOVNEM SREČANJU ZA ZAPOSLENE NA VODSTVENI FUNKCIJI V PRAVOSODJU (Rogaška, 15.-16. februar 2018), na SEMINARJU SODNO IZVEDENSTVO V POSTOPKIH DRUŽINSKEGA SODSTVA (Ljubljana, 22.-23. januar in 26.-27. februar 2018), na ŠOLI INSOLVENČNEGA PRAVA 2018 (Kranjska Gora, 26.-28. marec 2018) in na POSVETU DRUŽINSKI ODNOSI V MEDOSEBNI ODVISNOSTI (Brdo pri Kranju, 9.-10. april 2018) 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.

Ljubljana, julij 2018

uredniški odbor



ČLANKI



RAZMERJE MED USTAVNIM SODIŠČEM IN SODIŠČI

dr. Dunja Jadek Pensa
ustavna sodnica, Ustavno sodišče

I. PREDSTAVITEV PRISPEVKA (NAMESTO UVODA)

Prispevek osvetljuje razmerje med Ustavnim sodiščem in sodišči z zornega kota Ustavnega sodišča. Pri tem izhaja iz pristojnosti Ustavnega sodišča in sodišč, kot jih opredeljuje Ustava. Te opredeljujejo področji presoje sodišč in Ustavnega sodišča, ki se *le* delno prekrivata. Področje presoje, ki je po Ustavi zaupano sodiščem, je namreč širše od tistega področja presoje Ustavnega sodišča, na katerem ima Ustavno sodišče kontrolno vlogo v razmerju do sodišč. To pomeni, da se področji presoje Ustavnega sodišča in sodišč tudi stikata. Področji presoje se prekrivata, kadar gre za presojo na področjih varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin v sodnih postopkih ter ustavne skladnosti predpisov, na katerih temeljijo odločitve sodišč. Le v delu, v katerem se področji presoje Ustavnega sodišča in sodišč prekrivata, ima Ustavno sodišče v razmerju do sodišč kontrolno in subsidiarno vlogo.

Zmotno je predpostaviti, da je razmejitev med področjema, kjer se presoji sodišč in Ustavnega sodišča prekrivata in kjer se stikata, dana vnaprej, enkrat in za vselej. Zato je izključeno, da bi se stik med področjema presoje Ustavnega sodišča in sodišč lahko razmejil vnaprej z normo tipa zakonskih določb o pristojnosti. V prispevku so na kratko predstavljene nekatere metode, ki so se v ustavnosodni presoji izoblikovale pri iskanju odgovora na težavno vprašanje, ali izpodbijano stališče sodišča spada na področje, na katerem ima Ustavno sodišče v razmerju do sodišča kontrolno in subsidiarno vlogo. Na področju dveh razsežnosti pravice do enakega varstva pravic (22. člen Ustave) je konkretizirana ustavnopravna tema, ki lahko utemelji presojo izpodbijanega stališča oziroma grajano opustitev stališča sodišča z vidika Ustave.

Ustava zavezuje v prvi vrsti vse državne organe, tudi sodnike. Vežanost na Ustavo nalaga tudi dolžnost, da sodniki upoštevamo razlago Ustave, ki jo sprejme Ustavno sodišče, pa tudi, da konkretne odločitve ne opremo na razlago zakona, ki je bila izločena, ker ni v skladu z Ustavo. Spoštovanje odločb Ustavnega sodišča je bistveno za izgrajevanje zaupanja v pravo in s tem za udejanjanje bistvene prvine pravne države, tj. pravne varnosti. Vendar načelo *stare decisis*, čeprav utrjuje prav to pomembno značilnost dobro delujočega sodnega sistema, ni absolutno. V prispevku sta na kratko predstavljena pomen zavezujočega učinka odločb Ustavnega sodišča in pomen dialoga med sodiščem in Ustavnim sodiščem, za izgrajevanje zaupanja v sodno vejo oblasti, ki je za uresničevanje njenega poslanstva bistvena.

II. OPREDELITEV PROBLEMA

1. Pristojnosti Ustavnega sodišča in sodišč

Ustava v šesti alineji prvega odstavka 160. člena določa *pristojnost* Ustavnega sodišča, da odloča o ustavnih pritožbah zaradi kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin s posamičnimi akti. Ker Ustava za odločanje Ustavnega sodišča zapoveduje izčrpanje pravnega varstva (tretji odstavek 160. člena Ustave), se praviloma v postopku z ustavno pritožbo preizkušajo odločitve sodišč, med drugim vrhovnega sodišča. Hkrati Ustava določa, da je Vrhovno sodišče najvišje sodišče v državi (prvi odstavek 127. člena Ustave), sodiščem in tudi Vrhovnemu sodišču pa je zaupana skrb za dosledno udejanjanje pravice do sodnega varstva (23. člen Ustave, prim. še 157. člen Ustave) in pravnega sredstva (25. člen Ustave).

Sodiščem je zaupano odločanje o pravicah in dolžnostih posameznika ter o obtožbah zoper njega, pa tudi o zakonitosti dokončnih posamičnih aktov, s katerimi državni organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil odločajo o pravicah ali obveznostih in pravnih koristih posameznikov, ter o zakonitosti posamičnih dejanj in aktov ter pravici do pravnega sredstva (prim. 23., 25. in 157. člen Ustave). Če navedene določbe Ustave beremo skupaj, je vrhovno sodišče najvišje sodišče v državi v okviru pristojnosti, ki je po Ustavi zaupana sodiščem, Ustavno sodišče pa najvišji organ sodne oblasti tudi v razmerju do sodišč na področju varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin (šesta alineja prvega odstavka 160. člena Ustave), pa tudi ustavnosti predpisov, na katerih odločbe sodišč temeljijo (drugi odstavek 161. člena Ustave). Da je Ustavno sodišče najvišji organ sodne oblasti za varstvo ustavnosti in zakonitosti ter človekovih pravic in temeljnih svoboščin, izrecno določa prvi odstavek 1. člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12, v nadaljevanju ZUstS).

2. Razmerje med Evropskim sodiščem za človekove pravice, Ustavnim sodiščem in sodišči

Glede obravnavane teme je potrebno kratko opozorilo na pomen varstva pravic po Konvenciji o človekovih pravicah (v nadaljevanju EKČP) za domači pravni red. Upoštevati je namreč treba, da v domači pravni red (med drugim) vstopa tudi EKČP in z njo nadnacionalno sodišče, tj. Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP).

EKČP je mednarodna pogodba, ki jo je Republika Slovenija podpisala. Upoštevaje splošne določbe Ustave o razmerju med mednarodnim pravom in nacionalnim ustavnim pravom bi bila EKČP pod Ustavo, a nad zakonom (8. člen in drugi odstavek 153. člena Ustave). Vendar ima ta mednarodna pogodba zaradi svoje vsebine po Ustavi še poseben položaj. EKČP vstopa po poti stališč iz sodb ESČP, ki zarisujejo obseg varstva konvencijskih pravic, na ustavno raven na podlagi petega odstavka 15. člena Ustave, ki ureja načelo največjega varstva človekove pravice. Človekova pravica mora biti po tej določbi Ustave varovana po aktu, ki velja v Republiki Sloveniji in zagotavlja njeno širše varstvo. Ustava torej širši obseg varstva človekove pravice, četudi je urejen v mednarodni pogodbi, ki je bila vključena v nacionalni pravni red, izrecno povzdiguje na ustavno raven. S tem je

hkrati zanikana umestitev vseh mednarodnih pogodb (vključno z EKČP), ki urejajo širši obseg varstva človekove pravice, pod Ustavo.

Države pogodbenice so ustanovile stalno sodišče – ESČP za zagotavljanje spoštovanja obveznosti, ki so jih prevzele (19. člen EKČP). Podelile so mu pristojnost za razlago in uporabo EKČP in protokolov za vse zadeve, ki so mu predložene, v skladu z določbami EKČP (32. člen EKČP). Prav ustanovitev ESČP, ki z razlago določb konvencije o človekovih pravicah vedno znova opredeljuje raven varstva konvencijskih pravic in ki naj pri državah pogodbenicah zagotovi spoštovanje obveznosti, prevzetih z EKČP, razlikuje EKČP od drugih mednarodnih pogodb. ESČP njeno vsebino in s tem mednarodno pravo s presojo v sodbah nenehno opredeljuje. S tem ustvarja pravo in hkrati lahko za države pogodbenice, skladno njenim mednarodno prevzetim obveznostim, ustvarja nove dolžnosti.

Stališča ESČP pri odločanju Ustavnega sodišča in sodišč v Republiki Sloveniji po Ustavi ne smejo biti spregledana že zaradi načela največjega varstva človekove pravice. Ker podajajo odgovor na vprašanje ravni varstva posamezne konvencijske pravice ob upoštevanju načela največjega varstva, lahko odločilno vplivajo na obseg varstva človekovih pravic po Ustavi. Vendar stališča ESČP ne preprečujejo širšega varstva človekovih pravic po Ustavi. S podpisom EKČP se države pogodbenice niso odrekle delu svoje suverenosti. Zavezale pa so se spoštovati obveznosti, ki so jih prevzele z EKČP. Na eni strani Ustava zavezuje k največjemu varstvu človekove pravice, kot ga opredeljujejo stališča ESČP, na drugi strani pa ne preprečuje širšega varstva pravic. Na ta način Ustava ureja stik konvencijskega in ustavnega varstva pravic, pa tudi pomen konvencijskega varstva za vsebino ustavno zagotovljenih človekovih pravic in temeljnih svoboščin.

Ustavno sodišče pristopa izjemno skrbno k preučevanju presoje ESČP in z veliko mero spoštovanja do tam zavzetih stališč. To poleg spoštovanja načela največjega varstva pravic (peti odstavek 15. člena Ustave) narekuje tudi kultura spoštovanja vladavine prava. V tem primeru zavezanost Slovenije, da bo uresničevala najmanj raven varstva človekovih pravic, ki ga zagotavlja EKČP.

3. Vezanost sodnikov na Ustavo

Ustava sodnike pri odločanju v konkretnih sodnih postopkih zavezuje enako kot ustavne sodnike, čeprav sodišča po Ustavi nimajo pristojnosti, da avtoritativno odločajo o (ne)skladnosti zakonov z Ustavo. Ustava izrecno določa, da so sodniki pri opravljanju sodniške funkcije neodvisni in vezani na Ustavo in zakon (125. člen Ustave).

Iz izrecno opredeljene vezanosti sodnikov na Ustavo (*ne le na zakon*) izhaja naslednje. Prvič, dolžnost spoštovanja ustavnih vrednot pri vodenju vseh sodnih postopkov in odločanju, kar seveda vključuje dosledno zagotavljanje uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Drugič, dolžnost razlage navadnega prava v skladu z Ustavo. Tretjič, v primerih, ko *zakon* preprečuje njegovo ustavnoskladno razlago in s tem z Ustavo skladno odločitev v konkretnem sodnem primeru, Ustava sodišču nalaga dolžnost sprožitve ustavnega spora (156. člen Ustave). In četrtič, vezanost sodnikov na odločbe Ustavnega sodišča, ki razlagajo določbe Ustave in ki izključujejo določeno razlago zakona kot neskladno z Ustavo.

4. Stik in prekrivanje področij presoje Ustavnega sodišča in sodišč

Področji presoje Ustavnega sodišča in sodišč se *le* delno prekrivata. V postopku z ustavno pritožbo mora namreč Ustavno sodišče, kot je bilo že obrazloženo, odgovoriti na vprašanje, ali so bile človekove pravice in temeljne svoboščine pri odločanju sodišča spoštovane. Ustavno sodišče zato *mora* preizkusiti, ali je morda pri vodenju postopka ali izpodbijani odločitvi sodišča prišlo do kršitve z Ustavo zajamčenih človekovih pravic in temeljnih svoboščin, pa tudi preučiti, ali je morda zakon ali drug predpis, na katerem temelji izpodbijana sodna odločitev, ki krni človekovo pravico ali svoboščino, v neskladju z Ustavo. Z vidika ustavne zapovedi sodnega varstva človekovih pravic in vezanosti sodnikov na Ustavo (in zakon) ima Ustavno sodišče v razmerju do sodišč torej kontrolno vlogo na področju presoje, ki mu je zaupana z Ustavo.

Že na prvi pogled je očitno, da je področje presoje sodišč po Ustavi širše od tistega, ki je po Ustavi zaupano Ustavnemu sodišču na področju presoje o posamičnih pravnih aktih, ki domnevno kršijo človekove pravice in temeljne svoboščine. Zato je v določbe Ustave vgrajen hkrati tudi stik med področjema presoje Ustavnega sodišča in sodišč (ter Vrhovnega sodišča kot najvišjega sodišča v državi), kadar gre za odločanje v konkretnih sodnih primerih.

Po Ustavi je Ustavnemu sodišču v razmerju do sodišč zaupana subsidiarna vloga na področju zagotavljanja ustavnosti odločanja v sodnih postopkih. Ustavno sodišče je zadnji in nikakor prvi ali morda celo edini branik ustavnosti v državi. Zato naj ponovim, da je dolžnost zagotavljanja pravic in temeljnih svoboščin v sodnih postopkih povsem enaka za Ustavno sodišče kakor za sodišča in Vrhovno sodišče kot najvišje med sodišči v državi. Vloga Ustavnega sodišča pri presoji odločilnih stališč sodišč glede človekovih pravic in temeljnih svoboščin je le kontrolna.

Odločilna stališča sodišč so v primeru, če so se sodišča sklicevala na pravne podlage, opredeljene v zakonih, sprejeta na podlagi uporabe in razlage navadnega (zakonskega) prava (in *ne* neposredno na Ustavi – prim. prvi odstavek 15. člena Ustave). Glede na ustavno zapoved vezanosti sodnikov na Ustavo se predpostavlja, da Ustava ob oblikovanju stališč ni bila prezrta. Upoštevati je treba še dvoje. Prvič, da je z gledišča posameznika in varstva njegovih pravic povsem vseeno, ali je odločilno stališče sodišča dobesedni prepis določbe zakona ali pa je rezultat razlage zakona s strani sodišča. In drugič, da je v naravi odločanja Ustavnega sodišča, da samo izoblikuje vsebino zgornje premise (Ustave) in z njo področje varovanja pravice, ki je ključna za presojo izpodbijanega stališča sodišča. Sicer presoje z vidika Ustave ne more opraviti. S tem izoblikuje izhodišče za presojo izpodbijanega stališča sodišča. Vse to spada v jedro vsakokratnega vsebinskega odločanja z vidika Ustave.¹

Odgovor na vprašanje, katera je tista vsebina, ki spada v polje razlage zakona, oziroma kdaj neka vsebina ali njena odsotnost že seže na ustavno raven, se prav

1 Tisti, ki je pristojen razlagati Ustavo, je po »Ustavi sami stavljen izven Ustave, ker jo sme na avtoritativen način interpretirati.« Leonid Pitamic, *Pravo in revolucija*, Ljubljana 1920; cit. Po Marijan Pavčnik, *Čista teorija prava kot izziv*, Pravna obzorja, Ljubljana 2015, str. 82.

zato izmika vnaprejšnji opredelitvi v obliki določbe o pristojnosti, ki bi razrešila prav vprašanje razmejitve področja presoje enega in drugega sodišča. Vendar to še ne pomeni, da si v prav vsakem primeru v postopku odločanja o ustavni pritožbi ni treba zastaviti tudi vprašanja, ali je izpodbijano stališče (ali odsotnost stališča) sprejeto v okviru razlage navadnega prava in zato ne seže na ustavno raven. To vprašanje si je treba zastaviti. Podobno kot se Ustavno sodišče sprašuje v postopku abstraktne presoje zakonov, ali gre morda za vprašanje primernosti izpodbijane zakonske ureditve, ki prav zato spada v področje proste presoje zakonodajne veje oblasti in je kot tako izven področja presoje Ustavnega sodišča. Tudi odločitev sodnika, sprejeta v okviru njegovega področja presoje, je vselej pravilna. Kot taka bo v državi tudi obveljala, če se vanjo ne poseže zato, ker je bila sprejeta izven področja presoje, ki je po Ustavi odmerjeno izključno sodniku, ki jo je sprejel.

Po Ustavi zapovedana kontrolna vloga Ustavnega sodišča tudi na področju posamičnih aktov, ki jih izdajajo sodišča, naslavlja na Ustavno sodišče dolžnost preizkusa in presoje izpodbijanih stališč sodišč z vidika Ustave. Sodišča se torej neizogibno soočajo s presojo Ustavnega sodišča, da stališča, na katerih temeljijo izpodbijane odločitve, morda kršijo z Ustavo zagotovljene pravice. Trk stališč sodišč s stališči Ustavnega sodišča je neizbežen. Vendar težava je, da se področji presoje Ustavnega sodišča in sodišč le delno prekrivata. Kako naj se torej v tem procesu kontrolna vloga Ustavnega sodišča omeji na njemu zaupano področje presoje, kot je opredeljeno v Ustavi?

Odgovor je na splošni ravni preprost: z razmejitvijo med področjem, ki seže na ustavno raven, in področjem, ki tja ne seže. Toda zmotno bi bilo predvidevati, da je ta razmejitev dana vnaprej, enkrat in za vselej. Težavnost odgovora na to vprašanje in razsežnost dometa tega odgovora se zastavlja v konkretnem primeru ustavnosodne presoje. Zakaj? Zato, ker Ustavno sodišče izoblikuje vsebino zgornje premise, ki jo je izzval konkretni primer in po kateri se bo ravnala presoja izpodbijanih stališč sodišč. Toda ali je Ustavno sodišče pri tem ostalo v okviru danega področja svoje presoje, ali pa si je ta prostor šele izoblikovalo in s tem na novo opredelilo njegove meje? Od tu razumljiva kritika: izid postopka z ustavno pritožbo definira pooblastilo za intervencijo Ustavnega sodišča. Ali drugače, ni vnaprejšnje pooblastilo za intervencijo Ustavnega sodišča opredelilo področja presoje Ustavnega sodišča, temveč je področje presoje, ki ga opredeli Ustavno sodišče samo, opredelilo hkrati njegovo pooblastilo za intervencijo.

Sklep. Kadar je bila stranka v postopku z ustavno pritožbo uspešna in je bila odločitev sodišča razveljavljena zaradi očitka kršitve pritožnikove pravice, se lahko zastavi tudi vprašanje, ali je bilo Ustavno sodišče pri utemeljevanju ustavnopravnih razsežnosti v konkretnem primeru prepričljivo; ali je torej navedlo zadostne razloge, da določeno stališče sodišča (ali opustitev stališča) seže na ustavnopravno raven in da z vidika Ustave ni sprejemljivo? Dvom v moč argumenta lahko spodbudi kritiko stališča, na podlagi katerega je bil pritožnik uspešen na Ustavnem sodišču. Toda, kdaj gre za moč argumenta in kdaj za argument moči? Ali je bilo Ustavno sodišče ob presoji očitkov v ustavni pritožbi preveč ustvarjalno, morda aktivistično? Ali, če si vprašanje zastavimo z drugega zornega kota: ali naj v postopku z ustavno pritožbo za presojo, da uveljavljene kršitve pravic ni, zadošča že navidezna skladnost izpodbijanega posamičnega akta z Ustavo? Kar v skrajnem primeru

pomeni, da naj za presojo izpodbijanega stališča sodišča z vidika Ustave zadošča že, da je sodišče izpodbijano stališče oprlo na »neko« določbo v zakonu.

III. NEKATERA IZHODIŠČA USTAVNEGA SODIŠČA ZA OPREDELITEV PODROČJA, NA KATEREM IMA KONTROLNO IN SUBSIDIARNO VLOGO V RAZMERJU DO SODIŠČ

Razvoj prava na podlagi sodne prakse je neločljiv sestavni del uporabe prava ob odločanju v konkretnih sodnih primerih. Ta zahtevna naloga je po Ustavi zaupana sodiščem – Vrhovnemu sodišču kot najvišjemu sodišču v državi. Zaupanje te zahtevne naloge sodiščem izhaja iz domneve, da sodniki poglobljeno poznajo navadno pravo in razmerja med ljudmi, ki jih ureja, pa tudi, da imajo bogate izkušnje z določenega pravnega področja. Prav zaradi seznanjenosti s številnimi posamičnimi življenjskimi primeri je sodnik tudi v boljšem položaju kot zakonodajalec, da zazna vrzeli v ureditvi in z ustreznim razvojem prava odgovori na izziv, ki ga sproža življenjski primer.

Ustavno sodišče bi na tem področju presoje, ki je zaupano sodiščem, lahko posredovalo, če bi se na njeni podlagi izoblikoval dejanski stan, ki bi pomenil nižanje ravni varstva pravice, kot je izoblikovana v zakonu. Razlaga, ki je z vidika uresničevanja pravice utesnjujoča, je za stranko pogosto odločilnega pomena. Pri razvoju prava na podlagi sodne prakse naj se zato upošteva, da je utesnjujoči učinek razlage zakona z vidika pravice lahko sporen in da lahko prestopi na področje nedopustne omejitve pravice. Pred izbiro tiste razlage izmed več možnih, ki je z vidika pravice utesnjujoča, je po mojem mnenju treba utemeljiti tudi razlog za tako utesnjujočo razlago. Zaradi zapovedane zadostnosti razloga mora biti sodniška odločitev obrazložena tudi v tej smeri. Upoštevati je tudi treba, da Ustava predvideva, da je zakon z Ustavo skladen (prvi odstavek 153. člena Ustave). V hierarhično višjem aktu je vgrajena dolžnost, da sodišče med različnimi možnimi razlagami zakona sprejme tisto, ki je z Ustavo skladna. Le tako se zagotavljajo skladnost posamičnega akta z Ustavo in ustavno zagotovljene vrednote.

Kakor že zapisano, je s stališča posameznika in njegovih človekovih pravic povsem vseeno, ali je določeno stališče sodišča dobesedni prepis določbe zakona (in torej zakon določeno človekovo pravico omejuje), ali pa je rezultat razlage zakona s strani sodišč (in je torej razlaga zakona omejujoča za uresničevanje pravice). Ob presoji z vidika človekovih pravic omenjeno razlikovanje ne bi smelo biti odločilno. Ustavno sodišče zato predvideva, da je izpodbijano stališče sodišča zapisano v zakonu, in nato opravi presojo, (poenostavljeno) kakor da bi šlo za vprašanje skladnosti zakona z Ustavo. Izpodbijano stališče sodišča v takem primeru preizkuša s t. i. Schummanovo formulo. Za opredelitev ustavnopravno dopustne razlage je pomembna seveda tudi intenzivnost omejujočega učinka stališča za uresničevanje človekove pravice. V tem okviru se je treba vprašati, ali stališče prizadeva bistveni del pravice, njeno jedro ali morda pomeni celo njeno izvotlitev. Vse to so razmisleki, ki jih mora upoštevati tudi sodnik pri iskanju odločitve, ki naj bo z Ustavo skladna. Če zakonska ureditev ustavnoskladno odločitev preprečuje, mora sodnik sprožiti ustavni spor (prim. 156. člen Ustave).

Posebno pozornost terjajo primeri, v katerih sodišče razlaga zakonsko določbo, ki zakonski dejanski stan varstva ene pravice opredeljuje z nedoločenimi pravnimi pojmi, prav to pa tvori obenem podlago za omejevanje druge pravice (na primer presoja o domnevni kršitvi ugleda posameznika z ostro kritiko njegovega ravnanja). V teh primerih se soočita dve človekovi pravici, ki sta v koliziji, zakonodajalec pa je z uporabo nedoločenih pravnih pojmov iskanje pravičnega ravnovesja med njima zaupal sodniku. To je treba upoštevati pri razlagi nedoločenega pravnega pojma.² Če se Ustava pri tej razlagi zakona zanemari, se zaobide vrednostno tehtanje in s tem izniči pomen iskanja pravičnega ravnovesja med pravicama, ki sta v koliziji. Upoštevati je treba, da je v primeru kolizije dveh človekovih pravic potrebna vsebinska omejitev obeh pravic (prim. tretji odstavek 15. člena Ustave). Tu se sodišče sooča s presojo, ki že na prvi pogled seže na ustavno raven. Presoja, ali izvrševanje ene pravice že prekomerno omejuje izvrševanje druge, terja seveda vrednostno tehtanje pomena obeh pravic in teže omejitve ene izmed njih. Z vidika zagotavljanja ustavne skladnosti odločitve je med drugim bistveno, da sodišče ene od človekovih pravic ne sme izključiti iz obravnavanja. Na podlagi tehtanja oziroma uravnoteženja obeh pravic sodišče oblikuje pravilo o sobivanju obeh pravic, ki pove, kateri od njiju je v okoliščinah konkretnega primera treba dati prednost. Pri presoji oziroma tehtanju sodišče tudi ne sme prezreti ustavnopravno odločilnih okoliščin, pomembnih za presojo obeh pravic, ki sta v koliziji.³ Ustavno sodišče bo posredovalo, če bi se na primer zanemarile ustavnopravno odločilne okoliščine, pomembne za eno izmed pravic, saj so prav te pomembne za vrednostno tehtanje; pa tudi, če bi bila sprejeta stališča, ki so nedopustno omejujoča za uresničevanje ene izmed pravic in pomembna za vrednostno tehtanje pravic.

Načelo enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena Ustave ne zavezuje samo zakonodajalca, temveč tudi izvršilno in sodno vejo oblasti. Razlaga sodišč ne sme voditi v razlikovanje, ki bi bilo, če bi ga (izrecno) predvidel zakonodajalec, neskladno z vidika drugega odstavka 14. člena Ustave. Načelo enakosti zahteva, da je treba bistveno enake položaje obravnavati enako. Če so bistveno enaki položaji urejeni različno, mora za razlikovanje obstajati razumen razlog. Pri tem je razumno treba razumeti kot zahtevo po stvarni povezanosti ukrepa s predmetom urejanja.

V nadaljevanju je na kratko predstavljena uporaba navedenega splošnega izhodišča za presojo stališča sodišča s področja odpusta obveznosti v osebnem stečaju iz odločbe Ustavnega sodišča Up-676/15 z dne 23. 11. 2017.

Presoja o neobstoju ovire za odpust obveznosti iz 4. točke 399. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo in 10/15 – popr. – v nadaljevanju ZFPPIPP/15) je bila v tem primeru odločilno odvisna od vsebine nedoločenega pravnega pojma „prevzemanje obveznosti“, ki sta ga morali sodišči pri odločanju opredeliti z razlago. Kot je bilo mogoče razumeti obrazložitev izpodbijanih sklepov, bi sodišči ugovor pritožnika upoštevali le, če bi sporna obveznost nastala

2 Prim. pritrdilno ločeno mnenje avtorice tega prispevka k odločbi Ustavnega sodišča U-I-1019/12 z dne 26. 3. 2015.

3 Prim. odločbo Ustavnega sodišča št. Up-444/09 z dne 12. 4. 2012.

neposredno na izraženi dolžnikovi volji, da obveznost prevzema. Sodišči sta namreč sprejeli stališče, da obveznosti, ki ob izpolnitvi zakonskih pogojev izvirata iz spregleda pravne osebnosti ali odškodninske odgovornosti dolžnika v osebni stečajni kot direktorja ali družbenika družbe, ki nastaneta *ex lege*, v kontekstu 4. točke 399. člena ZFPPIPP/15 nikoli ne moreta pomeniti prevzemanja obveznosti. S tako razlago enega izmed dejanskih stanov ovire iz 4. točke 399. člena ZFPPIPP/15 pa sta sodišči iz dometa te ovire izključili tudi vse primere, v katerih je dolžnikovo namerno ravnanje privedlo do izpolnitve zakonskih pogojev za nastanek njegove obveznosti v zakonsko pomembnem obdobju. Sprejeta razlaga pomeni, da bi bila ovira iz 4. točke 399. člena ZFPPIPP/15 (ob upoštevanju še drugih pogojev) na primer lahko pomembna v primeru, če bi stečajni dolžnik z gospodarsko družbo, kjer je bil družbenik in poslovodja, sklenil v vlogi posojilojemalca posojilno pogodbo, s katero bi se zavezal vrniti izposojeni znesek. Ne bi pa bila ta ovira pomembna, če bi si stečajni dolžnik v gospodarski družbi, družbenik in poslovodja je bil, ne da bi sklenil posojilno pogodbo, nakazoval družbina denarna sredstva na svoj račun, zaradi česar bi lahko celo postal odgovoren *ex lege* za vse obveznosti družbe zaradi spregleda pravne osebnosti po Zakonu o gospodarskih družbah. Ustavno sodišče je zato presodilo, da sprejeto stališče razlikuje med dejanskimi stanovi in da z vidika upnikov pomeni razlikovanje na področju izvrševanja njihovih pravic. Iz nadaljnje presoje Ustavnega sodišča izhaja, da izpodbijano stališče sodišč razlikuje v bistvenem enaka položaja upnikov, pri tem pa ne navede razlogov take vrste in teže, ki bi tako razlikovanje lahko utemeljili. Zato je Ustavno sodišče odločilo, da to stališče krši pritožnikovo pravico iz drugega odstavka 14. člena Ustave. Pri tem je izhajalo iz bistva instituta odpusta obveznosti v osebni stečajni. Obrazložilo je, da je bistvo tega instituta iskanje pravičnega ravnovesja med na eni strani pravicami upnikov prezadolženega dolžnika, uveljavitev katerih je ogrožena zaradi dolžnikovega slabega premoženjskega položaja, in na drugi strani težo tega položaja za dolžnika z upoštevanjem vrednostne ocene dolžnikovih ravnanj. Merilo razlikovanja, ki vsebino enega izmed dejanskih stanov ovire iz 4. točke 399. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju omeji na primere, v katerih je neposredni način nastanka obveznosti izrecno izražena dolžnikova volja, spodkopava utemeljitev pravičnega ravnovesja med nasprotujočimi si interesi upnikov in dolžnika. Zato, kakor izhaja iz obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča, ni stvarno povezan s predmetom urejanja – institutom odpusta obveznosti v osebni stečajni – in zato ni razumen razlog, ki bi utemeljil razlikovanje med tu obravnavanimi skupinama upnikov.⁴

IV. TRK MED PODROČJEMA PRESOJE SODIŠČ IN USTAVNEGA SODIŠČA NA PODROČJU USTAVNIH PROCESNIH JAMSTEV

Prispevek v nadaljevanju skuša predstaviti trk med področjem presoje sodišč in Ustavnega sodišča, kakor se je izoblikoval v ustavnosodni presoji dveh razsežnosti pravice iz 22. člena Ustave. Prva se nanaša na dolžnost obrazložitve sodne odločitve, druga na njeno razumnost. Obe se na prav poseben način dotikata meja prostora presoje sodišč.

⁴ Iz odločbe Ustavnega sodišča št. Up-676/15 z dne 23. 11. 2017.

1. Pomen temeljnih ustavnih procesnih jamstev

Temeljna procesna jamstva naj posamezniku omogočijo uveljavitev njegovih pravic, zavarovanje njegovih pravnih interesov ali obrambo pred dolžnostmi in obtožbami zoper njega (prim. 22. in 23. člen Ustave). Tako na primer civilno pravo ureja in pooblašča posameznika za primer kršenja njegovih izključnih pravic (to so tudi osebne pravice, dostojanstvo posameznika), da zoper zatrjevanega kršitelja uveljavi prepovedni, opustitveni, odstranitveni, ugotovitveni zahtevki ali zahtevki za povrnitev škode v denarju. Ti zahtevki so remedij za kršeno pravico. Pri tem je jasno, da na primer kršenega dostojanstva tako ali tako ni mogoče postaviti nazaj v prejšnje stanje, niti *in forma specifica*, niti *per aequipollens*. Skupni imenovalec omenjenih civilnih zahtevkov je, da je kršitev pravic novo pravno dejstvo, zaradi in na podlagi katerega lahko posameznik uveljavi omenjene zahtevke v razmerju do zatrjevanega kršitelja. Pravica in zahtevki sta zato neločljiva in se soopredeljujeta. A oškodovanec ne more civilnih zahtevkov in s tem pravice zoper zatrjevanega kršitelja učinkovito uveljaviti sam. O tem se avtoritativno odloči s sodbo, ki jo sodišče izda v sodnem postopku. V tem se, da bi bil pošten, zapoveduje spoštovanje temeljnih procesnih jamstev. Uveljavljanje ali zavarovanje pravic (zahtevkov) je tako odvisno od temeljnih procesnih jamstev. Zdi se jasno, da je brez zagotovitve poštenega postopka, v katerem se substančna pravica lahko uveljavi ali zavaruje, obstoj te pravice pravzaprav zanikan. Ta ostane brez ustreznega postopkovnega okvira le mrtva črka na papirju. Poleg tega je treba upoštevati, da je pošten postopek za izgrajevanje zaupanja posameznikov do sodne veje oblasti izjemnega pomena, sodna veja oblasti pa svojo vlogo lahko izpolni le, če je deležna zaupanja. Ustaljena ustavnosodna presoja Ustavnega sodišča je, da morajo biti pri odločanju sodišča po Ustavni stranki v postopku zagotovljena vsa ustavnoprocena jamstva poštenega postopka (22. in 23. člen Ustave) in pravnega sredstva (25. člen Ustave).

2. Ustavni pomen obrazložitve sodne odločbe

Obrazložena sodna odločba je bistveni del poštenega postopka.⁵ Z njo mora sodišče konkretno in z zadostno jasnostjo opredeliti razloge, na podlagi katerih je sprejelo svojo odločitev.⁶ Ustavno sodišče poudarja tudi, da je obrazložitev sodne odločbe samostojna in avtohtona prvina pravice do poštenega sojenja, ki ga zagotavlja 22. člen Ustave.⁷ Njena izvirna vrednost je v zagotavljanju uvida v razloge za odločitev, in to predvsem stranki, ki v postopku odločanja o svoji pravici, obveznosti oziroma pravnem interesu ni bila uspešna.⁸ Za zagotovitev ustavne pravice do poštenega sojenja in za zagotovitev zaupanja v sodstvo je namreč velikega pomena, da stranka, tudi če njenemu zahtevku ali pravnemu sredstvu ni ugodeno, lahko spozna, da se je sodišče z njenimi argumenti seznanilo in jih obravnavalo, in da ne ostane v dvomu, ali jih sodišče morda ni enostavno prezrlo⁹

5 Odločba Ustavnega sodišča št. Up-147/09 z dne 23. 9. 2010. Tako tudi A. Galič, Ustavno civilno procesno pravo, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 282, in P. van Dijk in drugi, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, The Hague 1998, str. 437

6 Sklep Ustavnega sodišča št. Up-426/01 z dne 5. 6. 2003 (Uradni list RS, št. 63/03, in OdlUS XII, 102).

7 Odločbi Ustavnega sodišča št. Up-147/09 z dne 23. 9. 2010 in št. Up-162/09 z dne 16. 12. 2010.

8 Sklep Ustavnega sodišča št. U-I-302/09, Up-1472/09, U-I-139/10, Up-748/10 z dne 12. 5. 2011 (Uradni list RS, št. 43/11).

9 Odločba Ustavnega sodišča št. Up-373/97 z dne 22. 2. 2001 (Uradni list RS, št. 19/01, in OdlUS X, 108).

in odločilo samovoljno. Ustrezna obrazložitev je hkrati tudi pogoj za preizkus razumnosti sprejete odločitve.¹⁰

Sodiščem obveznost, da navedejo razloge za svojo odločitev, nalaga tudi 6. člen EKČP. V svojih odločitvah jo poudarja tudi ESČP, obseg te obveznosti pa je odvisen od vrste odločitve in okoliščin posameznega primera. Pri tem se upošteva tudi pomen konkretne odločitve za posameznika v okoliščinah konkretnega primera.¹¹

Iz ustavnosodne presoje izhajajo, da sporni predmet opredeljuje obseg obveznosti instančnega sodišča, da zaradi zagotovitve človekove pravice do poštenega sojenja svojo sodbo obrazloži v primeru, ko spreminja sodbo nižjega sodišča; pomembno namreč je, ali je treba za odločitev o sporu rešiti preprosto ali zapleteno pravno vprašanje oziroma ali se postopek nanaša na zadeve, ki so v sodni praksi ustaljene, ali pa gre za primer, v katerem so se na novo odprla zahtevna razlagalna vprašanja. V vsakem primeru mora biti iz sodbe instančnega sodišča jasno razvidno, da je sodišče pri odločanju upoštevalo vse bistvene navedbe strank in se do njih tudi opredelilo. Opredeliti se mora tudi do njihovih nosilnih pravnih naziranj, ki so dovolj argumentirana, ki niso očitno neutemeljena in ki za odločitev v zadevi po razumni presoji sodišča niso nepomembna. Poleg tega instančno sodišče v primerih, ko na podlagi drugačne razlage predpisov spremeni odločitev nižjega sodišča, tudi ne sme spregledati bistvenih razlogov, s katerimi je nižje sodišče utemeljilo izdajo za stranko ugodne sodne odločbe. Tudi opredelitev do teh argumentov namreč prispeva k prepričljivosti odločitve sodišča (in s tem k njeni sprejemljivosti za stranko, ki je v sporu izgubila) kot eni izmed zahtev, ki izhajajo iz pravice do obrazloženosti sodne odločitve.

Če se spreminjata sodbi sodišč prve in druge stopnje zaradi drugačne razlage predpisov, to pomeni ali (1) pravno razčlenjeno analizo pravnih norm, ki se drugače razlagajo, ali (2) s pravnimi razlogi utemeljeno zanikanje pomembnosti pravne norme, na kateri temelji izpodbijana odločitev, in (3) s pravnimi razlogi utemeljeno uporabo druge pravne norme. V obeh primerih šele tako razčlenjena drugačna razlaga predpisov utemelji drugačno (to je spremenjeno) odločitev glede na ugotovljeno dejansko stanje, kar pomeni tudi uvrstitev dejanskih ugotovitev sodišč nižje stopnje v drugačen pravni okvir.¹² Če je zakonski abstraktni dejanski stan opredeljen z nedoločeniimi pravnimi pojmi, stranka pa v tožbi argumentirano izpodbija vsebino, ki mu jo je dal upravni organ, mora sodišče v sodbi samo vsebinsko opredeliti zgornjo premiso za odločanje. Le posplošeno navajanje zakonske določbe ne zadošča, ker ne omogoča izostritve meril, po kateri se ravna presoja danega primera.¹³ Smiselno enako velja, če stranka podaja argumente, s katerimi se zavzema za drugačno razlago abstraktnega dejanskega stanu, kot jo sprejema nasprotna stranka ali sodišče nižje stopnje.

Prim. tudi J. M. Jacob, *Civil Justice in the Age of Human Rights*, Ashgate Publishing Limited, England 2007, str. 86–88.

10 Odločba Ustavnega sodišča št. Up-1381/08 z dne 23. 9. 2009 (Uradni list RS, št. 80/09).

11 Primerjaj npr. sodbe ESČP v zadevah *Ruiz Torija proti Španiji* z dne 9. 12. 1994, *Hiro Balani proti Španiji* z dne 9. 12. 1994, *Garcia Ruiz proti Španiji* z dne 21. 1. 1999, *Helle proti Finski* z dne 19. 12. 1997, *Hirvisaari proti Finski* z dne 25. 12. 2001 in *Salov proti Ukrajini* z dne 6. 9. 2005.

12 Iz odločbe Ustavnega sodišča Up-609/12 z dne 23. 5. 2013

13 Iz odločbe Ustavnega sodišča Up-434/14 z dne 8. 1. 2015.

Ustavno sodišče je pogosto deležno kritike, da s tem, ko vztraja pri vsebinskem odgovoru na razloge pritožnikov, ki izpodbijajo sprejeto razlago in uporabo navadnega prava, prekoračuje meje svoje pristojnosti. To pa zato, ker (ne) obrazloženost sodne odločitve presoja z vidika *svoje* razlage navadnega prava, za kar po Ustavi ni pristojno, ker je to v pristojnosti sodišč. Te kritike na tem mestu sicer ne analiziram. V zvezi z njo pojasnujem le, da, kot razumem, upošteva zorni kot navadnega (zakonskega) prava. S tega zornega kota se zdi utemeljena. A naj ponovim, da je za ustavnopravni pomen obrazložitve sodne odločbe, ki izvira iz ene izmed razsežnosti pravice iz 22. člena Ustave, pomemben zorni kot stranke, ki je bila v sodnem sporu neuspešna in ki je uveljavljala trditve, ki niso bile že na prvi pogled neutemeljene in jih kot takih tudi sodišče ni izločilo iz polja njegove presoje. Zaradi trditve take kakovosti se vzpostavi zahteva za vsebinski odgovor sodišča na strankine trditve. Ta zahteva praviloma ni izčrpana v golem zanikanju pomembnosti tovrstne trditve. Golo zanikanje pravne upoštevnosti strankine trditve take vrste ni sredstvo oziroma razlagalni argument. Zanikanje pravne upoštevnosti določene strankine trditve je namreč lahko le posledica razlage danega zakonskega dejanskega stanu (zgornje premise sodniškega silogizma). Teza, da strankina trditev pravno ni upoštevana, je v tem kontekstu predmet utemeljevanja, ne pa sredstvo za utemeljevanje.

3. Varstvo pred sodniško samovoljo

3.1 Pomen varstva pred samovoljo organov oblasti

Arbitrarnost (samovoljnost) pomeni odločanje organa oblasti, ki ni utemeljeno s pravom. Toleriranje arbitrarnosti odločanja omogoči uveljavljanje le osebnega mnenja nosilca funkcije ali v skrajnem primeru omogoča zlorabe prava za udejanjanje neomejene oblasti. Tako odločanje je zoper pravičnost in s tem zoper idejo prava.

Vladavina prava zahteva nearbitrarnost pri odločanju. Nearbitrarnost je zato zahteva, ki je bistvo vsakega pravnega odločanja. Predvideva obstoj razumnih razlogov, utemeljenih v pravu, ki podpirajo sprejeto odločitev organa oblasti, s katero se odloča o pravicah in obveznostih. Če takih razlogov za odločitev ni, je ogrožena predvidljivost in z njo pravna varnost. Vendar odsotnost razumnih razlogov za sprejeto odločitev ne krni le zaupanja v pravo, temveč spodkopava vladavino prava.

Ustavna zahteva nearbitrarnosti odločanja velja seveda tudi pri odločanju sodišč vseh stopenj. Ni prepričljivega razloga za stališče, da je odločitev sodišča vselej nearbitrarna. Vselej nearbitrarna je morda že zato, ker se njeni razlogi sklicujejo na pravne podlage. Upoštevati je nadalje treba, da je uporaba zakona lahko očitno napačna (zato arbitrarna), čeprav bi bilo sporno stališče, če bi bilo zapisano v zakonu, z vidika Ustave sprejemljivo. Tako na primer ob preizkusu zmotne odločitve o zavrnjenju pravnega sredstva, ker je prišlo do napake pri številu zakonsko opredeljenega pritožbenega roka, z vidika Ustave ni pomembno, ali je pritožbeni rok 27 ali 30 dni, temveč je pomembno, da sodišče pri preizkusu pravočasnosti pravnega sredstva upošteva za stranke dani zakonski pritožbeni rok. V postopku z ustavno pritožbo zato prav lahko odpove izhodišče, po katerem se izpodbijano

stališče sodišča z vidika Ustave presoja tako, da se hipotetično predvideva, da je izraženo v obliki zakonske norme.

Sodniki so v sistemu delitve oblasti po Ustavi vezani na zakon (prim. 125. člen Ustave). To pomeni, da ga morajo pri svojem odločanju dosledno upoštevati, če ne podvomijo v njegovo neskladnost z Ustavo. Le tako se lahko ustvarjajo pogoji za zagotavljanje pravice do enakosti pred zakonom (drugi odstavek 14. člena Ustave).

3.2 Kontrola samovoljnosti na področju odločanja sodišč

Ustavno sodišče se torej v postopku z ustavno pritožbo neizogibno spopada tudi z nadvse občutljivim vprašanjem, ali je morda utemeljen očitke sodniške samovolje. Razume naj se, da odločanje o očitku sodniške samovolje nikakor ne pomeni hkrati tudi odločanja, da je sodnik morebiti namenoma postopal samovoljno, in to celo zaradi njegove osebne zainteresiranosti za izid spora. Do dokaza o nasprotnem namreč velja, da se sodnik ni pregrešil zoper zahtevo za nepristranskost sodnika pri odločanju. Očitek kršitve osebne nepristranskosti je zelo resen očitke. Presoja se v okviru pravice do nepristranskosti sojenja, in sicer po subjektivnem testu. Glede na težo očitka morajo biti trditve o kršitvi zapovedi za osebno nepristranskost podkrepjene s prepričljivimi dokazi. Odločanje o očitku sodniške samovolje pa nikakor ne temelji na očitku kršitve zapovedi osebne nepristranskosti sodnika in zato ne vsebuje odločitve o njej.

Odločanje o arbitrarnosti določenega stališča sodišča ni kočljivo le zaradi očitka samega. Kočljivost se stopnjuje, ker pri tem Ustavno sodišče vstopa na področje presoje, ki je v sistemu delitve oblasti zaupano sodiščem. Gre namreč za področje razlage in uporabe navadnega prava, ki je neločljivi sestavni del odločanja v konkretnih sodnih primerih. To področje presoje pa je praviloma izključeno iz kontrole Ustavnega sodišča. Prav zato je še bolj izražena težava, kako prepričljivo opredeliti področje presoje Ustavnega sodišča takrat, ko mora izjemoma z vidika 22. člena Ustave zaradi varstva pred samovoljo presojati odločitve sodišč tudi v tem pogledu.

Iz ustavnosodne presoje izhajajo, da je v neskladju z 22. členom Ustave odločitev, ki je tako očitno napačna in brez razumne pravne obrazložitve, da jo je mogoče oceniti za arbitrarno oziroma samovoljno.¹⁴ Stališči o očitni napačnosti in pomanjkanju razumne pravne razlage sta torej razloga, ki lahko utemeljita sodniško samovoljo. Ocenjo samovolje oziroma arbitrarnosti Ustavno sodišče izreče, če sodišče svoje odločitve ne utemelji s pravnimi argumenti, tako da je mogoče sklepati, da ni odločalo na podlagi zakona, temveč na podlagi meril, ki jih pri sojenju ne bi smeli upoštevati¹⁵ Sodišče krši 22. člen Ustave, če prezre, da je bil predpis, na katerega je oprlo svojo odločitev, spremenjen. Enako velja, če sodišče listini pripiše vsebino, ki je v očitnem nasprotju z njeno dejansko vsebino,¹⁶ ali če je sodišče odločilo v nasprotju s podatki spisa,¹⁷ ali če sodba združuje dve med seboj logično nezdržljivi

14 Sklep Ustavnega sodišča št. Up- 103/97 z dne 26. 2. 1998, OdlUS VII, 118.

15 Sklep Ustavnega sodišča št. Up-464/01 z dne 15. 12. 2003.

16 Odločba Ustavnega sodišča št. Up-493/07 z dne 5. 4. 2007, Uradni list RS, št. 35/07 in OdlUS XVI, 50.

17 Odločba Ustavnega sodišča Up-405/03 z dne 6. 10. 2003

tezi in je notranje protislovna.^{18 19} Za očitno napačno sodno odločbo gre tudi, če sporne uporabe prava ni mogoče zagovarjati z uveljavljenimi metodami razlage prava, zaradi česar je utemeljen sklep, da sodišče ni odločalo na podlagi zakona, ampak na podlagi meril, ki pri sojenju ne bi smelo upoštevati – torej samovoljno.²⁰ Poleg tega je iz ustavnosodne presoje razvidno, da je podan očitek sodniške samovolje takrat, ko odločitve ni v nobenem primeru mogoče pravno utemeljiti in je bila vsebina neke norme povsem narobe razložena. Tak položaj je podan na primer v primeru, če sodišče spregleda enega izmed abstraktno opredeljenih dejstev, ki tvori, skupaj še z drugimi, zakonski dejanski stan.²¹

V. VEZANOST NA STALIŠČA USTAVNEGA SODIŠČA

1. Pomen vezanosti na stališča Ustavnega sodišča

Uveljavljeno je stališče, da v primeru ustavnosodne presoje *predpisa* izrek in obrazložitev odločbe pomenita celoto, zaradi česar ne veže le izrek, temveč tudi razlogi in stališča, vsebovana v obrazložitvi.²² Razlaga, ki jo sprejme Ustavno sodišče, pojasnjuje Ustavo na pravno zavezujoč način.²³ Celo več, vanjo je pravzaprav vtkana. Naslovniki jo morajo spoštovati in se z njo sprijazniti.^{24 25} Prav zato pa se nanjo pri oblikovanju medsebojnih razmerij lahko tudi upravičeno zanesejo. Predvidljivost prispeva k izgrajevanju pravne države, saj je pravna varnost bistvena prvina prava in pravne države (2. člen Ustave). Na ta način razlaga in stališča Ustavnega sodišča prispevajo k stabilnosti razmerij v družbi in k sožitju med različno mislečimi, kar vse omogoča miren razvoj. Odločitve Ustavnega sodišča in razlaga Ustave, na kateri temeljijo, so zato izhodišče za nadaljnji razvoj ustavne misli in oblikovanje novih stališč, predvsem pa za nadaljnje urejanje in razvoj razmerij med ljudmi na vseh področjih življenja. Pomen sprejete razlage Ustave je tako mnogo daljnosežnejši kot razrešitev konkretnega spora (življenjskega primera), ki je razlago izzval.²⁶ Upoštevati je nadalje treba, da Ustavno sodišče lahko kot z Ustavo neskladno izloči določeno razlago zakona.²⁷ Da so odločbe Ustavnega sodišča obvezne, določa tretji odstavek 1. člena ZUstS.

18 Odločba Ustavnega sodišča Up-460/14 z dne 5. 3. 2015.

19 Odločba Ustavnega sodišča Up-394/08 z dne 19. 6. 2009.

20 Odločba Ustavnega sodišča št. Up-305/15 z dne 27. 10. 2016.

21 Prim. odločbi Ustavnega sodišča št. 233/15 z dne 19. 10. 2015 in Up-484/14 z dne 3. 12. 2015.

22 Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča št. Up-2597/07 z dne 4. 10. 2007 (Uradni list RS, št. 94/07, in OdlUS XVI, 108).

23 Iz ustavnosodne presoje izhaja, da ustavno opredeljeni položaj daje Ustavnemu sodišču pooblastilo, da pri izvajanju svojih pristojnosti s pravno zavezujočimi učinki razlaga ustavne določbe. Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-163/99 z dne 23. 9. 1999 (Uradni list RS, št. 80/99, in OdlUS VIII, 209).

24 Glede obveznosti spoštovanja odločb Ustavnega sodišča za zakonodajalca primerjaj na primer odločbi št. U-I-114/95 z dne 7. 12. 1995 (Uradni list RS, št. 8/96, in OdlUS IV, 120) in št. U-I-114/11 z dne 9. 6. 2011 (Uradni list RS, št. 47/11, in OdlUS XIX, 23).

25 Glede obveznosti stališč iz odločb Ustavnega sodišča za sodišča primerjaj sklep Ustavnega sodišča št. Up-424/06 z dne 22. 10. 2009 (OdlUS XVIII, 93).

26 Iz odklonilnega ločenega mnenja avtorice k odločbi Ustavnega sodišča U-I-269/12 z dne 4. 12. 2014, Uradni list RS, št. 2/2015 in OdlUS XX, 29.

27 Zmotno je mnenje, da Ustavno sodišče razlaga le Ustavo. Presoje ustavnosti zakonov ni mogoče opraviti, ne da bi se opredelila vsebina izpodbijane zakonske ureditve.

2. Posebej o vezanosti sodišč na stališča Ustavnega sodišča

Sodniki so v skladu s 125. členom Ustave pri opravljanju sodniške funkcije neodvisni; vezani so le na Ustavo in zakon. Vezanost sodnikov na Ustavo pomeni hkrati vezanost na stališča Ustavnega sodišča, ki razlagajo določbe Ustave. Zdi se očitno, da je za udejanjanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin v sodnih postopkih v državi pomembno, da sodišča upoštevajo stališča Ustavnega sodišča, ki opredeljujejo doslej izoblikovane standarde varstva človekovih pravic.

Naj spomnim, da je po prvem odstavku 1. člena ZUstS Ustavno sodišče najvišji organ sodne oblasti za varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Ta zakonska določba še posebej poudarja, da morajo sodišča pri svojih postopkih in v odločitvah ves čas upoštevati tudi stališča, ki jih v zvezi z varstvom človekovih pravic in temeljnih svoboščin sprejema Ustavno sodišče.²⁸ Iz razloženega lahko izpeljem, da je sodišče pri odločanju vezano na stališča Ustavnega sodišča, ki razlagajo določbe Ustave. Poleg tega svoje odločitve ne sme opreti na razlago zakona, ki po stališču Ustavnega sodišča ni v skladu z Ustavo. Pri tem je treba upoštevati, da sodišča po Ustavi v človekove pravice in temeljne svoboščine lahko posegajo le tedaj in toliko, kolikor to določata ali dopuščata Ustava ali po njenem pooblastilu zakon (tretji odstavek 15. člena Ustave).

Ko Ustavno sodišče s svojo odločitvijo vzpostavi standard varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ga morajo sodišča upoštevati pri nadaljnjem sodnem odločanju (tretji odstavek 1. člena ZUstS). Že doseženi standardi varstva človekovih pravic v konkretnih sodnih postopkih so sicer vedno znova preizkušani v postopkih z ustavno pritožbo. To velja tudi, kadar gre za standard obrazloženosti sodnih odločb in varstva pred sodniško samovoljo, čeprav je v teh primerih presoja bolj kazuistična.

Če sodišče pri odločanju v konkretnem primeru ne upošteva stališč iz odločitev Ustavnega sodišča, ki razlagajo določbe Ustave ali določeno razlago zakona označujejo kot neskladno z Ustavo, in pri tem ne obrazloži razlogov za to, se zastavi vprašanje, ali je sodišče spoštovalo zapoved vezanosti na Ustavo iz 125. člena Ustave. Seveda ni naloga Ustavnega sodišča, da vedno znova opozarja na pomen 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).²⁹

3. Odstop od stališča Ustavnega sodišča

Novi primeri, v katerih Ustavno sodišče presoja ustavno skladnost predpisa ali stališča sodišča, nikakor niso priložnost za sprejemanje odločitev od primera do primera. Tudi Ustavno sodišče je vezano na svoja že sprejeta stališča zaradi pomena, ki ga imajo za sožitje med različno mislečimi in nadaljnji razvoj na vseh področjih življenja. Zato novi primeri tudi nikakor niso priložnost za „neskončno“ ponovno argumentiranje predhodnih stališč. Toda na drugi strani je treba upoštevati,

²⁸ Iz sklepa Ustavnega sodišča št. Up-424/06 z dne 22. 10. 2009 (OdlUS XVIII, 93).

²⁹ Iz odločbe Ustavnega sodišča Up-942/14 z dne 20. 4. 2017 Uradni list RS, št. 24/2017

da načelo *stare decisis* ni absolutno. Že sprejetim stališčem Ustavnega sodišča ni mogoče (preprosto) pripisati pomena nikoli spremenljive konstante v enačbi razrešitve konkretnega spora.³⁰ Vendar tudi ne gre spregledati, da prav to pravilo nalaga kar največjo skrbnost pri analizi že sprejetih stališč v odločitvah Ustavnega sodišča. Prav zato, da bi bila lahko nova stališča v novih primerih v skladu z dotedanjimi stališči ali da bi se v nadaljnjem razvoju razmerij v družbi in pravne misli nadgradila ali morda celo spremenila, seveda na podlagi prepričljivih ustavnopravnih razlogov. To je po mojem prepričanju edini način, ki omogoča v primeru nadgraditve stališč, standardov in meril ali celo spremembe že sprejetih stališč ponovno vzpostavitev sozvočja med ustavnopravnimi argumenti in s tem prevlado moči argumenta nad argumentom moči. In moč argumenta (*ne* argument moči) je bistvena za delovanje sodne veje oblasti in ključna za izgrajevanje zaupanja vanjo.³¹

Ali naj smiselno enako velja tudi, ko se sodišče odmika od stališča Ustavnega sodišča? Ali če vprašanje zastavim nekoliko drugače: ali zapoved obveznosti odločb Ustavnega sodišča preprečuje dialog med Ustavnim sodiščem in sodiščem?

V ustavnosodni presoji je uveljavljeno stališče, da morajo sodišča spoštovati odločitve Ustavnega sodišča v konkretni zadevi. Vendar je Ustavno sodišče hkrati poudarilo tudi, da ta zahteva ni absolutna in zato ni ovira za sprejem drugačnega stališča, vendar le, če sodišče svoje nestrinjanje prepričljivo utemelji. Ustavno sodišče je s tem v zvezi posebej poudarilo, da morajo sodišča v primeru, če se ne strinjajo s stališči, izraženimi v odločitvah Ustavnega sodišča, prepričljivo utemeljiti, zakaj vprašanja, na katera opozarja obrazložitev Ustavnega sodišča, niso pomembna in jih sodišču ni treba razrešiti. Odločitev sodišča, ki take predhodne odločbe Ustavnega sodišča ne upošteva in tudi prepričljivo ne argumentira, s katerimi stališči iz predhodne odločbe Ustavnega sodišča ne soglaša in zakaj, že iz tega razloga krši pravico do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave.³²

Če je bila na primer neka sodba sodišča razveljavljena zaradi kršitve pravice do obrazložene sodne odločbe (22. člen Ustave), bi moralo sodišče v novem postopku svojo enako odločitev, ki temelji na isti pravni podlagi, obrazložiti na način, ki očitke zoper odsotnost vsebinskih razlogov odpravi tako, da vsebinsko odgovori na strankina izvajanja. Če je bil očitek o arbitrarnosti nekega stališča sodišča utemeljen z odsotnostjo razumnih razlogov zanj, se zdi očitno, da je odmik od stališča Ustavnega sodišča treba utemeljiti in pojasniti, zakaj so razlogi za enako odločitev sodišča v novem postopku kljub predhodnemu drugačnemu stališču Ustavnega sodišča razumni in utemeljeni z razlago zakona, ki je uveljavljena v pravni znanosti. Menim, da dialog med sodišči in Ustavnim sodiščem vsebuje dolžnost, da se sodišče v prvem koraku sooči z razlogi Ustavnega sodišča in če se z njimi morda ne strinja, v drugem koraku presoje svoje nestrinjanje prepričljivo utemelji. Enako stališče sodišča v ponovljenem sojenju vsekakor terjaja nove razloge, ki naj v dialogu s stališčem Ustavnega sodišča prepričljivo pojasni razloge za odstop od stališča Ustavnega sodišča.

30 H. J. Powell, *Constitutional Conscience, The Moral Dimension of Judicial Decision*, University of Chicago Press, Chicago 2008, str.100.

31 Iz odklonilnega ločenega mnenja avtorice k odločbi Ustavnega sodišča U-I-269/12 z dne 4. 12. 2014.

32 Prim. odločbo Ustavnega sodišča Up-140/02 z dne 12. 12. 2002, Uradni list RS št. 5/03 in OdlUS XI, 289).

Kultura spoštovanja vladavine prava omogoča in ne izključuje dialoga med sodišči. To je po mojem prepričanju tudi edini način, ki v primeru spremembe že sprejetih stališč ponovno vzpostavi sozvočje med različnimi argumenti in s tem prevlado moči argumenta. Dvomim, da le vztrajanje pri vsebinsko enakih razlogih, ki so že bili tema presoje in graje ob odločanju o ustavni pritožbi na Ustavnem sodišču, ob ponovnem odločanju na sodišču kakorkoli prispeva k dialogu med sodišči in da upošteva idejo o prevladi moči argumenta na področju sodnega odločanja. Z zornega kota posameznika, ki je bil uspešen v postopku pred Ustavnim sodiščem, gre prej za argument moči in krnjenje zaupanja v delovanje sodne veje oblasti.

VI. SKLEP

Spoštovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin je del naše pravne kulture. Prizadevanje za njihovo varstvo poraja vse bolj kritičen odnos do dogajanja v družbi, kar vodi v spreminjanje ocene o sprejemljivosti pojavnih oblik domnevnih omejitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Ustavno sodišče in sodišča so skladno s tem razvojem vedno znova izzvana, da varujejo, pa tudi razvijajo doslej doseženi obseg varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Njim zaupani področji varovanja in uveljavljanja pravic se stikata in le delno prekrivata. V tem procesu in danem pravnem okviru se med njimi oblikujejo razmerja, ki iz perspektive sodišč lahko vodijo v razmislek o neupravičenem krnjenju njim zaupanega prostora presoje. Vendar vse te dileme, neločljivo povezane z danim pravnim okvirom, nikakor ne smejo krniti prizadevanja za dosledno uveljavljanje Ustave in uresničevanje varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter nadaljnji razvoj tega področja v sodnih postopkih.

ZAKON O KOLEKTIVNIH TOŽBAH

prof. dr. Aleš Galič, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani
izr. prof. dr. Ana Vlahek, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Pred začetkom uporabe Zakona o kolektivnih tožbah (ZKoIT),¹ tj. do 21. aprila 2018,² v Sloveniji ni bilo mogoče kolektivno uveljavljanje dajatvenih zahtevkov tako, da bi na podlagi tožbe enega tožnika (npr. potrošniške organizacije ali javnega organa) lahko prišlo do poplačila več potrošnikov ali drugih oškodovanih oseb. Vendar je na številnih pravnih področjih vedno več primerov, ko je veliko posameznikov oškodovanih na v bistvenem podoben način, bodisi na področju pogodbenih bodisi nepogodbenih pravnih razmerij. Do tega prihaja predvsem na področjih pravic potrošnikov, pravic vlagateljev, finančnih storitev, pri pravu varstva konkurence, na področju varstva okolja in glede kršitev pravic delavcev. Množična oškodovanja so neizogibna posledica vedno bolj množične proizvodnje, množične prodaje in množičnih komunikacij.

Pogosto je značilnost pri takšnem množičnem oškodovanju, da so zahtevki posameznikov nizki. Pravica do sodnega varstva v individualnih sodnih postopkih ostaja sicer teoretično zagotovljena, vendar je zaradi nesorazmernosti med vrednostjo posameznega zahtevka na eni strani in stroški postopka, pogosto pa tudi zaradi neznanja ali pasivnosti oškodovancev nerealno pričakovati, da bo pogosto dejansko lahko uporabljena. Predvsem pri potrošniških sporih (kar v širšem pomenu vključuje tudi spore zaradi kršitve konkurenčnega prava) je premoženjska vrednost spora (izguba potrošnika zaradi protipravnega ravnanja podjetja) pogosto dejansko prenizka, da bi se potrošniku izplačalo tvegati visoke stroške sodnega postopka. Očitno nesorazmerje med premoženjsko vrednostjo kršene oziroma ogrožene pravice ter grozečimi sodnimi stroški je temeljna značilnost povprečnega potrošniškega spora. Čeprav torej obstaja pravno zavarovana pravica potrošnika, ki je bila prekršena, v tem primeru potrošnik dejansko nima praktične možnosti za uveljavitev varstva pred sodiščem. Številni oškodovanci oziroma žrtve nedopustnega ravnanja zato ostanejo trajno prikrajšani za svojo pravico. Po drugi strani pa je skupna vrednost takšnih – posamezno sicer nizkih zahtevkov – visoka, s tem pa je posledično visoko tudi protipravno okoriščenje kršitelja. Ker v večini primerov oškodovanci ne bodo sodno uveljavili svojih zahtevkov, bo to okoriščenje v večini primerov tudi dokončno. Uveljavljanje individualnih zahtevkov posameznikov v pravnem postopku ni realna možnost, zato grožnja s sodnimi postopki tudi ne more izpolniti svoje preventivne vloge, tj. vloge odvratanja od kršitev. Posledično pa je zaradi takšnega okoriščenja subjektov, ki na trgu delujejo nepošteno (npr. s kršitvijo pravic potrošnikov ali kršitvijo konkurenčnega prava) ali si znižujejo stroške dela (s kršitvijo pravic delavcev), ogrožen tudi položaj vseh drugih gospodarskih

1 Ur. l. RS, št. 55/17.

2 Gl. 67. člen ZKoIT.

subjektov, konkurentov, ki ravnajo v skladu s pravom. Če se večina oškodovancev zaradi ekonomskih razlogov ali neznanja ne odloči za sodno uveljavljanje svojih zahtevkov, sistem sodnega varstva ne izpolni svojega namena varstva pravic in tudi ne namena odvratanja od kršitev v prihodnosti. Po drugi strani pa lahko, če se veliko število oškodovancev odloči sodno uveljavljati svoje zahtevke v samostojnih pravnih, pride do kritične preobremenjenosti sodišč v relativno kratkem času.

Sistem pravnega postopka, kot je urejen v Zakonu o pravnem postopku (ZPP),³ ne omogoča ustreznega odziva na zgoraj navedene težave. Pravdni postopek temelji na konceptu dveh strank – tožnika in toženca – ki v pravdi lahko uveljavljata le svoje pravice. Tožba v korist tretje osebe ali v korist neopredeljenega kroga oseb po splošnih pravilih pravnega postopka ni dopustna. Tožbo, s katero bi npr. potrošniška organizacija uveljavljala denarne zahtevke posameznih potrošnikov v njihovo korist ali ki bi jo vložil posamezni oškodovanec ter z njo zahteval plačilo ne le sebi, pač pa tudi drugim oškodovancem v bistveno enakem položaju, bi sodišče zaradi pomanjkanja procesne legitimacije zavrglo. Dosedanja ureditev torej ni nudila ustreznega sistema varstva kolektivnih pravic, tj. pravic, ki pripadajo neopredeljenemu krogu prizadetih oseb, ali pravic, ki bi jih posameznik sicer teoretično lahko uveljavljal s samostojno tožbo, vendar pa to glede na prenizek znesek, da bi se ga glede na stroške pravde in izgubljeni čas izplačalo uveljavljati s samostojno dajatveno tožbo, ni realno.⁴ Tudi instituti pravnega postopka, ki omogočajo, da se več tožbenih zahtevkov uveljavlja skupaj (sosporništvo) ali da se več zadev obravnava skupaj (združitev pravnih), težave ne rešujejo. Pri teh institutih ostaja praktično enako stroškovno tveganje, poleg tega pa so primerni le tedaj, ko je skupno število oseb, ki sodelujejo v postopku, obvladljivo, torej relativno nizko. Institut vzorčnega postopka, kot je bil uveljavljen z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku (ZPP-D)⁵ v letu 2008, v praksi zaradi podnormiranosti ni zaživel, pa tudi sicer se uporablja le v primeru, ko so posamezne tožbe vložene (sodišče pa nato med njimi izbere eno za obravnavo v »vzorčnem postopku«).⁶ V praksi so znani tudi primeri, ko je potrošniška organizacija (podobno za posamezni primer kršitve ustanovljeno društvo) koordinirala vlaganje posameznih tožb potrošnikov proti istemu tožencu glede iste kršitve, potrošnike k temu spodbujala in jim neodplačno (ali v zameno za članstvo v organizaciji) zagotavljala istega odvetnika. Vendar tudi to ne zagotavlja učinkovitosti varstva pravic potrošnikov. Med drugim posameznemu potrošniku ostaja stroškovno tveganje (povrnitev stroškov nasprotni stranki) v primeru, če pravda ni uspešna (zagotovljena neodplačnost odvetnika namreč velja le za stroške lastnega odvetnika, ne za odvetnika nasprotne stranke).

Tudi domet kolektivnega varstva v obliki določenih opustitvenih tožb in tožb na ugotovitev neveljavnosti pogodb in splošnih pogojev poslovanja iz 74.–76. člena Zakona o varstvu potrošnikov (ZVPot)⁷ je bil omejen.⁸ ZVPot je npr. določal, da lahko upravičene organizacije (predvsem potrošniške organizacije) s tožbo

3 Ur. l. RS, št. 26/99 in nasl.

4 Gl. Galič, nav. delo (2011), str. 215-216; Howells, Weatherhill, nav. delo, str. 603–614; Lindblom, nav. delo, str. 11 in nasl.; Stadler, nav. delo, str. 38.

5 Ur. l. RS, št. 45/08. Več o noveli gl. Galič, nav. delo (2009); Galič, nav. delo (2008).

6 Več o tem postopku gl. Betetto, nav. delo.

7 Ur. l. RS, št. 20/98 in nasl.

8 Gl. Galič, nav. delo (2011), str. 219–224.

zahtevajo opustitev, tj. prenehanje ravnanj, s katerimi se kršijo pravice potrošnikov (npr. nedopustno oglaševanje, uporaba nepoštenih splošnih pogojev poslovanja ipd.),⁹ vendar je sodba učinkovala le za naprej, torej za ravnanje podjetja v prihodnosti, ne pa v korist potrošnikov, ki so že bili žrtve nedopustnega ravnanja. Predvsem ni omogočal, da bi s to tožbo prizadeti potrošniki uveljavili pravico do plačila denarnega zneska. Prav tako pa ni dovolj, da so kolektivne opustitvene tožbe omejene le na področje potrošniškega prava. Kolektivne opustitvene tožbe v dosednji obstoječi pravni ureditvi so bile zato sicer koristno (v praksi sicer žal neuporabljeno), vendar nezadostno sredstvo za varstvo kolektivnih pravic in interesov. Tudi tožba na ugotovitev neveljavnosti pogodb in splošnih pogojev poslovanja iz 76. člen ZVPot je dajala le omejeno varstvo oškodovancem.

ZKoIT je bil v Državnem zboru (v nadaljevanju: DZ) sprejet 26. septembra 2017 in v uradnem listu objavljen 6. oktobra 2017. Veljati je v skladu s 67. členom ZKoIT začel 21. oktobra 2017, uporabljati pa se je začel 21. aprila 2018. Besedilo končnega predloga zakona¹⁰ je Ministrstvo za pravosodje pripravilo ob upoštevanju nekaterih stališč zainteresirane javnosti¹¹ in drugih ministrstev ter glede na prispele komentarje Službe Vlade RS za zakonodajo in razpravo v okviru delovne skupine ministrstva, ki je pripravljala predlog. Vlada je 15. junija 2017 sprejela predlog zakona,¹² o katerem je glede nekaterih temeljnih rešitev intenzivno razpravljala Odbor DZ za pravosodje (področje uporabe; uporaba zakona za množična oškodovanja, do katerih je prišlo pred začetkom njegove veljavnosti; pristojnost sodišč), a je bil po uskladitvi stališč v DZ sprejet soglasno.¹³ Minister, pristojen za pravosodje, bi moral v skladu s 64. členom ZKoIT do 21. februarja 2018 izdati dva podzakonska predpisa, in sicer pravilnik o registru kolektivnih tožb (10. člen ZKoIT)¹⁴ in spremembe notarske tarife, v katerih se določi pravila o povrnitvi stroškov in nadomestilu za opravila, ki jih mora notar opraviti kot upravitelj kolektivne odškodnine (43. člen ZKoIT).¹⁵ Z dnem začetka veljavnosti ZKoIT so prenehale veljati zgoraj omenjene določbe 74.–76. člena ZVPot, a so se zaradi zamika z začetkom uporabe zakona za šest mesecev od začetka njegove veljavnosti uporabljale še teh šest mesecev.¹⁶

-
- 9 Preventivno varstvo z zahtevki za opustitev je uveljavljeno tudi na nekaterih drugih področjih. Na področju okoljskega prava npr. Aarhuska konvencija (Konvencija o dostopu do informacij, sodelovanju javnosti pri odločanju in dostopu do varstva pravic v okoljskih zadevah, Ur. l. RS – Mednarodne pogodbe, št. 17/04) države članice zavezuje, da zagotovijo pravno varstvo v primerih kršitev okoljskih standardov. Države članice imajo tako uvedene postopke, na podlagi katerih lahko tožniki kot skupine ali zastopniki zahtevajo sodno prepoved za ustavitev nezakonitega ravnanja. Gl. Zakon o varstvu okolja (ZVO-1; Ur. l. RS, št. 41/04 in nasl).
- 10 <<http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/novice/2017/Junij/ZKoIT.pdf>> (26. 2. 2018).
- 11 Svoja pisna stališča so poslali Vrhovno sodišče RS, Delovno in socialno sodišče v Ljubljani, Državno pravobranilstvo, Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo, Odvetniška zbornica Slovenije, Trgovinska zbornica Slovenije, Zveza potrošnikov Slovenije, Sindikat zdravstva in socialnega varstva Slovenije in Pravno-informacijski center nevladnih organizacij – PIC.
- 12 <<https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=7418>> (26. 2. 2018).
- 13 <https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C1257A70003EE6A1C12581A70059374C&db=kon_zak&mandat=VII&tip=doc> (26. 2. 2018).
- 14 Ta je bil izdan 16. aprila 2018 in je začel veljati 21. aprila 2018, torej na dan začetka uporabe ZKoIT,
- 15 Po razpoložljivih podatkih je sprememba tarife (v začetku maja 2018) še v fazi priprave.
- 16 66. člen ZKoIT.

2. STRUKTURA ZKOIT

ZKOIT ima 67 členov in je razdeljen na šest poglavij. Prvo poglavje vsebuje splošne določbe (1.–11. člen) o vsebini in namenu zakona, izrazih, uporabljenih v zakonu, o procesnem upravičenju in reprezentativnosti, pristojnosti sodišč, učinkih postopkov kolektivnega varstva na druge postopke in zastaralne roke, o nadaljnji kolektivni tožbi na področju konkurenčnega prava, o registru kolektivnih tožb in smiselni uporabi zakona o pravnem postopku.

Čeprav na to nakazuje naslov obravnavanega zakona, ZKOIT ne ureja le kolektivnih tožb, temveč v II. poglavju (členi 12–25) ureja tudi kolektivno poravnavo kot poseben institut sporazumnega reševanja sporov v korist oškodovancev v primerih množičnega oškodovanja. Uporablja se kot samostojen postopek ali v primeru, ko do sporazuma strank pride po vložitvi kolektivne odškodninske tožbe.

Bistvena oblika tožbe, ki jo ureja ZKOIT (III. poglavje, členi 26–46), je kolektivna odškodninska (ali druga v ožjem smislu dajatvena) tožba.¹⁷ Njen namen je trojen: (1) izboljšati dostop do sodnega varstva in zagotoviti uresničitev pravic, ki so bile posameznikom kršene v primeru množičnega oškodovanja; (2) z uveljavitvijo učinkovitega sistema povračil v primeru množičnih oškodovanj odvracati potencialne kršitelje od protipravnih ravnanj; (3) preprečiti, da bi posamezno sodišče zaradi prevelikega števila samostojnih tožb v primeru množičnih oškodovanj postalo preobremenjeno, saj dosedanja ureditev dela sodišč ne omogoča hitrega odziva na nenadno in nesorazmerno povečani obseg pripada na sodišče.¹⁸

Cilj zakona je tudi enotno urejanje kolektivnih opustitvenih tožb, ki so bile (na omejenem področju prava varstva potrošnikov) doslej urejene v ZVPot. ZKOIT tako v IV. poglavju (členi 47–57) določa splošna pravila v zvezi s kolektivnimi opustitveni tožbami (ki so mogoče na vseh področjih s področja uporabe zakona), v dveh podpoglavjih pa se osredotoča na posebni ureditvi takih tožb na področju prava varstva potrošnikov in na področju varstva pred diskriminacijo.

V naslednjem, V. poglavju (členi 58–63), so določena pravila o vrednosti spornega predmeta, financiranju kolektivne tožbe s strani tretjih oseb, o povračilu stroškov postopka in njihovem plačilu ter o plačilu v deležu od prisojenega.

Zadnje, VI. poglavje (členi 64–67) vsebuje prehodne in končne določbe, kjer velja izpostaviti 65. člen o uporabi zakona, saj se ZKOIT uporablja tudi za primere množičnih oškodovanj, do katerih je prišlo pred začetkom njegove veljavnosti. Prvotna različica te določbe je predvidevala uporabo zakona le za »nove«

17 Zakon v 3. členu »kolektivno odškodninsko tožbo« opredeljuje kot tožbo, na podlagi katere upravičena oseba v korist vseh oseb, ki so bile oškodovane v primeru množičnega oškodovanja, zahteva nadomestilo za prikrajšanje ne glede na pravno kvalifikacijo zahtevka, npr. kot odškodninskega, obogatitvenega, spolnitvenega. Tudi »kolektivna škoda« je opredeljena kot vsota posameznih prikrajšanj ne glede na njihovo pravno kvalifikacijo, »oškodovanec« kot oseba, ki je utrpela škodo ali drugo prikrajšanje v primeru množičnega oškodovanja ne glede na pravno kvalifikacijo tega prikrajšanja, »agregatna odškodnina« pa kot skupni znesek denarne odškodnine ali drugega nadomestila.

18 Gl. npr. SPOROČILO KOMISIJE EVROPSKEMU PARLAMENTU, SVETU, EVROPSKEMU EKONOMSKO-SOCIALNEMU ODBORU IN ODBORU REGIJ; „Evropskemu horizontalnemu okviru za kolektivna pravna sredstva naproti“, Strasbourg, 11. 6. 2013 COM(2013) 401 final, str. 3.

primere množičnih oškodovanj (za »stare« primere pa bi bilo seveda še naprej na voljo individualno varstvo), a so poslanci Odbora za pravosodje (pa tudi del zainteresirane javnosti, ki je na predlog ZKoiT podala pripombe) argumentirano vztrajali pri uporabi zakona za vse primere množičnih oškodovanj in z dopolnilnimi predlogi dosegli spremembo besedila.¹⁹

3. TEMELJNE REŠITVE ZKoiT

3.1 Področje uporabe

Področje uporabe ZKoiT je določeno v 2. členu zakona, v skladu s katerim se s kolektivno (dajatveno ali opustitveno) tožbo lahko uveljavljajo: (1) zahtevki potrošnikov iz pogodbenih razmerij s podjetji, kot jih urejajo predpisi s področja varstva potrošnikov;²⁰ (2) zahtevki zaradi kršitev drugih pravic potrošnikov, ki jih zagotavlja zakon, ki ureja varstvo potrošnikov;²¹ (3) zahtevki zaradi kršitev antitrusta (tj. določb o prepovedi omejevalnih ravnanj v obliki omejevalnih sporazumov podjetij, sklepov podjetniških združenj in usklajenih ravnanj iz 6. člena ZPOMK-1 oziroma 101. člena Pogodbe o delovanju EU (PDEU) ter v obliki zlorab prevladujočega položaja iz 9. člena ZPOMK-1 oziroma 102. člena PDEU);²² (4) zahtevki, ki se nanašajo na kršitev pravil trgovanja na organiziranih trgih in na prepovedana ravnanja zlorabe trga v skladu z zakonom, ki ureja trg finančnih instrumentov;²³ (5) zahtevki delavcev, ki se s samostojno tožbo uveljavljajo v individualnem delovnem sporu, kakor ga opredeljuje zakon, ki ureja postopek pred delovnimi sodišči;²⁴ in (6) zahtevki iz naslova odškodninske odgovornosti zaradi povzročitve okoljske nesreče, kot jo določa zakon, ki ureja varstvo okolja.²⁵ Na vseh navedenih področjih je mogoče skleniti tudi kolektivno poravnavo iz II. poglavja ZKoiT. Zakon poudarja še, da je na področju prava varstva pred diskriminacijo dopustna le kolektivna opustitvena tožba.

S kolektivno (opustitveno ali odškodninsko ter drugo v ožjem smislu dajatveno) tožbo se torej lahko uveljavljajo zahtevki s pravnih področij, v katerih bi sicer odločala sodišča v civilnih, gospodarskih in delovnih sporih. Ker gre za prvo celovito ureditev kolektivnih tožb v pravu Republike Slovenije, je smiselno, da se najprej omogoči

19 S podobnim vprašanjem se je ukvarjal tudi britanski Competition Appeal Tribunal v zadevi *Dorothy Gibson v Pride Mobility Products Limited*, Case number: 1257/17/16 (<<http://www.catribunal.org.uk/237-9255/1257-7-7-16-Dorothy-Gibson.html>> (23. 2. 2018)), ki obravnava vprašanja retroaktivne uporabe novih pravil o kolektivnem varstvu na področju antitrusta. Več o tem Vlahek, nav. delo (2017), str. 550; Vlahek, nav. delo (2018, Kolektivne odškodninske tožbe...).

20 Poudariti je treba, da so tu zajeti le zahtevki iz *pogodbenih* razmerij, vendar ne le tistih iz ZVPot, temveč tudi iz drugih *predpisov s področja varstva potrošnikov* (npr. iz zakona o potrošniških kreditih). Slednja diktacija je sicer nekoliko dvoumna, saj ni jasno, ali se nanaša le na specialno potrošniško zakonodajo ali tudi na splošno zakonodajo, ki pa se uporablja tudi za potrošniška razmerja (npr. obligacijski zakonik).

21 Zakonodajalec je imel tu (torej zunaj pogodbenih razmerij, kar je v domet zakona prišlo naknadno) v mislih zgolj ZVPot in ne vseh predpisov s področja varstva potrošnikov kot v prvem sklopu primerov. V poštev pridejo predvsem zahtevki potrošnikov iz poglavij ZVPot o odgovornosti za izdelek in garanciji.

22 Gl. Vlahek, nav. delo (2016). Poudariti je treba, da so na tem področju kolektivne tožbe na voljo le kot t. i. *follow-on* tožbe, torej kot nadaljnje tožbe, tj. tožbe, ki sledijo pravomočni ugotovitvi kršitve pravil konkurence s strani pristojnega organa za varstvo konkurence (gl. 9. člen ZKoiT).

23 Gl. npr. Urankar N., nav. delo; Sedmak, Jadek, Urankar Ž., nav. delo.

24 Več o tem v Vlahek, nav. delo (2018, Kolektivne tožbe kot novo...).

25 Gl. točko 6.8. člena 3 ZVO-1.

kolektivna tožba na nekaterih ožjih področjih, vendar tistih, za katere je institut tudi realno najpogosteje uporaben zaradi tveganja za množična oškodovanja. V prvi fazi urejanja kolektivnega varstva tako najbrž ni najbolj smiselno omogočiti uveljavljanja odškodninskih zahtevkov v primeru množičnih nesreč in okoljske škode (ZKoIT je odškodninske zahtevke zaradi povzročitve okoljske nesreče, kot jo določa zakon, ki ureja varstvo okolja, ob vztrajanju poslancev in dela zainteresirane javnosti vendarle omogočil), saj je pri teh sporih značilno, da so individualno utrpljene škode zelo različne glede na okoliščine, ki so lastne le posameznim oškodovancem in zahtevajo (v tem delu) individualno obravnavo ter individualni dokazni postopek. Za povsem začetno fazo uveljavljanja kolektivnih odškodninskih tožb je zato bolj primerno, da se ta tožba najprej omogoči na področjih, kjer so oškodovanja tipska in kjer je zahtevke posameznih oškodovancev mogoče razvrstiti po posameznih skupinah ali skupnih značilnostih. Podobni razlogi govorijo proti uveljavitvi kolektivne odškodninske tožbe na področju prava varstva pred diskriminacijo. Je pa na tem področju, kjer nedopustna ravnanja pogosto ogrožajo kolektivni interes določene skupine v celoti, ali pa še ni mogoče ugotoviti, katerim osebam so nastali zahtevki civilnega prava, smiselno dopustiti kolektivno opustitveno tožbo. Pogosto namreč določena nedopustna ravnanja diskriminirajo določeno celotno skupino oseb, pri čemer posameznih oškodovancev še ni mogoče določiti ali pa se ti ne želijo izpostaviti.

Tudi analiza primerjalnopravnih ureditev kaže, da je področje uporabe zakonodaje o kolektivnih tožbah vsaj v izhodišču omejeno na najznačilnejše primere množičnih oškodovanj, ki so primerni za obravnavo v kolektivnih postopkih,²⁶ na podlagi izkušenj z uporabo novega zakona pa je v prihodnosti mogoče razširiti uporabo na vsa področja varstva civilnih pravic. Tako se je npr. belgijski zakonodajalec odločil, da kolektivno varstvo sprva omogoči le za kršitve pravic potrošnikov iz taksativno našteje potrošniške zakonodaje.²⁷ To je bila tudi prvotna ideja ob snovanju ZKoIT, a se je področje uporabe ob pripravi besedila kljub temu, da bi v primerih, ki jih ZKoIT ne bi bil zajel, varstvo s samostojnimi tožbami še naprej obstajalo, do zadnjega vse bolj širilo (v DZ so bile predlagane (a niso bile vse sprejete) še dodatne širitve, npr. zahtevki zoper državo, občine in nosilce javnih pooblastil na splošno, oziroma splošnejše širitev zahtevkov v primeru škod iz okoljskih nesreč na vsakršne okoljske škode²⁸) in poleg kolektivnih odškodninskih tožb in kolektivnih poravnav na področju potrošniških pogodbenih razmerij zajelo še številna druga področja, pa tudi opustitvene tožbe na teh področjih in na področju varstva pred diskriminacijo. Temu ustrezno so bile potrebne tudi spremembe koncepta zakona in številnih njegovih določil.

Dodati velja, da v skladu z 8. členom ZKoIT zastaranje zahtevka, ki je predmet kolektivne odškodninske tožbe ali predloga za potrditev kolektivne poravnave, med trajanjem kolektivnega postopka ne teče. Nadaljuje se od trenutka, ko je kolektivni postopek pravnomočno končan brez vsebinske odločitve o zahtevku (oziroma za

26 Gl. Predlog ZKoIT, str. 21 in nasl.

27 Prav tam, str. 32 in nasl.; gl. tudi Voet, nav. delo.

28 Gl. razpravo na Odboru za pravosodje (<<https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/seje/evidenca?mandat=VII&type=pmagdt&uid=715F30EFD008AB8CC12581940042BB01>> (23. 2. 2018)) ter obravnavo v DZ (<https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C1257A70003EE6A1C12581A70059374C&db=kon_zak&mandat=VII&tip=doc> (26. 2. 2018)).

osebe, za katere kolektivna sodba ali poravnava ne učinkuje, od nastopa okoliščin iz drugega odstavka 8. člena ZKoIT), pri čemer se zastaralni rok ne more izteči prej kot 30 dni po koncu kolektivnega postopka.

3.2 Procesno upravičenje za vložitev kolektivne tožbe

S kolektivno tožbo se uveljavljajo zahtevki več oseb v primeru množičnega oškodovanja. Posamezni oškodovanci (drugače kot v primeru sosporništva ali združitve pravnih v pravnem postopku) niso stranke postopka, je pa tožba vložena v njihovo korist. Zato je bistveno, kako se določi procesno upravičenje (procesna legitimacija) za vložitev kolektivne tožbe.

V skladu s Priporočilom Evropske komisije z dne 11. junija 2013 o skupnih načelih za mehanizme kolektivnih opustitvenih in odškodninskih tožb v državah članicah v zvezi s kršitvami pravic iz prava Unije (v nadaljevanju: Priporočilo Evropske komisije)²⁹ in drugače kot v modelu razredne tožbe v Združenih državah Amerike³⁰ po ZKoIT posamezni oškodovanec ne more vložiti kolektivne tožbe v korist vseh oškodovancev, temveč je predvidena le (po Priporočilu Evropske komisije) zastopniška kolektivna tožba.³¹ To lahko v skladu s 4. členom ZKoIT vložijo le pravna oseba zasebnega prava, ki opravlja nepridobitno dejavnost in pri kateri obstaja neposredna povezava med njenimi glavnimi cilji delovanja in pravicami, ki naj bi bile kršene in v zvezi s katerimi se vloga tožba. Lahko gre za organizacijo, ki je nastala neodvisno od konkretnega primera množičnega oškodovanja (npr. potrošniške organizacije), ali za priložnostno organizacijo, ustanovitev katere je neposredno povezana z organiziranjem oškodovancev v konkretnem primeru množičnega oškodovanja. Negativne izkušnje z (ne)uporabo kolektivnih opustitvenih tožb po ZVPot izkazujejo, da ni upravičeno potrošniškim organizacijam dati monopola za vlaganje kolektivnih tožb.

V skladu s Priporočilom Evropske komisije je za vložitev kolektivne odškodninske tožbe po ZKoIT upravičen tudi javni organ – višji državni odvetnik (pri čemer, jasno, slednji ne more vložiti kolektivne tožbe ali predlagati kolektivne poravnave v postopku, v katerem kot nasprotna stranka nastopa država). V tem delu torej ZKoIT omogoča t. i. *tožbo parens patriae (public action)*.³² Primeri množičnih kršitev ogrožajo javni interes predvsem zato, ker pogosto ni realno pričakovati, da bodo posamezne prizadete osebe vložile individualne tožbe v pravnem postopku in da bo s tem civilno sodno varstvo ustrezno uresničilo preventivni namen odvratanja od prihodnjih kršitev.

Tudi v primerih kolektivnih opustitvenih tožb zakon določa, kdo je upravičeni tožnik. V splošnem je to oseba, ki ima po ZKoIT splošno procesno upravičenje, kot ga določa

29 2013/396/EU, dostopno na: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN>> (20. 2. 2018). Gl. tudi Vlahek, nav. delo (2012); Galič, nav. delo (2006), 2006, št. 1, str. 107–119.

30 Več o sistemu v Združenih državah Amerike (pred reformami) gl. Galič, nav. delo (1993); Lindblom, nav. delo, str. 15; gl. tudi Predlog ZKoIT, str. 22.

31 Več o tej vrsti tožbe gl. Galič, nav. delo (2011), str. 218; Caponi, nav. delo, str. 65 in nasl.

32 Galič, nav. delo (2011), str. 216; Howells, Ramsay, Wilhelmsson, Kraft, nav. delo, str. 126, 545, 546; Graver, nav. delo, str. 45–50; Edling, nav. delo, str. 51–55; Hodges, nav. delo, str. 381.

zgoraj navedeni 4. člen, če pa je za zagotavljanje posebnega varstva določenih skupin ali interesov ustanovljen državni organ, lahko tožbo vložijo tudi ta organ. Posebnosti glede upravičenega tožnika pa so določene na obeh, v IV. poglavju ZKoIT posebej urejenih področjih kolektivnih opustitvenih tožb. Na področju prava varstva potrošnikov je (v skladu z Direktivo 2009/22/ES o opustitvenih tožbah zaradi varstva interesov potrošnikov³³) upravičena organizacija le tista, ki je pravna oseba, ustanovljena za varovanje pravic in interesov potrošnikov, ter zbornica ali poslovno združenje, član katerega je toženo podjetje, pri čemer ministrstvo, pristojno za gospodarstvo, Evropski komisiji sporoči seznam oseb, ki so upravičene za vložitev takšne tožbe (52. člen ZKoIT). Če ravnanje podjetja, njegove enote ali podružnice ali skupine podjetij s sedežem v RS ali ravnanje, ki izvira iz RS, lahko prizadene položaj in pravice potrošnikov v drugi državi članici EU, lahko kolektivno opustitveno tožbo vložijo tudi organizacija ali neodvisni javni organ, ki je po predpisih tiste države ustanovljen za varovanje pravic in interesov potrošnikov v tisti državi, pogoj za to pa je, da je uvrščen na seznam oseb, upravičenih za vložitev kolektivnih opustitvenih tožb, objavljen v Uradnem listu EU, pri čemer morajo tožbi priložiti kopijo uradnega lista ali navesti njegovo številko (56. člen ZKoIT). Organizacija, upravičena za vložitev kolektivne opustitvene tožbe na področju varstva pred diskriminacijo, pa je v skladu s 57. členom ZKoIT bodisi zagovornik načela enakosti bodisi nevladna organizacija, ki ima priznan status delovanja v javnem interesu na področju varstva pred diskriminacijo ali varstva človekovih pravic v skladu z Zakonom o varstvu pred diskriminacijo (ZVarD).³⁴

3.3 Reprezentativnost tožnika

Od vprašanja procesne legitimacije (ki se presoja v okviru obravnave dopustnosti kolektivne tožbe po 27. členu ZKoIT) je, ko gre za zasebnopravne subjekte, treba ločiti vprašanje reprezentativnosti (ta se presoja v okviru obravnave odobritve kolektivne tožbe, torej v fazi certifikacije tožbe³⁵). Slednje pomeni, da je glede na okoliščine konkretnega primera organizacija, ki sicer po splošnih pravilih ima procesno legitimacijo za vložitev kolektivne tožbe ali predloga za potrditev kolektivne poravnave, mogoče šteti za ustreznega in resničnega zastopnika interesov skupine. 5. člen ZKoIT določa, da sodišče pri ugotavljanju reprezentativnosti presoja, ali bo upravičena oseba ustrezen zastopnik skupine, ki bo deloval pošteno in primerno ter v najboljšem interesu njenih članov, pri čemer upošteva zlasti obstoj finančnih sredstev, človeških virov in pravnega znanja za zastopanje skupine, aktivnosti, ki jih je upravičena oseba že opravila glede priprave kolektivne poravnave ali kolektivne tožbe ter glede organiziranja oškodovancev in komuniciranja z njimi, število oškodovancev, ki je podprlo njene aktivnosti glede konkretnega primera množičnega oškodovanja, njeno medijsko nastopanje in prisotnost ter razširjanje informacij o zatrjevani kršitvi pravic in svoji nameri, da vložijo kolektivno odškodninsko tožbo, morebitna nasprotja med posameznimi podskupinami v okviru skupine,

33 UL L 110, 1. 5. 2009. Več o tem gl. Weatherhill, nav. delo, str. 241 in nasl.; Krejci, nav. delo, str. 826 in nasl.; Bosch, Gaul, Sandrock, nav. delo.

34 Ur. l. RS, št. 33/16.

35 ZKoIT je glede tega vprašanja nekoliko dvoumen, saj iz prvega odstavka 5. člena izhaja, da se reprezentativnost presoja že v okviru obravnave dopustnosti tožbe, medtem ko četrta točka četrtega odstavka 28. člena določa, da se ta opravi šele v fazi certifikacije (smiselno enako določa 17. člen ZKoIT glede potrditve kolektivne poravnave).

obstoj in aktivnosti drugih upravičenih oseb ter morebitne izkušnje pri uveljavljanju kolektivnih zahtevkov.

3.4 Certifikacija kolektivne tožbe

Treba je zagotoviti, da bo kolektivna tožba tako glede vsebine kot glede organizacije, ki jo je vložila, zagotovila po eni strani varstvo oseb, v katerih korist se tožba vlaga, po drugi strani pa zavarovala toženca pred vlaganjem očitno neutemeljenih ali šikanoznih tožb. V vseh sistemih kolektivnih tožb je zato po uvodni presoji popolnosti in dopustnosti tožbe pomembna faza certifikacije, saj bo le ustrezno certificirana (odobrena) kolektivna tožba vsebinsko obravnavana.

ZKoIT certifikacijo opredeljuje v 28. členu. Ni dovolj, da je tožnik za vložitev kolektivne tožbe procesno legitimiran glede na abstraktno določena merila iz 4. člena ZKoIT. Tam, kjer že zakon ne omejuje kroga upravičenih tožnikov na natančno določene osebe (kot na področju kolektivnih opustitvenih tožb v primeru varstva potrošnikov in varstva pred diskriminacijo), tj. praviloma v primeru kolektivnih odškodninskih tožb, je treba zagotoviti, da bo tožnik tudi v konkretnem primeru izkazal, da je primeren zastopnik interesov skupine, v korist katere vlaga tožbo (reprezentativnost iz 5. člena ZKoIT). Poleg tega mora biti kolektivna tožba ustrezno sredstvo za varstvo pravic oškodovancev, skupina (in morebitne podskupine) pa dovolj konkretno opredeljena. S kolektivno tožbo se namreč lahko uveljavljajo istovrstni zahtevki, postavljeni v imenu določljive skupine oseb, ki zadevajo ista, podobna ali povezana dejanska ali pravna vprašanja, se nanašajo na isti primer množičnega oškodovanja in so primerni za obravnavo v kolektivnem postopku, skupna pravna in dejanska vprašanja za celotno skupino pa morajo prevladovati nad vprašanji, ki se nanašajo samo na posamezne člane skupine. Skupina mora biti tako številna, da bi bilo uveljavljanje zahtevkov s samostojnimi tožbami ali drugačna oblika združitve njenih članov, npr. sosporništvo ali združitev pravnih, manj učinkovito kot vložitev kolektivne odškodninske tožbe. Pri odločanju o primernosti zahtevkov za obravnavo v kolektivnem postopku sodišče upošteva, ali kolektivni postopek omogoča učinkovito razrešitev skupnih pravnih in dejanskih vprašanj, kakšni so stroški in koristi nadaljevanja kolektivnega postopka, ali so člani skupine vložili samostojne tožbe v zvezi s temi ali podobnimi zahtevki, kakšni sta velikost in značilnost skupine, kakšne so možnosti ugotavljanja članstva v skupinah, ali so zahtevki primerni za prisoditev agregatne odškodnine ter ali je na voljo alternativno reševanje sporov ali druge možnosti za rešitev spora. Tožba tudi ne sme biti očitno neutemeljena. Izpolnjeni morajo biti tudi pogoji iz ZKoIT glede dogovorov o stroških in financiranju postopka, v primeru dogovora z odvetnikom o plačilu po deležu iz prisojenega zneska pa sodišče oceni, ali je ta razumen.

3.5 Pristojnost sodišč in njihova vloga v kolektivnih postopkih

Splošno pravilo iz 6. člena ZKoIT je, da so za odločanje o kolektivni tožbi in predlogu za potrditev kolektivne poravnave pristojna okrožna sodišča na sedežu višjih sodišč, torej Okrožno sodišče v Ljubljani, Okrožno sodišče v Mariboru, Okrožno sodišče v Celju in Okrožno sodišče v Kopru. Za te primere ZKoIT (po vzoru spremenjenega ZPP) določa, da lahko v primerih kolektivnih postopkov, kjer na prvi stopnji odloča sodnik posameznik, sodnik posameznik izjemoma

predlaga predsedniku višjega sodišča, da se zadeva odstopi v odločitev senatu treh sodnikov, če gre za zapleteno zadevo glede pravnih ali dejanskih vprašanj. O predlogu sodnika posameznika odloči predsednik višjega sodišča s sklepom, zoper katerega ni pritožbe. Preostala člana senata se izbereta na podlagi pravil sodnega reda o dodelitvi zadev na dan, ko sodišče prve stopnje prejme odločitev predsednika višjega sodišča, da je predlogu ugodil.

Drugačna pristojnost je določena za odločanje o kolektivni tožbi in predlogu za potrditev kolektivne poravnave v zadevi, v kateri bi bilo za samostojno tožbo pristojno sodišče v individualnem delovnem sporu. ZKoIT za te primere določa pristojnost delovnega sodišča na sedežu sodišča, torej prav tako v Ljubljani, Mariboru, Celju oziroma Kopru. V teh primerih odloča sodišče prve stopnje v senatu, ki je sestavljen v skladu z določbami zakona, ki ureja delovna in socialna sodišča, torej Zakona o delovnih in socialnih sodiščih (ZDSS-1).³⁶

Prvotna različica predloga ZKoIT je predvidevala izključno pristojnost Okrožnega sodišča v Ljubljani oziroma Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, nato je bil predlog spremenjen tako, da je omogočal izključno pristojnost enega od okrožnih oz. delovnih sodišč v Sloveniji (in s tem zagotavljal poenotenje sicer pričakovano redke sodne prakse, ki pa bo obravnavala kompleksna pravna vprašanja), nazadnje pa je Odbor DZ za pravosodje določila 6. členu spremenil tako, da je bila pristojnost razširjena z enega na štiri okrožna oz. delovna sodišča. Kot utemeljitev za to sta se (nekako nepojasnjeno) navajala potreba po razvoju sodne prakse ter preprečitev centralizacije in posledične ukinitve manjših sodišč in delovnih mest.³⁷

Za tožnika, tj. tistega, ki toži v korist vseh oškodovancev, so kolektivne tožbe izjemno zahteven projekt, prav tako za toženca, njune odvetnike in sodišče. Zahtevajo tudi natančno ureditev (vendar ob tem tudi široko diskrecijo sodišča), prav tako pa povsem drugačen pristop (»vodstveni«) sodišča oziroma »suverenost sodnika«. Kompleksnost kolektivne tožbe zahteva (in povsod je s tem združena) več diskrecije sodišča, več opore na pravna načela in splošne pravne pojme, več moči sodnika.

Sodišča bodo morala biti torej v kolektivnih postopkih aktivna. Kolektivna odškodninska tožba je vložena v korist individualnih oškodovancev, vendar ti niso stranke postopka. Zato je nujno, da sodišče z ustrezno aktivnostjo zagotovi, da bodo interesi teh oseb ustrezno zavarovani v postopku. Sodišče mora zato v primeru kolektivne odškodninske tožbe nadzirati, ali tožnik v pravdi ustrezno zastopa interese oškodovancev. Vsebinsko mora preveriti ustreznost predlagane kolektivne poravnave in drugih dispozitivnih ravnanj tožnika (odpoved zahtevku, umik tožbe, priznanje dejstev). Drugi razlog za uveljavitev načela aktivne vloge sodišča pa je v tem, da so številne pravde po kolektivnih odškodninskih tožbah izjemno kompleksne in zapletene tako glede dejanskih kot materialno- in procesnopravnih vprašanj. Sodišče mora aktivno z materialnim in formalnim procesnim vodstvom zagotoviti ustrezno načrtovanje teka postopka in oprave procesnih dejanj.

36 Ur. l. RS, št. 2/04 in nasl. Več o tem gl. Vlahek, nav. delo (2018, Kolektivne tožbe kot novo...).

37 <<https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/seje/evidenca?mandat=VII&type=pmagdt&uid=715F30EFD008AB8CC12581940042BB01>> (20. 2. 2018).

Značilnost sodobnega razvoja kolektivnih tožb je tudi, da se sodišču prepušča možnost prilagoditve postopka značilnostim in potrebam konkretnega primera. Možnost sodnikove izbire in prilagoditve ter diskrecije je lahko zagotovljena s tem, da zakon daje več možnosti, sodnik pa se med njimi odloči za tisto, ki je za konkretni primer najustreznejša, ali pa v širši uporabi pravnih standardov in pravnih norm bolj abstraktne vsebine tudi v procesnem pravu. Treba je namreč upoštevati, da so npr. primeri množičnega oškodovanja zelo različni, npr. po vrednosti zahtevkov, velikosti razreda, kompleksnosti dejanskih in pravnih vprašanj, okoliščini, ali so položaji posameznih oškodovancev istovrstni le glede temelja obveznosti ali tudi glede višine odškodnine, ali okoliščini enostavnosti dokazljivosti zahtevkov posameznika. Načelo prožnosti postopka se izraža npr. v moči sodišča, da določi sistem vključitve ali izključitve, glede določitve načina obveščanja razreda, glede certifikacije tožeče stranke ter tudi glede določitve načina odmere in delitve odškodnine.

Za sodišča so pomembna tudi določila ZKoliT o učinku kolektivnih postopkov na druge postopke, predvsem na že začete postopke s samostojnimi tožbami. 7. člen ZKoliT glede tega določa, da postopki, začeti s samostojnimi tožbami glede istega primera množičnega oškodovanja z vložitvijo kolektivne tožbe ali predloga za kolektivno poravnavo glede na razvoj v teh kolektivnih postopkih ustavijo (če je oseba, ki je vložila samostojno tožbo, vključena (in tudi zajeta) v kolektivni postopek) ali prekinijo (do nastopa okoliščin iz tretjega odstavka 7. člena ZKoliT), pri čemer se lahko prekinjeni postopek iz posebej utemeljenih razlogov na predlog stranke nadaljuje tudi pred nastopom okoliščin iz tretjega odstavka 7. člena ZKoliT.

3.6 Register kolektivnih tožb

Register kolektivnih tožb poznajo nekatere tuje ureditve, npr. quebeška (*Registre des actions collectives*),³⁸ predvideva pa ga tudi Priporočilo Evropske komisije. Nekatere druge tuje ureditve (npr. britanska na področju antitrusta) predvidevajo le objavo ustreznih podatkov na spletnih straneh sodišč.³⁹

Priporočilo Evropske komisije določa, da bi morale države članice vzpostaviti nacionalni register kolektivnih tožb, ki bi moral biti vsem zainteresiranim strankam na voljo brezplačno v elektronski ali drugačni obliki; na spletiščih, na katerih so objavljeni registri, bi moral biti zagotovljen dostop do celovitih in nepristranskih informacij o mehanizmi, ki so na voljo za pridobitev nadomestila, vključno z izvensodnimi mehanizmi. Priporočilo dodaja, da bi si morale države članice ob pomoči Komisije prizadevati za usklajenost informacij, zbranih v registrih, in njihovo povezljivost.

10. člen ZKoliT upošteva omenjena priporočila in z namenom seznanitve čim večjega števila oškodovancev vzpostavlja register kolektivnih tožb. Zaradi potrebe po natančnejši ureditvi vzpostavitve in delovanja registra kolektivnih tožb ZKoliT

38 Dostopen je na spletnih straneh *Cour supérieure du Québec*: <<http://www.tribunaux.qc.ca/>> (20. 2. 2018); <<http://services.justice.gouv.qc.ca/dgsj/rrc/Accueil/Accueil.aspx>> (20. 2. 2018); <<http://services.justice.gouv.qc.ca/dgsj/rrc/Demande/DemandeRecherche.aspx>> (20. 2. 2018).

39 Gl. Predlog ZKoliT, str. 14 in 31.

predvideva, da minister, pristojen za pravosodje, določi natančnejša pravila delovanja registra kolektivnih tožb. Podzakonski predpis, vsebina katerega zaradi obsega in vsebine vprašanj, ki jih ureja, ne spada v besedilo zakona, bi moral biti v skladu s prvim odstavkom 64. člena ZKoliT izdan do 21. februarja 2018. Osnutek pravilnika z naslovom »Pravilnik o registru kolektivnih tožb in kolektivnih poravnav« je bil pripravljen marca 2018 in je bil do 16. aprila 2018 v javni obravnavi.⁴⁰ Minister je pravilnik (z revidiranim naslovom »Pravilnik o registru kolektivnih tožb«) izdal 16. aprila 2018,⁴¹ začetek njegove veljavnosti pa je bil določen za 21. april 2018, torej na dan začetka uporabe ZKoliT.

Pravilnik o registru kolektivnih tožb (v nadaljevanju: Pravilnik) ima 16 členov in ureja vzpostavitev, vzdrževanje in vodenje registra, natančneje določa podatke in dokumente, ki se objavijo v registru, način dostopa do registra in trajanje objave podatkov in dokumentov v kolektivnih postopkih po ZKoliT, za katere ZKoliT določa, da se javno objavijo v registru. Register je enoten za celotno območje države. Četudi ga ZKoliT imenuje »Register kolektivnih tožb«, se vanj vpisujejo podatki o vseh kolektivnih postopkih po ZKoliT, torej tako postopkih s kolektivno tožbo kot postopkih s kolektivno poravnavo. Vodi se v elektronski obliki pri Vrhovnem sodišču Republike Slovenije, ki ga je že vzpostavilo in ga bo vzdrževalo in upravljalo. Na spletu je brezplačno dostopen vsakomur,⁴² ne da bi za to moral izkazati kakršenkoli interes. Spletne strani sodstva zaradi lažjega dostopanja do registra na vidnem mestu vsebujejo povezavo nanj.⁴³ Na spletnih straneh registra mora biti zagotovljen tudi dostop do informacij o mehanizmi za pridobitev odškodnine po ZKoliT, vključno z zunajsodnimi mehanizmi, kar zagotavlja seznanitev oškodovancev z možnostmi, ki jih imajo za uveljavljanje zahtevkov po veljavni zakonodaji.⁴⁴

Pravilnik predvideva, da je register zasnovan tako, da uporabniku v osnovnem prikazu omogoča pregled seznama vseh kolektivnih postopkov, v katerem so za vsak postopek najprej dostopni »osnovni podatki o zadevi«, kot jih opredeljuje Pravilnik.⁴⁵ Prikaz podatkovnega sklopa »podrobnosti izbrane zadeve«⁴⁶ pa se

40 EVA 2018-2030-0008.

41 Ur. l. RS, št. 26/2018 z dne 17. 4. 2018.

42 < http://www.sodisce.si/sodni_postopki/javne_obravnave/kolektivne_tozbe/ (3. 5. 2018).

43 < <http://www.sodisce.si/vsrs/> (3. 5. 2018).

44 Teh podatkov spletne strani zaenkrat (tj. v začetku maja 2018) še ne navajajo.

45 Podatkovni sklop "osnovni podatki o zadevi" vključuje naslednje podatke: 1. sodišče, ki vodi kolektivni postopek, 2. opravilna številka zadeve, 3. vrsta kolektivnega postopka: – postopek potrditve kolektivne poravnave, – postopek na podlagi kolektivne tožbe (odškodninska, opustitvena), 4. datum vložitve kolektivne tožbe ali predloga za potrditev kolektivne poravnave na sodišče, 5. vrsta zadeve glede na področje zatrjevanega množičnega oškodovanja (2. člen ZKoliT), 6. podatki o strankah kolektivnega postopka: – o stranki, ki je pravna oseba, zasebnik ali samostojni podjetnik: firma ali ime, – o stranki, ki je višji državni odvetnik: osebno ime in uradniški naziv, – o stranki, ki je fizična oseba (to slednje bo – kvečjemu na strani toženca – sicer redko): osebno ime. Prikaz osnovnih podatkov o zadevi mora omogočati iskanje in razvrstitev podatkov najmanj po opravljeni številki, sodišču, ki vodi postopek, in vrsti kolektivnega postopka. Poudariti je treba, da dejstvo, da se nek postopek v registru vodi kot kolektivni postopek, še ne pomeni, da je bila kolektivna tožba dopustna, popolna in odobrena (certificirana), zato bi bilo v izogib namernemu vlaganju kolektivnih tožb s ciljem nižanja ugleda tožencev nujno, da sistem vse uporabnike posebej opozori na to.

46 Ta je razdeljen na naslednje sklope: 1. osnovni podatki, 2. zatrjevano množično oškodovanje, 3. dokumenti, 4. naroki, 5. podatki o članih skupine, 6. podatki o mehanizmi za pridobitev odškodnine, 7. drugi podatki. Če v zvezi s sklopom iz 2. do 7. točke sodišče še ni izvedlo vpisa podatkov ali evidentiralo dokumentov, ki se po zakonu objavijo, se v sklopu navede pojasnilo, da sklop še ne vsebuje vpisa, ki se objavi. Ti podsklopi so natančneje razdelani v 7. do 13. členu Pravilnika.

izvede na zahtevo uporabnika tako, da s seznama izbere posamezni kolektivni postopek, do dodatnih podatkov oziroma dokumentov katerega želi dostopiti. Velja poudariti, da je sodišču dana diskrecija, da presodi, kateri dodatni podatki (poleg tistih, ki jih določa ZKoliT) (glede na okoliščine posameznega primera) se vpišejo v register.

Pravilnik določa, da mora biti dostop do podatkov in dokumentov o posameznem kolektivnem postopku v registru omogočen od dne, ko je v posameznem kolektivnem postopku vložena kolektivna tožba ali predlog za potrditev kolektivne poravnave, in do poteka petih let po pravnomočnem končanju postopka v tej zadevi.⁴⁷

3.7 Kolektivna poravnava

Celotna izvedba pravde po kolektivni odškodninski tožbi je neizogibno povezana z velikimi stroški in obsežnim delom tako za stranke postopka kakor tudi za sodišče. Da bi se temu izognili, vendar pa obenem ohranili koristi kolektivnega uveljavljanja odškodninskih zahtevkov, ZKoliT spodbuja mirno reševanje sporov in s tem namenom (po vzoru primerjalnih ureditev, predvsem nizozemske, belgijske in angleške) ureja institut kolektivne poravnave.⁴⁸ Stranki (upravičena organizacija in zavezanec) lahko skleneta kolektivno poravnavo in sodišču podata skupni predlog kolektivne poravnave neodvisno od vložitve kolektivne odškodninske tožbe.⁴⁹ Kolektivna poravnava se sklene v korist prizadetih posameznikov in jih zavezuje.⁵⁰ Po drugi strani je sklenitev poravnave lahko smotrna tudi za zavezanca, saj se s sklenitvijo poravnave izogne tveganju dolgotrajnih in množičnih samostojnih postopkov, dolgoročni negativni publiciteti, povezani s temi postopki, ter negotovostjo glede končnih ekonomskih posledic določenega ravnanja.⁵¹ Ker se kolektivna poravnava sklepa na račun oškodovancev, je nujno, da se tistim oškodovancem, ki tega ne želijo, omogoči, da se iz učinka poravnave izključijo (zato pa mora biti zagotovljen ustrezen način obveščanja).⁵² Druga značilnost instituta kolektivne poravnave pa je – ker se sklepa na račun oseb, ki same niso sodelovale pri njenem oblikovanju – da jo mora odobriti sodišče. Gre za polni vsebinski preizkus tako glede reprezentativnosti organizacije, ki sklepa poravnavo na račun oškodovancev, kot tudi glede ustreznosti in razumnosti dogovorjene odškodnine. V kolektivni poravnavi se praviloma določi agregatna (skupna) odškodnina in kategorizacija odškodnin, ne da bi se poimensko opredelil zahtevak vsakega posameznega oškodovanca (členi 13, 17 in 23 ZKoliT). Zato mora sodišče pri presoji, ali bo odobrilo kolektivno

47 15. člen Pravilnika.

48 Za primerjalnopravno ureditev gl. Predlog ZKoliT, str. 35 in 37 ter nasl. Gl. tudi Voet, nav. delo; Krans, nav. delo; Van der Heijden, nav. delo; Arons, Van Boom, nav. delo.

49 Gl. člena 12 in 36 ZKoliT.

50 Gl. 20. člen ZKoliT.

51 Tretji odstavek 20. člena ZKoliT izrecno določa, da sklenitev kolektivne poravnave in njena potrditev ne pomenita priznanja protipravnosti ravnanja in odgovornosti osebe, ki se zaveže izplačati odškodnino.

52 Gl. člene 18–21 ZKoliT. Drugi odstavek 20. člena določa, da se lahko oseba, ki v času potrditve kolektivne poravnave ni vedela in ni mogla vedeti, da ji je nastala škoda, potem, ko izve za to, izloči iz kolektivne poravnave, ki je bila sklenjena po sistemu izključitve, zavezanec pa lahko takemu oškodovancu postavi rok najmanj šestih mesecev za sprejem odločitve o izključitvi. Pomembno je tudi določilo tretjega odstavka 21. člena, po katerem se lahko v kolektivni poravnavi določi, da sme katerakoli stranka odpovedati kolektivno poravnavo, če bo v primeru sistema izključitve več kot določeno število članov skupine izjavilo, da se izključuje iz učinka poravnave, ali če bo v primeru sistema vključitve manj kot določeno število članov skupine izjavilo, da se v učinek poravnave vključujejo.

poravnavo, upoštevati tudi predvidljivo zadostnost dogovorjene odškodnine za poplačilo vseh oškodovancev ter ustreznost in učinkovitost sistema za uveljavljanje zahtevkov posameznih oškodovancev za izplačilo, torej za izkazovanje, da spadajo v katero od opredeljenih podskupin razvrstitve škod (členi 13–18 ZKoliT). Pri tem je treba upoštevati, da poravnava nujno vključuje medsebojno popuščanje in da je zaradi koristi glede prihranitve časa ter izogiba tveganju glede negotovosti izida pravde ter stroškov razumljivo, da je znesek odškodnine, priznan s poravnavo, lahko nižji od zneska, ki bi ga – če bi bila tožba uspešna – prisodilo sodišče.

Mirno reševanje sporov se spodbuja tudi z aktivno vlogo sodišča pri tem. Sodišče strankam lahko svetuje, kako oblikovati besedilo poravnave (tretji odstavek 14. in drugi odstavek 17. člena ZKoliT). Tudi če se postopek začne s kolektivno odškodninsko tožbo, zakon v skladu z načelom mirnega reševanja sporov daje prednost sklenitvi kolektivne poravnave, posebej v fazi po certifikaciji kolektivne tožbe (36. člen ZKoliT). Mogoča je tudi napotitev na mediacijo na začetku postopka v skladu z Zakonom o alternativnem reševanju sodnih sporov (ZARSS).⁵³

Sodni postopek s kolektivno poravnavo, ki se začne na skupni predlog strank kolektivne poravnave, je podoben spodaj predstavljenemu postopku s kolektivno tožbo, pri čemer stranki tu sodišču predlogu predložita svojo kolektivno poravnavo s predpisano vsebino (13. člen ZKoliT). Po obravnavi popolnosti in dopustnosti predloga (14. člen ZKoliT) sodišče obvešča člane skupine (15. člen ZKoliT) in odloča o potrditvi kolektivne poravnave (16.–18. člen ZKoliT). O potrjeni kolektivni poravnavi sodišče obvešča oškodovance (19. člen ZKoliT), sledi izplačilo odškodnin v skladu z določili kolektivne poravnave (22. in 23. člen ZKoliT). Stroški postopka kolektivne poravnave se plačajo po enakih delih, če ni v kolektivni poravnavi določeno drugače, o obveznosti plačila stroškov odloči sodišče v sklepu, s katerim se zaključi postopek (25. člen ZKoliT).⁵⁴ Potrjeno kolektivno poravnavo stranki poravnave lahko izpodbijata po pravilih, ki veljajo za izpodbijanje sodne poravnave (pritožba zoper sklep o potrditvi kolektivne poravnave ni dopustna).⁵⁵ Skupna pritožba strank kolektivne poravnave je dopustna zoper sklep o zavrnitvi potrditve kolektivne poravnave.⁵⁶

3.8 Vključitev (*opt-in*) ali izključitev (*opt-out*)

Institut kolektivne tožbe sicer temelji na izhodišču, da je pogosto nerealno pričakovati, da bo posameznik lahko sam učinkovito uveljavil svoje pravice pred sodiščem. Kljub temu pa ureditev kolektivne tožbe ne sme zanemariti načela avtonomije posameznika in njegove svobodne izbire, ali želi uveljavljati svoje pravice pred sodiščem (smiselno enako velja tudi za kolektivno poravnavo⁵⁷). Upoštevati je treba, da izid kolektivne odškodninske tožbe posamezniku ne gre nujno le v korist, pač pa mu gre lahko tudi – če kolektivna odškodninska tožba ni uspešna – v škodo. Učinek (negativno) pravnomočno razsojene stvari zavezuje

53 Ur. l. RS, št. 97/09.

54 Prvi odstavek 17. člena ZKoliT določa, da sodišče zavrne potrditev kolektivne poravnave, če stroški, ki naj bi jih plačal zavezanec nasprotni stranki, presegajo resnične stroške, ki jih je ta stranka utrpela.

55 Prvi in tretji odstavek 23. člena ZKoliT.

56 Drugi odstavek 23. člena ZKoliT.

57 O tem gl. predhodno poglavje 3.7.

tudi posameznika. Prav tako je treba upoštevati, da je v kolektivni tožbi pravica vsakega posameznika, da se izjavi pred sodiščem in s tem vpliva na tek in izid postopka, nujno omejena, drugače kot v individualni pravdi. Zaradi ustavnih zahtev (pravica do izjavljanja po 22. členu Ustave RS) ni dopustno, da bi bil izid pravde v škodo osebi, ki v pravdi sploh ni mogla sodelovati oziroma ki ni mogla doseči, da se izloči iz učinka pravde, v kateri ne more sodelovati. Zato takšna razširitev učinkov, ko bi bil izid pravde za posameznike v vsakem primeru zavezujoč, torej ne le v primeru uspešne, pač pa tudi v primeru neuspešne pravde, zahteva natančno ureditev, da ne pride do kršitve pravice do izjavljanja (kontradiktornost postopka) in avtonomije strank. Posamezniku je zato ob vložitvi kolektivne odškodninske tožbe treba zagotoviti, da lahko doseže, da ga izid kolektivne odškodninske tožbe – ne negativen, ne pozitiven – ne bo vezal in da mu ostane zagotovljena pravica do sodnega varstva v individualni pravdi.

To je mogoče doseči na dva načina. Sodba, izdana v pravdi po kolektivni odškodninski tožbi, lahko zavezuje vse člane razreda, razen tistih, ki izjavijo, da ne želijo biti vezani (načelo izključitve; *opt-out*), ali samo tiste člane razreda, ki izjavijo, da želijo biti vključeni v zavezujoči učinek kolektivne odškodninske tožbe (načelo vključitve; *opt-in*). Prednost načela vključitve je v tem, da v celoti zagotavlja, da sodba po kolektivni odškodninski tožbi ne bo zavezovala oseb, ki za to tožbo sploh niso vedele in zato tudi niso mogle učinkovito uresničiti pravice do izključitve. Ob tem tudi zagotavlja, da je krog oseb, ki jih bo sodba zavezovala, vnaprej določen in pregleden. Po drugi strani pa praktične izkušnje iz tujine izkazujejo, da sistem vključitve zmanjšuje moč kolektivne tožbe tako glede reparacijskega kot glede preventijskega učinka. Posebej pri nižjih individualnih zahtevkih se namreč izkaže, da prevlada nevednosti, inercije ali apatije oškodovancev povzroči, da številni med njimi ne izkažejo niti toliko aktivnosti, da bi sodišču sporočili odločitev o vključitvi. Bistveno bolj je zato učinkovit sistem izključitve (*opt-out*), kar potrjujejo tudi izkušnje v tujini (npr. na področju antitrusta v Združenem kraljestvu, kjer so zaradi slabih izkušenj s sistemom vključitve nedavno vzpostavili tudi možnost sistema izključitve; oba sistema omogoča tudi belgijska zakonodaja⁵⁸). Po eni strani sistem *opt-out* zagotavlja bistveno višje število oškodovancev, zajetih s kolektivno tožbo. Čeprav na prvi pogled kaže drugače, pa je sistem lahko ugodnejši tudi z vidika zavezanca. Ker je praviloma število oškodovancev, ki izkoristijo pravico, da se izključijo, majhno (pa še med temi nato ni veliko takih, ki vložijo individualne tožbe), je v praktični posledici za podjetje bistveno bolj predvidljivo, kakšen je celotni obseg odškodnine oziroma drugačnega povračila, ki ga mora zagotoviti zaradi določenega protipravnega dejanja. S tem se tudi podjetju omogoči, da se izogne tveganju nepredvidljivosti in visokih stroškov, povezanih z obrambo v individualnih pravnih, ter da lahko dovolj zanesljivo oceni celotno ekonomsko izgubo zaradi obveznosti plačila odškodnine.

Priporočilo Evropske komisije daje prednost sistemu vključitve, vendar dopušča tudi sistem izključitve, če za to obstajajo resni in utemeljeni razlogi. Vedno več je zato tudi v Evropski uniji držav, ki vsaj delno omogočajo tudi sistem izključitve (Belgija, Združeno kraljestvo, Portugalska, Bolgarija, Nizozemska).⁵⁹ Ta naj bi bil

58 Gl. Vlahek, nav. delo (2017).

59 Za primerjalnopravno ureditev gl. npr. Ashton, Henry, nav. delo; Karlsgodt, nav. delo; Vlahek, nav. delo (2017). Gl. tudi Predlog ZKoiT, str. 17 in nasl.

bolj učinkovit, saj se zaradi nevednosti, apatije ali nezainteresiranosti praviloma majhen delež resnično prizadetih oseb odloči aktivno vključiti v postopek (četudi aktivnost vključitve v sistemu *opt-in* pomeni le, da morajo prijaviti udeležbo). Primerno je, da se dokončna odločitev za en ali drug sistem prepusti sodišču glede na okoliščine konkretnega primera. Predvsem v primeru, ko so individualni zahtevki nizki, je primerno, da se da prednost sistemu izključitve. Razlogi v prid sistemu izključitve enako veljajo tudi za postopek s kolektivno poravnavo.

ZKoIT v skladu z navedenim in očitnim trendom v primerjalnem pravu v 30. členu določa, da sodišče pri odločanju, ali se bo v postopku uporabilo načelo vključitve ali načelo izključitve, upošteva vse okoliščine konkretnega primera, predvsem vrednost posameznih zahtevkov članov skupine in okoliščine, ki so bistvene za odobritev kolektivne odškodninske tožbe. Če se vsaj eden od zahtevkov v kolektivni odškodninski tožbi nanaša na plačilo odškodnine za nepremoženjsko škodo ali če po oceni, vsebovani v tožbi, vsaj deset odstotkov članov skupine uveljavlja plačilo, ki presega 2.000 evrov, se lahko uporabi le načelo vključitve. Za osebe, ki ob izdaji sklepa o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe nimajo stalnega prebivališča oziroma sedeža v Republiki Sloveniji, pa se (zaradi zagotovitve, da taka oseba, ki najverjetneje ni v Sloveniji, sprejme informirano odločitev o tem, da jo bo sodba vezala) vedno uporabi načelo vključitve (takšna je tudi ureditev v Združenem kraljestvu in Belgiji⁶⁰). V primeru udeležbe takih oseb bo torej mogoča tudi kombinacija obeh sistemov.⁶¹

Učinek kolektivnih opustitvenih tožb pa je omejen na opustitev nezakonitega ravnanja in torej varuje kolektivne interese le za prihodnost. Sodba (razen glede prenehanja trajajočega ravnanja in prepovedi ravnanja v prihodnosti ter ugotovitve njegove nezakonitosti) ne koristi osebam, ki so že bile žrtev nezakonitega ravnanja, tako, da bi jim nudila kompenzacijo (npr. odškodnino). Kolektivna opustitvena tožba tako ne more učinkovito in vseobsežno zavarovati, prav tako pa (v primeru zavrnitve zahtevka) negativno poseči v položaj posameznih oškodovancev. Zato pri teh tožbah ni treba vzpostaviti sistema vključevanja ali izključevanja posameznih oškodovancev.

3.9 Ogradje postopka s kolektivno odškodninsko tožbo

Postopek s kolektivno odškodninsko tožbo se deli na štiri temeljne faze: (1) presoja popolnosti in dopustnosti tožbe ter certifikacija (odobritev) tožbe; (2) vključevanje oziroma izključevanje; (3) vsebinsko odločanje; in (4) izvršba. 11. člen ZKoIT določa, da se v kolektivnih postopkih po ZKoIT smiselno uporabljajo določila ZPP, če ni v ZKoIT ali v kakšnem drugem zakonu določeno drugače.

Certifikacija poteka tako, da sodišče po predhodnem ugotavljanju dopustnosti in popolnosti tožbe (27. člen ZKoIT) pošlje tožbo toženi stranki v odgovor in jo ob vročitvi objavi v registru kolektivnih tožb), pri čemer se tožena stranka v

60 Prav tam.

61 Tega ZKoIT sicer ne pove izrecno (četudi dikcija tretjega odstavka 30. člena na to nakazuje, ko pravi, da »se za osebe...uporabi sistem vključitve«), vendar bi drugačna razlaga izvotčila sistem izključitve, ki takoj, ko bi bil en član skupine s prebivališčem ali sedežem zunaj Slovenije, ne bi bil več na voljo.

odgovoru na tožbo v tej fazi omeji na izpolnjevanje pogojev za odobritev kolektivne odškodninske tožbe (šele po odobritvi kolektivne tožbe pa sodišče v sklepu o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe toženi stranki določi rok in jo pozove, da (v celoti) odgovori na kolektivno odškodninsko tožbo). Kot je že bilo omenjeno, sodišče v fazi certifikacije v skladu z 28. členom ZKolT odloča, ali je tožeča stranka dovolj reprezentativna za zastopanje celotne skupine oškodovancev in ali so izpolnjeni drugi posebni pogoji, ki izkazujejo, da je sodno varstvo s kolektivno odškodninsko tožbo bolj primerno kot samostojni pravdni postopki in možnosti, ki jih daje klasični sistem pravnega postopka, predvsem, ali prevladujejo skupna pravna in dejanska vprašanja za celotno skupino in ali je ta dovolj številčna, da je kolektivna odškodninska tožba smotrna. Sodišče mora v fazi certifikacije preveriti tudi, ali so izpolnjeni pogoji iz zakona glede dogovorov o stroških in financiranju postopka in v primeru dogovora z odvetnikom o plačilu oceniti, ali je ta razumen. Zaradi varstva utemeljenih interesov toženca (tudi pred negativno publiciteto) pa sodišče že v tej fazi lahko tožbe ne odobri, če je vsebinsko očitno neutemeljena. Če sodišče kolektivno odškodninsko tožbo odobri, obenem odloči, ali se bo uporabilo načelo vključitve (*opt-in*) ali izključitve (*opt-out*). Certifikacija se konča z zavrženjem kolektivne odškodninske tožbe ali z izdajo sklepa o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe. Sodišče o odobritvi kolektivne tožbe v skladu z 31. in 32. členom ZKolT obvesti člane skupine, sklep o odobritvi kolektivne tožbe in podatek o njegovi pravnomočnosti pa se vpiše tudi v register kolektivnih tožb (10. člen ZKolT). Po pravnomočnosti sklepa o odobritvi kolektivne tožbe sodišče pošlje stranki tožbo v odgovor, pri čemer sodišče v sklepu o odobritvi kolektivne tožbe določi rok za odgovor na tožbo, ki ne sme biti krajši od 30 in daljši od 60 dni od pravnomočnosti sklepa. Po odobritvi kolektivne tožbe glede istega primera množičnega oškodovanja ni dopustno začeti postopka z drugo kolektivno tožbo, če pa je do odobritve kolektivne tožbe vložnih več kolektivnih tožb, sodišče presodi, katero bo odobrilo (prvi odstavek 7. člena ZKolT).

V fazi vključevanja oziroma izključevanja se oškodovanci vključujejo v skupino (*opt-in*) oziroma izključujejo iz skupine (*opt-out*) v roku (ta v skladu z 29. členom ne sme biti krajši od 30 in daljši od 90 dni, ZKolT pa v 33. členu določa tudi pogoje za zapoznelo vključitev oziroma izključitev) in na način, kot ju v skladu z zakonom navede sodišče v sklepu o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe. Ta čas se lahko izkoristi tudi za poskus mediacije v skladu z ZARSS. Predlagani zakon torej ne posega v ZARSS, razen da se možnost napotitve na mediacijo zamakne na čas po izvedeni certifikaciji, torej po izdaji sklepa o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe. Če se stranki v tej fazi poravnata, se glede sodne potrditve poravnave uporabijo pravila o kolektivni poravnavi (36. člen ZKolT). Sodišče vodi seznam vključenih ali izključenih oseb, pri čemer lahko zavrne vpis na seznam vključenih oseb, če je očitno, da oseba, ki je dala izjavo o vključitvi, ni član skupine, v korist katere je vložena kolektivna odškodninska tožba. Sodišče dokončni seznam vključenih ali izključenih oseb vroči tožeči in toženi stranki, v registru kolektivnih tožb pa se objavi le število vključenih ali izključenih članov (10. člen ZKolT in 11. člen Pravilnika). Pomembno je poudariti, da v postopku po sistemu vključitve vključitev osebe na seznam ne pomeni dokončne ugotovitve, da je oseba, vključena na seznam, resnični upravičenec do izplačila, če sodišče izda sodbo, s katero zahtevku iz kolektivne odškodninske tožbe ugotovi. Ne le sistem izključitve, tudi sistem vključitve ne more vedno zagotoviti, da bo krog oškodovancev dokončno znan že ob končanju prve faze kolektivnega postopka ali celo ob vložitvi

tožbe. Sistem *opt-in* sicer zagotavlja, da nihče, ki se v kolektivno tožbo ni vključil, ne bo zajet z njenimi učinki (znan je torej »največji možni obseg oškodovancev«). Vendar pa sama vključitev v postopek še ne pomeni, da je oseba, ki se je prijavila, res pravi oškodovanec. V primeru množičnih zahtevkov (prav zaradi teh pa kolektivno tožbo rabimo) v številnih primerih ni mogoče dokončne in polne ocene »statusa žrtve« narediti že v okviru faze prijavljanja vključitve. V določenih primerih je to izkazovanje sicer enostavno (npr. sezname delničarjev, naročnikov, delavcev), pogosto pa ne. Faza prijave udeležbe je tako lahko povezana s presojo *prima facie*, ali je prijavitelj res član »razreda«, lahko se zahteva tudi predložitev dokazov, vendar pa celotni dokazni postopek individualne upravičenosti (resničnosti statusa člana razreda) praviloma ne more obremeniti začetne faze kolektivne tožbe. Značilnost kolektivne tožbe (vedno, kadar se vodi po načelu *opt-out*, pa tudi pogosto, kadar se vodi po načelu *opt-in*) je torej ločena druga faza, kjer se obravnavajo posamična vprašanja — izkazovanje individualne upravičenosti, statusa člana razreda in zneska, do katerega je upravičen.

Če med prejšnjo fazo ne pride do sklenitve poravnave, sodišče v zadevi meritorno odloči na podlagi izvedenega dokaznega postopka in z uporabo materialnega prava. To je faza vsebinskega odločanja. Oškodovanci (tisti, ki so se vključili (*opt-in*), oziroma tisti, ki verjetno izkažejo status oškodovanca (*opt-out*)) in druge upravičene organizacije imajo sicer pravico do izjave, vendar se ne štejejo za stranke postopka (34. in 37. člen ZKoliT). Sodišče ima v postopku aktivno vlogo. To je nujno tako zaradi (pogoste) kompleksnosti materialnopravnih in procesnopravnih vprašanj v zvezi s kolektivno odškodninsko tožbo, ki zahtevajo ustrezno materialno in formalno procesno vodstvo ter upravljanje postopka. Po drugi strani pa je naloga sodišča, da preverja, ali so interesi članov skupine (ti se ne štejejo za stranke) ustrezno varovani, še zlasti pri dispozitivnih dejanjih v postopku, npr. priznanje dejstev, odpoved zahtevku (35. člen ZKoliT). Sodišče na prvi stopnji postopek konča z izdajo kolektivne odškodninske sodbe (če do sklenitve poravnave ne pride niti v tej fazi). Če zahtevku ugodí, je bistveno dvoje, in sicer, kako se določi odškodnina in način izplačila posameznim oškodovancem (39. in 40. člen ZKoliT). Le v redkih primerih je mogoče in smotno, da se v izreku sodbe navedejo poimensko vsi oškodovanci in zneski, ki morajo biti izplačani vsakemu od njih. Praviloma to ni mogoče, ne le zaradi prevelikega ali (v primeru uporabe načela izključitve) še ne poimensko določenega števila oškodovancev, pač pa, ker bi to zahtevalo obravnavo posameznih vprašanj glede tega, ali sploh gre za resničnega oškodovanca, in glede višine njegovega zahtevka. Zato sta mogoči dve drugi možnosti, tako v primeru, ko je bilo uporabljeno načelo vključitve (in je torej celotna skupina, na katero se sodba nanaša, že znana), kot v primeru, ko je bilo uporabljeno načelo izključitve. Prva je, da sodišče, kadar je to na podlagi dokazov mogoče dovolj zanesljivo oceniti, določi agregatno odškodnino, torej celotni znesek odškodnine, ki ga mora zaradi določenega primera množičnega oškodovanja plačati toženec (takšno rešitev poznajo tudi primerjalne ureditve, npr. angleška in belgijska). Ob tem mora sodišče določiti natančna merila, ki omogočajo presojo, kakšen znesek pripada oškodovancem ali posameznim vrstam oškodovancev (razvrstitev škod po podskupinah) in kako naj oseba, ki želi doseči izplačilo, dokaže, da spada v določeno skupino oškodovancev (npr. s predložitvijo računov ali pogodbe). Agregatno odškodnino mora toženec plačati na skrbniški račun notarja, ki ga je v sodbi določilo za upravitelja kolektivne odškodnine. Druga možnost pa je, da

sodišče v sodbi ne navede celotnega zneska, ki ga mora plačati toženec, pač pa le znesek, ki ga mora plačati vsakemu oškodovancu, ki izkaže, da izpolnjuje merila, določena v sodbi (po potrebi z razvrstitvijo škod po podskupinah), pri čemer sodišče oceni tudi pričakovano skupno vsoto obveznosti, ki jo mora izpolniti tožena stranka (plačati jo mora na skrbniški račun notarja, ki ga je v sodbi določilo za upravitelja kolektivne odškodnine). Kolektivna odškodninska sodba je zavezujoča za vse člane skupine, razen za tiste, ki se (pri načelu vključitve) niso vključili oziroma ki so se (pri načelu izključitve) iz kolektivne odškodninske tožbe izključili. To pomeni, da v primeru neuspeha kolektivne odškodninske tožbe v isti stvari njihova morebitna samostojna tožba v pravnem postopku ne bi bila dopustna.

Če so v kolektivni odškodninski sodbi oškodovanci poimensko določeni skupaj z zneski (ali drugo spolnitvijo), do katerih so upravičeni, je sodba izvršilni naslov za vsakega posameznega oškodovanca. Kadar sodišče določi odškodnino po 40. členu ZKoliT, sodišče imenuje upravitelja kolektivne odškodnine (to vlogo v skladu s 43. členom ZKoliT opravljajo notarji, pri čemer sodišče pred imenovanjem upravitelja kolektivne odškodnine strankam omogoči, da se izjavijo o okoliščinah, ki naj se upoštevajo pri izbiri notarja, ali pa podajo predlog o izbranem notarju, ki naj bo imenovan). Osebe, ki želijo izplačilo, morajo (v primeru sistema izključitve) svoj zahtevek prijaviti upravitelju kolektivne odškodnine (v primeru sistema vključitve to ni potrebno, saj to vsebujejo že predhodno podane izjave o vključitvi). Ta upravičenost zahtevkov presoja po merilih in v postopku, ki ga je sodišče določilo v sodbi. Na podlagi vseh prijav in njim priloženih dokazil upravitelj kolektivne odškodnine v skladu s 44. členom ZKoliT sestavi osnutek seznama oškodovancev in njihove uvrstitve v morebitne podskupine. V njem navede tudi osebe, za katere je ocenil, da ne izpolnjujejo pogojev za uvrstitev na seznam oškodovancev ali za uvrstitev v podskupino, v katero so želele biti vključene, ter doda kratko obrazložitev razlogov za zavrnitev uvrstitve v seznam oškodovancev (oziroma uvrstitve v določeno podskupino, četudi bi sicer lahko bili vključeni v kako drugo podskupino). Osnutek seznama upravitelj vroči sodišču, obema strankama in osebam, katerih vključitev na seznam oziroma želeno podskupino je zavrnil. Tožeča in tožena stranka lahko nato pri sodišču z ugovorom (navesti morata dejstva in, če je mogoče, predložiti dokaze za to) prerekata uvrstitev določenih oseb na seznam, ugovor pa se vroči upravitelju kolektivne odškodnine, nasprotni stranki in osebam, katerih uvrstitev je prerekana. Sodišče nato obravnava osnutek seznama oškodovancev (45. člen ZKoliT). Na narok za obravnavo le-tega povabi upravitelja kolektivne odškodnine, stranki postopka, osebe, ki jih upravitelj ni uvrstil na seznam oškodovancev, ter osebe, katerih uvrstitev na seznam je bila prerekana. Po izvedenem naroku sodišče s sklepom določi dokončni seznam oškodovancev in zneskov oziroma druge dajatve, do katerih so upravičeni. Zoper ta sklep ni pritožbe. Oseba, uvrstitev katere na seznam je bil zavrnjen, se ne šteje za člana skupine in ni zajeta z učinkom kolektivne odškodninske sodbe. Zato lahko svoje zahtevke uveljavlja v pravdi. Po izdaji sklepa poteka izplačevanje oškodovancev, ki ga opravlja upravitelj kolektivne odškodnine (46. člen ZKoliT). Morebitni preostanek sredstev, ki niso bila izplačana v za to predvidenem roku, se vrne toženi stranki (tako tudi npr. v nizozemski ureditvi poravnave⁶²), če pa se izkaže, da agregatna

62 Gl. predstavitev nizozemske ureditve v Predlogu ZKoliT, str. 37 in nasl. Gl. tudi Van der Heijden, nav. delo; Krans, nav. delo; Arons, Van Boom, nav. delo.

odškodnina ne zadošča za poplačilo vseh oškodovancev, se zneski, do katerih so upravičeni, sorazmerno znižajo (tretji odstavek 46. in peti odstavek 45. člena ZKoiT). Po končanih opravilih v zvezi z izplačili upravitelj sestavi zaključno poročilo s seznamom vseh izplačil in ga predloži v potrditev sodišču. Postopek s kolektivno tožbo se konča s sklepom o potrditvi zaključnega poročila, ki ga izda sodišče (četrti in peti odstavek 46. člena ZKoiT).

3.10 Kolektivna opustitvena tožba

Kot dodatno obliko varstva kolektivnih interesov in kolektivnih pravic zakon ureja kolektivno opustitveno tožbo. Ker so pri kolektivni opustitveni tožbi za posamezne sektorje že vzpostavljene zahteve prava Evropske unije, te pa se medsebojno razlikujejo, popolna enotnost ureditve kolektivnih opustitvenih tožb ni mogoča. Zato so poleg splošne ureditve kolektivnih opustitvenih tožb v IV. poglavju zakona v dveh podpoglavjih posebej urejene kolektivne opustitvene tožbe za področje potrošniških sporov, zaradi posebnosti področja pa tudi za spore glede varstva pred diskriminacijo. Določbe ZKoiT o opustitvenih tožbah pa se ne uporabljajo, če je z drugim zakonom za določeno področje posebej urejena tožba za opustitev ravnanja, s katerim se ogroža ali krši skupni interes na tem področju.

ZKoiT v 47. členu na splošno določa, da se s kolektivno opustitveno tožbo lahko od osebe, ki v pravnih razmerjih iz 2. člena ZKoiT z določenim trajajočim ali ponavljajočim se ravnanjem ali dejavnostjo in postopki, vključno z opustitvami, huje krši ali huje ogroža skupne interese večjega števila oseb ali oseb, ki jih ni mogoče poimensko določiti, zahteva prenehanje teh ravnanj in prepoved enakih ravnanj v prihodnosti. Določila v posebnih podpoglavjih (51. in 57. člen ZKoiT) pa opredeljujejo vsebino kolektivne tožbe in učinke kolektivne sodbe na področju prava varstva potrošnikov oziroma varstva pred diskriminacijo.

V skladu z 48. členom ZKoiT mora upravičena oseba (posebnosti glede aktivne legitimacije za vložitev posameznih vrst kolektivnih opustitvenih tožb so že bile obravnavane zgoraj v poglavju o procesnem upravičenju) pred vložitvijo kolektivne opustitvene tožbe osebo, ki jo namerava tožiti, pisno opozoriti o tem, da bo vložila kolektivno opustitveno tožbo, če ta oseba ne bo prenehala z nedopustnim ravnanjem, pri čemer tožbe ni dopustno vložiti pred potekom 15 dni od prejema opozorila (lahko pa je pred vložitvijo tožbe izdana začasna odredba; ta se v skladu s 50. členom ZKoiT lahko izda tudi, če tožena stranka še ni začela z nedovoljenim ravnanjem, vendar je tik pred tem, da z njim začne). Če ugotovi, da je tožbeni zahtevki utemeljeni, sodišče v izreku sodbe ugotovi obstoj ravnanja, ki krši kolektivne pravice, naloži toženi stranki, da preneha s tem ravnanjem in ji prepove tako ali smiselno enako ravnanje v prihodnosti, v okviru tožbenega zahtevka pa lahko sodišče odloči, da se sodba objavi na stroške tožene stranke ali da se objavi popravek nedopustnega oglaševanja, če oceni, da se s tem prispeva k ublažitvi ali odstranitvi škodnih posledic kršitev (49. člen ZKoiT). 54. člen na področju potrošniških opustitvenih tožb dodaja, da prepoved uporabe določenih splošnih pogojev poslovanja ali vnaprej pripravljenih pogodbenih določil v potrošniški pogodbi vključuje prepoved, da se podjetje na taka nedopustna pogodbeno določila sklicuje tudi glede pogodb, ki jih je že sklenilo, 55. člen pa določa, da pravnomočna sodba, s katero sodišče zahtevku ugoti glede ugotovljene protipravnosti ravnanja

podjetja, zavezuje druga sodišča v postopkih po tožbah, ki jih posamezni potrošniki vložijo za varstvo svojih pravic iz pravnih razmerij z istim podjetjem.

3.11 Stroški postopka in financiranje kolektivne tožbe

Z namenom znižanja stroškovnega tveganja pravde ZKoIT vsebuje posebna pravila o določitvi vrednosti spornega predmeta. Ta se v skladu z 58. členom določi v znesku dvajsetih odstotkov seštevka ocenjene vrednosti vseh zneskov članov razreda ali dvajsetih odstotkov zahtevka za plačilo agregatne odškodnine. V postopku s kolektivno opustitveno tožbo pa vrednost spornega predmeta ne glede na dejanski ekonomski pomen spora ne sme presegati 10.000 evrov, pri čemer pri določitvi vrednosti spornega predmeta pri teh tožbah sodišče upošteva zapletenost in pomen zadeve z vidika tožene stranke, kolektivnih pravic in javnega interesa.

Zakon v 62. členu določa, da člani skupine nimajo pravice do povrnitve lastnih stroškov in niso odgovorni za povračilo stroškov nasprotni stranki, razen stroškov, ki so jih povzročili po svoji krivdi. Kolektivna tožba je privlačen institut za oškodovance prav zato, ker je brez stroškovnega tveganja. Načeloma se pričakuje, da oškodovanci v pravdi ne bodo aktivno sodelovali (ni jim treba, zato – če želijo – nosijo stroške svoje udeležbe), saj je dovolj, da se prijavijo (oziroma ne izključijo) in nato čakajo na rezultat postopka.

V skladu s Priporočilom Evropske komisije se zakon (60. člen ZKoIT) ne odmika od splošnega pravila pravnega postopka, da stranka, ki izgubi, plača potrebne stroške postopka nasprotni stranki (in nujne stroške, ki jih je tožeča stranka imela pred vložitvijo tožbe z aktivnostmi glede organiziranja in obveščanja članov skupine o nameri vložiti kolektivne tožbe). Bilo bi pretirano in neutemeljeno breme za gospodarske subjekte, če bi morali sami plačati stroške za obrambo tudi pred neutemeljenimi zahtevki.

ZKoIT uveljavlja preglednost glede financiranja pravnih postopkov s strani tretjih oseb – to so tretje osebe (bodisi s pridobitnim bodisi z nepridobitnim namenom) ter odvetnik tožnika (če je dogovorjena nagrada po deležu iz prisojenega v skladu z omejitvami, ki jih določata ZKoIT in Zakon o odvetništvu⁶³). 61. člen ZKoIT določa, da nagrada v deležu iz prisojenega ne sme presegati 15 % od prisojenega zneska, pri čemer je za primere po sistemu izključitve določeno tudi, od katerega zneska se računajo ti odstotki in kakšna je spodnja meja take nagrade. Z dopustitvijo dogovorov z odvetniki za plačilo po deležu iz prisojenega se ZKoIT sicer odmika od Priporočila Evropske komisije (ki je zaradi zadržanosti do nagrad v deležu od prisojenega deležno kritik), vendar je takšno financiranje ekonomska nujnost, če ni zagotovljeno drugačno zunanje financiranje (npr. iz proračuna).

Dogovor za plačilo odvetniku po deležu iz prisojenega zmanjša tveganje zaradi neuspešne pravde, ne izključi pa tveganja za plačilo stroškov nasprotne stranke v primeru neuspeha v pravdi. Zato je smiselna določitev dodatne možnosti, za katero se stranki lahko sporazumno dogovorita, tj. da dogovor za plačilo odvetniku po deležu iz prisojenega lahko tudi presega 15 % (vse do 30 %), vendar le, če

⁶³ Ur. l. RS, št. 18/93 in nasl.

se odvetnik hkrati zaveže prevzeti tudi tveganje za neuspeh v pravdi, ki presega le tveganje za izgubo lastnega honorarja. Sodišče mora pri certifikaciji oceniti, ali je tak dogovor ustrezen, ter preprečiti, da bi odvetniške nagrade namesto resničnega varstva pravic oškodovancev postale glavni namen vlaganja kolektivnih odškodninskih tožb. Na ta način se v skladu s Priporočilom Evropske komisije, ki določanje nagrade odvetniku po deležu iz prisojenega v načelu odklanja, omejuje ta institut.

4. SKLEP

Kolektivne tožbe so povsod po svetu izjemno zapletene in dolgotrajne, povezane so s težkimi dejanskimi, procesnopravnimi in materialnopravnimi vprašanji, pogosto dragimi in obširnimi dokaznimi postopki in sestavljene iz več faz. Pri teh postopkih gre praviloma tudi za zelo visok ekonomski pomen zadeve, kjer so »v igri« zelo visoki, večmilijonski ali celo večmilijardni zneski. Morda so individualni zneski posameznih oškodovancev nizki, vendar je pogosto krog oškodovancev zelo velik (kar že samo po sebi nujno povzroči izjemno kompleksnost primera), zato pa je zelo velik tudi skupni grozeči dolg, ki bi ga v primeru poraza v kolektivni tožbi morala plačati tožena stranka. Glede na to, da se ZKoiT uporablja tudi za primere množičnih oškodovanj, do katerih je prišlo pred njegovo uveljavitvijo, je pričakovati, da do vložitve prvih kolektivnih tožb ne bo minilo veliko časa. Upava, da novi ZKoiT nudi ustrezno ogrodje za kolektivno varstvo in da bo kljub dejstvu, da gre za povsem novo in v končni vsebini širokopotezno ter zato glede kakšnih vprašanj nujno razlage potrebno ureditev v našem pravnem prostoru, uspešno zaživel v praksi.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- Arons, Tomas in Van Boom, Willem H.. Beyond Tulips and Cheese: Exporting Mass Securities Claim Settlements from the Netherlands. *European Business Law Review*, Vol. 21, No. 6, 2010.
- Ashton, David in Henry, David. *Competition Damages Actions in the EU*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2013.
- Betetto, Nina. Vzorčni postopek. *Pravni letopis*, 2011, str. 231–241, 404–405.
- Bosch, F.W., Gaul, O. Sandroock, H.F. (ur.). *Der kollektive Rechtsschutz der Verbraucher in der Europäischen Union*. Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1997.
- Caponi, Remo. The collective redress action in the Italian legal system. *ERA Forum*, vol. 10, št. 1/2009, str. 7–36.
- Edling, Axel. The Consumer Ombudsman scheme and group actions. V: Bourgoignie, T. (ur.). *Group Actions and Consumer Protection*. Louvain la Neuve: CdC, 1992, str. 51–55.

- Galič, Aleš. Pravna ureditev tožbe za varstvo skupinskih interesov potrošnikov v ZDA in v Avstriji, *Podjetje in delo*, 1993, št. 7, str. 877–887.
- Galič Aleš. Prve praktične izkušnje z novelo ZPP-D v postopku na prvi stopnji. *Pravni letopis*, 2009, str. 55–76.
- Galič, Aleš. Novela Zakona o pravnem postopku (ZPP-D). *Pravna praksa*, 5. junij 2008, leto 27, št. 22, pril. str. II–VIII.
- Galič, Aleš. Skupinske tožbe na področju potrošniškega prava. *Pravni letopis*, 2011, str. 215–229, 402–403.
- Graver, Kjersti. The consumer ombud scheme. V: Bourgoignie, T. (ur.). *Group Actions and Consumer Protection*. Louvain la Neuve: CdC, 1992, str. 45–50.
- Hodges, Christopher. Collective Redress in Europe: The New Model. *Civil Justice Quarterly*, (29) št. 3/2010, str. 370–395.
- Howells, Geraint, Ramsay, Iain, Wilhelmsson, Thomas, Kraft, David. *Handbook Of Research On International Consumer Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.
- Howells, Geraint, Weatherhill, Stephen. *Consumer Protection Law*. Ashgate Publishing, 2005.
- Karlsgodt, Paul G. (ur.). *World Class Actions*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Krans, Bart. The Dutch Act on Collective Settlement of Mass Damages. *Pacific McGeorge Global Business&Development Law Journal*, 2014, Vol. 21, št. 2, str. 281–301.
- Krejci, Heinz. *Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz*. Dunaj: Orac, 1981.
- Lindblom, P. H.. Group litigation in Scandinavia. *ERA Forum*, vol. 10, št. 1/2009, str. 7–36.
- Sedmak, Branka, Jadek, Aljaž, Urankar, Žiga. Kolektivne tožbe – nova sodna pot, ki jo bodo morali upoštevati projekti ICO?, *Svet kapitala, Delo*, 24. 3. 2018, <<https://svetkapitala.delo.si/mnenja/kolektivne-tozbe-nova-sodna-pot-ki-jo-bodo-morali-upostevati-projekti-ico-5259>> (3. 5. 2018).
- Stadler, Astrid. A test case in Germany: 16.000 private investors vs. Deutsche Telekom. *ERA Forum*, vol. 10, št. 1/2009, str. 37–50.
- Urankar, Nejc. Kolektivne tožbe - bomo prvim priča prav na področju kripto valut?, <<https://medium.com/lemur-legal/kolektivne-to%C5%BEbe-bomo-prvim-pri%C4%8Da-prav-na-podro%C4%8Dju-kripto-valut-8e75c8d3e7e8>> (3. 5. 2018)
- Van der Heijden, M.-J. Class Actions/Les actions collectives. Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 14.3 (December 2010).
- Vlahek, Ana. Kolektivne odškodninske tožbe v praksi CAT. 2018, članek poslan v objavo.

- Vlahek, Ana. Kolektivne tožbe kot novo pravno sredstvo zoper množične kršitve pravic iz delovnopравnih razmerij. *Delavci in delodajalci*, 2018, članek sprejet v objavo.
- Vlahek, Ana. Razvoj kolektivnega varstva na področju antitrusta v Združenem kraljestvu. V: Pavliha et al. (ur.): *Izzivi prava v življenjski resničnosti = Challenges of law in life reality, liber amicorum Marko Ilešič*, Pravna fakulteta, Ljubljana, 2017, str. 541–554, 600–601.
- Vlahek, Ana. Novosti na področju odškodninskih tožb zaradi kršitev evropskega antitrusta. *Pravnik : revija za pravno teorijo in prakso*, št 7/8, 2016, str. 547–590, 620–621.
- Vlahek, Ana. Kolektivno varstvo v EU. *Pravna praksa*, leto 31, št. 21, 2012.
- Voet, Stefaan. Consumer Collective Redress in Belgium: Class Actions to the Rescue?. *Eur.Bus.Org.Law Rev*, 2015, Vol. 16, str. 121–143.
- Weatherill, Stephen. *EU Consumer Law And Policy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

TUDI NOVELA ZPP-E NE ZAPIRA VRAT REVIZIJSKIM ZAHTEVKOM V SOCIALNIH SPORIH, ALI PAČ?

mag. Martina Metelko Kaplan
državna odvetnica, Državno odvetništvo Republike Slovenije

1. UVOD

Slovenija je pravna in socialna država, pri čemer je pravica do socialne varnosti ustavno varovana kategorija, ki v zvezi s tem državi podeljuje dolžnost urejanja obveznega zdravstvenega, pokojninskega in invalidskega zavarovanja ter drugih socialnih zavarovanj, hkrati z obveznostjo zagotovitve nemotenega načina za njihovo delovanje.¹ Posamezniki pravice iz socialnega varstva uveljavljajo glede na vrsto pravice pri različnih nosilcih oziroma upravnih organih delovanja države (npr. zavod za pokojninsko in invalidsko zavarovanje, zavod za zdravstveno zavarovanje, center za socialno delo, zavod za zaposlovanje), pri čemer sistem po dokončni odločitvi v upravnem postopku zagotavlja tudi sodno varstvo oziroma presojo o pravilnosti in zakonitosti upravnih odločb, ki je v stvarni pristojnosti Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani. Stvarna pristojnost socialnega sodišča v socialnih sporih je določena s 7. členom Zakona o delovnih in socialnih sodiščih, iz vsebine katerega je razvidna raznolikost pravic in pravnih razmerij, ki spadajo v okvir socialnih sporov. Za pričujoči prispevek je v tem okviru že v uvodu treba poudariti, da so med socialne spore uvrščeni tudi spori glede povrnitve škode, ki jo državni organ oziroma nosilec javnih pooblastil povzroči zavarovancu oziroma upravičencu do socialnega varstva.²

Z zadnjo novelo Zakona o pravnem postopku, novelo ZPP-E,³ kot eno izmed pomembnejših zakonodajnih sprememb v zadnjem času, je bilo bistveno poseženo na področje ureditve socialnih sporov z vidika uveljavljanja revizije, ki je po novi ureditvi urejena na način, da je edina oblika tega izrednega pravnega sredstva dopuščena revizija. V primerjavi z dosedanjo ureditvijo izrecne dovoljenosti revizijskega odločanja v socialnih sporih na podlagi določbe 4. odstavka 31. člena ZDSS-1,⁴ se tako zastavlja naslovno vprašanje tega prispevka. Z drugimi besedami, ali so značilnosti in vsebina socialnih sporov, ki se nanašajo na ranljive skupine državljanov (npr. zaradi starosti, šibkega materialnega položaja, zdravstvenih težav, duševne in/ali telesne prizadetosti), lahko pravno vprašanje, ki je pomembno za zagotovitev pravne varnosti, enotne uporabe prava ali razvoj prava prek sodne prakse. Za odgovor na navedeno vprašanje v tem prispevku najprej navajam že sprejete odgovore na posamezna pravna vprašanja s področja

1 2. odst. 50. čl. Ustave Republike Slovenije.

2 2. alineja drugega odstavka 7. člena Zakona o delovnih in socialnih sodiščih (Ur. l. RS, št. 10/2004, s spremembami)

3 Uradni list RS, št. 10/2017, v veljavi od 14. 3. 2017, v uporabi od 14. 9. 2017.

4 Na podlagi 4. odstavka 31. člena ZDSS-1; razen v sporih o pravici do dodatka za pomoč in postrežbo, o pravici do invalidnine za telesno okvaro in o pravici do zdraviliškega zdravljenja.

socialnih sporov iz izbrane sodne prakse, kot jih je oblikovalo Ustavno sodišče RS, vključno s pomembnimi sodnimi odločitvami Vrhovnega sodišča RS, v nadaljevanju pa prikažem način varovanja oziroma zagotavljanja socialnih pravic posameznika v okviru sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP), v sklepu pa navajam še pomembna odprta pravna vprašanja iz aktualne sodne prakse socialnega sodišča.

2. RELEVANTNA MATERIALNOPРАВNA PODLAGA ZA UVELJAVLJANJE SOCIALNIH TRANSFERJEV IN NJENA IZPOLNITEV NA PODLAGI SODNE PRAKSE

Področje socialnega varstva oziroma pravic iz socialnega zavarovanja je zelo široko. V okviru tega prispevka obravnavam pravna vprašanja s področja črpanja socialnih transferjev in v tem kontekstu bistveni pogoj, tj. presojo premoženjskega stanja posameznika, kakor tudi vprašanja, ki niso v povezavi s premoženjskim stanjem in se nanašajo na vprašanja uveljavljanja socialnih pravic s strani posameznikov (oz. njihovih zakonitih zastopnikov) v primeru posebnih zdravstvenih stanj, torej najbolj ranljive skupine državljanov.

2.1 Zakon o uveljavljanju pravic iz javnih sredstev

Zakon o uveljavljanju pravic iz javnih sredstev (v nadaljevanju: ZUPJS)⁵ je krovni zakon na področju črpanja socialnih transferjev, ki je bil sprejet z namenom oblikovanja pravičnejše in dolgoročno bolj vzdržne socialne države. Cilj zakonodajalca je bil, da preglednejša in enostavnejša ureditev sistema socialnih transferjev omogoči, da državno pomoč dejansko dobi tisti, ki jo resnično potrebuje, ter da se preprečita izkoriščanje in zloraba sistema. Zavzeta rešitev je tako pomenila poenostavitev sistema socialnih transferjev glede na materialni položaj družine, njegovo večjo preglednost in večjo učinkovitost ter manjšo možnost zlorab.⁶ Ne glede na strukturirani pristop k obravnavani tematiki pa je bil navedeni zakon od začetka uporabe⁷ do danes spremenjen že sedemkrat,⁸ kar v vsakdanji praksi povzroča dodatno nepreglednost in večjo možnost zmotne uporabe posameznih določb. Prispevek ne obravnava vsebine posameznih novel ZUPJS, pač pa izrecna načela oziroma pristope k presoji konkretnih vprašanj, kot so se izoblikovala v sodni praksi Ustavnega sodišča RS in Vrhovnega sodišča RS.

5 Uradni list RS, št. 62/2010, 40/2011, 40/2012 - ZUJF, 57/2012 - ZPCP-2D, 3/2013 - ZŠolPre-1, 14/2013, 56/2013 - ZŠtip-1, 99/2013, 14/2015 - ZUUJFO, 57/2015, 69/2015, 90/2015, 38/2016 - odl. US, 51/2016 - odl. US, 88/2016 - ZSVarPre-E, 88/2016.

6 Dostopno na spletni strani: <http://vrs-3.vlada.si/MANDAT08/VLADNAGRADIVA.NSF/18a6b9887c33a0bd12570e50034eb54/1750FB8942F20A1DC12577040029E230?OpenDocument> (26. 10. 2017).

7 1. 1. 2012.

8 Novela ZUPJS-A (Ur. l. RS št. 40/2011), novela ZUPJS-B (Ur. l. RS, št. 14/13), novela ZUPJS-C (Ur. l. RS, št. 99/13), novela ZUPJS.D (Ur. l. RS, št. 57/15), novela ZUPJS-E (Ur. l. RS, št. 90/2015), novela ZUPJS-F (Ur. l. RS, št. 88/16), novela ZUPJS-G (Ur. l. RS, št. 75/17).

2.1.1 Odločba ustavnega sodišča U-I-73/15 z dne 7. 7 2016

Navedena odločba je bila sprejeta v postopku za oceno ustavnosti in zakonitosti v postopku, začetem z zahtevo Varuha človekovih pravic. Ustavno sodišče je v svoji odločitvi zavzelo izrecno stališče:

- a) V zvezi z domnevo obstoja zunajzakonske skupnosti med osebama, ki imata skupnega otroka (peti odstavek 10. člena ZUPJS)

Ustavno sodišče je glede zakonske domneve, da med dvema osebama, ki nista sklenili zakonske zveze, obstaja zunajzakonska skupnost, ne glede na njen čas trajanja, če se jima je rodil skupni otrok ali sta posvojili otroka in ne gre za enostarševsko družino (ter ni razlogov, zaradi katerih bi bila zakonska skupnost neveljavna), ugotovilo, da ni v neskladju z načelom enakosti iz drugega odstavka 14. člena ustave. Presodilo je, da druge osebe (sorodniki, osebe, poročene z drugo osebo, osebe, ki jim je odvzeta poslovna sposobnost, osebe s težjo duševno motnjo), ki lahko živijo v (dejanskih) skupnostih, glede preživljanja v razmerju do partnerja oziroma svojih otrok niso v enakem položaju, kot osebe, ki živijo v zunajzakonski skupnosti, saj pri njih obstajajo okoliščine, ki preprečujejo veljavno sklenitev zakonske zveze in posledično pravno priznanje zunajzakonske skupnosti. Ob ugotovitvi, da gre za dejansko različne položaje, je ustavno sodišče potrdilo, da je različnost njihove ureditve v skladu z ustavo.

- b) Glede upoštevanja dela preživnine pri presoji lastnega dohodka (4. točka prvega odstavka 12. člena ZUPJS)

Navedena zakonska določba določa, da se v dohodek družine, ki se presoja v primeru utemeljenosti črpanja socialnega transferja, všteta tudi del preživnine otroka do višine minimalnega dohodka. Ustavno sodišče je ugotovilo, da gre v tem primeru za tisti del preživnine, ki je namenjen pokrivanju stroškov in potreb družine (stanovanje, ogrevanje, prehrana), ki se lahko zagotavljajo le skupaj, in tako ne posega v pravico otroka do preživnine. Dolžnost preživljanja otrok je v prvi vrsti dolžnost staršev, medtem ko dolžnost države, da pri tem pomaga iz javnih sredstev, nastopi šele, ko starši svoje dolžnosti ne morejo izpolniti, in to kljub temu, da so storili vse, kar je v njihovi moči. Ustavno sodišče je presodilo, da izpodbijana ureditev tudi ni v neskladju s posebnim varstvom otrok in tretjim odstavkom 53. člena in 56. členom ustave.

- c) Glede ureditve upoštevanja fiktivnega dohodka iz opravljanja dejavnosti pri ugotavljanju materialnopravnega položaja posameznika (prvi odstavek 14. člena ZUPJS)

Po prvem odstavku 14. člena ZUPJS je do odločitve v relevantni ustavni odločbi veljala ureditev, da se v primerih, ko je oseba dejavnost šele začela opravljati, ali če je njen mesečni dohodek iz dejavnosti nižji od višine bruto minimalne plače, kot mesečni dohodek iz dejavnosti upošteva dohodek v višini 75 % bruto minimalne plače. Ustavno sodišče je presodilo, da za navedeno ureditev, ko se pri presoji materialnega položaja posameznika upošteva le njegov fiktivni dohodek, in ne njegov dejanski dohodek iz opravljanja dejavnosti, pomeni neskladje z načelom

enakosti iz drugega odstavka 14. člena ustave.⁹ Do odprave neskladja imajo vlagatelji v postopkih uveljavljanja pravic iz javnih sredstev možnost dokazovati, da ne dosegajo višine mesečnega dohodka, določene v prvem odstavku 14. člena ZUPJS.¹⁰

V skladu s 44. členom ZUstS konkretna odločitev velja oziroma učinkuje tudi za vsa razmerja, ki so nastala pred dnem, ko je odločba začela učinkovati, tj. 23. 7. 2016,¹¹ če do tega dne o njih ni bilo pravnomočno odločeno, kar je ob upoštevanju okoliščine, da je bilo neskladje, ki ga je ugotovil zakonodajalec, odpravljeno šele z novelo ZUPJS-G, ki se je začela uporabljati 1. 1. 2018, treba upoštevati tudi v aktualni sodni praksi socialnih sporov, ki se nanašajo na to pravno vprašanje.

d) Glede ugotavljanja primerljive tržne vrednosti deleža gospodarskih družb oziroma višine premoženja vlagatelja, ki je lastnik poslovnega deleža v gospodarski družbi (tretji odstavek 17. člena ZUPJS)

Ustavno sodišče je ugotovilo, da je drugi odstavek 7. člena Pravilnika o načinu ugotavljanja premoženja in njegove vrednosti pri dodeljevanju pravic iz javnih sredstev ter o razlogih za zmanjševanje v postopku dodelitve denarne socialne pomoči¹² (v nadaljevanju: pravilnik) s tem, ko je določil, da se primerljiva vrednost tržnega deleža gospodarskih družb ali zadrug ugotavlja le na podlagi izpisa iz sodnega registra, zožil vsebino tretjega odstavka 17. člena ZUPJS, ki določa, da se vrednost teh deležev ugotavlja na podlagi primerljive tržne vrednosti takega premoženja. Zato je presodilo, da je drugi odstavek 7. člena pravilnika v neskladju z načelom zakonitosti, in izrecno določilo, da do odprave protiustavnosti pristojni upravni organ (centri za socialno delo) ne sme ugotavljati primerljive tržne vrednosti deležev gospodarskih družb ali zadrug le na podlagi izpisa iz sodnega registra.

Iz aktualnih primerov sodne prakse tako izhaja, da mora sodišče za razrešitev dejanskega vprašanja materialnega položaja posameznika in v tem okviru vprašanja primerljive tržne vrednosti gospodarske družbe, s katero posameznik razpolaga na dan vložitve vloge, postaviti izvedenca ekonomske stroke ob upoštevanju, da je osnovni kapital le ena od sestavin kapitala in predstavlja vrednost družbe ob ustanovitvi, se pa tržna vrednost družbe spreminja glede na uspešnost njenega poslovanja.

2.1.2 Odločba VSRS opr. št. VIII Ips 130/2016 z dne 25. 10. 2016

Navedena revizijska odločitev je bila sprejeta v postopku uveljavljanja pravice do otroškega dodatka. Vrhovno sodišče je v okviru vprašanja ugotavljanja materialnega položaja posameznika sprejelo izrecno stališče glede spornega vprašanja upoštevanja periodičnih dohodkov (plača, pokojnina, preživnina renta in drugi dohodki, ki jih oseba prejema v enakih ali podobnih zneskih v enakih ali podobnih časovnih obdobjih) v primeru spremembe periodičnih dohodkov

⁹ Državni zbor mora ugotovljeno neskladje odpraviti v enem letu po objavi te odločbe v uradnem listu.

¹⁰ Opomba avtorice: zakonsko neskladje je bilo odpravljeno z Zakonom in spremembah in dopolnitvah ZUPJS-G, Ur. l. RS, št. 75/2017 z dne 12. 12. 2017.

¹¹ Objava v Ur. l. RS, št. 51/2016 dne 22. 7. 2016.

¹² Ur. l. RS, št. 8/12 in 99/15.

posameznika. Periodični dohodki na podlagi izrecne zakonske določbe so plača, pokojnina, preživnina, renta in drugi dohodki, ki jih oseba prejema v enakih ali podobnih zneskih v enakih ali podobnih časovnih obdobjih.¹³ Na podlagi prvega odstavka 13. člena ZUPJS so določeni primeri ugotavljanja zmanjšanja dohodka posameznika pod zakonsko določenimi pogoji, pri čemer se je Vrhovno sodišče RS z navedeno odločbo izrecno opredelilo, da prenehanje prejemanja periodičnega dohodka (npr. prenehanje prejemanje plače in začetek prejemanja bolniškega nadomestila) pomeni, da oseba ne prejema nobenega novega periodičnega dohodka, ki bi pomenil nadomestitev prejšnjega periodičnega dohodka v enakih ali podobnih zneskih, zato se v tem primeru od ugotovljenega dohodka odšteje izgubljeni periodični dohodek. Nosilno stališče v predmetni zadevi je tako, da je treba drugi odstavek 13. člena ZUPJS¹⁴ razlagati in uporabiti skupaj z 2. točko prvega odstavka 13. člena ZUPJS.¹⁵

Sodišče nadalje ugotavlja, da za različno obravnavo upravičencev pri ugotavljanju materialnega položaja glede na to, ali popolnoma izgubijo periodični dohodek ali pa se ta bistveno zmanjša, ni razumnega razloga, ker se v obeh primerih materialni položaj upravičencev občutno poslabša. Zato bi različna obravnava lahko pomenila kršitev ustavne pravice do enakega obravnavanja iz 14. člena Ustave RS. V skladu z ustaljeno ustavnosodno presojo načelo enakosti pred zakonom zahteva, da je treba bistveno enaka dejanska stanja obravnavati enako.¹⁶

2.1.3 Odločba VSRS opr. št. VIII Ips 152/2016 z dne 11. 10. 2016

Sodišče je z navedeno revizijsko odločbo potrdilo stališče, da so v primeru dodelitve denarne socialne pomoči osebi s statusom samske osebe, ki živi skupaj z osebami, ki niso družinski člani po tem zakonu (11. odstavek 10. člena ZUPJS), izpolnjeni pogoji za znižanje zneska denarne socialne pomoči na podlagi 3. točke prvega odstavka 31. člena ZUPJS v zvezi s tretjim odstavkom 12. člena pravilnika. Na podlagi 3. točke prvega odstavka 31. člena ZUPJS lahko namreč center za socialno delo odloči, da se denarna socialna pomoč ne dodeli, ali se dodeli v nižjem znesku samski osebi ali družini, za katero je mogoče sklepati, da ji je dohodek v višini minimalnega dohodka v celoti ali delno zagotovljen, ker živi z osebami oziroma ji pri preživljanju pomagajo osebe, ki niso družinski člani po tem zakonu, ali je njeno preživetje zagotovljeno na drug način. Sodišče je z navedeno revizijsko odločitvijo sklenilo, da okoliščina bivanja upravičenca do denarne socialne pomoči na skupnem naslovu z materjo utemeljuje znižanje zneska dodeljene denarne socialne pomoči za 15 %¹⁷ zaradi zagotovljenega bivanja. Hkrati vrhovno sodišče poudarja, da je bil navedeni zaključek v predhodnem upravnem postopku sprejet v okviru diskrecijske pravice, ki jo upravni organ ima na podlagi zakonskega besedila določbe in v skladu z njenim namenom.

13 Drugi odstavek 13. člena ZUPJS.

14 Periodični dohodki iz 2. točke prejšnjega odstavka so plače, pokojnine, preživnine, rente in drugi dohodki, ki jih oseba prejema v enakih ali podobnih zneskih v enakih ali podobnih časovnih obdobjih.

15 Pri ugotavljanju upravičenosti do posamezne pravice iz javnih sredstev se dohodek zmanjša za: (...) 2. periodične dohodke, ki jih je oseba nehala prejemati, in ni začela prejemati drugih periodičnih dohodkov.

16 Prav tam, 14. točka sodbe.

17 Na podlagi tretjega odstavka 2. člena pravilnika se šteje, da je upravičencu zagotovljena osnovna oskrba v mesečni vrednosti 15 % minimalnega dohodka, ki bi mu pripadal, če ne bi imel drugih dohodkov, kadar mu je zagotovljeno bivanje.

Navedena sodna odločba vsebuje tudi pomembno stališče z vidika pristojnosti socialnih sodišč v primeru odprave izpodbijanih upravnih aktov zaradi ugotovitve, da so bile v predhodnem upravnem postopku prekoračene meje prostega preudarka ali ker je bil prosti preudarek uporabljen na način, ki ne ustreza namenu, za katerega je bilo pooblastilo dano. Vrhovno sodišče je tako zavzelo izrecno stališče, da imajo sodišča v socialnih sporih na podlagi ustavnega načela delitve oblasti omejene pristojnosti, ko presojuje zakonitost odločitev toženih strank, ki so pri svojem odločanju uporabile zakonsko podeljen prosti preudarek. Procesni zakon tako v takih sporih ne predvideva kot primarne rešitve spora polne jurisdikcije, tj. vsebinske odločitve o sporni pravici. Ravnanje sodišča mora biti zadržano, saj je preverjanje zakonitosti upravnega akta, izdanega na podlagi diskrecije, osredotočeno predvsem na preizkus meja in namena prostega preudarka.¹⁸

2.1.4 Odločba VSRS opr. št. III Ips 216/2016 z dne 24. 1. 2017

Z navedeno revizijsko odločitvijo je Vrhovno sodišče RS sprejelo pomembno stališče glede upoštevanja odškodnine Evropskega sodišča za človekove pravice, ki jo je posameznik prejel za nepremoženjsko škodo v sporu zoper Republiko Slovenijo, pri presoji materialnega položaja za nadaljnje prejemanje javnih sredstev.

S predhodno pravnomočno sodno odločitvijo¹⁹ je Višje delovno in socialno sodišče glede ključnega pravnega vprašanja, ali se odškodnina na podlagi sodbe ESČP upošteva kot ustrezen dohodek oziroma denar iz tega naslova kot premoženje pri ugotavljanju upravičenosti do denarne socialne pomoči in varstvenega dodatka, zavzelo pravno naziranje, da odškodnine Evropskega sodišča za človekove pravice, ki jo je tožnica prejela za nepremoženjsko škodo v sporu zoper Republiko Slovenijo, ni mogoče šteti za tožničin dohodek, torej da si sama s to odškodnino zagotavlja preživetje. Pritožbeno sodišče je sklenilo, da gre za pravično zadoščenje, kot je opredeljeno v 41. členu Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic (v nadaljevanju: EKČP). Hkrati je bilo v navedeni pravnomočni sodni odločbi poudarjeno, da ni razumne podlage, da bi bile pri uveljavljanju pravic iz javnih sredstev različno obravnavane osebe, ki jim je bila na podlagi sodbe ESČP oziroma v zvezi s sodbo ESČP priznana odškodnina.

Z revizijsko določitevijo pa je bila dejansko potrjena odločitev prvostopnega sodišča v konkretnem socialnem sporu, da zakonodajalec odškodnine na podlagi sodbe ESČP ni izključil iz upoštevanega premoženja pri dodelitvi denarne socialne pomoči, zato se mora upoštevati pri ugotavljanju višine cenzusa. Revizijsko sodišče se je v navedeni sodni odločbi tudi izrecno opredelilo, da je sodišče druge stopnje zmotno utemeljilo svojo odločitev s sklicevanjem na določbe EKČP in Zakon o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva (v nadaljevanju: ZPŠOIRSP)²⁰, s poudarkom, da 18. člen ZPŠOIRSP resda izključuje upoštevanje odškodnine, izplačane po tem zakonu, v dohodek, ki se upošteva pri uveljavljanju pravic iz javnih sredstev, vendar gre v tem primeru za posebno ureditev, za katero se je zakonodajalec odločil pri odpravljanju širšega neustavnega stanja pri številnih

18 10. točka obrazložitve sodbe.

19 Opr. št. Psp 16/2016 z dne 16. 6. 2016.

20 Ur. l. št. 99/2013.

»izbrisanih«. Ta odškodnina namreč ureja pravico do povračila premoženjske škode zaradi izbrisa in tudi nepremoženjsko zadoščenje. Za vsakdanjo prakso v primeru uveljavljanja pravic iz javnih sredstev je tako pomemben sklep, da se vse odškodnine, ne glede na izplačevalca ali podlago zanjo, na splošno upoštevajo kot ustrezen dohodek oziroma premoženje po določbah ZUPJS in Zakonu o socialno varstvenih prejemkih (v nadaljevanju: ZSVarPre).²¹

3. POJEM IN PRAVNA NARAVA SOCIALNE PRAVICE V OKVIRU SODNE PRAKSE ESČP

S ciljem večplastnosti predstavitve pomena pojma »socialna pravica« in njenega uveljavljanja v socialnih sporih v okviru domačega prava, v nadaljevanju obravnavam njeno narava in vpliv na podlagi meril, ki jih določa EKČP in jih je s svojo sodno prakso določilo ESČP.

V zadnji izmed predhodno predstavljenih revizijskih odločb je Vrhovno sodišče RS poudarilo, da ima zakonodajalec pri odločanju (ne)upoštevnosti dohodkov in premoženja za obdavčitev oziroma pridobitev pravic socialnega varstva široko polje prostega pravnega urejanja.²² Z drugimi besedami, zakonodajna veja oblasti ima zaradi svojega neposrednega poznavanja družbe in njenih potreb v okviru pravic socialnega varstva široko polje presoje. Hkrati pa je pomembno poudariti, da je Evropsko sodišče za človekove pravice v sodni praksi že zavzelo stališče, da je treba v primeru, ko posamezna država pogodbenica določi izplačevanje socialnih prejemkov oziroma pogoje za uveljavljanje teh prejemkov, tovrstno zakonodajo presojeti tako, kakor da ustvarja premoženjski interes, ki spada v okvir 1. člena protokola št. 1 h konvenciji.²³ Na tem mestu je treba tudi poudariti, da je bilo navedeno stališče zavzeto tudi v nedavnem primeru odločitve pred Evropskim sodiščem za človekove pravice v zvezi s socialno pravico posameznika, tj. v zadevi *Krajnc proti Sloveniji*.²⁴ V navedenem primeru je bilo tako ugotovljeno, da je bilo s spremembo relevantne zakonodaje (ZPIZ) poseženo v tožnikovo mirno uživanje pravice do premoženja, da je bil poseg zakonit in v skladu z namenom (spodbuda osebam z zmanjšano delovno zmožnostjo po ponovni zaposlitvi na primernem delovnem mestu, ki ustreza njihovi preostali delovni zmožnosti), vendar pa je bil poseg za tožnika prekomerno breme, s čimer ni bilo zadoščeno testu sorazmernosti ukrepa.²⁵ Tožniku kot delovnemu invalidu III. kategorije je bila na podlagi določb ZPIZ priznana pravica do razporeditve na drugo ustrezno delovno mesto in mu je bila priznana pravica do nadomestila plače za čas čakanja na zaposlitev na drugem ustreznem delovnem mestu. Zaradi poslabšanja že ugotovljene invalidnosti, ki ga ni mogel predvideti in je zahtevalo

21 Ur.l. RS, št. 61/2010, s spremembami.

22 11. odstavek sodbe VS RS opr. št. VIII Ips 216/2016 z dne 24. 1. 2017.

23 Pritožba št. 65731/01 in 65900/01, Stec in drugi proti Združenemu kraljestvu, § 54, sodba z dne 12. aprila 2006; pritožba št. 53080/13, Béláné Nagy proti Madžarski, pritožba št. 53080/13, § 82, sodba Velikega senata z dne 13. 12. 2016, pritožba št. 38775/14, Krajnc proti Sloveniji, sodba z dne 13. 10. 2017, § 40).

24 Pritožba št. 38775/14, sodba z dne 13. 10. 2017, § 40; dejanski stan: tožniku kot delovnemu invalidu III. kategorije je bila na podlagi določb ZPIZ priznana pravica do razporeditve na drugo ustrezno delovno mesto in priznana pravica do nadomestila plače za čas čakanja na zaposlitev na drugem ustreznem delovnem mestu, zaradi spremembe v invalidnosti pa mu je bila na podlagi ZPIZ-1, ki je veljal ob nastanku spremembe, priznana nova pravica, tj. nadomestilo za invalidnost, v skoraj polovico nižjem znesku.

25 Prav tam, § 45 in § 46.

ponovno novo oceno njegove invalidnosti, na podlagi določb novega zakona (ZPIZ-1), ki je veljal ob nastanku spremembe, pa mu je bila priznana nova pravica, tj. nadomestilo za invalidnost, v skoraj polovico nižjem znesku. Sodišče je tako sklenilo, da je moral tožnik le zaradi spremembe zakonodaje nositi nesorazmerno breme z izgubo pomembnega dela prejema zaradi njegove invalidnosti.²⁶

Varstvo socialne pravice posameznika s področja pokojninskega in invalidskega zavarovanja v postopkih pred slovenskimi sodišči je ESČP presojalo tudi v zadevi *Korošec proti Sloveniji*²⁷. V navedenem primeru je sodišče ugotovilo, da pritožniku v sodnem postopku, v katerem je uveljavljal pravico do višjega dodatka za pomoč in postrežbo, v primerjavi z odločitvijo upravnih organov v predhodnem upravnem postopku ni bila omogočena pravica do poštenega sojenja na podlagi 6. člena konvencije, saj ni imel možnosti izpodbijati ugotovitve invalidskih komisij, ki sta bili odločilni dokaz, na katerega so se sodišča oprla pri svojem odločanju. Položaj pritožnika v primerjavi s položajem nasprotne stranke (državno vodenega zavoda za socialno zavarovanje) je bil tako neenak in s tem je bilo pritožniku kršeno načelo enakosti orožij v postopku.²⁸

3.1 Socialna pravica v smislu varstva pravice do premoženja (lastnine)

ESČP je v enem izmed nedavnih pomembnejših primerov s področja socialnih pravic v zadevi *Bélané Nagy proti Madžarski*²⁹, v katerem je odločitev sprejel Veliki senat (*Grand Chamber*) v sestavi 17 sodnikov, izrecno izpostavilo, da 1. člen 1. protokola državam pogodbenicam ne nalaga omejitev pri svobodi odločitve, ali in na kakšen način urediti sistem varstva socialnih pravic kakor tudi ne pri odločitvi glede vrste in obsega dajatev v okviru sheme, za katero se odloči država. Vendar pa je hkrati poudarilo, da je v primeru, če država sprejme zakonodajo, ki določa pravico iz socialnega skrbstva, ne glede na okoliščino, ali je pogojena s predhodnim plačilom prispevkov ali ne, tovrstno zakonodajo treba obravnavati v smislu premoženjskega interesa, ki spada v okvir 1. člena protokola št. 1 h konvenciji.³⁰

ESČP je v svoji sodni praksi že večkrat navedlo, da 1. člen protokola št. 1 h konvenciji vsebuje tri pravila. Prvo pravilo je splošne narave in izraža načelo mirnega uživanja premoženja.³¹ Drugo pravilo se nanaša na odvzem premoženja in določa pogoje za to, in sicer 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.³² Tretje pravilo pa priznava, da so države med drugim upravičene do nadzora nad uporabo premoženja v skladu s splošnim interesom. Drugo in tretje pravilo se nanašata na določene primere poseganja v pravico do

26 Prav tam, § 50.

27 Pritožba št. 77212/12, sodba z dne 8. oktobra 2015.

28 Prav tam, § 56.

29 Pritožba št. 53080/13, sodba Velikega senata z dne 13. 12. 2016; v zvezi s spremembo domače zakonodaje, ki je naložila dodatna izpolnitvena merila za pridobitev pravice do invalidske upokojitve in črpanje invalidskih nadomestil, §18.

30 Prav tam, § 82.

31 Prvi stavek prvega odstavka: vsaka fizična ali pravna oseba ima pravico do spoštovanja svojega premoženja.

32 Drugi stavek prvega odstavka 1. člena 1. protokola h konvenciji.

mirnega uživanja premoženja in ju je treba razlagati glede na splošno načelo, navedeno v prvem pravilu.³³ Prva in najpomembnejša zahteva 1. člena protokola št. 1 je, da mora biti vsako vmešavanje javnih organov v mirno uživanje premoženja zakonito, pri čemer imajo države z uveljavljanjem zakonov pravico nadzorovati uporabo premoženja. Vladavina prava je eno izmed temeljnih načel demokratične družbe, neločljivo povezana z vsemi členi konvencije.³⁴ Načelo zakonitosti tudi predvideva, da so veljavne določbe domačega prava dovolj dostopne, natančne in da je njihova uporaba predvidljiva. Vsak poseg v mirno uživanje svojega premoženja morajo spremljati postopkovna jamstva, ki zadevnemu posamezniku ali subjektu lahko zagotovijo ustrezno priložnost za predstavitev njegove zadeve odgovornim organom z namenom učinkovitega izpodbijanja ukrepov, ki posegajo v pravice, ki jih zagotavlja ta določba.³⁵

S področja socialnih pravic iz v uvodu predstavljene sodne prakse ESČP (*Bélané Nagy proti Madžarski*) izhaja jasna določitev razmejitve oziroma vpliva 1. člena 1. protokola h konvenciji na način, da ne zagotavlja določene socialne pravice oziroma njene višine, vendar pa okoliščina, ko je višina dajatve znižana oziroma ukinjena, pomeni vmešavanje v posedovanje (*interference with possessions*), ki je potrebno posebne presoje glede utemeljitve oziroma upravičljivosti.³⁶ Če posameznik ne izpolnjuje oziroma preneha izpolnjevati zakonite pogoje, ki jih nacionalna zakonodaja določa za odobritev katerekoli posebne oblike socialnih dajatev, navedeno ne pomeni vmešavanja v pravice, ki jih varuje 1. člen protokola št. 1 h konvenciji. Vendar pa v primeru, če ukinitve ali znižanje prejemanja socialne pravice (pokojnine) ni posledica kakršnihkoli sprememb na strani posameznika (pritožnika), ampak le posledica zakonodajnih sprememb oziroma njihovega izvajanja, to lahko pomeni vmešavanja v pravice, ki spadajo v okvir 1. člena 1. protokola h konvenciji.³⁷

Pri presoji vseh okoliščin zadeve v zvezi s prekomernim vmešavanjem oblasti v mirno uživanje pravice do lastnine, pa je ESČP poudarilo tudi, da je treba upoštevati tudi način poštenega delovanja posameznika (pritožnika) v razmerju do nacionalnih organov v času uveljavljanja socialne pravice.³⁸ Navedeno je smotno upoštevati tudi glede odprtih pravnih vprašanj v ustrezni sodni praksi socialnih sporov, kar bo prikazano v nadaljevanju.

4. DOMAČA UREDITEV SOCIALNIH SPOROV IN POSEBNEGA VARSTVA SLEPIH OTROK

V okvir socialnih sporov spadajo zelo različne pravice, ki se nanašajo na pet glavnih področij, in sicer na področje pokojninskega in invalidskega zavarovanja, zdravstvenega zavarovanja, zavarovanja za primer brezposelnosti in zaposlovanja, starševskega varstva in družinskih prejemkov ter socialnih prejemkov.³⁹ Prav tako je pri socialnih sporih pomembna tudi okoliščina, da se v postopku socialnega

33 Pritožba št. 36480/07, Lekić proti Sloveniji, sodba z dne 14. 2. 2017, §74.

34 Pritožba Bélané Nagy proti Madžarski, § 86.

35 Prav tam, § 87.

36 Prav tam, § 84.

37 Prav tam, § 86.

38 Prav tam, § 125.

39 Prvi odstavek 7. člena ZDSS-1.

spora odloča tudi v tožbenih zahtevkih o povrnitvi škode, ki jo je državni organ oziroma nosilec javnih pooblastil povzročil zavarovancu oziroma upravičencu do socialnega varstva.⁴⁰ S ciljem prikaza dejanskega uveljavljanja socialnih pravic, ki jih je država namenila za varstvo ene izmed najranljivejših skupin prebivalstva, tj. slepih otrok, sta v nadaljevanju predstavljeni pravici do dodatka za pomoč in postrežbo po Zakonu o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (v nadaljevanju: ZPIZ)⁴¹ ter pravica do dodatka za nego po Zakonu o starševskem varstvu in družinskih prejemkih (v nadaljevanju: ZSDP-1),⁴² katerih sam pojem in namen je bil skristaliziran skozi relevantno sodno prakso.

4.1 Dodatek za pomoč in postrežbo po določbah ZPIZ

Dodatek za pomoč in postrežbo je pravica iz obveznega pokojninskega in invalidskega zavarovanja, ki ni odvisna od premoženjskih razmer upravičenca in je mesečni denarni prejemek, s katerim upravičenec poravnava stroške, nastale zaradi trajnih sprememb v zdravstvenem stanju, zaradi katerih ne more zadovoljevati osnovnih življenjskih potreb in zato nujno in stalno potrebuje tujo nego in pomoč. Pravico lahko po določbah ZPIZ-2⁴³ pridobi oseba z zakonsko določenim statusom na podlagi mnenja invalidske komisije ali drugega izvedenca zavoda, da ta oseba za opravljanje osnovnih življenjskih potreb nujno potrebuje stalno pomoč in postrežbo drugega, ali da gre za osebo, ki ji ta pravica po zakonu pripada zaradi določenih zdravstvenih okoliščin. Pravico do dodatka za pomoč in postrežbo imajo tako prejemniki pokojnin (starostne, invalidske, vdovske ali družinske) in nekateri zavarovanci s stalnim prebivališčem v Republiki Sloveniji, ki za osnovne življenjske potrebe nujno potrebujejo stalno pomoč in postrežbo drugega.⁴⁴ Na podlagi določb ZPIZ⁴⁵ imajo to pravico tudi slepe osebe, ki so zdravstveno zavarovane po drugem zavarovancu zavoda ali upokojencu. V to skupino oseb spadajo slepi otroci, ki so zavarovani po svojih starših.

4.2 Dodatek za nego po določbah ZSDP-1

Dodatek za nego otroka je denarni dodatek za otroka, ki potrebuje posebno nego in varstvo in je namenjen kritju povečanih življenjskih stroškov, ki jih ima družina pri preživljanju in negi takega otroka.⁴⁶ Aktivno legitimiran za uveljavljanje pravice je eden izmed staršev slepega otroka,⁴⁷ in sicer pravica pripada s prvim dnem naslednjega meseca po vložitvi vloge.⁴⁸ Na podlagi izrecne zakonske odločbe slepi otroci spadajo v kategorijo otrok, za katere so starši upravičeni do višjega zneska do dodatka za nego, ki v času pisanja tega prispevka znaša 200,00 EUR mesečno.⁴⁹

40 Drugi odstavek 7. člena ZDSS-1.

41 Ur. l. RS, št. 96/12, s spremembami.

42 Ur. l. RS, št. 26/14, s spremembami.

43 Ur. l. RS, št. 96/2012, s spremembami.

44 99. člen ZPIZ-2 in 100. čl. ZPIZ-2.

45 Peti odstavek 138. člena ZPIZ-1 oziroma peti odstavek 100. člena ZPIZ-2.

46 1. odst. 79. čl. ZSDP-1.

47 80. člen ZSDP-1.

48 96. člen ZSDP-1.

49 Tretji odstavek 79. člena ZSDP-1.

4.3 Nejasnost glede hkratnega uveljavljanja pravic in razjasnitev vprašanja na podlagi sodne prakse

V vsakdanji praksi se je na področju uveljavljanja pravic slepih otrok na podlagi zakonsko nejasnih določb z začetkom uporabe določbe petega odstavka 138. člena ZPIZ-1 1. 1. 2003 izoblikovalo pravno vprašanje glede možnosti hkratnega koriščenja pravice do dodatka za nego in pravice za pomoč in postrežbo. Vprašanje glede razlage zakonskih določb je izhajalo iz vsebine posebne določbe ZPIZ, da v primeru, če pridobi upravičenec pravico do dodatka za pomoč in postrežbo po tem zakonu in pravico do tega dodatka po drugih predpisih, lahko uživa le tisto od obeh pravic, ki si jo sam izbere.⁵⁰ Posledično so izvršilna veja oblasti in pristojni upravni organi v ustreznem obdobju sprejeli stališče, da se morajo upravičenci, ki so do tedaj prejeli oba prejemka, tj. dodatek za pomoč in postrežbo in dodatek za nego, odločiti, katero vrsto prejemka bodo uveljavljali v prihodnje, saj do koriščenja obeh hkrati niso upravičeni. Upravičenci so se odločili za nadaljnje prejemanje dodatka za pomoč in postrežbo, saj je bil ta višji, na podlagi česar so bili v upravnih postopkih pri pristojnih CSD izdane ukinitvene odločbe v zvezi z uveljavljanjem pravice do dodatka za nego. V določenih primerih je ukinitvena upravna odločba vsebovala tudi zahtevek za vračilo neupravičeno prejetih zneskov iz tega naslova. Šele s sprejetjem odločbe Višjega in delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. Psp 92/2012 z dne 22. 3. 2012 je bilo razjasnjeno sporno pravno vprašanje glede možnosti hkratnega uveljavljanja pravice do dodatka za nego in pravice za pomoč in postrežbo. Sodišče je z navedeno sodno odločitvijo izrecno opredelilo pojem pravice do dodatka za pomoč in postrežbo kot osebne pravice slepe osebe, ki je zdravstveno zavarovana po drugem zavarovancu. Ker gre za osebno pravico posameznika, ne pomeni prejemka, ki bi bil namenjen kritju povečanih družinskih stroškov, kot to pomeni pravica do dodatka za nego, ki je pravica enega izmed staršev ali druge osebe, ki skrbi za nego otroka.⁵¹ S pravnomočno sodno odločbo je bilo tako izrecno sprejeto stališče, da dodatek za nego otroka, ki potrebuje posebno nego in varstvo in se prizna staršem takega otroka, ne izključuje priznanja pravice do dodatka za pomoč in postrežbo takemu otroku po drugih predpisih. Bistveni sta torej dve razlikovanji, in sicer glede namena posameznega dodatka (pravice) in glede nosilcev pravic (slepi otrok oziroma njegovi starši).

4.4 Uveljavljanje tožbenih zahtevkov »oškodovanih« staršev proti državi

Kljub temu, da je bilo s pravnomočno sodno odločbo opr. št. Psp 92/2012 z dne 22. 3. 2012 izrecno sprejeto stališče glede možnosti oziroma zakonske dopustnosti hkratnega uveljavljanja pravice do dodatka za pomoč in postrežbo po določbah ZPIZ in pravice do dodatka za nego po določbah ZSDP, pristojni upravni organi v tej zvezi niso delovali usklajeno oziroma proaktivno vse do leta 2015. Pristojno Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti je glede reševanja tega pravnega vprašanja s področja varstva slepih otrok v prvi polovici leta 2015 pristojnemu prvostopnemu organu odločanja poslalo nedosledna navodila, saj je

⁵⁰ 142. člen ZPIZ-1 (oziroma 104. člen ZPIZ-2).

⁵¹ 6. točka obrazložitve sodbe.

prvo navodilo v februarju 2015⁵² navajalo zavzeto stališče iz v uvodu navedene sodne prakse. Pozneje pa je isto ministrstvo v juniju 2015⁵³ vsem centrom za socialno delo v državi poslalo diametralno nasprotno pojasnilo oziroma navodilo, opirajoč se na stališče, da je določba 104. člena ZPIZ-2 po vsebini enaka določbi 142. člena ZPIZ-1, po kateri lahko upravičenec, tj. otrok, uživa le eno pravico, ki si jo sam izbere. Še v istem mesecu, in sicer 16. 6. 2015, pa je bilo v zvezi z istim pravnim vprašanjem vsem centrom za socialno delo (ter Zavodu za pokojninsko in invalidsko zavarovanje) poslano navodilo⁵⁴, ki je predstavljalo dejanski učinek pravnomočne sodne odločbe opr. št. Psp 92/2012 z dne 22. 3. 2012 v praksi, in sicer jasno stališče glede možnosti hkratnega uveljavljanja pravice do dodatka za pomoč in postrežbo kakor tudi pravice do dodatka za nego, saj ne gre za iste nosilce pravic, prav tako pa je različen tudi njihov namen. V istem navodilu je pristojno ministrstvo podalo tudi izrecni napotek, da imajo starši slepih otrok možnost ponovno uveljavljati pravico do dodatka za nego z vložitvijo nove vloge, ki se bo obravnavala po ustreznih določbah ZSDP-1, kar dejansko pomeni upravičenje do dodatka za nego od prvega dne v naslednjem mesecu po vložitvi vloge s strani upravičenca (starša slepega otroka).

Starši slepih otrok so nato množično vložili ustrezne vloge na pristojne centre za socialno delo, ki so tudi izdajali ugodilne upravne odločbe, vendar glede na veljavno materialno podlago izključno z začetkom od prvega dne v naslednjem mesecu po vložitvi vloge, saj za priznanje pravice do dodatka za nego za nazaj kljub nespornemu dejstvu, da je njihov otrok vseskozi izpolnjeval zakonske pogoje za dodelitev pravice, ni ustreznega pravnega temelja. Razlog za predhodno neupoštevanje pravice do dodatka za nego so bile v določenih primerih predhodne ukinitvene odločbe, ki so jih izdali centri za socialno (glede na sprejeto stališče ministrstva v letu 2003 o nemožnosti hkratnega uveljavljanja obeh pravic), v določenih primerih pa tudi okoliščine, da starši otrok, ki so že prejeli dodatek za pomoč in postrežbo, vloge za uveljavljanje pravice do dodatka za nego niso vložili, ker so jim upravni organi pojasnili, da ne morejo hkrati prejemati obeh pravic.

Po izdanih sicer ugodilnih odločbah v novih upravnih postopkih v letu 2015 so se ogorčeni starši za vso obdobje neprejetanja pravice do dodatka za nego prek svoje pooblaščenke skušali dogovoriti o možnem mirnem načinu rešitve zadeve s pristojnimi službami ministrstva, vendar so bila njihova pogajanja neuspešna, kar je nazadnje povzročilo uporabo skrajnih sredstev, tj. vložitev tožb na pristojna sodišča.

4.4.1 Odškodninski tožbeni zahtevki

V največ primerih⁵⁵ so se starši odločili za uveljavljanje odškodninskega zahtevka za premoženjsko škodo proti državi na podlagi 26. člena Ustave Republike Slovenije na podlagi pravnega naziranja, da je bila predhodna ukinitve njihovega prejemanja dodatka za nego nezakonita in protipravna, kot je bilo potrjeno s sodno odločitvijo v zadevi opr. št. Psp 92/2012.

52 Uradni dopis št. 1211-37/2015/2 z dne 6. 2. 2015.

53 Uradni dopis št. 0075-5/2015/3 z dne 8. 6. 2015.

54 Uradni dopis št. 0075-5/2015/4 z dne 16. 6. 2015.

55 V času pisanja prispevka je tovrstnih vloženi tožb na Delovnem in socialnem sodišču v Ljubljani 22.

Tožbe s trditveno podlago in oblikovanimi tožbenimi zahtevki, da mora Republika Slovenija kot tožena stranka tožeči stranki povrniti premoženjsko škodo v višini vseh mesečnih zneskov dodatka za nego, pri čemer so mesečni znesek opredelili v višini, kot jim pripada v času vložitve tožbe, tj. 200,00 EUR mesečno, so bile vložene na sodišča splošne pristojnosti. V eni izmed zadev je Okrajno sodišče v Celju sprožilo spor o stvarni pristojnosti, o katerem je bilo odločeno s sklepom Vrhovnega sodišča RS,⁵⁶ in sicer, da je ob upoštevanju okoliščine, da je predmet spora odškodnina za škodo, ki naj bi tožnici nastala zaradi protipravne ukinitve dodatka za nego mladoletnega otroka, za odločanje o zadevi pristojno Delovno in socialno sodišče v Ljubljani v skladu z določbo drugega odstavka 7. člena ZDSS-1. Pristojno sodišče prve stopnje je doslej⁵⁷ o odškodninskih zahtevkih aktivnih udeležencev izdalo štiri sodne odločbe, pri čemer so bili v vseh zadevah tožbeni zahtevki tožnikov v celoti zavrnjeni kot neutemeljeni. Bistveni argument za neobstoj odškodninske odgovornosti na strani Republike Slovenije kot tožene stranke v postopkih je, da le zmotna razlaga ustrezne materialne podlage, kot je bila pozneje sprejeta s sodno odločbo, na katero stranke opirajo svoj zahtevek, ne predstavlja elementa protipravnega ravnanja tožene stranke oziroma njenih organov zaradi namerne oziroma zavestno napačne materialnopravne razlage zakona, kot je ta standard oblikovan v ustrezni sodni praksi. Ker morajo biti za obstoj odškodninske odgovornosti kumulativno izpolnjeni vsi štirje elementi civilnega delikta, tj. protipravnost ravnanja, pravno priznana škoda, vzročna zveza in krivda povzročitelja, tožniki na prvi stopnji sojenja s svojimi tožbenimi zahtevki niso uspeli.

V fazi pritožbenega odločanja zoper tri⁵⁸ izmed zgoraj omenjenih sprejetih prvostopnih sodnih odločb je pritožbeno sodišče v vseh primerih ugodilo pritožbi tožeče stranke in zadevo zaradi zmotne uporabe materialnega prava in nepopolno ugotovljenega dejanskega stana vrnilo v ponovno sojenje.⁵⁹ Velja poudariti, da je pritožbeno sodišče v vseh navedenih odločitvah pritrdilo, da toženim strankam ni mogoče očitati protipravnega ravnanja v zvezi z izdajo ukinitvenih odločb, saj relevantne zakonske določbe niso bile jasne in odločitev toženke v tistem obdobju ni odstopala od uveljavljene sodne prakse, da pa se odpira vprašanje protipravnosti ravnanja toženih strank v času po prejemu sodbe opr. št. Psp 92/2012 z dne 22. 3. 2012.⁶⁰

Bistveno odprto vprašanje v zvezi z ugotavljanjem obstoja elementa protipravnosti na strani tožene stranke, kot ga je izpostavilo pritožbeno sodišče v vsaki izmed pritožbenih odločitev, je, zakaj je šele v letu 2015, tj. več kot tri leta po sprejemu

56 Sklep VS RS opr. št. VIII R 19/2016 z dne 10. 11. 2016.

57 Opomba avtorja: do dne 20. 4. 2018.

58 V zvezi s sodbo Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr.št. VI Ps 2055/2016 z dne 7. 3. 2018 v času pisanja prispevka še ni odločitve pritožbenega sodišča.

59 Sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani opr. št. Psp 289/2017 z dne 12. 10. 2017 v zvezi s sodbo Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. VI Ps 716/2016 z dne 22. 5. 2017, sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani opr. št. Psp 290/2017 z dne 19. 10. 2017 v zvezi s sodbo Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. VI Ps 756/2016 z dne 5. 6. 2017, sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani opr. št. Psp 404/2017 z dne 18. 1. 2018 v zvezi s sodbo Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Ps 615/2016 z dne 17. 8. 2017.

60 13. točka obrazložitve sklepa VDSS z dne 12. 10.2017, 15. točka obrazložitve sklepa z dne 19. 10. 2017, 14. točka obrazložitve sklepa z dne 18. 1. 2018.

pravnomočne sodne odločbe, prišlo do očitne spremembe pravne prakse v zvezi s priznavanjem pravice do dodatka za nego slepega otroka, hkrati z vprašanjem, zakaj za obdobje vnaprej in ne tudi za nazaj. V skladu s sprejetim pritožbenim sklepom je bil tudi v ponovnem odločanju v postopku na prvi stopnji sojenja v prvem izmed primerov⁶¹ tožbeni zahtevek tožeče stranke ponovno v celoti zavrnjen, opirajoč se na stališče, da na strani toženih strank ni obstoja elementa protipravnosti, saj posledic svoje neaktivnosti tožeča stranka ne more prenesti ne na prvotoženo stranko (RS) ne na drugotoženo stranko (pristojni CSD). Kot sklense sodišče, bi bilo brez vložitve vloge tožeče stranke, ki je v skladu z ustrezno materialno podlago⁶² nujno potrebna za uveljavljanje konkretne pravice, aktivno postopanje tako prvotožene kot tudi drugotožene stranke nedopustno. Sodišče svojo odločitev opira na stališče, da ne ZSDP-1 niti določbe ZUP ne vsebujejo ustrezne podlage, da bi morali toženi stranki po prejemu sodbe v zadevi opr. št. Psp 92/2012 pozvati tožnico, da vložijo vlogo.⁶³ Za sodno odločitev v ponovnem postopku je pomembna tudi okoliščina, da odločitev v zadevi opr. št. Psp 92/2012 ni predstavljala spremembe sodne prakse, ampak je šlo le za odločitev v konkretnem primeru.⁶⁴

V tej fazi je še vedno prezgodaj prejudicirati končni izid omenjenih sodnih sporov, vendar je hkrati treba poudariti, da je glede na nesporni del dejanskega stana, da tožniki zoper upravne odločbe o ukinitvi prejetanja dodatka za nego niso uveljavljali razpoložljivih pravnih sredstev, na podlagi relevantne sodne prakse sprejeto stališče, da je med nastalo škodo in ugotovljenim protipravnim ravnanjem pretrgana vzročna zveza. Tudi v primeru, če bi štel delovanje državnih organov za nezakonito, tako stranka ne more uspešno terjati zadoščenja v obliki denarne odškodnine, če je zanemarila v postopku zakonsko predvidena sredstva, namenjena prav preprečitvi nastanka za stranko neugodnih posledic morebitnih procesnih kršitev in varovanju njenih materialnopravnih pravic.⁶⁵

4.4.2 Tožbeni zahtevek za uveljavitev pravice do dodatka za nego za nazaj

Iz aktualne sodne prakse iz okoliščine dejanskega stana neprejetanja dodatka za nego v določenem obdobju kljub izpolnjevanju zakonskih pogojev za to izhajajo tudi tožbeni zahtevki, s katerimi tožniki izpodbijajo izdano ugodilno odločbo v novem upravnem postopku in tožijo za uveljavitev pravice do dodatka za nego za nazaj, torej tudi za ves čas pred vložitvijo vloge na pristojni CSD do dejanskega začetka prejetanja dodatka. Tudi v tovrstnih primerih tožbeni zahtevek tožnikov ni bil sprejet kot utemeljen, in sicer z argumentacijo oziroma sklicevanjem sodišča na ZSDP-1 kot ustrezno materialnopravno podlago, ki pravico posameznemu staršu podeljuje izrecno do prvega dne v naslednjem mesecu po vložitvi vloge. Pravne podlage za sprejem drugačnega stališča ni, pri čemer iz obrazložitve konkretne prvostopne sodne odločbe,⁶⁶ ki je bila potrjena z odločitvijo pritožbenega sodišča,

61 Sodba Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. VI Ps 1892/2017 z dne 15. 1. 2018, v zvezi s sklepom VDSS opr. št. Psp 289/2017 z dne 12. 10. 2017.

62 96. člen ZSDP-1.

63 13. točka obrazložitve sodbe opr. št. VI Ps 1892/2017 z dne 15. 1. 2018.

64 Prav tam, 14. točka obrazložitve.

65 Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 1830/2013 z dne 22. 1. 2014.

66 Sodba Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani opr. št. V Ps 1705/2015 z dne 2. 2. 2017 v zvezi s sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani opr. št. Psp 148/2017 z dne 22. 6. 2017.

tudi izrecno izhaja, da zgolj izpolnjevanje zakonskih pogojev za prejemanje pravice do dodatka za nego samo po sebi ne pomeni pridobitve te pravice, saj je pogoj zanjo predhodno vložena zahteva oziroma vloga za pridobitev. Ker je tožnica vlogo za uveljavljanje pravice do dodatka za nego prvič vložila prav v zvezi z odločbo, s katero ji je bila nato dodeljena pravica v skladu z zakonskimi določbami za določeno obdobje vnaprej (s prvim dnem naslednjega meseca po vložitvi vloge), je tudi pritožbeno sodišče s svojo odločitvijo potrdilo stališče, da bi morala tožnica za uveljavitev svojih pravic predhodno delovati bolj aktivno, vendar ni. Pritožbeno sodišče je tudi poudarilo, da okoliščina, da so pristojni strokovni delavci v ustreznem času v skladu s sprejetim stališčem glede nemožnosti hkratnega uveljavljanja obeh pravic strankam svetovali, naj se raje odločijo za pravico do dodatka za pomoč in postrežbo, ker je ta višji, nikakor ne pomeni, da stranka ne bi smela oziroma imela možnosti vložiti zahteve pri pristojnem organu v skladu z določbami ZUP.⁶⁷

4.4.3 Tožbeni zahtevki za razglasitev ničnosti ukinitvene odločbe

Tretji izmed doslej vloženi tožbeni zahtevki upravičencev v zvezi s pravico za plačilo dodatka za nego slepega otroka za obdobje, ko ga starši kot upravičenci niso prejeli, pa je oblikovan tako, da tožniki zahtevajo razglasitev ničnosti izdane ukinitvene odločbe centra za socialno delo, na podlagi katere je bilo odločeno, da niso več upravičeni do prejemanja dodatka za nego, ter ugotovitev, da je tožeča stranka upravičena do dodatka za nego za ves vmesni čas, ko ga ni prejela. Tudi tovrstni tožbeni zahtevki je sodišče prve stopnje zavrnilo kot neutemeljen, pri čemer je odločitev potrdilo tudi pritožbeno sodišče s poudarkom na pomembnosti razmejitve med zmotno uporabo materialnega prava in pravnomočno odločitvijo o isti stvari. Ob nespornem dejstvu, da je bila izdaja ukinitvene odločbe posledica zmotne uporabe materialnega prava, je sodišče poudarilo, da bi lahko tožeča stranka to uveljavljala v postopku z rednimi pravnimi sredstvi zoper to odločbo, česar pa ni storila. Glede na načelo, da nepoznavanje prava škoduje (*ignorantia iuris nocet*), je sodišče sklenilo, da je bila na strani upravičencev (tožnikov) obveznost, da zoper odločbo, s katero je bilo oblastno odločeno o njeni zakonski pravici, uveljavlja redno pravno sredstvo, njihove dolžnosti predhodnega aktivnega udejstvovanja pa ne omili sklicevanje tožnikov, da so zaupali organom, ki so odločali.⁶⁸

5. SKLEP

Predstavljeni primeri domače sodne prakse v socialnih sporih, skupaj s pomenom varstva socialnih pravic, kot jo ustvarja sodna praksa ESČP, prikazujejo pomen socialne pravice in njenega varstva prek sodne veje oblasti. Glede na zadnje obravnavano aktualno pravno vprašanje v zvezi z uveljavljanjem zahtevkov za povračilo vseh neizplačanih zneskov dodatka za nego (slepega) otroka je treba poudariti, da so se upravičenci za način sodnega uveljavljanja svojih pravic odločili

67 9. točka obrazložitve sodbe Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. Psp 148/2017 z dne 22. 6. 2017.

68 Sodba Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. V Ps 925/2016 z dne 7. 9. 2017, v zvezi s sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. Psp 459/2017 z dne 15. 2. 2018.

kot za skrajno sredstvo, ki jim je na voljo. Sicer je še prekmalu ugotavljati, ali bo ta skrajni ukrep učinkovit, vendar pa je glede na prikazane okoliščine zadev dokaj verjeten sklep, da z vidika zatrjevane odškodninske odgovornosti države v postopkih ne bodo uspešni, saj v zadevah ni šlo za arbitrarno in namensko zmotno oziroma napačno razlago relevantnih zakonskih določb. Hkrati pa je treba upoštevati tudi okoliščino, da so slepi otroci skupina otrok s posebnimi potrebami in torej skupaj z njihovimi starši posebej ranljiva skupina posameznikov, ki sta jim že na podlagi Ustave RS zagotovljena posebno varstvo in skrb države. Glede na to se tako pridružujem že zavzetemu stališču v eni izmed prvostopnih sodnih odločb Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, ki jo je že potrdilo pritožbeno sodišče,⁶⁹ da bi bilo v konkretnih primerih smotno, da bi zakonodajalec sprejel poseben zakon. S tem bi se namreč glede na ustavno načelo enakosti pred zakonom izenačil položaj tako aktivnih upravičencev do pravice do dodatka za nego kakor tudi položaj pasivnih upravičencev, tj. skupine, ki je izpolnjevala zakonske pogoje za pridobitev pravice do dodatka za nego otroka (hkrati z dodatkom za pomoč in postrežbo), pa te niso uveljavljali v upravnih postopkih. Ukrepanje zakonodajalca bi bilo smotno in smiselno tudi z vidika presoje na podlagi meril, ki jih je za varstvo socialnih pravic posameznikov v smislu pravice do mirnega uživanja premoženja izoblikovala sodna praksa ESČP.

Področje socialnih pravic in socialnega varstva je zelo raznoliko in povezano s prepletenimi in občutljivimi dejanskimi okoliščinami, ki jih je v praksi težko oziroma v določenih primerih skoraj nemogoče zajeti v ustrezni abstraktni zakonski stan. Pravna vprašanja, ki se oblikujejo v tovrstnih sporih, so prav z vidika posebne ranljivosti skupin, na katere se nanašajo (invalidi, upokojenci, otroci s posebnimi potrebami ipd.), toliko bolj pomembna tudi z vidika varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Prav v tem pa je tudi stična točka z izrecno določenimi merili, s katerimi je na podlagi določb ZPP dopuščeno revizijsko presojanje. Okoliščina odločitve o pomembnem pravnem vprašanju, ki je pomembno za zagotovitev pravne varnosti, enotne uporabe prava ali za razvoj prava preko sodne prakse, je tudi glede na obravnavane primere neločljivo povezana s področjem socialnih sporov. V nasprotnem primeru bi namreč težko govorili o načelu poštenosti postopka oziroma načelu poštenega sojenja v okviru določbe 6. člena EKČP.

Seveda pa bo končni odgovor na naslovno vprašanje tega prispevka dala sodna praksa. V zvezi s tem ni zanemarljivo, da bo o dopustitvah revizije odločalo samo vrhovno sodišče, ki pa je v dosedanji sodni praksi že v več primerih glede posameznih pravnih vprašanj zavzelo drugačno stališče kot pritožbeno sodišče. S tem pa je že izpolnjen eden od kriterijev, kot ga za dopustitev revizije določa 367. a člen ZPP.

69 10. točka obrazložitve sodbe opr. št. V Ps 1705/2015 z dne 2. 2. 2017 v zvezi s sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča opr. št. Psp 148/2017 z dne 22. 6. 2017.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- Zakonodajni
 - Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljih svoboščin (Ur. l. RS MP, št. 7-41/1994)
 - Zakon o delovnih in socialnih sodiščih (Ur. l. RS, št. 10/2004, s spremembami),
 - Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o pravnem postopku (Ur. l. RS, št. 10/2017),
 - Zakon o uveljavljanju pravic iz javnih sredstev (Ur. l. RS, št. 62/2010, s spremembami),
 - Zakon o socialno varstvenih prejemkih (Ur. l. RS, št. 61/2010, s spremembami),
 - Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (Ur. l. RS, št. 96/2012, s spremembami),
 - Zakon o starševskem varstvu in družinskih prejemkih (Ur. l. RS, št. 26/2014, s spremembami).
- Sodni
 - Pritožba št. 65731/01 in 65900/01, *Stec in drugi proti Združenemu kraljestvu*, sodba ESČP z dne 12. aprila 2006;
 - Pritožba št. 53080/13, *Bélané Nagy proti Madžarski*, sodba Velikega senata ESČP z dne 13. 12. 2016,
 - Pritožba št. 38775/4, *Krajnc proti Sloveniji*, sodba ESČP z dne 13. 10. 2017,
 - Pritožba št. 77212/12, *Korošec proti Sloveniji*, sodba ESČP z dne 8. 10. 2015,
 - Odločba Ustavnega sodišča U-I-73/15 z dne 7. 7. 2016,
 - Odločba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. VIII Ips 130/2016 z dne 25. 10. 2016,
 - Odločba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. VIII Ips 152/2016 z dne 11. 10. 2016,
 - Odločba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. VIII Ips 216/2016 z dne 24. 1. 2017,
 - Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr.št. II Cp 1830/2013 z dne 22. 1. 2014.,
 - Sklep Vrhovnega sodišča opr. št. VIII R 19/2016 z dne 10. 11. 2016,
 - Sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. Psp 92/2012 z dne 22. 3. 2012,
 - Sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča opr. št. Psp 148/2017 z dne 22. 6. 2017 v zvezi s sodbo Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani opr. št. V Ps 1705/2015 z dne 2. 2. 2017,
 - Sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. Psp 289/2017 z dne 12. 10. 2017 v zvezi s sodbo Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. VI Ps 716/2016 z dne 22. 5. 2016, v ponovnem sojenju sodba Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. VI Ps 20153/2016 z dne 7. 3. 2017

- Sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. Psp 290/2017 z dne 19. 10. 2017 v zvezi s sodbo Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. VI Ps 756/2016 z dne 5. 6. 2017,
 - sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani opr. št. Psp 459/2017 z dne 15. 2. 2018 v zvezi s sodbo Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. V Ps 925/2016 z dne 7. 9. 2017,
 - Sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani opr. št. Psp 404/2017 z dne 18. 1. 2018 v zvezi s sodbo Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Ps 615/2016 z dne 17. 8. 2017.
- Spletni
 - <http://vrs-3.vlada.si/MANDAT08/VLADNAGRADIVA.NSF/18a6b9887c33a0bdc12570e50034eb54/1750FB8942F20A1DC12577040029E230?OpenDocument>.

DOLOČENA SPORNA VPRAŠANJA V ZVEZI Z 186.A ČLENOM ZAKONA O PRAVDNEM POSTOPKU (V TEORIJ IN PRAKSI)

Dr. sc. Jakob Nakić
strokovni sodelavec, namestnik Okrožne državne odvetnice na Reki (Republika Hrvatska)

POVZETEK

Avtor v delu obravnava institut zahteve za mirno reševanje spora iz 186.a člena Zakona o pravnem postopku, in sicer tako skozi teorijo kot prakso. Zlasti se je osredotočil na dvome, ki jih je obravnavani institut postavil pred praktike in teoretike. Delo obravnava tudi de lege ferenda avtorja o tem, kako v prihodnje uporabljati oziroma izboljšati institut mirnega reševanja sporov, brez vključenosti sodišča ali z minimalno vključenostjo le-tega.

Ključne besede: *Zakon o pravnem postopku, zahteva za mirno reševanje spora, državno tožilstvo, verodostojna listina, izvršljivost*

1. UVOD

Z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku iz leta 2003¹ (99. člen ZIDZPP/03) je bila v Zakon o pravnem postopku² vključena določba 186.a člena ZPP. Predmetni člen je zagotovo edinstvena posebnost hrvaškega pravnega sistema.³ Razlogi za njegovo sprejetje niso podrobno pojasnjeni.⁴

1 * Avtor v delu podaja svoja stališča, ne predstavlja pa stališč organa, v katerem je zaposlen.

Uradni list RH (v nadaljevanju: NN), št. 117/03, v nadaljevanju: Novela ZPP/03.

2 NN, št. 53/91, 91/92, 112/99, 129/00, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 96/08, 84/08, 123/08, 57/11, 25/13 in 89/14, v nadaljevanju: ZPP. Po dostopnih podatkih je bilo do zdaj podanih samo pet predlogov Ustavnemu sodišču Republike Hrvatske (v nadaljevanju: USUD) za uvedbo postopka ocene ustavnosti 186.a člena ZPP, in sicer U-I-353/04, U-I-490/04, U-I-620/05, U-I-2341/05 in U-I-3491/05. USUD je vse predloge zavrnil s sklepom z dne 7. 7. 2009, ko so začele veljati določbe Zakona o spremembah in dopolnitvah ZPP iz leta 2008 (NN, št. 84/08). Odločba iz arhiva avtorja ni objavljena na spletni strani USUD.

3 Podobno določbo vsebuje 193. člen Zakona o pravnem postopku Republike Srbije (Uradni list RS, št. 72/11, 49/13, 74/13 in 55/14, v nadaljevanju: ZPPRS). Srbske izkušnje pri uporabi 193. člena ZPPRS glej v: Jovičić, Olja, Mirno reševanje spora sa Republikom Srbijom pre podnošenja tužbe u parničnom postupku, Pravni informator, št. 1/13, Beograd, 2013, str. 21, Mandić, Olja, Pravna priroda i dejstvo sporazuma o mirnom rešenju spora iz člana 193. Zakona o parničnom postupku, Bilten Republičkog javnog pravobranilaštva, št. 2/12, Beograd, 2012, str. 91, Prodanović, Jovan, Prethodno podnošenje prijedloga za mirno rešavanje sporova kao procesna pretpostavka dopuštenosti tužbe protiv Republike Srbije, Bilten Republičkog javnog pravobranilaštva, št. 3/11, Beograd, 2011, str. 53–54, Timotijević, Ivan, Neka sporna pitanja u parnicama protiv Republike Srbije radi naknade štete prouzročene diskriminacijom osoba s invaliditetom, Bilten Republičkog javnog pravobranilaštva, št. 1/11, Beograd, 2011, str. 67. Podrobnije o podobnih postopkih v angloameriških pravnih sistemih v: Knol-Radoja, Katarina, Pretpostavke dopuštenosti podnošenja tužbe u odnosu na određene pravne subjekte, doktorski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, 2015, str. 43–49.

4 Zakonodajalec jih je obrazložil tako: „(...) na predlog Državnega tožilstva Republike Hrvatske – obveznost osebe, ki namerava vložiti tožbo zoper Republiko Hrvatsko, da se pred vložitvijo tožbe obrne na pristojno

Že v uvodu je mogoče povedati, da je čas pokazal, da so bile določbe 186.a člena ZPP v besedilo zakona vnesene prehitro in brez ustrezne analize ter potrebne priprave.⁵

V potrditev tej trditvi govori že samo dejstvo, da je bila določba do danes večkrat novelirana, predvsem zaradi odprave resnih dvomov, ki so nastali v praksi. Tako je na primer ob predlogu spremembe leta 2008⁶ zakonodajalec med drugim poudaril potrebo po reševanju pomembnega vprašanja o morebitni uporabi 186.a člena ZPP, ko je s posebnimi predpisi določen prekluzivni rok za vložitev tožbe v določenih sporih, in določil, da se določba ne bo uporabljala v teh primerih.⁷

2. VSEBINA, POOBLAŠČENCI, NASLOVLJENCI IN ČAS ZA VLOŽITEV ZAHTEVE ZA MIRNO REŠEVANJE SPORA

2.1 Vsebina zahteve za mirno reševanje spora

V skladu s 1. odstavkom 186.a člena ZPP „(...) mora zahteva za mirno reševanje spora vsebovati vse tisto, kar mora vsebovati tožba.“ Obvezna vsebina tožbe je predpisana s 186. členom ZPP, kjer je predvideno, da mora tožba vsebovati določen zahtevek v zvezi z glavno stvarjo in stranskimi terjatvami, dejstva, na katerih tožnik temelji zahtevo, dokaze, s katerimi se potrjujejo ta dejstva, kot tudi druge podatke, ki jih mora imeti vsaka vloga.⁸

Vendar se v praksi neredko dogaja, da se zahteve za mirno reševanje spora, namesto da bi vsebovale zahtevek stranke in potrebne dokaze, kot to nalaga zakonodajalec,

državno tožilstvo z zahtevo za mirno reševanje spora. Šele če ta zahteva ne bo sprejeta, ali o njej ne bo odločeno v roku treh mesecev od njene vložitve, se lahko vloži tožba pri pristojnem sodišču.“ Dostopno na: <http://gpp.pravo.unizg.hr/propisi/zpp/zpp-konprijedlog.pdf>, stran obiskana 13. 7. 2016.

5 Zanimivo je, da v Predlogu Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku iz leta 2002 (iz arhiva avtorja) sploh ni „sledi“ o takšni določbi. V pravni teoriji je postavljeno vprašanje ustavnosti ureditve 186. člena ZPP iz leta 2003. Dika, Mihajlo, Zakon o izmenjama i dopunama Zakona o parničnom postupku od 2. srpnja 2008. – Opći pregled, v: Benc, Rankica Borčić, Jadranka, Dika, Mihajlo, Hrvatini, Branko, Periša, Igor, Sessa, Đuro, Sikirić, Hrvoje, Sučević, Mladen, Novela Zakona o parničnom postupku iz 2008, Zagreb, Narodne novine, 2008, str. 5. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 237.

6 Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku iz leta 2008 (NN, št. 84/08, popr. 123/08, v nadaljevanju: Novela ZPP/08).

7 S tem so mišljene določbe takratnega 3. odstavka 21. člena Zakona o lastnini in drugih stvarnih pravicah (NN, št. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 in 152/14), 126. člena Zakona o delu (NN, št. 38/95, 54/95, 65/95, 102/98, 17/01, 82/01, 114/03, 123/03, 142/03, 30/04 in 68/05) in podobno. Dostopno na: <http://www.sabor.hr/fgs.axd?id=12038>, stran obiskana 13. 7. 2016.

8 106. člen ZPP določa: „(...) tožba, odgovor na tožbo, pravna sredstva in druge izjave ter predlogi, ki se dajejo izven obravnave, se vlagajo v pisni obliki (vloge, 1. odst. 106. čl. ZPP). Vloge morajo biti razumljive in morajo vsebovati vse potrebno, da se lahko obravnavajo. Vloge morajo vsebovati zlasti: navedbo sodišča, ime, stalno oziroma začasno prebivališče strank, njihovih zakonitih zastopnikov in pooblaščenec, če jih imajo, osebno identifikacijsko številko stranke, ki vloga vlogo, predmet spora, vsebino izjave in podpis vložnika (2. odst. 106. čl. ZPP). Stranka oziroma njen zastopnik podpišeta vlogo na njenem koncu (3. odst. 106. čl. ZPP). Če izjava vsebuje kakšno zahtevo, mora stranka v vlogi navesti dejstva, na katerih temelji zahteva, in dokaze, ko je to potrebno (4. odst. 106. čl. ZPP). Izjava, ki se daje z vlogo, se lahko namesto z vlogo poda ustno na zapisnik pri pravdnem sodišču (5. odst. 106. čl. ZPP).“

zaključujejo s stavkom: „(...) v kolikor so vam za odločitev o tej zahtevi za mirno reševanje spora potrebne še kakšne dodatne informacije in/ali odgovori, vas prosim, da nam to sporočite.“ V praksi so bile tudi zelo zanimive zahteve za mirno reševanje spora, kot na primer: „(...) zavedajoča se, da bo izvedba dejanj, s katerimi se bo odpravila diskriminacija, povzročila sorazmerno velike stroške, je P. izrazila pripravljenost za mirno rešitev spora pod naslednjimi pogoji: - da pristojni organ Republike Hrvaške (Ministrstvo znanosti, izobraževanja in športa ali Vlada RH) potrdi/prizna dejstvo diskriminacije učencev, ki zaradi vere, svetovnega nazora ali drugega prepričanja ne želijo obiskovati verouk, ter jim ni ponujen drug ustrezen izbirni predmet, - da se določi obveznost nujne dopolnitve Učnega načrta in programa za osnovno šolo s predmetom, ki bi bil alternativa verouku, in - da se določi primeren rok za zagotovitev izvajanja pouka tega predmeta.“^{9, 10}

Z ZPP ni predpisano, kaj se bo zgodilo z zahtevami, ki so vložene in so nepopolne ali nerazumljive. Prav tako ne vsebuje odgovora na vprašanje, kaj se bo zgodilo s tožbo, če njena vsebina kvantitativno in/ali kvalitativno odstopa od zahteve za mirno reševanje spora.

Vprašanje ravnanja z nepopolnimi, nerazumljivimi in/ali prezgodnjimi zahtevami dobiva poseben pomen v zadevah zaradi nadomestila nepremoženjske škode.¹¹ Na podlagi 1103. člena ZOO bi bil dan vložitev zahteve za mirno reševanje spora pri državnem tožilstvu tudi dan, s katerim začnejo teči zakonite zamudne obresti (nesporno je namreč, da pravično denarno nadomestilo nepremoženjske škode predstavlja denarno obveznost). V tem kontekstu je mogoče problematizirati, od kdaj začnejo teči zakonite zamudne obresti, če je bila zahteva posredovana pristojnemu državnemu tožilstvu in če je ta nepopolna in/ali nerazumljiva ter nima predpisane vsebine ali pa ni bila dopolnjena, kot je to zahtevalo državno tožilstvo. Za zdaj se zdi, da na to vprašanje ni bilo odgovorjeno niti v pravni teoriji niti v praksi. Če je bila popolna zahteva posredovana nepristojnemu državnemu tožilstvu, menimo, da začnejo obresti teči od tega dne, ker mora nepristojno državno tožilstvo zadevo takoj odstopiti pristojnemu in za stranko ne morejo nastati negativne posledice. Če je zahteva nerazumljiva ali nepopolna, bodo obresti začele teči šele od dneva, ko bo stranka državnemu tožilstvu, na njegovo zahtevo, posredovala razumljivo oziroma popolno zahtevo. Mogoče bi se v opisanem primeru lahko štelo, da obresti, če se posreduje popolna zahteva nepristojnemu državnemu tožilstvu, začnejo teči od tega dne, glede na to, da mora nepristojno državno tožilstvo takoj odstopiti zahtevo pristojnemu državnemu tožilstvu in za stranko ne bi smele nastati negativne

9 Pristojno državno tožilstvo je zavrnilo zahtevo za mirno reševanje spora. Županijsko sodišče (v nadaljevanju: ŽS) v Zagrebu (v zadevi št. Pnz-1/13 z dne 31. 7. 2013) je zavrnilo tožbeni zahtevek tožnika, Vrhovno sodišče Republike Hrvaške (v nadaljevanju: VSRH) pa je v postopku v zadevi št. Gž-25/13 z dne 5. 11. 2013 zavrnilo pritožbo tožnika. Zadeva je trenutno na podlagi ustavne tožbe pred Ustavnim sodiščem Republike Hrvaške (v nadaljevanju: USUD).

10 Tak je tudi primer, v katerem je navedeno: „(...) nameravamo torej vložiti tožbo za nadomestilo škode, ki brez obresti znaša 19.499.219,52 kune, in sicer: zoper Republiko Hrvaško, S. P. in I. T., zato zaradi zakonskih obveznosti predlagamo poravnavo z Republiko Hrvaško, in sicer kot sledi: Če se nam v obdobju petih let v enakih obrokih nadomesti osnovni znesek škode 19.499.219,52 kune, smo se pripravljene odpovedati plačilu obresti.“ Dostopno na: <http://www.safaric-safaric.si/hup/20111122%20HUP%20Zahtjev%20za%20mirenje%20FIMA%2022-11-2011.pdf>, stran obiskana 13. 7. 2016.

11 Določba 1103. člena Zakona o obligacijskih razmerjih (NN, št. 35/05, 41/08, 125/11 in 78/15, v nadaljevanju: ZOO) namreč določa: „(...) obveznost pravičnega denarnega nadomestila zapade z dnem vložitve pisne zahteve ali tožbe, razen če je škoda nastala po tem.“

posledice. Po drugi strani pa bi, če je zahteva nerazumljiva ali nepopolna, obresti morale teči šele od dne, ko stranka državnemu tožilstvu, na njegovo zahtevo, posreduje razumljivo oziroma popolno zahtevo.

Pri delu različnih državnih tožilstev opažamo neenako ravnanje pri zahtevah za mirno reševanje spora. Posamezna tožilstva namreč stranki, ki jo nameravajo tožiti, posredujejo načrt tožbe s spremnim dopisom.¹² Druga pa posredujejo tudi besedilo izvensodne poravnave, kar je bolj pravilno.

Zanimiv je primer iz prakse, v katerem je bilo ocenjeno, da zahteva za mirno reševanje spora, ki je bila vložena pri državnem tožilstvu zaradi nadomestila škode, ne vsebuje vseh potrebnih podatkov, ki jih mora vsebovati tožba za nadomestilo škode. Šlo je za primer, v katerem je tožnik z zahtevo predlagal obnovno kazenskega postopka in izvedbo statusnih postopkov ugotavljanja očetovstva, medtem ko je v tožbi zahteval nadomestilo škode potem, ko se izvedejo zahtevani postopki. Odločeno je bilo, da zahteva in tožba ne izpolnjujeta predpostavke identitete spora, s tem da je bila zahtevana tudi različna višina nadomestila škode, zaradi česar se šteje, da „(...) tožnik pri pristojnem državnem tožilstvu ni vložil zahteve za mirno reševanje spora.“¹³

2.2 Funkcije državnega tožilstva in njegova vloga v postopku mirnega reševanja spora

Državno tožilstvo je „(...) samostojen in neodvisen pravosodni organ (...)“^{14, 15} ki ima na civilno-upravnem področju pooblastila, da „(...) zastopa Republiko Hrvaško v vseh postopkih, ki se vodijo zaradi zaščite njenih premoženjskih pravic in interesov pred sodišči, upravnimi in drugimi organi, če ni z zakonom ali z na zakonu utemeljeni odločitvi pristojnega državnega organa določeno drugače.“¹⁶

Interpretacija pozitivnopravnega okvira in doktrina stališča kažete, da je funkcije civilno-upravnega oddelka državnega tožilstva mogoče razvrstiti na naslednji način: a) *preventivna funkcija*, ki bi bila med drugim uresničena prav s sklenitvijo čim večjega števila izvensodnih poravnav na podlagi 186.a člena ZPP in tudi z nalogo da „(...) pristojna državna tožilstva spremljajo in preučujejo spremembo predpisov, ki so pomembni za delo državnega tožilstva, ter da o opaženem poročajo Državnemu tožilstvu Republike Hrvaške, ki bo v primeru, če oceni, da je to v interesu Republike

12 V teoriji takšen pristop zastopa Crnić, Ivica, Zahtjev za mirno rješenje spora prema državi, osiguratelju, poslodavcu i nakladniku, Pravo u gospodarstvu, 49 (2010), 1, str. 409.

13 Glej ŽS v Varaždinu, GŽ-118/10, z dne 9. 3. 2010. Sudska praksa, priredili Lodeta, Zlatko i Hrastić, Gordana, Županijski sud u Varaždinu, št. 12 drugi del, Varaždin, 2012, str. 101–103. Dostopno na: http://sudovi.pravosudje.hr/zsvz/img/File/sudska_praksa/Zbirka-GP-12_2-2.pdf, stran obiskana 13. 7. 2016.

14 Glej 2. člen Zakona o državnem tožilstvu (NN, št. 76/09, 153/09, 116/10, 145/10, 57/11, 130/11, 72/13, 148/13, 33/15 in 82/15, v nadaljevanju: ZDO).

15 „Oblast ni podrejena samo omejitvam, ki so predpisane z ustavo in zakoni, temveč tudi tistim, ki jih postavlja načelo delitve oblasti in ki ne dopuščajo, da so v rokah enega organa združene različne funkcije oblasti [...]“, Pajvančić, Marijana, Komentar Ustava Republike Srbije, Fundacija Konrad Adenauer, Beograd, 2009, str. 16.

16 Glej določbo 30. člena ZDO. Glej primerjalni pregled pozitivnopravnih rešitev o zastopanju države pred sodiščem v državah, ki so nastale z razpadom SFRJ, v Rašević, Živorad, Javno pravobranilaštvo između pravosuđa i državne uprave, Pravni zapisi Pravnog fakulteta Univerziteta Union, god. III, št. 1 (2012), str. 179 in 180.

Hrvaške, obvestilo Vlado Republike Hrvaške“;¹⁷ b) *zastopniška funkcija*, ki vključuje zastopanje RH pred sodnimi, upravnimi ali drugimi pristojnimi organi (na primer v arbitraži), kar pomeni, da državno tožilstvo ni zakoniti zastopnik RH, temveč njen zastopnik na podlagi zakona;¹⁸ c) *institucionalna funkcija*, pri kateri gre za državni (pravosodni) organ, ustanovljen z zakonom, ki ima svoje z zakonom predpisane pristojnosti in ki pri izvajanju le-teh ravna po mnenjih (na primer Vlade RH)¹⁹ in zahtevah (na primer ministrstev, fizičnih ali pravnih oseb v skladu s 186.a členom ZPP) kot tudi po uradni dolžnosti (*ex officio*).²⁰ Na koncu ima državno tožilstvo, poleg svojih posebnih državnotožilskih pooblastil, tudi vlogo zaščite splošnih ciljev ostalih državnih organov – z uresničitvijo ustavne pristojnosti države in družbenih vrednot, h katerim stremi Ustava RH skozi d) *posvetovalno funkcijo*, ki sestoji iz podajanja mnenj o določenih pogodbah,²¹ mnenj o predlogih zakonov in drugih predpisov, toda le, če jih zahtevajo pristojni državni organi.

Na vprašanje, v kateri funkciji nastopa državno tožilstvo, ko ravna v skladu s 186.a členom ZPP, je mogoč odgovor, da nastopa v preventivni funkciji.

2.3 Osebe, pooblašene za vložitev zahteve za mirno reševanje spora

Ko govorimo o osebah, ki so pooblašene za vložitev zahteve za mirno reševanje spora, obstajata dve možnosti: da jo vloži RH, ko je aktivno legitimirana in ko se zahteva za mirno reševanje spora nanaša na fizične ali pravne osebe,²² oziroma da jo vložijo fizične ali pravne osebe, ko je RH pasivno legitimirana in ko se zahteva vloži pri stvarno in krajevno pristojnem državnem tožilstvu.

Treba je poudariti, da je Republika Hrvaška, ko namerava tožiti osebo s stalnim ali začasnim prebivališčem ali sedežem v RH, dolžna, da predhodno vloži zahtevo za mirno reševanje spora. Če ta oseba nima stalnega ali začasnega prebivališča ali sedeža v RH, ni potrebno, da je ta procesna predpostavka izpolnjena.²³

2.4 Naslovljenci in posredovanje zahteve za mirno reševanje spora

Glede na to, da je državno tožilstvo organizirano kot tristopenjski pravosodni organ,²⁴ so lahko stranke v dvomu, pri katerem državnem tožilstvu morajo vložiti

17 5. odstavek 30. člena ZDO. Z dajanjem pravnih mnenj o pogodbah, ki so določene s posebnimi zakoni, se rešujejo tudi sporna pravna vprašanja, ki se v njih pojavljajo, kar predstavlja tudi obliko preventivnega delovanja, s katerim se odpravljajo mogoči sodni spori med pogodbenimi strankami.

18 Več pri Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *cit.*, str. 340–342.

19 Glej 5. odstavek 42. člena in 2. odstavek 88. člena ZDO. Po določbi 4. odstavka 88. člena ZDO: „(...) če pristojno državno tožilstvo ne ravna v skladu z mnenjem Vlade Republike Hrvaške iz 2. in 3. odstavka tega člena, je dolžno o tem obvestiti Vlado Republike Hrvaške in navesti razloge za takšno odločitev.“

20 Na primer v primeru, ki je predviden s 3. odstavkom 30. člena ZDO, ki določa, da: „pristojno državno tožilstvo v kazenskih zadevah ravna zoper storilca kaznivih dejanj, za katere se preganja po uradni dolžnosti ali na predlog ter ima zaradi izvajanja te funkcije pooblastila in dolžnosti predpisane z zakonom.“

21 Na primer o pogodbi o neposredni prodaji kmetijskega zemljišča v lasti RH; pogodbi o zakupu in prodaji gozda in podobno. Glavni državni tožilec je s svojimi navodili predpisal način dela v teh zadevah. Zanimivo je, da ni predvidena pristojnost državnega tožilstva glede podajanj mnenj o pogodbah o koncesiji.

22 8. odstavek 186.a člena ZPP.

23 *Ibidem*.

24 Državno tožilstvo je sestavljeno iz občinskih državnih tožilstev (v nadaljevanju: ODO), županijskih državnih tožilstev (v nadaljevanju: ŽDO) in Državnega tožilstva Republike Hrvaške (DORH). 8. člen ZDO.

zahtevo za mirno reševanje spora. To tudi v primeru, če vložijo zahtevo pri stvarno in krajevno *nepristojnem* državnem tožilstvu, ne bi smelo negativno vplivati na njihov položaj, glede na to, da so neprijetna državna tožilstva dolžna takšno zahtevo takoj odstopiti pristojnemu državnemu tožilstvu in o tem obvestiti stranko.^{25,26}

V zvezi s stvarno in krajevno pristojnostjo ZDO določa, da se:²⁷ „(...) stvarna in krajevna pristojnost državnega tožilstva določa po določbah zakona, s katerim se določa pristojnost sodišč.²⁸ pred katerimi izvršujejo državna tožilstva svoja pooblastila, če s tem zakonom ni določeno drugače.“

V skladu z določbo 32. člena ZDO bi lahko prišli do zaključka, da se zahteve za mirno reševanje spora:

1. ki jo vložijo fizične osebe²⁹ – vložijo pri krajevno pristojnem ODO,³⁰
2. ki jo vložijo pravne osebe in samozaposleni – vložijo pri krajevno pristojnem ŽDO,³¹
3. ko je z zakonom predpisano – vložijo pri DORH.³²

V zvezi s posredovanjem zahteve za mirno reševanje spora pristojnemu državnemu tožilstvu je z ZPP določeno, da se posredovanje, ko je vloga treba posredovati državnemu tožilstvu, opravi s predajo vloge v njegovi glavni pisarni. Kot dan dostave se šteje dan predaje vloge glavni pisarni.³³ Enako velja tudi za posredovanje zahteve za mirno reševanje spora.

Velja opozoriti, da obstajajo tudi posebna pravila. Tako je z ZDO³⁴ predpisan način, na katerega se opravlja osebna vročitev, ko je RH vložnica zahteve za mirno

25 To ravnanje je predpisano v 2. odstavku 186.a člena ZPP. Predvideva ga tudi Navodilo številka A-467/08 z dne 30. 9. 2008 o ravnanju državnih tožilstev v zvezi z zahtevo za mirno reševanje spora, ki ga je izdal Glavni državni tožilec RH.

26 V sodni praksi so se pojavljala stališča, v skladu s katerimi velja: „(...) če se oseba, ki namerava vložiti tožbo zoper Republike Hrvaško, pred vložitvijo tožbe ni obrnila na pristojno državno tožilstvo z zahtevo za mirno reševanje spora, sodišče tožbe ne bo odstopilo pristojnemu državnemu tožilstvu, temveč jo bo zavrglo.“ ŽS v Vukovaru, GŽ-1062/04 z dne 8. 6. 2004. Izbor odluka ŽS Vukovar, 2004, str. 27. Potem ko je začela veljati Novela ZPP/08, je uporaba citiranega stališča vprašljiva.

27 Glej 1. odstavek 31. člena ZDO.

28 To bi bil Zakon o sodiščih (NN, št. 28/13, 33/15 in 82/15, v nadaljevanju: ZS) oziroma Zakon o področjih in sedežih sodišč (NN, št. 128/14, v nadaljevanju: ZPSS).

29 Glede tega je dobro vedeti, da je za izvedbo Zakona o odgovornosti za škodo, ki je nastala zaradi terorističnih dejanj in javnih demonstracij (NN, št. 117/03, v nadaljevanju: ZOŠT), neposredno odgovoren DORH, ker v skladu z 9. členom ZOŠT oškodovanec zahtevo za nadomestilo škode vložijo pri DORH. Več pri Zrilčić, Zrinko, Odgovornost za ratnu šteto i šteto nastalu uslijed terorističkog akta, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2004, št. 3, str. 14–25, Brežanski, Jasna, Ratna šteta prouzročena terorističkim aktom, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci v. 27, (2006), št. 1, str. 575–609.

30 Glede na to, da bo v primeru sodnega postopka pristojno občinsko sodišče (v nadaljevanju: OS), ki je krajevno pristojno glede na stalno prebivališče tožnika (48. ZPP-a). Glej 1. odstavek 32. člena ZDO.

31 Glede na to, da bo v primeru sodnega postopka pristojno gospodarsko sodišče (v nadaljevanju: TS), ki je krajevno pristojno glede na sedež samozaposlenega oziroma pravne osebe. ZDO v 4. odstavku 31. člena določa: „(...) ko kot stranka v postopku nastopa več oseb iz 3. odstavka tega člena, z območja krajevne pristojnosti več županijskih državnih tožilstev ter tuja pravna ali fizična oseba, bo to obravnavalo županijsko državno tožilstvo, na območju katerega se nahaja sedež gospodarskega sodišča, ki vodi vpisnik.“

32 Glej 9. člen ZOŠT.

33 Glej 2. odstavek 134. člena ZPP.

34 Glej 3. odstavek 90. člena ZDO.

reševanje spora. Če se ne more opraviti prva vročitev, se bo ta ponovila po 15 dneh. Če tudi ponovna vročitev ni uspešna, se bo vročitev opravila z objavo na oglasni deski pristojnega državnega tožilstva. Po preteku osmih dni od objave na oglasni deski se bo štelo, da je bila vročitev pravilno opravljena.³⁵

2.5 Čas vložitve zahteve za mirno reševanje spora

Zahteva za mirno reševanje spora se vložijo, preden pravna ali fizična oseba vložijo tožbo zoper RH oziroma ko namerava RH tožiti katero osebo (fizično in/ali pravno). Pomembno je opozoriti, da se ne šteje, da je izpolnjena procesna predpostavka za vložitev tožbe zoper RH, če se je stranka s svojo zahtevo za mirno reševanje spora obrnila na ministrstvo, agencijo ali drug organ RH.

V tem kontekstu je dobro vedeti, ali gre za *poravnavo* kot dvostransko pogodbo civilnega prava in se zanjo uporabljajo določbe od 1089. do 1098. člena ZOO, ne pa določbe ZPP o sodni poravnavi (321.–324. člen).

Poudarjamo, da imajo zahteve za mirno reševanje spora, tako tiste iz 186.a člena ZPP kot tudi tiste, predpisane s posebnimi zakoni, pravno naravo pogajanj (251. člen ZOO).

2.6 Odnos 186.a člena in 324. člena Zakona o pravnem postopku

V vseh spremembah in dopolnitvah ZPP od leta 1990 dalje je določba 324. člena ZPP³⁶ ostala nespremenjena. Po pravilu *lex posterior derogat legi priori* (kasnejša določba razveljavi prejšnjo določbo, ki ima isto pravno moč in je z njo v nasprotju) se lahko zavzame stališče, da je bila z določbo 186.a člena ZPP (kot poznejšo) razveljavljena določba 324. člena ZPP (kot prejšnji predpis, ki je v nasprotju z novo določbo). V tem kontekstu lahko menimo, da nasprotje z določbo 324. člena ZPP obstaja samo v primeru, če se nanaša na RH oziroma na fizično ali pravno osebo kot tožnika ali toženca. V ostalih primerih določba 324. člena ZPP ne bi bila razveljavljena.

Kakšna je razlika med poravnava iz 186.a člena in 324. člena ZPP?

Predlog iz 186.a člena ZPP se vložijo pri pristojnem državnem tožilstvu, zahteva iz 324. člena ZPP pa se vložijo na občinskem sodišču. Vložena zahteva iz 186.a člena ZPP povzroči pretrganje zastaranja, tista iz 324. člena pa nima takšne posledice. Državno tožilstvo mora o zahtevi iz 186.a člena ZPP odgovoriti v roku treh mesecev, medtem ko sodišče na podlagi 324. člena ZPP nima predpisanega roka, v katerem bo s strankami poskusilo izvesti poravnavo. Ne nazadnje je zaključena poravnava iz 186.a člena ZPP izvensodna poravnava, medtem ko je tista iz 324. člena ZPP sodna poravnava.

³⁵ Pravilnost take vročitve je treba evidentirati v spisu pristojnega državnega tožilstva.

³⁶ „Oseba, ki namerava vložiti tožbo, lahko pri nižjem sodišču prve stopnje, na območju katerega ima nasprotna stran stalno prebivališče, poskuša doseči poravnavo“ (1. odstavek 324. člena).

Torej se s samo majhno spremembo določbe 324. člena ZPP lahko doseže cilj in bi se tako spremenjena določba morala glasiti:

„Oseba, ki namerava vložiti tožbo, mora pri sodišču prve stopnje, na območju katerega ima nasprotna stran stalno prebivališče, poskušati doseči poravnavo.“

V predlagani spremembi bi se 186.a člen ZPP pokazal kot nepotreben.³⁷

3. ZAHTEVA KOT PROCESNA PREDPOSTAVKA

3.1 Zahteva za mirno reševanje spora kot procesna predpostavka

Po ZPP je, ko se tožba vlaga zoper RH ali ko jo le-ta vloži, pa ni bil izveden postopek mirnega reševanja spora, sodišče dolžno tožbo zavreči, ker je vložitev zahteve za mirno reševanje spora procesna predpostavka za vložitev tožbe.

Kako to izgleda v določenih specifičnih procesnih situacijah, bomo prikazali v nadaljevanju pri dveh zelo zanimivih odločitvah VSRH. VSRH je tako navedlo: „(...) da ima, če se obrnemo na državno tožilstvo, to pomen procesne predpostavke pri sporih zoper Republiko Hrvaško, zaradi česar ni, če navedena predpostavka ni izpolnjena v času vložitve tožbe, dovoljeno obravnavanje v pravdi in sprejetje meritorne odločbe o tožbenem zahtevku“ (...) in je „glede na revizijsko navedbo, da sodišče ni moglo zavreči zadevne tožbe, potem ko je toženec vložil odgovor na tožbo, treba odgovoriti, da je pravilno pravno stališče drugostopenjskega sodišča, da potem, ko prejme odgovor na tožbo, lahko sodišče sprejema vse sklepe, ki jih lahko sprejema med potekom predhodnega preizkusa tožbe (5. odst. 285. čl. ZPP), ter tako lahko tudi zavrne zadevno tožbo, v zvezi s katero ni bila izpolnjena procesna predpostavka za njeno vložitev na podlagi določbe 1. odst. 186.a člena ZPP.“³⁸ Stališče VSRH je, da je bil pravilno zavržen tudi del tožbenega zahtevka: „(...) „s sklicevanjem na določbe 186.a člena ZPP, glede na to, da tožnik ni dokazal, da se je pred vložitvijo tožbe obrnil na pristojno državno tožilstvo z zahtevo za mirno reševanje spora, kar je procesna predpostavka za tožbo.“³⁹

3.2 Vložitev zahteve za mirno reševanje spora kot predpostavka pravilne pasivne legitimacije

V praksi se je pojavilo še eno vprašanje, in sicer, ali je lahko RH tožena kot sospornik z drugimi strankami, s katerimi se nahaja v pravni skupnosti, brez predhodne uporabe 186.a člena ZPP.

Sosporništvo je procesni institut, ki omogoča, da v pravdi v isti vlogi stranke sodeluje več oseb oziroma sospornikov. Glede na položaj sospornikov v pravdi

37 Glej Nakić, Jakob, Odnos članka 186.a i članka 324. Zakona o parničnom postupku, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse: građansko, trgovačko, radno i procesno pravo u praksi, Godišnjak 16, Organizator, Zagreb, 2009, str. 797–808.

38 VSRH, Rev-453/09 z dne 9. 11. 2011. Dostopno na: <http://www.vsrh.hr> (spletne strani VSRH, v nadaljevanju: MSVSRH), stran obiskana 13. 7. 2016.

39 VSRH, Revr-375/08 z dne 17. 12. 2008. Dostopno na: MSVSRH, stran obiskana 13. 7. 2016.

se deli na navadno in enotno. Enaka rešitev spora zoper vsakega sospornika je temeljna lastnost enotnega sosporništva, skupaj z nujnostjo, da so v določenih primerih vsi udeleženci spora zajeti s tožbo, po čemer se bistveno razlikuje od ostalih oblik sosporništva.

Enotno sosporništvo se deli na prostovoljno in nujno. Ali bo šlo za prostovoljno ali za nujno sosporništvo je odvisno od tega, ali je nujno, da v pravdi kot pravdne stranke sodelujejo vsi udeleženci spora. Določeni spori se morajo rešiti izključno na enak način za vse sospornike. To je posledica zakonske fikcije, v skladu s katero se enotni sosporniki štejejo kot ena stranka v pravdi.

Enotni sosporniki, kot ena stranka v pravdi, ne izgubijo svoje pravne subjektivitete, ker se njihove zahteve vežejo na vsakega posebej in ne na sosporniško skupnost, ki jo sestavljajo. Vsak nujni sospornik ima samostojno pravico do tožbe.

Če tožnik s tožbo ne zajame vseh *nujnih* strank, bo sodišče tožbo vrnilo in naložilo tožniku, naj jo dopolni, in bo navedlo, kakšne bodo posledice v primeru, če se to ne bo storilo. Če tožnik ne dopolni tožbe na način, kot je bilo to naloženo s sklepom, bo sodišče zavrnilo tožbeno zahtevo zaradi pomanjkanja *stvarne* legitimacije. Vendar je, če je RH enotni sospornik z drugo fizično ali pravno osebo, tožnik pa se pred vložitvijo tožbe ni obrnil na pristojno državno tožilstvo, tožbo treba zavreči, in sicer glede obeh sospornikov.⁴⁰

3.3 Vstop Republike Hrvaške kot novega tožnika namesto dosedanega tožnika

Pravilo določbe 3. odstavka 192. člena ZPP določa, da: „(...) potem ko se tožnik spusti v obravnavo glavne stvari, lahko namesto tožnika v pravdo vstopi nov tožnik samo, če se toženec s tem strinja.“ Če vstopi RH kot nov tožnik namesto dosedanega tožnika, ni treba uporabiti 186.a člena ZPP, ker RH prevzema pravdo v stanju, v kakršnem je ta v trenutku vstopa vanjo. Ta sprememba tožnika pa je odvisna od volje toženca.

3.4 Razširitev tožbe na Republiko Hrvaško in zahteva za mirno reševanje spora

Do zaključka glavne obravnave se tožba lahko razširi na novega toženca z njegovim soglasjem. Glede na to, da lahko trdimo, da razširitev tožbe na novega toženca pravzaprav pomeni vložitev nove tožbe zoper novega toženca, bi morali ravnati tako, kot določa 186.a člen ZPP. Takšno stališče se pojavlja tudi v sodni praksi.⁴¹

40 Podrobno pri Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *cit.*, str. 440–449.

41 Tako je npr. ŽS v Splitu v odločbi Gžx-762/14 z dne 18. 11. 2015 navedlo: „(...) tožniki so na naroku dne 27. 4. 2011 kot toženca navedli RH in je bilo predlagano, da se tožba z vsemi prilogami posreduje zakonitemu zastopniku toženca, toda v spis zadeve niso posredovali dokaza, da so predhodno ravnali v skladu z določbo 186.a člena ZPP in se obrnili na državno tožilstvo z zahtevo za mirno reševanje spora (...), z določbo 6. odstavka 186.a člena ZPP pa je predpisano, da (...) tožniki niso posredovali dokaza, da so pred spremembo subjekta tožbe in navedbe RH kot toženca ravnali v skladu s 186.a členom ZPP, (...) zaradi česar je bilo treba tožbo zavreči.“ Dostopno na: MSVSRH, stran obiskana 13. 7. 2016.

3.5 Nasprotna tožba

V skladu z določbo 189. člena ZPP lahko toženec do zaključka predhodnega postopka vloži nasprotno tožbo. Glede na to, da je nasprotna tožba samostojna tožba, se tudi nanjo nanaša določba 186.a člena ZPP oziroma je tudi v primeru, ko se vloži nasprotna tožba, predhodno treba vložiti zahtevo za mirno reševanje spora, tako kot določa navedena določba. Takšno stališče je zavzelo tudi VSRH v svoji odločbi Revt-147/11 z dne 11. 1. 2012, ko je navedlo: „(...) s strani sodišč nižje stopnje je bilo pravilno odločeno, da se nasprotna tožba toženca zavrže, in sicer zato, ker iz stanja spisa izhaja, da se toženec pred vložitvijo nasprotne tožbe ni obrnil na pristojno državno tožilstvo ter zaradi tega nasprotna tožba ni procesno dopustna v skladu z določbo 186.a člena ZPP.“^{42, 43}

3.6 Več tožbenih zahtevkov

Poleg že podanega tožbenega zahtevka lahko tožnik med postopkom, vse do zaključka glavne obravnave, uveljavi nove zahtevke.⁴⁴ Tožnik lahko uveljavi tudi t. i. podredni tožbeni zahtevek in predlaga, da sodišče, če ugotovi, da prvi tožbeni zahtevek ni utemeljen, sprejme naslednji tožbeni zahtevek ali naslednje tožbene zahtevke. V navedenem primeru bi tudi zahteva za mirno reševanje spora morala vsebovati vse tožbene zahtevke oziroma predloge za poravnavo, pristojno državno tožilstvo pa se mora odločiti, katerih (ne)bo sprejelo in ali bo sploh kakšnega sprejelo.

3.7 Tožbe za ugotavljanje ničnosti pogodbe

V praksi se je pojavila težava, kako bi morala biti oblikovana zahteva za mirno reševanje spora pri ničnosti pogodbe. Lahko opazimo, da v zvezi s tem vprašanjem državna tožilstva *de lege lata* upoštevajo uporabe določbe 327. člena ZOO⁴⁵ in da se kot tožnik pojavlja stvarno in krajevno pristojno državno tožilstvo in ne RH, očitno zato, da bi se „izognili“ potrebi po uporabi 186.a člena ZPP.

3.8 Intervencijska tožba (*interventio principalis*)

Intervencijska tožba (glavna intervencija),⁴⁶ kot pove že njeno ime, predstavlja vmešavanje tretje osebe v pravdo, ki že poteka. Tožnik iz te tožbe nima pravice sodelovati v kakršni koli obliki kot stranka v prvotni pravdi.

42 Dostopno na: MSVSRH, stran obiskana 13. 7. 2016.

43 Glej, da je tudi VSRH navedlo: „(...) po svoji pravni naravi je nasprotna tožba samostojna tožba, zato se vprašanje dovoljenosti revizije zoper sodbo, s katero je bilo odločeno o zahtevku iz tožbe in nasprotne tožbe, ocenjuje samostojno glede na posameznega od teh zahtevkov.“ VSRH, Rev-x 38/13 z dne 20. 2. 2013. Dostopno na: MSVSRH, stran obiskana 13. 7. 2016.

44 188. člen ZPP.

45 Pravilo iz 327. člena ZOO določa, da „(...) sodišče pazi na ničnost po uradni dolžnosti, nanjo pa se lahko sklicuje vsaka zainteresirana oseba“ (1. odstavek 327. člena ZOO). „ (...) pravico zahtevati ugotovitev ničnosti ima tudi državni tožilec“ (2. odstavek 327. člena ZOO).

46 Glej 198. člen ZPP. Podrobneje pri Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *cit.*, str. 446.

Intervencijska tožba je dopustna samo, če sta izpolnjeni dve predpostavki: da že obstaja predhodna pravda in da je zahtevak iz intervencijske tožbe usmerjen na stvar ali pravico, o kateri med strankami že poteka pravda. Intervencijska tožba ima za posledico ustanovitev sosporništva na pasivni strani; tožnik in toženec iz že (prej) začete pravde pridobita položaj toženca.⁴⁷

Pri odgovoru na vprašanje o uporabi 186.a člena ZPP v tem primeru menimo, da gre za samostojno tožbo in da je njegova uporaba obvezna.⁴⁸

3.9 Sprememba tožbe (subjektivna)

Tožnik lahko do zaključka predhodnega postopka tožbo spremeniti tako, da namesto prvotnega toženca toži neko drugo osebo. Za subjektivno spremembo tožbe je nujno soglasje osebe, ki mora stopiti v pravdo namesto toženca, če pa se je toženec že spustil v obravnavo o glavni stvari, je potrebno tudi njegovo soglasje.⁴⁹ Če tožnik spremeni tožbo tako, da namesto prvotnega toženca toži RH, državno tožilstvo ne bi smelo privoliti v spremembo, glede na to, da bi v primeru privolitve sprejelo pravdo v stanju, v kakršnem je bila v trenutku vstopa v pravdo.⁵⁰ Kljub temu menimo, da sodišče, če bi državno tožilstvo privolilo v subjektivno spremembo, ne bi smelo dovoliti spremembe, ker ni bilo postopano v skladu s 186.a členom ZPP – tako glede te spremembe kot tudi glede prvotne tožbe.⁵¹ To je v sodni praksi jasno poudarjeno in navedeno: „(...) z odstopom terjatve prejemnik (cesionar) postane upnik in od njegove volje je odvisno, ali in na kakšen način bo zahteval terjatev od dolžnika, in je, če se odloči, da bo vložil tožbo, dolžan, da se pred tem obrne na pristojno državno tožilstvo z zahtevo za mirno reševanje spora v skladu z določbo 1. odstavka 186.a člena ZPP. Glede na to, da tožnik tega ni storil, so sodišča pravilno, na podlagi določbe 6. odstavka 186.a člena ZPP, tožbo zavrgla.“⁵²

47 Tako tudi sodna praksa: „(...) sodišče prve stopnje je napačno (...) priznalo status stranskemu intervenientu, ker je to lahko samo oseba, ki ima pravni interes, da v pravdi uspe oseba, na strani katere intervenira, in to ni oseba, ki si lasti predmet spora. Ta oseba uresničuje svojo pravico s tožbo po 198. členu ZPP.“ OS v Zagrebu, P-8637/95, potrjeno s strani ŽS v Zagrebu, GŽ-5783/96. Citirano po Opatić, Nikola, Pravni interes u građanskom parničnom postupku. Dostopno na: <http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Pravni%20interes%20u%20gradjanskom%20parnicnom%20postupku.pdf>, stran obiskana 13. 7. 2016.

48 Obstaja tudi argument za drugačno mnenje, da je tretja oseba (tožnik v intervencijski tožbi) prekludirana za vložitev takšne tožbe do pravnomočnosti odločbe, ki je bila sprejeta na podlagi predhodne tožbe. Da bi preprečil kot tudi onemogočil hiter nastop pravnomočnosti, zaradi zavarovanja svojih pravic, ni dolžan vložiti zahteve za mirno reševanje spora pri intervencijski tožbi.

49 Glej 192. člen ZPP.

50 Pravne posledice subjektivne spremembe tožbe za novega toženca nastopijo istočasno kot za prvega toženca. Torej so posledice subjektivne spremembe tožbe takšne, da se lahko šteje, da je tožba zoper novega toženca vložena takrat, ko je bila vložena tožba zoper prvotnega toženca, medtem ko se obstoj pravde šteje od trenutka, ko je bila tožba posredovana prvotnemu tožencu.

51 Tožnik se je moral obrniti na pristojno državno tožilstvo z zahtevo za mirno reševanje spora in v pravdi tožiti drugega. Če bi državno tožilstvo zavrnilo mirno reševanje spora, bi se v korist tožnika, v primeru subjektivne spremembe tožbe, uresničila procesna predpostavka in bi državno tožilstvo moralo odločiti, ali bo nasprotovalo spremembi ali pa ne.

52 VSRH, Rev-1124/06 z dne 14. 3. 2007. Dostopno na: MSVSRH, stran obiskana 13. 7. 2016.

4. RAVNANJE V ZVEZI Z ZAHTEVO ZA MIRNO REŠEVANJE SPORA IN IZVENSODNA PORAVNAVA

4.1 Rok za odločitev o zahtevi za mirno reševanje spora

Zakonski rok za odločitev državnega tožilstva v zvezi z vloženo zahtevo za mirno reševanje spora je tri mesece⁵³ od dneva vložitve oziroma dopolnitve. V zvezi s tem se lahko pojavi dvom o tem, kako bi moralo ravnati sodišče, ko stranka pri pristojnem državnem tožilstvu vloži nepopolno zahtevo za mirno reševanje spora in je po pozivu ne dopolni, na primer z zemljiškoknjižnim izpiskom, katastrskim načrtom in podobno, a po preteku treh mesecev od dneva vložitve zahteve za mirno reševanje spora vloži tožbo na sodišču. Menimo, da bi moralo sodišče tožbo zavreči, ker niso izpolnjeni pogoji iz 6. odstavka 186.a člena ZPP.

4.2 Vpliv vložitve zahteve za mirno reševanje spora na zastaranje obveznosti

Aktualna ureditev iz 3. odstavka 186.a člena ZPP določa, da: „(...) vložitev zahteve iz 1. odstavka *zadrži* zastaranje.“⁵⁴ Prvotna določba 186.a člena ZPP je določala, da se: „(...) z vložitvijo zahteve iz 1. odstavka *pretrga* zastaranje.“ Očitno je, da je zakonodajalec „taval“ po institutih obligacijskega prava.

Določbe ZOO⁵⁵ določajo, kdaj se zastaranje zadrži. Pri zadržanju zastaranja nastopijo takšne okoliščine, zaradi katerih zastaranje ne more začeti teči ali pa že začeto zastaranje preneha teči toliko časa, dokler ne prenehajo te okoliščine. Po tem se zastaranje nadaljuje in se pretekli čas všteje. Po 245. členu ZOO zastaranje zaradi pretrganja preneha teči, pri tem pa se pretekli čas ne všteje, zato zastaranje po prekinitvi začne teči v celoti od začetka.^{56, 57}

53 Treba je opozoriti, da rok znaša tri mesece, ne pa 90 dni. O računanju rokov glej pri: Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *cit.*, str. 381.

54 V besedilu 3. odstavka 186.a člena ZPP je bilo po uveljavitvi Novele ZPP/03 predpisano, da se zastaranje *pretrga*. Glej in primerjaj določbo 193. člena ZPPRS.

55 Glej določbe od 240. do 246. člena ZOO.

56 Podrobneje glej Slakoper, Zvonimir, Gorenc, Vilim, *cit.*, str. 142–149.

57 Glej npr. odločitev ŽS v Vukovarju, GŽ-2484/08 z dne 3. 11. 2008, kjer se v obrazložitvi navaja: „(...) med strankami ni sporno, da so tožniki uslužbenci Ministrstva za notranje zadeve Republike Hrvaške, ki so bili v (...) letu 2004 razporejeni na Policijsko upravo vukovarsko-srijemsko, da so v obdobju od 1. 6. do 1. 7. 2004 opravili določeno število nadur, da jim po 39. členu Kolektivne pogodbe za državne uslužbenke in zaposlene (Uradni list RH, št. 92/04) pripada pravica do povečanja plače za nadurno delo. Prvostopenjsko sodišče je ugotovilo, kar tudi ni sporno med strankami, da je bila tožnikom plača za junij leta 2004 izplačana 2. 7. 2004, ter je zavrnilo tožbeni zahtevek in pri tem menilo, da se zastaralni rok šteje od 2. 7. 2004 in je glede na to, da je bila zahteva za mirno reševanje spora s strani vseh tožnikov vložena 10. 7. 2004, nastopilo zastaranje. Po določbi 131. člena Zakona o delu (Uradni list RH, št. 38/95, 54/95, 65/95, 17/01, 82/01, 114/03, 130/04 in 68/05, v nadaljevanju: ZR), če s tem ali drugim zakonom ni določeno drugače, terjatev iz delovnega razmerja zastara v treh letih. Ni sporno, da se mora v tem primeru uporabiti zastaralni rok iz 131. člena ZR. Zastaralni rok za terjatev iz naslova plače pa se po mnenju tega drugostopenjskega sodišča šteje od zapadlosti plače. Po določbi 4. odstavka 83. člena ZR se, če s Kolektivno pogodbo ali Pogodbo o delu ni določeno drugače, plača za prehodni mesec izplačuje najkasneje do petnajstega dneva v naslednjem mesecu. Ker s Kolektivno pogodbo in Pogodbo o delu ni določeno drugače, izplačilo plače tožnikom zapade petnajstega dne v naslednjem mesecu za predhodni mesec – torej je plača za junij 2004 zapadla 15. 7. 2004 in se mora od tega dne računati zastaralni rok,

Po zaključku postopka mirnega reševanja spora⁵⁸ zastaralni roki spet tečejo in jih lahko ponovno pretrga samo začeti pravdni postopek.

Kaj je z zastaranjem v posebnih postopkih, ko se vloži zahteva za mirno reševanje spora pri državnem tožilstvu ali pristojnem ministrstvu? V veljavnih določbah Zakona o kazenskem postopku⁵⁹ kot tudi v določbah trenutno veljavnega Zakona o prekrških ni določb o pretrganju ali zadrževanju zastaranja.

4.3 Stroški postopka v zvezi z zahtevo za mirno reševanje spora

Eno od pomembnih vprašanj, ki se je v zvezi s to materijo pojavilo v praksi, je, ali ima stranka, ki jo zastopa odvetnik, v postopku mirnega reševanja spora pravico do povračila stroškov tega postopka (t. i. predprocesni stroški).

V teoriji kot tudi praksi je tako nesporno, da med stroške, ki nastanejo med postopkom za izvedbo tega postopka, sodijo tudi predprocesni stroški. Predprocesni stroški so tisti, ki so namenjeni za pripravo pravde in nastanejo pred vložitvijo tožbe. Med predprocesne stroške ne sodijo tisti stroški, ki jih ima stranka primarno zaradi lastnega informiranja ali razčiščevanja lastnega pravnega stanja.

Stroški obveznega predhodnega postopka z namenom mirnega izvensodnega reševanja spora vsekakor sodijo med predprocesne stroške.⁶⁰

Glede pravice do nadomestila stroškov odvetniškega zastopanja v izvensodnem postopku mirnega reševanja spora je VSRH pri odločanju v zvezi z izredno revizijo v odločbi Revr-741/09 z dne 11. 1. 2011 odgovorilo na dve pomembni vprašanji.

„Prvo materialnopravno vprašanje se je nanašalo na pravico stranke, ki je vložila zahtevo za mirno reševanje spora (186.a člen ZPP), do nadomestila stroškov odvetniškega zastopanja v tem postopku v primeru, ko je nasprotna stranka po vložitvi zahteve prostovoljno izpolnila obveznost in ni prišlo do uvedbe pravnega postopka.“ „Drugo pravno vprašanje se je nanašalo na pravico do nadomestila stroškov odvetniškega zastopanja v zvezi s predlogom za mirno reševanje spora (186.a člen ZPP) v primeru, ko je zahteva prostovoljno izpolnjena in ni prišlo do uvedbe pravnega postopka ter ne gre za zahtevo iz sodne pristojnosti oziroma v konkretnem primeru, ali se terjatev plačila davkov in obveznih prispevkov iz plače

ki bi se torej iztekel dne 16. 7. 2007. Glede na to se zastaralni rok po mnenju tega sodišča mora računati od dneva, ko je plača dospela v izplačilo, ne pa od dneva, ko so prejeli plačo za junij 2004 in ko so ob tem tožniki izvedeli, da jim ob tej plači ni bil izplačan dodatek za nadurno delo. U upoštevanjem navedenega in glede na določbo 3. odstavka 186. a člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RH, št. 53/91, 91/92, 88/01, 112/99, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08 in 123/08) so zahtevo za mirno reševanje spora tožniki vložili 10. 7. 2007, zato njihova terjatev ni zastarala.“ Dostopno na: MSVSRH, stran obiskana 13. 7. 2016.

58 Torej po preteku roka treh mesecev od vložitve zahteve za mirno reševanje spora oziroma njegove dopolnitve.

59 NN, št. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13 in 152/14, v nadaljevanju: ZKP/08. Z določbo 2. odstavka 496. člena ZKP je predpisano, da: „(...) dokler traja postopek iz 1. odstavka tega člena, ne teče zastaranje iz 1. odstavka 495. člena tega zakona.“ Enako je določal tudi nekdanji Zakon o prekrških (NN, št. 88/02, v nadaljevanju: ZP/02) v 3. odstavku 251. člena v zvezi z določbo 250. člena.

60 Glej Prancič, Vicko, O naknadi pretprocesnih stroškova u parničnom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, 47 (2010), 4 (98), str. 861–886.

(razlika med neto in bruto plačo) lahko terjaja v pravnem postopku ali pa ne gre za sodno pristojnost.“ VSRH meni, „(...) da sta zastavljeni pravni vprašanji pomembni za zagotovitev enotne uporabe zakona in enakopravnosti državljanov ter gre, glede na to, da revizijsko sodišče o teh vprašanjih v času odločanja organa druge stopnje in vložitve revizije še ni zavzelo pravnega stališča, za pravni vprašanji, o katerih obstaja različna praksa drugostopenjskih sodišč,“ in je pozitivno odgovorilo na prvo in negativno na drugo vprašanje. Tako meni, da „(...) stranki, ki je vložila zahtevo za mirno reševanje spora, pripadajo stroški zastopanja, ki so pri tem nastali, ker se mora 1. odstavek 151. člena ZPP tolmačiti na takšen način ne glede na dejstvo, ali je prišlo do pravnega postopka in je stranki v tem postopku uspelo, ali pa je nasprotna stranka prostovoljno izpolnila zahtevo pred uvedbo pravnega postopka.“⁶¹ Oziroma „(...) da ima stranka, ki je vložila zahtevo za mirno reševanje spora v skladu s 186.a členom ZPP, pravico do nadomestila stroškov odvetniškega zastopanja samo v primeru, ko gre za zahtevo, ki bi se lahko uveljavila v sodnem pravnem postopku,⁶² in kjer je ravnanje po določbi 186.a člena ZPP procesna predpostavka za vložitev tožbe.“⁶³

Torej ima stranka, ki jo zastopata odvetnik in tudi državno tožilstvo,⁶⁴ pravico do nadomestila stroškov postopka za mirno reševanje spora. V praksi stranke to načeloma rešujejo na način izvensodne poravnave, v skladu s katerim vsaka stranka krije svoje stroške.

4.4 Problematika ustrezne oblike izvensodne poravnave, sklenjene na podlagi zahteve za mirno reševanje spora

Posebno vprašanje, ki se je pojavilo v praksi, je, ali mora na izvensodni poravnavi v stvarnopravnih zadevah podpis državnega tožilca overiti notar. Z določbo 3. odstavka 52. člena Zakona o zemljiških knjigah⁶⁵ je namreč predpisano, da se bo vknjižba dovolila, če je overjen podpis tiste osebe, katere pravica se omejuje, obremenjuje, ukinja ali prenaša na drugo osebo. Nadalje je s 55. členom ZZK predpisano, katere so tiste javne listine, na temelju katerih se lahko dovoli vknjižba. Ali se lahko na podlagi izvensodne poravnave, ki je bila sklenjena po določbi 186.a člena ZPP, s katero se izvrši prenos (so)lastninske pravice, opravi vpis lastninske pravice na nepremičnini?

Ne bi smelo biti sporno, da je takšna izvensodna poravnava javna listina.⁶⁶

61 To bi bili: „(...) stroški sestave zahteve po odvetniku, v skladu s 1. odst. 151. čl. ZPP v zvezi s 1. odst. 154. čl. 1. ZPP in tarifne št. 28 Tarife o nagradah in nadomestilu stroškov za odvetniško delo (NN št. 9/94, v nadaljevanju: Tarifa).“

62 VSRH meni, da „(...) v primeru, ko tožnik naknadno zahteva razliko med bruto in neto plačo na način, da v zahtevi za mirno reševanje spora zahteva plačilo zneska davka, dodatnega davka in obveznih prispevkov na račun pristojnih organov, ne gre za terjatev v sporu, ki bi bil v smislu 1. čl. in 16. čl. ZPP v sodni pristojnosti.“

63 Dostopno na: MSVSRH, stran obiskana 13. 7. 2016.

64 Glej 162. člen ZPP. Državno tožilstvo ima pravico do nadomestila stroškov, ne pa tudi do nagrade.

65 NN, št. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13 in 60/13, v nadaljevanju: ZZK.

66 Med drugim se za javno listino štejejo tudi odločitve sodišča ali drugega pristojnega organa in pred njimi sklenjene poravnave, ki se po predpisih o izvršbi štejejo kot izvršilne listine (glej 4. odstavek 186.a člena ZPP), če vsebujejo točno označbo zemljišča ali pravice, na katere se nanaša vpis.

Izvensodna poravnava bi morala vsebovati *intabulacijsko klavzulo*, tj. izjavo o dovolitvi vpisa, ki ni bila dana pod pogojem. Overitev podpisa oseb, ki so sklenile listino, torej v tem primeru namestnika (pristojnega) državnega tožilca, ne bi bila obvezna,⁶⁷ če upoštevamo, da je z ZPP posredno predpisana oblika, v kateri mora biti sklenjena izvensodna poravnava. Kot je bilo že navedeno, je s 4. odstavkom 186.a člena ZPP predpisano, da ima tudi izvensodna poravnava lastnost izvršljivosti. Izvensodno poravnavo, sklenjeno z RH po njenem zastopniku na podlagi zakona (državnem tožilstvu), podpisuje namestnik (pristojnega) državnega tožilca, ki svoj podpis overi z žigom državnega tožilstva. Z Zakonom o pečatih in žigih z grbom Republike Hrvaške⁶⁸ je predpisano, da se z žigom potrjuje verodostojnost akta, s katerim državni in drugi organi ter imetniki javnih pooblastil odločajo ali uradno komunicirajo z drugimi organi, pravnimi in fizičnimi osebami (1. in 2. odstavek 1. člena ZPŽGRH). Zaradi tega v tem primeru overitev podpisa državnega tožilca na izvensodni poravnavi ni potrebna.

Vendar bi moral biti takrat, ko fizična ali pravna oseba, razen enot lokalne (območne) samouprave,⁶⁹ prizna neko stvarno pravico RH, podpis fizične osebe oziroma zakonitega zastopnika pravne osebe overjen. Ko gre za obligacijska razmerja, enako predpisuje sam ZPP v 9. odstavku 186.a člena ZPP.

4.5 Vsebina poravnave, sklenjene na podlagi zahteve za mirno reševanje spora v kontekstu 150. člena Obligacijskega zakonika

Pravilo iz 1. odstavka 150. člena ZOO določa, da „ (...) s pogodbo o poravnavi osebe, med katerimi obstaja spor ali nejasnost o nekem pravnem razmerju, z medsebojnim popuščanjem prekinejo spor oziroma rešijo nejasnost in uredijo svoje vzajemne pravice in obveznosti,“ s tem da „ (...) nejasnost obstaja tudi, ko je uresničitev določene pravice negotova“ (2. odstavek 150. člena ZOO). Citirana zakonska določba je podlaga, na kateri je v pravni teoriji zasnovano stališče o izvensodni poravnavi kot pogodbi, s katero se z vzajemnim popuščanjem rešuje obstoječi spor v že nastalem civilnopravnem razmerju in se določijo vzajemne pravice in obveznosti med strankami.⁷⁰ Po drugi strani je sodna poravnava pogodba, s katero stranke urejajo civilnopravna razmerja, s katerimi lahko prosto razpolagajo,⁷¹ sklenjena v pisni obliki pred sodiščem in dovoljena s strani sodišča, ki ima lastnost pravnomočnosti, če se z njo določa tudi obveznost nekaj storiti, pa tudi lastnost izvršljivosti.

67 Nasprotno stališče ima ŽS na Reki, ki je na primer v odločbi Gž-35/11 z dne 24. 1. 2013 (s katero je bil potrjen sklep OS v Opatiji št. Z-5085/10 z dne 1. 10. 2010) navedlo: „ (...) to, da je bila sodna poravnava podpisana po županu mesta Opatija in namestniku županijskega državnega tožilca na Reki ne predstavlja javne listine iz 55. čl. ZZK in niti iz 39.–42. čl. Zakona o lokalni in območni (regionalni) samoupravi (NN, št. 33/01 in 36/09), niti citirani predpisi, navedeni na izvensodni poravnavi, ne dajejo značaja javne listine ...“ (iz avtorjevega arhiva). K navedenemu stališču lahko dodamo, da je izvršilna listina javna listina s točno določeno vsebino, ki ji je lastnost izvršljivosti izrecno priznana z zakonom (načelo legalitete), za kar gre tudi v tem primeru (4. odstavek 186.a člena ZPP).

68 NN, št. 33/95, v nadaljevanju: ZPŽGRH.

69 Glej 1. člen ZPŽGRH.

70 Glej Gorenc, Vilim, Česić, Zlatko, Kačer, Hrvoje, Momčinović Hrvoje, Pavić, Drago, Perkušić, Ante, Pešutić, Andrea, Slakoper, Zvonimir, Vidović, Ante, Vukmir, Branko, Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, 2005, str. 205–209, Slakoper, Zvonimir, Gorenc, Vilim, s sodelovanjem Bukovac-Puvača, Maje, Obvezno pravo, Opći dio, Novi Informator, Zagreb, 2009, str. 511–521.

71 Glej 3. člen ZPP.

V obeh primerih gre za materialnopravni pogodbi, s tem da se s sodno poravnavo ustvarjajo tudi določeni procesnopravni učinki, ki izhajajo iz dejstva, da je sklenjena pred sodiščem. Sporazum, ki ga predvideva določba 186.a člena ZPP, je prav tako materialnopravna pogodba, vendar nima tistih procesnih učinkov, ki jih ima sodna poravnava, glede na to, da ni sklenjena pred sodiščem. Vendar pa ima pomembno lastnost, ki ji jo daje ZPP – lastnost izvršljivosti.

Ni sporno, da je poravnava iz 186.a člena ZPP izvensodna poravnava, ki jo primarno urejajo pravila od 150. do 159. člena ZOO. Čeprav civilnopravna pogodba o poravnavi nima značaja pravnomočne sodne odločbe (kot sodna poravnava), se v konkretnem primeru na podlagi (izvensodne) poravnave, sklenjene v skladu s 186.a členom ZPP (ki je izvršljiva listina), lahko opravi njena izpolnitev v izvršilnem postopku.⁷²

Pomembno je poudariti, da se lahko, če bi se izkazalo, da je sklenjena izvensodna poravnava nična (v celoti ali delno), iz razlogov, navedenih v 159. členu ZOO, izpodbija s tožbo, s tem da je obvezna uporaba 186.a člena ZPP, če je ena od strank RH, ne glede na to, katera pogodbeni stranka toži.⁷³

4.6 Izvršljivost izvensodne poravnave, sklenjene na podlagi zahteve za mirno reševanje spora

Po določbi 4. odstavka 186.a člena ZPP ima izvensodna poravnava lastnost *izvršljivosti*, medtem ko 9. odstavek istega člena navaja, da je takšna poravnava *izvršilna* listina. Med določbami ZPP glede vprašanja izvensodne poravnave in njene izvršitve ni drugih določb. Za ostala vprašanja, ki se nanašajo na izvršbo na podlagi izvensodne poravnave, sklenjene na podlagi zahteve za mirno reševanje spora kot izvršilne listine, bo zato treba uporabljati pravila Zakona o izvršbi.⁷⁴ Na podlagi 1. in 2. točke 23. člena omenjenega zakona se kot izvršilna listina med drugim štejeta tudi sodna odločba in sodna poravnava ter je izrecno določeno, da je takšna listina tudi poravnava iz 186.a člena ZPP.⁷⁵

4.7 Zaznamba vložitve zahteve za mirno reševanje spora

V zvezi z uporabo zemljiškknjižnega instituta zaznambe spora (oziroma tožbe za izpodbijanje pravnih dejanj dolžnika) se je v praksi pojavil dvom, ali je (bila) takšna zaznamba dovoljena glede na to, da je bila vložena zahteva za mirno reševanje spora. Treba je poudariti, da je to vprašanje na določen način marginalizirano, ker je z uveljavitvijo določbe 84.a člena ZZK⁷⁶ vložniku zahteva za mirno reševanje spora na voljo nov instrument – zaznamba začetka postopka iz 84.a člena ZZK.⁷⁷

72 Vendar je treba upoštevati, da, če je prišlo do sklenitve izvensodne poravnave v pravnem razmerju, o katerem se že vodi pravdni postopek, torej med pravdo, s samo sklenitvijo izvensodne poravnave pravda ne preneha. Po določbi 1. odstavka 321. člena ZPP se sodna poravnava lahko sklene vse do pravnomočnega zaključka pravnega postopka. Te poravnave pa so redke v sodni praksi.

73 Tako tudi sodna praksa, glej odločbo TS na Reki 6 P-1179/15 z dne 12. 5. 2016 (iz avtorjevega arhiva).

74 NN, št. 112/12, 25/13, 93/14 in 55/16, v nadaljevanju: OZ.

75 Vendar je bila določba 2. točke v OZ vnesena šele z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbah iz leta 2014 (NN, št. 93/14).

76 Določba 84.a člena ZZK je bila uvedena 16. 5. 2013 z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o zemljiških knjigah (NN, št. 60/13).

77 Do uvedbe 84.a člena ZZK je bilo treba spor obravnavati po 1. odstavku 70. člena ZZK, ki je določal, da

V času, ko se je problematiziralo vprašanje dopustnosti zaznambe spora (oziroma tožbe zaradi izpodbijanja pravnih dejanj tožnika), je praksa menila, da ta ni dovoljena. Tako je bilo zavzeto stališče, da: „(...) se zahteva za mirno reševanje spora iz 186.a čl. ZPP ne more enačiti s tožbo, ker nima učinka uvedbe pravde, zato z njegovo vložitvijo za nasprotno stranko niso izpolnjene predpostavke, ki so potrebne za zaznambo tožbe (spora) zaradi izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj.“⁷⁸

Po uvedbi 84.a člena ZK je praksa drugačna.⁷⁹

4.8 Izvensodna poravnava in posebne ureditve

Z novelo ZPP/08 je določeno, da se 186.a člen ZPP ne uporablja v primerih, ko je s posebnimi predpisi določen rok za vložitev tožbe, na primer pri tožbi zaradi motenja posesti, ko je s posebnim zakonom predpisan postopek za vložitev zahteve za mirno reševanje spora pri pristojnem državnem tožilstvu ali nekem drugem organu.⁸⁰ Določba 186.a člena ZPP je torej splošni predpis, ki se ne uporablja v primerih, predpisanih s posebnim zakonom.

se zaznambe lahko odredijo, ko je to predvideno z ZK ali drugim zakonom.

78 V obrazložitvi judikata se navaja: „(...) s 1. odst. 85. čl. ZK je določeno, da oseba, ki je v skladu s predpisi o obligacijskih razmerjih pooblaščenca izpodbijati dejanja svojega dolžnika, lahko, ko izpodbija s tožbo, zahteva zabeležbo te tožbe v zemljiškoknjžnih vložkih, v katerih je zaradi uresničitve tožbenega zahtevka potreben zemljiškoknjžni vpis. Z določbo 1. odst. 86. čl. ZK je določeno, da bo zaznambo tožbe zaradi izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj dovolilo sodišče s sklepom na predlog upnika, ki je vložil to tožbo, če se dokaže, da je bila vložena tožba pri sodišču. Iz teh določb je jasno razvidno, da je pomembna predpostavka za to vrsto zaznambe dejstvo, da je bila tožba zaradi izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj vložena pri sodišču. Zaradi tega je prvostopenjsko sodišče pravilno zavrnilo predlog predlagatelja potem, ko je ugotovilo, da predlagatelj še ni vložil tožbe, temveč je šele začel postopek v skladu z določbo 186.a čl. ZPP zaradi mirnega reševanja spora“ (...) in „namen te zahteve je, da do pravnega postopka ne pride, ker v postopku mirnega reševanja spora stranke poskušajo skleniti poravnavo, s katero bodo rešile svoja sporna pravna razmerja, in če jih bodo rešile na ta način, sploh ne bo prišlo do pravnega postopka.“ ŽS v Bjelovarju Gž-1972/10 z dne 7. 1. 2011. Sudska praksa Županijskog suda v Bjelovaru, Bjelovar, 2011, Bilten, 2011. Dostopno na: <https://sudovi.pravosudje.hr/zsbj/img/File/sudska%20praksa/BILTEN%202010.pdf>, stran obiskana 13. 7. 2016.

79 Tako je OS na Reki v zadevi št. Z-8457/16 z dne 4. 7. 2016 navedlo: „S 1. odstavkom 84.a člena Zakona o zemljiških knjigah (NN, št. 91/96, 137/99, 73/00, 114/01, 100/04, 107/07, 2/07, 152/08, 55/13 in 60/13: v nadaljevanju: ZK) je predpisano, da bo, ko stranka, ki je pred sodiščem ali upravnim organom uvedla postopek, v katerem bi se lahko odredil vpis, za katerega se ne more vpisati zaznamba spora, zemljiškoknjžno sodišče na podlagi te vloge in s potrdilom, da je bila vložena na sodišču ali pri upravnem organu v reševanje, dovolilo zaznambo uvedbe tega postopka. S 1. odst. 186.a čl. ZPP je predpisano, da se mora oseba, ki namerava vložiti tožbo zoper RH, pred vložitvijo tožbe obrniti z zahtevo za mirno reševanje spora na državno tožilstvo, ki je stvarno in krajevno pristojno za obravnavo na sodišču, pred katerim namerava vložiti tožbo zoper RH, razen v primeru, ko je s posebnimi predpisi določen rok za vložitev tožbe. Z 8. odst. 186.a čl. ZPP pa je predpisano, da se določbe tega člena na ustrezen način nanašajo tudi na primere, v katerih namerava RH tožiti določeno osebo s stalnim prebivališčem ali sedežem v RH. Zaradi subsidiarne uporabe ZPP, ki v 186.a ZPP predpisuje obveznost državnega tožilstva za izvedbo postopka mirnega reševanja spora pred vložitvijo tožbe pri pristojnem sodišču, se šteje, da so izpolnjene predpostavke iz 84.a čl. ZK“ (iz avtorjevega arhiva).

80 Z zahtevo za nadomestilo škode zaradi nezakonitega in neutemeljenega pripora se mora, na primer, oškodovani obrniti na Ministrstvo za pravosodje (glej 495. in 496. člen ZKP/97).

Primere takšnih posebnih ureditev najdemo (ali smo jih našli) v 495. in 496. členu Zakona o kazenskem postopku,⁸¹ 251. členu ZP/02,⁸² 9. členu ZOŠT, 87. členu Zakona o službi v oboroženih silah Republike Hrvaške.⁸³

Posebni zakoni, čeprav vsebujejo podobne ali iste določbe o vložitvi zahteve za mirno reševanje spora, ne vsebujejo izrecnih določb o zavržbi tožbe v primeru, če se ne vložijo zahteve za mirno reševanje spora.⁸⁴ Sodišča zato, kljub načeloma enaki situaciji, v takih zadevah tožb niso zavračala.

Po sodni praksi:⁸⁵

„Določbe 186.a člena Zakona o pravdnem postopku se uporabljajo tudi v delovnih sporih“ – na primer, ko državni uslužbenec namerava tožiti državo glede zahteve za nadomestilo škode v zvezi z delovnim razmerjem.

5. VLOŽITEV ZAHTEVE ZA MIRNO REŠEVANJE SPORA V POSEBNIH POSTOPKIH

5.1 Vložitev zahteve za mirno reševanje spora kot procesna predpostavka v adhezijemskem postopku⁸⁶

V ZKP/08 je v členih od 153. do 162. določen t. i. premoženjskopravni zahtevak, ki se vloga v sklopu kazenskega postopka. Pravdni postopek, ki se vodi znotraj kazenskega postopka (zadeve) po pravilih tega postopka, se imenuje adhezijemski postopek.⁸⁷

81 NN, št. 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02, 62/03, 178/04 in 115/06, v nadaljevanju: ZKP/97. Ta zakon je ostal v veljavi tudi po začetku veljavnosti novega ZKP (NN, št. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13 in 152/14, v nadaljevanju: ZKP/08). Po določbi 1. pododstavka 1. odstavka 573. člena ZKP/08 z začetkom veljavnosti tega zakona preneha veljati ZPP/97, razen določb od 1. do 206. člena, od 208. do 400. člena in od 414. do 505. člena.

82 NN, št. 88/02, 122/02, 187/03, 105/04 in 127/04, veljal je do 1. 1. 2008. Zdjaj veljavni Zakon o prekrških (NN, št. 107/07, 39/13, 157/13 in 110/15, v nadaljevanju: PZ/07) nima takšne določbe.

83 NN, št. 33/02, 58/02, 175/03, 136/04, 76/07, 88/09 in 124/09. Veljal je do 26. 6. 2013.

84 Na primer zdaj veljavni Zakon o službi v oboroženih silah Republike Hrvaške (NN, št. 73/13, 75/15 in 50/16) v 5. odstavku 193. člena določa: „(...) o zahtevi oškodovanca, da mu Republika Hrvaška nadomesti škodo, odloča pristojno sodišče.“ Zato je po tem zakonu obvezna uporaba 186.a člena ZPP.

85 VSRH, Revr-118/05 z dne 29. 6. 2005, dostopno na: MSVSRH, stran obiskana 13. 7. 2016.

86 Beseda adhezija izvira iz latinske besede *adhaerer*, ki pomeni *držati se česa, oprijeti*, njen pravni pomen pa bi bil: *priključitev*. Klaić, Bratoljub, Rječnik stranih riječi, Školska knjiga, Zagreb, 2007, str. 12. Glej Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *cit.*, str. 90–92.

87 Adhezijemski postopek se v prekrškovnem postopku vodi na zahtevo oškodovanca, če se v tej zahtevi navedena vsa dejstva in dokazi, na katerih temelji, in če se z njegovo obravnavo ne bi znatno zavlačeval prekrškovni postopek (141. člen PZ). Premoženjskopravni zahtevak se lahko nanaša na nadomestilo škode, vračilo stvari in odpravo pravnega posla. Sam postopek se vodi ter odločitve se sprejemajo na enak način kot v kazenskem postopku. Tudi v upravnem sporu se lahko zahtevata vračilo odvzetih stvari in nadomestilo škode, ki je bila tožniku povzročena z izvršitvijo akta, ki se ga izpodbija (11. člen Zakona o upravnih sporih (NN, št. 53/91, 9/92 in 77/92, v nadaljevanju: ZUS)). Če se zahteva s tožbo vračilo stvari ali nadomestilo škode, je treba postaviti tudi določeno zahtevo v zvezi s stvarmi ali višino pretrpljene škode. S sodbo, s katero se izpodbijani upravni akt odpravlja, bo sodišče odločilo tudi o zahtevi tožnika za vračilo stvari ali nadomestilo škode, če ima za to v postopku dovolj podatkov. V nasprotnem primeru bo napolnilo tožnika, da svoj zahtevak uveljavlja v pravdi (4. odstavek 42. člena ZUS).

Predlog za uveljavitev premoženjskoprnega zahtevka⁸⁸ lahko vloži oseba, ki lahko vloži tak zahtevek v pravdi. Če ga vloži RH, se pojavlja vprašanje uporabe določbe 186.a člena ZPP glede na to, da je premoženjskopravni zahtevek v adhezijskem postopku *ekvivalenten* tožbenemu zahtevku v pravnem postopku. Čeprav se namreč adhezijski postopek vodi v okviru kazenskega postopka z uporabo določb procesnega kazenskega prava, mora oškodovanec, kar velja tudi za državo, imeti na voljo vsa pravna sredstva, ki bi jih imel, če bi svoj zahtevek postavil v pravdi.

Ko država premoženjskopravni zahtevek uveljavlja v pravnem postopku, se nesporno uporabljajo določbe 186.a člena ZPP. Menimo, da, če RH takšen zahtevek uveljavlja znotraj kazenskega postopka, veljajo določbe 186.a člena ZPP, kar pomeni, da je RH dolžna predhodno vložiti zahtevo za mirno reševanje spora.

Potek adhezijskega postopka izključuje možnost istočasnega in/ali naknadnega pravnega postopka o isti stvari, če je bilo o njej meritorno odločeno. Pri tem pravice oškodovanca in drugih pooblaščenecv za vložitev (premoženjskoprnega) zahtevka, ki so določene z ZKP, ne bi smele biti manjše od predpisanih z ZPP, ker bi to pomenilo kršitev z Ustavo RH zajamčene pravice do enakega varstva pravic.

V procesnem smislu se premoženjskopravni zahtevek lahko izenači s tožbo v pravnem postopku, zato bo imela vložitev zahteve iste procesne posledice kot vložitev tožbe.⁸⁹

Za obravnavo premoženjskega zahtevka v kazenskem postopku se morata *kumulativno* izpolniti dve predpostavki: a) da obstaja predlog osebe, pooblaščenca za uveljavitev premoženjskoprnega zahtevka, kot *pozitivna* predpostavka in b) kot *negativna* predpostavka dejstvo, da obravnava premoženjskoprnega zahtevka znatno ne zavlačuje kazenskega postopka.⁹⁰

Glede na to, da je adhezijski postopek priključen pravnemu postopku znotraj kazenskega postopka, bi kazensko sodišče moralo *ex officio* skrbeti za obstoj procesnih predpostavk za njegovo vodenje. Zagotovo pa ne bo izpolnjena procesna predpostavka za vložitev tožbe (adhezijskega zahtevka) proti obdolžencu, če se država predhodno ni obrnila nanj z zahtevo za mirno reševanje spora.

Sporno je tudi, ali se uporablja določba 186.a člena ZPP v primeru, ko kazensko sodišče z njenim premoženjskoprnim zahtevkom (ki ga je postavila v kazenskem

88 Premoženjskopravni zahtevek bi se lahko postavil tudi na način, da se v njem poudari več (tožbenih) zahtevkov, in celo tudi tako, da oni eventualno kumulirajo (188. člen ZPP). Enako bi veljalo tudi za sospornike, če gre za več obdolžencev (196. in 197. člen ZPP). Glede navedenega lahko nastane dvom, glede na to, da sodišče v kazenskem postopku ni pooblaščenca *zavrniti* premoženjskoprnega zahtevka. Tako bi v primeru, če meni, da je treba *sprejeti* tudi zahtevo, moralo glede tistega, kar meni, da je *neosnovano*, napatiti oškodovanca na pravdo, kar ni smiselno. Podrobneje pri Pavišič, Berislav, Kunštek, Eduard, Komentar Zakona o kaznenom postopku, Dušević i Kršovnik, Rijeka, 2011, str. 333.

89 Glej Pavišič, Berislav, Kunštek, Eduard, *cit.*, str. 354., Kunštek, Eduard, *Actio civilis* u kaznenom postopku, Kazneno pravo, kazneno postupovno pravo i kriminalistika, Zbornik radova povodom 70. godina života Berislava Pavišića, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2014, str. 274.

90 Glej 1. odstavek 153. člena ZKP.

postopku) RH napoti na pravdo.⁹¹ Če upoštevamo, da napotitev na pravdo⁹² pravzaprav pomeni vložitev *nove* tožbe, tudi v tem primeru obstajajo razlogi za uporabo določbe 186.a člena ZPP.

5.2 Izvršilni postopek

Če upoštevamo določbo 21. člena OZ, da se „(...) v izvršilnem postopku in postopku zavarovanja na ustrezen način uporabljajo določbe Zakona o pravdnem postopku“, se postavlja vprašanje, ali se uporablja določba 186.a člena ZPP na ustrezen način v izvršilnem postopku, v postopku vložitve zahteve za izvršbo na podlagi verodostojne listine (31. in 39. člen OZ).

Če stranka, ki namerava vložiti predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine zoper RH, že ima verodostojno listino (račun, menico, ček, javno listino), na kateri so navedeni upnik in dolжник ter predmet, vrsta, obseg in čas izpolnitve denarne obveznosti, ni dolžna ravnati v skladu s 186.a členom ZPP. Upnik se lahko pisno obrne na dolžnika in ga pozove k izpolnitvi dolga tudi pred začetkom izvršbe. Če upnik pošlje vlogo na državno tožilstvo, bo ta dopis takoj posredovalo državnemu organu, na katerega se nanaša dolg.

Crnić⁹³ navaja: „(...) ne vidimo niti zakonske možnosti notarja, da ne sprejme predloga za izvršbo, čeprav v spisu ni podatkov o tem, ali je predlagatelj izvršbe (upnik) poskušal mirno razrešiti spor z državnim tožilstvom.“

5.3 Izvenpravdni postopek

V RH še ni bil sprejet Zakon o izvenpravdnem postopku, temveč se kot pravno pravilo⁹⁴ uporabljajo določbe nekdanjega Zakona o sodnem izvenpravdnem postopku.⁹⁵ V 1. odstavku paragrafa 21 je določeno, da „(...) če ta zakon nima posebnih določb, se bodo v tem postopku, tudi poleg primerov, ki so posebej navedeni v tem zakonu, uporabljali predpisi Civilnega pravnega postopkovnika.“

Ali se je treba tudi v postopku ločitve solastniške skupnosti z RH z zahtevo za mirno reševanje spora obrniti na RH?

Po našem mnenju ne, vendar vsaka rešitev spora mimo sodišča predstavlja razbremenitev sodišča. Ne obstaja pa obveznost ravnanja v izvenpravdnih postopkih po 186.a členu ZPP.

91 Glej 158. člen ZKP.

92 Napotitev na pravdo je predvidena na primer v 118. členu OZ. Vendar določbe OZ pogojujejo vložitev tožbe v roku, ki ga določi sodišče, z zamujanjem roka pa je tožnik prekludiran s svojim zahtevkom. ZKP nima takšne določbe.

93 Crnić, Ivica, Zahtjev za mirno rješenje spora prema državi, osiguratelju, poslodavcu i nakladniku, *Pravo u gospodarstvu* 49 (2010), 1, str. 417.

94 Glej Zakon o načinu uporabe pravnih predpisov, ki so bili sprejeti pred 6. 4. 1941 (NN, št. 73/91).

95 Uradni list Kraljevine Jugoslavije, št. 45/34 (NN, št. 73/91).

5.4 Zahteva za mirno reševanje spora in 14. člen Zakona o organiziranosti državne uprave

Po določbi 13. člena Zakona o organiziranosti državne uprave:⁹⁶ „(...) škodo, ki državljanu, pravni osebi ali drugi stranki nastane z nezakonitim ali nepravilnim delom organov državne uprave, organov enot lokalne in območne (regionalne) samouprave oziroma pravnih oseb, ki imajo javna pooblastila, pri opravljanju njihovega dela za državno upravo, poravnava Republika Hrvaška.“

Torej, če škodo povzroči kateri koli od zgoraj navedenih organov, primarno in izvirno zanjo odgovarja RH,⁹⁷ zato se mora uporabiti določba 186.a člena ZPP, ker bi bila lahko tožena RH. Ko pa gre za nadomestilo škode na podlagi neke druge osnove in je tožena lahko enota lokalne in območne (regionalne) samouprave, se 186.a člen ZPP ne uporablja.

6. ZAKLJUČEK

Na koncu dela je treba dodatno preučiti nekatera vprašanja in podati določene zaključke.

Prvič na zelo pogosto oceno, da RH znatno prispeva k trajanju sodnih postopkov in kopičenju sodnih zaostankov.⁹⁸

Zdi se, da takšna ocena ni najbolj točna.⁹⁹ K drugačnemu mnenju prispeva argumentacija, ki jo je podal Uzelac, ki navaja: „(...) vprašljivo je celo, koliko je bilo z Novelo ZPP/08 dejansko doseženo izenačevanje procesnega položaja države in drugih strank. Simetrično ravnanje je logično v razmerjih, v katerih je položaj strank simetričen, kar v primerih spora z državo ni. Iz samega bistva stvari izhaja, da je država v pravnih najpogosteje toženec, tako da substancialna procesna izenačitev ni dosežena. Dejanska enakost v postopku bi obstajala šele takrat, ko morebitna obveznost poskusa sporazumne rešitve spora ne bi bila odvisna od statusa (ene) stranke v postopku, temveč bi obstajala univerzalno za vse stranke.“^{100, 101}

96 NN, št. 150/11 in 12/13, v nadaljevanju: ZSDU.

97 Glej odločbo USUD U-III-2314/06 z dne 21. 2. 2007, v kateri je navedeno, da je primarna in neposredna odgovornost države za škodo zaradi nezakonitega ali nepravilnega dela organa državne in javne uprave poseben izraz načela vladavine prava, ene od največjih vrednot ustavnega reda RH, ki je določena s 3. členom Ustave RH. Dostopno na: <http://www.usud.hr> (spletna stran USUD, v nadaljevanju: MSUSUD), stran obiskana 13. 7. 2016.

98 Poročilo Evropske komisije (v nadaljevanju: EK) o napredku v procesu pristopnih pogajanj iz novembra 2006, str. 50, in novembra 2007, str. 49. Dostopno na: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2006/nov/hr_sec_1385_en.pdf in: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2007/nov/croatia_progress_reports_en.pdf, strani obiskani 13. 7. 2016. V njih se navaja: „država še naprej prispeva k tem zaostankom in še naprej sodeluje v pravnih, v katerih ima malo možnosti za uspeh.“

99 Glej Informacijo o sodnih postopkih, v katerih je stranka RH s predlogom ukrepov za zmanjšanje njihovega števila, ki jo je DORH pod št. A-153/12 dne 8. 5. 2012 posredoval Ministrstvu za pravosodje. Dostopno na: <http://www.dorh.hr/Default.aspx?sec=646>, stran obiskana 13. 7. 2016.

100 Uzelac, Alan, Aras, Sladana, Maršić, Martina, Mitrović, Maja, Kauzlaric, Željana, Stojčević, Paula, Aktualni trendovi mirnoga rješavanja sporova u Hrvatskoj: dosezi i ograničenja, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 60 (2010), 6, str. 1284.

101 Avtor navaja, da „(...) na podoben način je bila na primer v Angliji po reformi Lorda Woolfa uvedena

Dejstvo je, da se je z uvedbo in ravnanjem po določbi 186.a člena ZPP uspelo zmanjšati število pravnih postopkov, v katerih je ena od strank RH, kar kažejo letna poročila DORH.¹⁰² Iz njih izhaja, da je bilo v obdobju od 2006 do 2015 skupaj 89.892 zahtev za mirno reševanje spora (zahtev RH in zahtev zoper njo), skupaj pa je bilo sklenjenih 13.629 izvensodnih poravnjav, kar predstavlja 15,16 %.¹⁰³

Lahko opazimo, da je število vloženih zahtev za mirno reševanje spora iz 186.a člena ZPP in s tem takšnih zadev – glede na število sklenjenih izvensodnih poravnjav – še vedno relativno majhno. Kljub temu je viden napredek od uvedbe pravila leta 2003 do danes, saj je število sklenjenih izvensodnih poravnjav s strani državnega tožilstva večje, a bi bilo lahko še večje.

Mogoče je, da k premajhnemu številu izvensodnih poravnjav prispeva to, da v državnem tožilstvu še vedno ni popolnoma sprejeta potreba za sklenitev teh poravnjav, kadar koli je to mogoče, in sicer z namenom, da se izognejo pravnim postopkom. S tem bi se zmanjšali tudi število sodnih zadev, stroški postopkov in podobno. Nepotrebno in čezmerno vodenje pravnih postopkov onemogoča državno tožilstvo, da se resneje posveti drugim opravilom.

Posebna težava je tudi nezadostno sodelovanje državnih organov (ministrstev, agencij in podobno) pri nujenju potrebnih podatkov državnemu tožilstvu (neposredovanje ali neažurno posredovanje podatkov, izkazov, dokazov in podobno).

Včasih se postopek mirnega reševanja spora spremeni v golo formalnost (bodisi s strani državnega tožilstva in/ali pravnih in fizičnih oseb). Opazno je, da je veliko zahtev za mirno reševanje spora rezultat zakonske obveznosti, manj pa volje in želje vlagatelja po dejanskem zaključku izvensodne poravnave, še bolj pa tudi zato, ker se posamezni spori, na primer na področju zemljiške knjige, lahko hitreje, bolj učinkovito in bolj ekonomično razrešijo na drugačen način, na primer s posameznim uskladitvenim postopkom.

Zdi se, da še vedno ni zavedanja, da je cilj oziroma bistvo postopka mirnega reševanja spora končni uporabnik (stranka) oziroma reševanje nastalih (pravnih) problemov. S tem ko državni organi ne ravnajo po sklenjenih izvensodnih poravnjavah (obstajajo tudi taki primeri), se tako pri strankah ustvarja slika neučinkovitosti postopka njihove sklenitve in se spodkopava zaupanje v pravni sistem in načelo vladavine prava.

Po drugi strani je do zdaj manjkal odločnejši in bolj radikalen (reformistični) pristop k rešitvi opaženih težav.

splošna obveznost, da se pred začetkom postopka uporabi formalni postopek pogajanj (t. i. *pretrial protocols*).“ Na podoben način je bila že v domačih pravnih krogih podana teza, da bi „(...) pogajanje pred toženjem moralo postati procesna predpostavka za samo toženje.“ Tuškan, Branimir, Informativni seminar o mirenju; Pregovarjanje bi prije utuženja trebalo postati procesnom pretpostavkom za samo utuženje, *Odvjetnik*, 3.–4., Zagreb, 2009, str. 18.

102 Dostopno na: <http://www.dorh.hr/Default.aspx?sec=645>, stran obiskana 13. 7. 2016.

103 Vedi, da določena državna tožilstva na podlagi zahteve za mirno reševanje spora sklenejo tudi več kot 70 % izvensodnih poravnjav.

Temeljni ugovor je v zvezi z vprašanjem obveznosti vložitve zahteve za mirno reševanje spora. V teoriji se namreč poudarja, „(...) da se postopek, ki je bil začel z zahtevo za mirno reševanje spora, zato ker ne predvideva vključitev tretje nevtralne in nepristranske osebe, ne more šteti kot mediacija, temveč kot postopek prisilne napotitve ene stranke k pooblaščenemu zastopniku na podlagi zakona druge stranke (RH) zaradi poskusa sklenitve izvensodne poravnave.“¹⁰⁴ Lahko se zagovarja tudi nasprotno mnenje ali pa se kot sprejemljive označijo navedbe: „(...) obvezno ravnanje po navedeni zakonski določbi predstavlja preboj zasebnopravnega odnosa RH kot osebe zasebnega prava (*iure gestionis*) v javnopravni, z upoštevanjem dejstva, da je RH hkrati tudi oseba javnega prava (*iure imperii*), ki s spremembo zakona kot oseba javnega prava omogoča RH kot osebi zasebnega prava, da se zoper njo ne more vložiti tožba brez predhodne vložitve zahteve za mirno reševanje spora, z namenom privilegirane statusa v izključno zasebnopravnem odnosu zoper druge subjekte zasebnega prava.“¹⁰⁵

V zvezi z obstoječo normativno ureditvijo se lahko postavi vprašanje o (ne) enakopravnosti strank v postopku, glede na to, da se mora fizična ali pravna oseba pred vložitvijo tožbe obrniti na pristojno državno tožilstvo in obratno; medtem ko v primeru, da nekdo želi tožiti županijo, mesto in/ali občino, tega ni dolžan storiti, in obratno. Ne obstaja razlog, da se obveznost „pogajanja“ pred pravdo ne določi tudi za te osebe. Alternativa je, da se takšna obveznost določi za vse stranke, torej tudi za fizične in pravne osebe, ki imajo namen vložiti tožbo.

Eno od pomembnih vprašanj je, ali se z določbo 186.a člena ZPP omejuje pravica do dostopa do sodišča.¹⁰⁶ Triva in Dika menita, da:¹⁰⁷ „(...) bi se uvedeni predhodni obvezni poskus mirnega reševanja spora težko mogel opravičiti z razlogi sorazmernosti – s potrebo za zaščito kakšnega drugega bolj pomembnega interesa, ki je zaščiten s pravom.“

Predhodna napotitev k pristojnemu državnemu tožilstvu, kot procesna predpostavka za dopustnost toženja RH, ne sme biti izključna in absolutna niti ne sme postaviti fizične in pravne osebe v neenakopraven položaj. Vsem pravnim subjektom je

104 Triva, Siniša, Dika Mihajlo, *cit.*, str. 236.

105 Šagovac, Antun, Tužba protiv Republike Hrvatske s osvrtno na slučaj suparničarstva. Dostopno na: <http://www.sagovac.hr/publikacije/Antun-Sagovac-Tuzba-protiv-republike-hrvatske-s-osvrtno-na-slucaj-suparnicarstva.pdf>, str. 4, stran obiskana 13. 7. 2016.

106 Glej določbo 1. odstavka 6. člena EKČP. V zadevi *Momčilović zoper Republiko Hrvaško*, zahteva 11239/11, sodba z dne 26. 3. 2015: Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) je ugotovilo, da obveznost vložitve zahteve za mirno reševanje spora pri pristojnem državnem tožilstvu na noben način ni mogla negativno vplivati na vložnikovo pravico do vložitve tožbe zaradi nadomestila škode (§. 53). Še več, z vložitvijo predmetne zahteve pride do pretrganja zastaranja, in če pristojno državno tožilstvo ne sprejme zahteve, ostane vložniku pravica do vložitve tožbe pri pristojnem sodišču (§. 52). Dejstvo je, da je v skladu z merodajnim domačim pravom pristojno državno tožilstvo dolžno v roku treh mesecev od vložitve sprejeti odločitev o zahtevi, toda ESČP poudarja, da takšen rok sam po sebi ni nerazumen in da ne vpliva na samo bistvo pravice do poštenega sojenja (§. 54). ESČP poudarja, da ni pristojno za preizkus, ali deluje domači pravni sistem na način, ki ustreza pritožniku, temveč da se njegova pristojnost omejuje na vprašanje, ali je bila tožnikom odtujena pravica do poštenega sojenja na nesorazmeren način. Z opustitvijo tega dodatnega procesnega koraka so vložniki sami sebe spravili v položaj, v katerem so bila domača sodišča onemogočena pri meritornem odločanju o njihovi zahtevi. Sodišče je ugotovilo, da odločitve domačih sodišč niso bile nepošteno in arbitrarne ter da pravica vložnikov do pristopa k sodišču ni bila omejena (§. 54).

107 Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *cit.*, str. 237.

namreč treba omogočiti kakovostno pravno zaščito v čim krajšem času in s čim nižjimi stroški.¹⁰⁸

Če se bo zakonodajalec odločil, da bo obdržal določbo 186.a člena ZPP, bi se lahko razmišljalo o drugačni rešitvi. *De lege ferenda* bi bilo koristno: a) dopolniti 1. odstavek 186.a člena ZPP na način, da se vključijo tudi enote lokalne in regionalne samouprave ter uprave; b) dopolniti določbo z novim odstavkom, s katerim bi se predpisalo, da v primeru, če se doseže izvensodna poravnava, vsaka stranka krije svoje stroške,¹⁰⁹ ali alternativno, da ima pravico do povračila stroškov stranka, katere zahteva za mirno reševanje spora se sprejme, kot tudi c) dopolniti določbo na način, da se vztraja pri doseganju (sodne) poravnave vse do pravnomočne odločitve sodišča.

Seveda pa se lahko predlaga tudi popolna opustitev ureditve iz določbe 186.a člena ZPP in se kot rešitev ponudi določba 324. člena ZPP, kot je *sugerirano* v obravnavanem delu.

V tem primeru bi se postavilo vprašanje obstojnosti določbe 186.a člena ZPP. S tem predlogom je povezan tudi predlog drugačne ureditve „kritja“ pravnih stroškov.

Treba bi bilo namreč razmišljati o tem, da se osebi, ki ji je bila ponujena mirna rešitev spora in ki jo je zavrnila in ki je na koncu izgubila pravdo, naloži kritje povečanih pravnih stroškov, kar bi veljalo tudi za sodne takse.

Državnemu tožilstvu, ki mora pri svojem delu upoštevati Ustavo RH in zakone, zaradi česar bi moralo biti vestna (izven)pravdna stranka, uspeh v konkretnem (izven)pravdnem postopku ne bi smel biti pomembnejši od resnice¹¹⁰ niti ne bi smel dati prednost premoženjskim interesom države pred vladavino prava.¹¹¹

Na koncu želimo opozoriti, da je treba vsako normo, tako tudi tisto iz 186.a člena ZPP, tolmačiti namensko, in sicer z upoštevanjem, da je odločilni *ratio legis* norme namen oziroma cilj norme.¹¹²

Norma se ne more razumeti samo kot tekstualni del, temveč se mora pri tolmačenju upoštevati tudi normativno področje, s katerim je povezana.¹¹³

108 Z upoštevanjem načela ekonomičnosti postopka in načela prepovedi zlorabe procesnih pravic.

109 V skladu z uporabo določbe 159. člena ZPP.

110 Alan Uzelac, *Istina u sudskom postupku*, Pravni fakultet, Zagreb, 1997, str. 157. navaja: „*Na posreden način bi nekdo zaradi vsega tega lahko pomislil na inferiornost civilnega procesa, ker iz vsega sledi, da se v kazenskem postopku uresničujeta Resnica in Pravica; v civilnem pa (eventualno) samo Pravica.*“

111 „Vladavina prava je precej več od abstraktnega načela [...]. Če ne izkusite vladavine prava v vsakdanjem življenju kot posvečen napor vseh državnih institucij, kot skupen interes in skupna pričakovanja ali kot normalen način življenja in normalno delovanje družbe in institucij svoje države, takrat je vladavina prava samo beseda, ne pa praksa in normalnost.“ Rainer Faupel, *The Rule of Law – Nothing Purely Abstract and No Matter for Sunday Speeches*, Strani pravni život, št. 2/09, Beograd, 2009, str. 8.

112 Nemško Zvezno vrhovno sodišče izhaja iz tega, da zakon v zvezi s pravno oblastjo, na kateri se uporablja, ni omejen na primere, ki jih je zakonodajalec predvidel, „ker on ni mrtva črka na papirju, temveč živi duh, ki se razvija, ki napreduje v življenjskih pogojih in ki se jim prilagaja, vse dokler njegova forma, v katero je pretočen, ne postane prepreka.“ Glej v Ademović, Nedim, Marko, Joseph, Marković, Goran, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo, 2012, str. 27.

113 Öhling, Theo, *Verfassungsrecht*, 8, überarbeitete Auflage, Facultas Verlags- und Buchhandels AG (izd.), Wien, 2009, str. 33.

Summary

ARTICLE 186.a CODE OF THE CIVIL PROCEDURE (In theory and practice)

The author gives a presentation of the request for a settlement under Article 186 of the Code of Civil Procedure, through theoretical and practical view. In particular it highlights the dilemma that is considered institute set before or practitioners and theorists. The paper offers a *de lege ferenda* authors about how the future use and improve Institute peaceful settlement of disputes with no or minimal involvement of the courts.

Keywords: Law of Civil Procedure, the request for a settlement, prosecution, Enforcement document, enforceability

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- Bešić, Asmira, Sudska nagodba – novi pristup rješavanju sporova, Društveni ogledi, Godina 2, številka 1, str. 251–275.
- Crnić, Ivica, Zahtjev za mirno rješenje spora prema državi 1. i 2. dio, Informator – 57 (2009), 5814; str. 5–7 in 57 (2009), 5815; str. 10–12.
- Crnić, Ivica, Zahtjev za mirno rješenje spora prema državi, osiguratelju, poslodavcu i nakladniku, Pravo u gospodarstvu – 49 (2010), 1; str. 403–448.
- Hrvoj-Šipek, Zlata, Mirno rješenje spora s državom – članak 186.a Zakona o parničnom postupku (iskustva Državnog odvjetništva u primjeni članka 186.a Zakona o parničnom postupku), Pravo u gospodarstvu – 51 (2012), 4; str. 1072–1082.
- Jovičić, Olja, Mirno rešavanje spora sa Republikom Srbijom pre podnošenja tužbe u parničnom postupku, Pravni informator, št. 1/13, str. 21.
- Jug, Jadranko, Zahtjev za mirno rješenje spora prije podnošenja tužbe, radi naknade štete, protiv Republike Hrvatske, Informator – 56 (2008), 5632; str. 1–3.
- Kaladić, Ivan, O odredbama čl. 186a. Zakona o parničnom postupku, Hrvatska pravna revija – 4 (2004), 10; str. 101–105.
- Knol-Radoja, Katarina, Pretpostavke dopuštenosti podnošenja tužbe u odnosu na određene pravne subjekte, doktorski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, 2015.

114 Naj zmaga pravica, da ne propade svet.

- Kunštek, Eduard, Actio civilis u kaznenom postupku, Kazneno pravo, kazneno postupovno pravo i kriminalistika – zbornik radova povodom 70. godina života Berislava Pavišića, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2014, str. 269–279.
- Mandić, Olja, Pravna priroda i dejstvo sporazuma o mirnom rešenju spora iz člana 193. Zakona o parničnom postupku, Republičkog javnog pravobranilaštva, št. 2/12, str. 91.
- Nakić, Jakob, Članak 186.a Zakona o parničnom postupku – neke dvojbe, Hrvatska pravna revija – 5 (2005), 21; str. 116–121.
- Nakić, Jakob, Odnos članka 186.a i članka 324. Zakona o parničnom postupku, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse: građansko, trgovačko, radno i procesno pravo u praksi, Godišnjak 16, Organizator, Zagreb, 2009.
- Nedeljković, Julijana, Javni pravobranilac – zastupnik po (kojem) zakonu?, Pravni informator, št. 5/08, str. 38.
- Prodanović, Jovan, Prethodno podnošenje prijedloga za mirno rešavanje sporova kao procesna pretpostavka dopuštenosti tužbe protiv Republike Srbije, Bilten Republičkog javnog pravobranilaštva, št. 3/11, str. 53–54.
- Radovanov, Aleksandar, Kritička analiza pojedinih zakonskih rešenja u novom Zakonu o parničnom postupku, Pravno-ekonomski pogledi, št. 2/12, str. 1–29.
- Rakić-Vodinić, Vesna, Zakon o parničnom postupku Srbije, Pravni zapisi, št. 2/11, str. 536–539.
- Salaj, Štefica, Obvezan postupak za mirno rješenje spora s Republikom Hrvatskom – pokušaj nagodbe prije podnošenja tužbe, Hrvatska pravna revija – 4 (2004), 9; str. 114–117.
- Šagovac, Antun, Povlaštenu status Republike Hrvatske u primjeni članka 186.a Zakona o parničnom postupku, Informator – 63 (2015), 5359; str. 16–17.
- Šagovac, Antun, Tužbe protiv Republike Hrvatske s osvrtom na slučaj suparničarstva, <http://www.sagovac.hr/publikacije/Antun-Sagovac>.
- Timotijević, Ivan, Neka sporna pitanja u parnicama protiv Republike Srbije radi naknade štete prouzročene diskriminacijom osoba s invaliditetom, Bilten Republičkog javnog pravobranilaštva, št. 1/11, str. 67.
- Tratar, Boštjan, Državno pravobranilaštvo u Republici Sloveniji kao organ pravosuđa, Bilten Republičkog javnog pravobranilaštva, št. 1/14, str. 11–26.
- Triva, Siniša-Dika, Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004.
- Uzelać, Alan, Aras, Slađana, Maršić, Martina, Mitrović, Maja, Kauzlarić, Željana, Stojčević, Paula, Aktualni trendovi mirnog rješavanja sporova u Hrvatskoj: dosezi i ograničenja, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu – 60 (2010), 6; str. 1265–1308.

POGODBA O NAROČILU¹

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

1. BISTVENE ZNAČILNOSTI POGODBE O NAROČILU

S pogodbo o naročilu se prevzemnik naročila zavezuje naročitelju, da bo zanj opravil določene posle (prvi odstavek 766. člena OZ). Prevzemnik naročila se s sklenitvijo zaveže, da bo posle opravil. To še posebej, in brez potrebe, poudari drugi odstavek 766. člena OZ.

Prevzemnik naročila pa nima le dolžnosti oprave poslov, temveč ima tudi pravico. To je pravica, zahtevati plačilo za svoj trud (tretji odstavek 766. člena OZ). Pogodba o naročilu je torej v slovenskem pravu dvostransko zavezujoča pogodba.

Pogodba o naročilu je pogosto povezana s pooblastitvijo in njeno posledico, tj. pooblastilom. Takšna povezava dveh medsebojno različnih pravnih poslov je sicer značilna prav za delo odvetnikov, ki praviloma – vendar ne vedno – postanejo tako prevzemniki naročila kot tudi pooblaščenca. Vendar pa niti odvetniki ne postanejo vselej pooblaščenca.²

Vsekakor gre za dva povsem različna pravna posla. Pooblastitev je pravni posel, s katerim pooblastitelj podeli upravičenje za zastopanje pooblaščenca (prvi odstavek 74. člena in drugi odstavek 69. člena OZ). Sprejem pooblastitve za nastanek pooblastila ni potreben (drugi odstavek 69. člena OZ). Pooblastitev je torej povsem enostranski pravni posel. Morebitna opustitev izvrševanja pooblastila za pooblaščenca nima nobenih posledic.

Razlog za pooblastitev je lahko v pravnem poslu. Že iz prej navedenih določb bi bilo mogoče sklepati, da je razmerje med pooblastitvijo in takšnim pravnim poslom povsem abstraktno. Vendar pa to jasno izhaja tudi iz drugega odstavka 74. člena OZ. Obstoj pooblastila se presoja povsem neodvisno od posla, ki je bil razlog za podelitev pooblastila. Če je torej takšen temeljni pravni posel neveljaven ali celo ne obstaja, to na obstoj in veljavnost pooblastila ne vpliva. Poleg pogodbe o naročilu je lahko razlog za podelitev pooblastila na primer tudi pogodba o zaposlitvi. Seveda pa ni treba pooblastiti izrecno. Pooblastitev je lahko dana tudi sklepčno s sklenitvijo pogodbe o naročilu, če naj bi prevzemnik naročila ravnal v naročiteljevem imenu.

¹ Ta prispevek se nanaša na predavanje, ki je bilo na Gospodarskopravni šoli v oktobru leta 2018.

² Tako je bilo očitno v zadevi z opr. št. VS RS II Ips 54/2013. Ena od pogodbenih strank je sicer bila odvetnik po poklicu, vendar pa iz opisa dejanskega stanja ni mogoče razbrati, da bi naročitelja zastopala ali da bi zastopanje imelo sploh kakršenkoli pomen.

1.1 Posel

Bistvena značilnost pogodbe o naročilu je, da se z njo prevzemnik naročila zaveže k opravi poslov. OZ izraza »posli« ne opredeljuje. Drugače kot na primer prvi odstavek 69. člena OZ tudi ne omejuje zaveze prevzemnika naročila na pravne posle. Iz tega je mogoče sklepati, da lahko prevzemnik naročila opravi kakršnekoli posle, ne le pravne. Posel je torej lahko vsaka tuja dejavnost. Lahko je pravnoposlovna, ali pa le dejanska.³ Lahko je podjetniška s ciljem pridobivanja dobička, lahko pa tudi ne. Lahko je samostojna ali pa odvisna od kakšne druge dejavnosti.

Medtem ko se s podjemno pogodbo podjemnik zavezuje k opravi »določenega posla« (torej enega!), se s pogodbo o naročilu zavezuje opraviti »določene posle«. Pri pogodbi o naročilu bi torej morale biti že ob njeni sklenitvi poslov več. Vendar pa prvi odstavek 768. člena OZ uporablja za pogodbeno zavezo prevzemnika naročila izraz »naročilo«, v tretjem odstavku 768. člena OZ pa sploh govori o »poslu«, in sicer v ednini! Enako tudi 771. člen OZ, medtem ko 772. člen uporablja izraz posel spet v množini, prvi odstavek 779. člena OZ pa v ednini.

Značilnost OZ je površno izražanje, in nič drugače si ni mogoče razložiti niti nedosledne uporabe besede »posel«, enkrat v ednini, drugič v množini. Kakšnega vsebinskega razloga za takšno drugačno opredelitev obsega zaveze prevzemnika naročila za zdaj namreč ni bilo mogoče najti. Sklenjena bo torej veljavna pogodba o naročilu tudi, če bo prevzemnik naročila zavezan le k opravi enega samega posla.

S tem v zvezi vzbuja pozornost še uporaba besede »naročilo«, ki ga zakon uporablja kot sopomenko za »posel«. Naročilo je le izjava volje, in sicer takšna, s katero se ponudi sklenitev pogodbe o naročilu. Šele ko druga stranka izjavi sprejem ponudbe, je pogodba o naročilu sklenjena.⁴ Vsebina naročila – torej ponudbe – postane sestavni del pogodbe o naročilu in v bistvenem delu določa njeno vsebino. Zato je tudi razumljivo, da zakon uporablja izraza »posel« in »naročilo« kot sopomenki.

Dosedanja sodna praksa se je večinoma nanašala na odvetnike kot prevzemnike naročila in na druge osebe, ki opravljajo pravno svetovanje. Vendar pa to še zdaleč ne pomeni, da je sklenitev pogodbe o naročilu omejena na te osebe. Tako je bila na primer v neki zadevi⁵ sklenjena pogodba o naročilu med dvema nekdanjima zunajzakonskima partnerjema. Za nobenega od njiju pa iz dejanskega stanja ni razvidno, da bi se ukvarjal s pravnim svetovanjem.

1.2 Oprava posla

Prvi in drugi odstavek 766. člena OZ določno zavezujeta prevzemnika naročila k »opravi« posla. Če bi sklepali le na podlagi teh določb, potem je prevzemnik naročila odgovoren za uspeh.

3 Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, IV. knjiga, Ljubljana 1986, kom. k 749. členu, pod l. 2. (str. 2161).

4 Bukljaš/Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb 1979, 4. knjiga, komentar k 749. členu, str. 2319.

5 VS RS II Ips 19/2014.

V očitnem nasprotju s takšno razlago pa je tretji odstavek 766. člena OZ, ki daje prevzemniku naročila pravico do plačila za svoj trud. Do plačila bi bil torej upravičen že, če bi si prizadeval, končnega uspeha pa ne bi dosegel. Enako izražanje je tudi v drugem odstavku 782. člena OZ. Prvi odstavek 776. člena OZ daje prevzemniku naročila pravico zahtevati povrnitev stroškov celo, če se je njegovo delovanje izjalovilo, vendar brez njegove krivde. Zadnja določba je le šibek indic, da si mora prevzemnik naročila le prizadevati in da ni zavezan doseči uspeha. Šibek indic pa je zato, ker iz določbe jasno ne izhaja, ali se nanaša le na povrnitev stroškov ali pa je del obsežnejšega pravila. Predvsem iz tretjega odstavka 766. člena OZ je mogoče sklepati, da prevzemniku naročila ni treba doseči končnega uspeha. Takšno je tudi stališče v sodni odločbi VS RS⁶ in literaturi.⁷ S pogodbo o naročilu nastane za prevzemnika naročila obligacija prizadevanja,⁸ ne uspeha.⁹ V tem je pravzaprav tudi glavna razlika med podjemno pogodbo in pogodbo o naročilu.

1.3 Plačilo

Naročitelj dolguje plačilo. Mogoč je sicer tudi dogovor, da se posli opravijo brezplačno ali pa na primer glede na uspeh (tretji odstavek 766. člena OZ). Plačilo ali določena vrsta plačila torej ni nujni pogoj za sklenitev pogodbe o naročilu.

2. RAZMEJITVE

Pogodbo o naročilu je treba ločiti zlasti od podjemne pogodbe. Prav ta razmejitev pa je razmeroma težka, hkrati pa je lahko za odločitev v sporu ključnega pomena.¹⁰

Razlika med obema pogodbama je s stališča k opravi posla zavezane stranke velika in odločilna. Podjemnik dolguje uspeh. Če ga ne doseže, do plačila ni upravičen. To je pomembno še zlasti v primeru, ko opravlja svoj posel, ki pa ima napake. Ne le, da ima naročnik pravico zahtevati odpravo napak (prvi odstavek 639. člena OZ), temveč lahko zahteva tudi odškodnino (peti odstavek 639. člena OZ). Pri pogodbi o naročilu pa si mora prevzemnik naročila le (dovolj) prizadevati za uspeh in ni odgovoren za končni uspeh. Dolguje torej, toda na drugačen način in pod zanj blažjimi pogoji kot podjemnik.

Iz zakonskega opisa podjemne pogodbe in pogodbe o naročilu ni mogoče sklepati, da se z eno ali drugo pogodbo k opravi posla zavezana stranka zavezuje le k opravi kakšne posebne vrste posla (619. člen OZ in prvi odstavek 766. člena OZ). Iz tega bi bilo mogoče sklepati, da se k opravi posla lahko zavezanec zaveže tako s podjemno pogodbo kakor tudi s pogodbo o naročilu. Pravnih ovir za to ni. Takšno je bilo tudi stališče literature že pred nastankom OZ. Nobenih težav torej ne more

6 VS RS III Ips 25/2014, r. št. 25.

7 Plavšak v: Juhart/Plavšak (redaktorja): Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, Ljubljana 2004, kom. k 778. členu (str. 258) in k 766. členu, pod 2.2 (str. 191).

8 VS RS III Ips 25/2014, r. št. 25, II Ips 201/2014.

9 Plavšak v: Juhart/Plavšak (redaktorja): Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, Ljubljana 2004, kom. k 766. členu, pod 2.2 (str. 190).

10 Vsebinskim razlikam med obema pogodbama ustreza tudi razlika v izrazju. K opravi storitve zavezana stranka se pri podjemni pogodbi imenuje podjemnik, pri pogodbi o naročilu pa prevzemnik naročila. Druga stranka se imenuje pri podjemni pogodbi naročnik, pri pogodbi o naročilu pa naročitelj.

biti, če se stranki izrecno dogovorita glede vrste pogodbe ali vsaj dovolj natančno glede obveznosti k opravi posla zavezane stranke.

Resnične težave pri razmejitvi pa nastanejo, kadar se ena stranka drugi le zaveže k opravi nekega posla in če ni kakršnekoli opredelitve, ali dolguje le prizadevanja ali pa več od tega, torej uspeh.

Cigoj je menil, da naj bi bila razlika med podjemno pogodbo in pogodbo o naročilu v tem, da je nosilec koristi in neugodnosti pri podjemni pogodbi podjemnik, pri pogodbi o naročilu pa prevzemnik naročila.¹¹ To je kvečjemu posledica sklenitve ene in druge pogodbe. Poleg tega je tudi merilo povsem nejasno, na kakšne koristi in neugodnosti je mislil Cigoj. Tako podjemnik kot tudi prevzemnik naročila sta namreč zavezana k delu in upravičena do plačila. Glede tega sta v enakem položaju.

S svojim komentarju obligacijskih razmerij je Cigoj menil, da je razlika med obema posloma v tem, da »je nosilec posla mandant. Zaradi tega nosi po pravilu nevarnost izgube in dosežkov posla. Če se izpolnitev izjalovi po naključju s tem, da se že doseženi uspeh ali delna korist poslov uniči, nosi izgubo gospodar. Koristi iz posla nima, vendar pa mora plačati opravljeno delo, če je bila nagrada dogovorjena. Povrniti mora stroške mandatarju, čeprav ni bilo uspeha. ... Če je posel, v katerega je mandatar vložil svoje delo, šel v izgubo, je s tem mandatar svojo obveznost že izpolnil in ni zavezan, da bi posel še enkrat opravil.«¹² Pri podjemni pogodbi bi torej moral podjemnik opraviti posel še enkrat in bi bil torej nosilec posla podjemnik.

Utemeljeno se je Plavšakova uprla takšnemu razlikovanju s kritiko, da gre pri takšnem razlikovanju le za opis nekaterih posledic značilne obveznosti prevzemnika naročila, ki je v tem, da gre za obveznost prizadevanja.¹³ Cigojevo razmejevanje obeh pravnih poslov za razlikovanje obeh vrst pravnih poslov v opisanem primeru je neuporabno.

Nadalje vidi Cigoj pri mandatu kavzo, ki naj bi bila po njegovem mnenju zaupna. Medtem ko mandatar ravna v mandantovem interesu, ravna podjemnik sicer v okviru naročnikovih navodil, toda v svojem interesu. Pri tem se zastavlja vprašanje, na kaj opira Cigoj svoje stališče, da je mandat zaupen, in tudi, kaj naj bi po Cigojevih predstavah kavza sploh bila. Je to nagib ene stranke, skupni namen obeh strank ali kaj tretjega? Tega ni pojasnil. Še precej bolj očitno pa je, da je končni cilj podjemnikovega in tudi mandantovega ravnanja denarno plačilo in da ga lahko pričakujeta le, če ustrezno upoštevata interese naročnika pri podjemni pogodbi oziroma mandatarja pri mandatni pogodbi. Plačilo pa lahko zahtevata le, če izpolnita svoje obveznosti. Tudi domnevno obstoječa zaupnost in iz nje domnevno izvirajoče posledice torej ne morejo biti merilo za razmejitev obeh vrst pogodbe.¹⁴

11 Cigoj, Institucije obligacij, Ljubljana 1989, str. 147 (pod 5); isti v: Komentar obligacijskih razmerij, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, IV. knjiga, Ljubljana 1986, kom. k 749. členu, pod III (str. 2162).

12 Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, IV. knjiga, Ljubljana 1986, kom. k 749. členu, pod VI (str. 2165).

13 Plavšak v: Juhart/Plavšak (redaktorja): Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, Ljubljana 2004, kom. k 766. členu, pod. 2.2. (str. 191).

14 Tudi glede tega je kritika Plavšakove povsem upravičena. Glej Plavšak v: Juhart/Plavšak (redaktorja): Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, Ljubljana 2004, kom. 766. členu, pod. 2.4 (str. 191 in 192).

Končno vprašanje je, kaj je potem pravzaprav tisto merilo, ki omogoča – ali naj bi omogočalo – razlikovanje obeh vrst pogodb, ko stranki le opišeta posel, ki se naj bi opravil, ne določita pa, ali dolguje dolžnik storitve uspeh ali le prizadevanje.

Predlog Plavšakove je, naj bi bilo v takšnih primerih merilo objektivno, in sicer običajne značilnosti istovrstnih poslov. Odločilno naj bi bilo, k čemu se navadno zaveže stranka, ki je zavezana k storitvi. Če se navadno zaveže k dosegi uspeha, bi torej morala biti sklenjena pogodba podjemna pogodba. Če se zaveže le k prizadevanju za dosego uspeha, potem je bila sklenjena pogodba o naročilu. Kot pomožno merilo, mogoče prav v primeru, ko ni ali še ni ustaljenega obsega zaveze k storitvi zavezane stranke, je Plavšakova predlagala tudi osebne značilnosti stranke ali koristnika (beneficiarja) storitve. Če je uspeh posla odvisen tudi od osebnih lastnosti naročitelja, ima pogodba značilnosti pogodbe o naročilu. Kot primer je navedla opravljanje zdravstvenih storitev.¹⁵ Omejila pa je to merilo na »dejanske posle«, pri tem pa tudi ni prav jasno, zakaj prav nanje.

Merilo je sicer videti obetavno in tudi pomožno merilo je videti takšno. Hkrati pa samo merilo vendarle ni dovolj konkretno, kar je razvidno tudi iz primera, ki ga je Plavšakova (na navedenem mestu) navedla, to pa je čiščenje preproge. Če nekdo prinese preprogo v čiščenje in je običajno, da se pri čiščenju preproge izvajalec storitve zaveže k odstranitvi vseh madežev, gre po njenem mnenju za podjemno pogodbo. Če ne, potem gre za pogodbo o naročilu. Pri tem je pogodbenik, ki naroči storitev, v težkem položaju, ker najverjetneje sploh ne bo vedel, kaj je običajno. Tudi tretji, na primer sodnik, tega znanja nima, in tudi ne nobenih primernih sredstev, da bi to ugotovil. Merilo pa tudi odpove, kadar še ni nobenih ustaljenih predstav o obsegu zaveze, ker se še niso oblikovala, ali pa tega tudi ni mogoče pričakovati.

Problematična je tudi razmejitev med primeri, ko je sklenjena pogodba o naročilu, in primeri, ko pogodba sploh ni bila sklenjena. Nekdo lahko opravlja storitve za drugega brezplačno, vendar tudi brez kakršnekoli pravne zaveze. Stori pač uslugo. Življenjska realnost je polna takšnih primerov, na primer prijatelji pazijo na (tujega) otroka. Razlikovanje med primeri, v katerih je bila pogodba sklenjena, in takšnimi, v katerih ni bila, pa je vendarle izredno pomembno zaradi pravnih posledic, zlasti zaradi jamčevanja. Če prevzemnik naročila slabo opravi posle, odgovarja odškodninsko na temelju pogodbe. Če se pogodbeno ne zaveže, potem odgovarja le deliktno.

3. DOLŽNOSTI PREVZEMNIKA NAROČILA

3.1 Posel in potrebna skrbnost pri njegovi opravi

Prevzemnik naročila mora predvsem opraviti določen posel ali več poslov (prvi odstavek 766. člena OZ). Prevzemnik naročila si mora le dovolj prizadevati za izvršitev posla. Končnega uspeha posla ne dolguje. S kakšno skrbnostjo mora ravnati prevzemnik naročila, je opredeljeno v 768. členu OZ.

¹⁵ Plavšak v: Juhart/Plavšak (redaktorja): Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, Ljubljana 2004, kom. k 766. členu, pod. 4.1.2 (str. 198 in 199).

Temeljno pravilo je zapisano v tretjem odstavku 768. člena OZ. Prezemnik naročila mora ravnati kot dober gospodar ali kot dober gospodarstvenik, če je dogovorjeno plačilo in če naročitelj ni dal določenih navodil (tretji odstavek 768. člena OZ). Če pa ne gre za dvostransko zavezujočo pogodbo o naročilu, če je torej pogodba neodplačna in prevzemnik naročila ni dal navodil, potem mora ravnati prevzemnik naročila kot v lastni stvari.¹⁶

Če je naročitelj dal navodila, potem mora prevzemnik naročila ravnati po prejetih navodilih kot dober gospodar ali kot dober gospodarstvenik (prvi odstavek 768. člena OZ). Če za določen del posla ali enega od več poslov ni navodil, potem mora prevzemnik naročila ravnati po tretjem odstavku 768. člena OZ, torej kot dober gospodar.

Iz 768. člena OZ je mogoče sklepati, da je namen navodila nekaj, s čimer se naj bi po volji naročitelja doseglo izvrševanje posla, ali, kot ga OZ tudi imenuje, »naročila«. Navodilo je torej izjava volje naročitelja, s katero se konkretizirajo dolžnosti pri izvrševanju naročila (posla).

Navodilo pa ima lahko tudi drugačen pomen. Pomeni lahko vir podatkov, brez katerih prevzemnik naročila posla ne more opraviti, ali pa brez njega ne more doseči uspeha. Če v takšnem primeru naročitelj navodila ne da, nosi vse posledice takšnega ravnanja sam.¹⁷

Dokaj obsežna sodna praksa se je doslej oblikovala glede dolžne skrbnosti pri ravnanju odvetnikov. Vsaka napaka pri postopku, ki ga vodi odvetnik, še ne pomeni, da je bilo odvetnikovo ravnanje neskrbno. To utemeljuje VS RS takole: »Narava pravniških poklicev namreč omogoča različno presojo izvedenih dokazov in različno pravno presojo. Kršitev odvetnikove skrbnosti pa je ravnanje, pri katerem odvetnik ni pokazal tipične (običajne, pogoste) skrbnosti povprečnega strokovnjaka z istega področja.«¹⁸ To mnenje je sicer pravilno, v tej zadevi pa je ostalo le *obiter dictum*.

Odvetniku ni treba predvidevati oddaljenih hipotetičnih in malo verjetnih dogodkov. V konkretni zadevi odvetnik utemeljeno ni videl pravnega temelja za postavljeni zahtevek in je tožbo umaknil. Šele pozneje je odločba Ustavnega sodišča RS v bistvu pravni temelj vzpostavila, in sicer zato, ker je bila vložena pobuda za oceno ustavnosti. To pa je bil prav takšen oddaljen hipotetičen in nepredvidljiv dogodek. VS RS je svojo odločitev utemeljilo takole: »Ob umiku tožbe v letu 2006 je namreč predstavljala kasnejša odločba Ustavnega sodišča preveč hipotetičen, oddaljen in nepredvidljiv dogodek, saj tedaj niti še ni bila vložena pobuda za oceno ustavnosti navedene določbe ZZZDR-C in še ni bila izdana navedena odločba Ustavnega sodišča, ki sicer celo ugotavlja, da obravnavana določba ZZZDR-C ni v neskladju z Ustavo, onemogočila pa je uporabo obravnavane določbe ZZZDR-C ter vzpostavila prejšnjo zakonsko ureditev. S temi trditvami se revidentka sklicuje na nepredvidljivo vzročno zvezo in objektivno nepredvidljivo posledico, kar izključuje obstoj protipravnosti ravnanja oziroma neskrbnosti prvotožene in drugotožene

16 Plavšak v: Juhart/Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, Ljubljana 2004, kom. k 768. členu, pod 2.3.3 (str. 224).

17 VS RS II Ips 201/2014, r. št. 13 in 14.

18 VS RS II Ips 201/2014, r. št. 10.

stranke. Prestroga je torej zahteva, izražena v reviziji - po takšni odvetnikovi skrbnosti, ki bi terjala predvidevanje vseh morebitnih bodočih posegov Ustavnega sodišča v veljavno zakonsko ureditev, s katero pravdne stranke utemeljujejo svoje tožbene zahtevke in trditve o pravno relevantnih dejstvih v posameznih pravnih postopkih.«¹⁹

V drugi zadevi pa je VS RS odločilo takole: »Standarda (ne)skrbnosti odvetnika ni mogoče tolmačiti tako široko (nerazumno), da bi imel dolžnost vlagati brezupne pritožbe z namenom zavlačevanja postopka. Takšno ravnanje ni ne vestno ne pošteno ne visoko strokovno, kot ga lahko v smislu 11. člena Zakona o odvetništvu pričakujemo od strokovnjaka, ki je odvetnik. Ravno skrben odvetnik naj bi stranki predočil možnosti za uspeh s pravnim sredstvom v primerjavi s stroški (odvetniškimi, svojimi in od nasprotne stranke, sodnih taks). Zavlačevanja postopka ni mogoče šteti ne za uspeh ne za smisel pritožbe, za kar se v svoji reviziji očitno zavzema tožnica.«²⁰

Obstaja tudi sodna praksa, ki pojasnjuje, v katerih primerih ravna odvetnik neskrbno. Neskrbno je ravnal odvetnik, ki je datum prejema odločbe zapisal napačno, brez dodatnega pojasnila, kaj ta datum pomeni, in je to pripeljalo do zavrženja prepozno vložene pravnega sredstva.²¹ Neskrbno je ravnal odvetnik, ki je opustil pravočasno vložitev tožbe²² ali predloga za izvršbo²³, čeprav je imel na voljo vse podatke za postavitve zahtevka. Prav tako je neskrbno ravnal odvetnik, ki je umaknil tožbo zoper prvotnega delodajalca, čeprav ni bilo jasno, da je njegove obveznosti prevzela druga družba.²⁴

Neskrbno je ravnal odvetnik tudi v zadevi, v kateri je kršil pojasnilno dolžnost, ker delavca ni opozoril na (kratek) rok za vložitev predloga za izvršbo za vrnitev delavca na delo.²⁵ Prav tako je ravnal neskrbno odvetnik, ko se je brez posveta s stranko odločil, da ne bo vložil tožbe na nedopustnost izvršbe, strankino stanovanje pa je bilo zaradi izvršbe prodano.²⁶

3.2 Osebna oprava posla

Prezemnik naročila mora naročilo izvršiti osebno (prvi odstavek 770. člena OZ). Glede tega se pogodba o naročilu in podjemna pogodba bistveno razlikujeta, saj podjemniku posla ni treba izvršiti osebno (prvi odstavek 629. člena OZ).

Prvi odstavek 770. člena OZ je razumljiva in tudi bolj ali manj nujna posledica okoliščine, da je vrsta mandatnih razmerij zaupna. Če naročitelj prevzemnika naročila izbere kot svojega sopogodbenika prav zato, ker mu zaupa, potem si bržkone ne želi, da bi prevzemnik naročila opravljanje naročila prenesel na koga

19 VS RS, II Ips 6/2011r. št. 9.

20 VS RS, II Ips 299/2009, r. št. 10.

21 VS RS, II Ips 68/2013, r. št. 11.

22 VS RS, II Ips 204/2010.

23 VS RS, II Ips 337/2009.

24 VS RS, II Ips 1099/2008.

25 VS RS, II Ips 67/2015.

26 VS RS, II Ips 204/2010, r. št. 9.

drugega. Takšna druga oseba bi se zaradi izvrševanja naročila nujno morala seznaniti z zaupnimi podatki. Prav tako tej tretji osebi naročitelj najbrž ne zaupa že zato, ker je ne pozna.

Vprašanje pa je, kaj prvi odstavek 770. člena OZ zares določa. Ali ga je mogoče razložiti tako, da mora prevzemnik naročila prav vsa opravila opraviti osebno? Na primer: naročitelj pri odvetniku naroči pravno svetovanje za določeno še nedokončano zadevo, ko mora odvetnik pripraviti več različnih osnutkov vlog, s katerimi se stranka nato obrne na državne organe, in pripraviti tudi več osnutkov različnih pogodb. Ali to pomeni, da odvetnik ne sme narekovati osnutka vloge ali pogodbe svoji tajnici, saj mora naročilo opraviti osebno? Takšna razlaga bi bila sicer mogoča, šla pa bi bržkone bistveno predaleč. V sodobni družbi je določena delitev dela bolj ali manj nujna in ni mogoče pričakovati, da se bo prevzemnik naročila lotil osebno prav vsakega opravila, ki je kakorkoli povezano z opravljanjem naročila. Poleg tega je lahko sodelovanje izpolnitvenega pomočnika nujnost preprosto zato, ker sam prevzemnik naročila nima potrebnih znanj in spretnosti, s katerimi bi lahko izpolnil naročilo. V prejšnjem primeru bi lahko bilo na primer v zadevi, v kateri se mora odvetnik ukvarjati tudi z davčnim pravom, treba za izpolnitev naročiteljevega naročila kot izpolnitvenega pomočnika vključiti še davčnega svetovalca. Prvi odstavek 770. člena OZ je torej treba razložiti po njegovem namenu: le za posel značilni, bistveni del mora prevzemnik naročila opraviti osebno.

Od tega pravila prvi odstavek 770. člen OZ določa izjemo, in sicer, da sme prevzemnik naročila izvrševanje naročila zaupati drugemu le, če mu je to dovolil naročitelj ali če so ga k temu prisilile okoliščine. Okoliščine morajo biti torej takšne, da naročitelja silijo k prenosu izvrševanja naročila drugemu. Tako lahko zlasti v primeru, ko prevzemnik naročila iz kakšnega utemeljenega razloga ne more več osebno opraviti naročila, npr. zaradi bolezni, da bi se izognil neuspehu celega posla, pa bo mora biti naročilo kljub temu izvršeno.

Za takšne primere je OZ vzpostavil več pravil. Če prevzemnik naročila zaupa izvršitev naročila nekemu drugemu, je odgovoren le za izbiro namestnika in dana navodila (tretji odstavek 770. člena OZ). Za krivdno ravnanje namestnika ni odgovoren. Drugače je pri podjemni pogodbi: podjemnik je odgovoren za ravnanje vsakega drugega, ki bi izvrševal posel (drugi odstavek 629. člena OZ), in tudi izpolnitvenih pomočnikov (630. člen OZ).

Odgovornost prevzemnika naročila je razmeroma zelo blaga. Namestnik praviloma s prevzemnikom naročila sam sklene pogodbo. Ali sta v medsebojnem pogodbenem razmerju tudi namestnik in naročitelj? V OZ ni nobene oporne točke za kaj takšnega, torej velja splošno pravilo: pogodba zavezuje le oba pogodbenika, in ne podeljuje ne pravice ne obveznosti komu tretjemu (prvi odstavek 125. člena OZ).²⁷ Ne glede na to pa naročitelj lahko zahteva od namestnika, da izpolni obveznost iz naročila (peti odstavek 770. člena OZ). Namestnikova tovrstna obveznost temelji torej neposredno na zakonu.

27 Drugačno stališče je zavzelo VS RS v zadevi z opr. št. II Ips 133/2014, r. št. 15. Iz dejanskega stanja je sicer razvidno, da je namestnik vedel za mandatno pogodbo in jo je tudi prejel (glej r. št. 10 v navedeni odločbi).

Peti odstavek 770. člena OZ je nadvse problematičen ne le zato, ker je videti, kot da prebija načelo relativnosti obveznostnih razmerij. Namestnik namreč nemara sploh ne ve, da je v položaju namestnika in da mora izvršiti naročilo. To ve le, če mu to prevzemnik naročila razkrije in torej namestnik ve, da je njegova obveznost izvršitev celega naročila in da je v položaju namestnika. Pričakovati od namestnika, da bo izvrševal naročilo ne le v razmerju do prevzemnika naročila, temveč da bo tudi izpolnjeval zahteve naročitelja, je v takšnem položaju upravičeno, saj se namestnik tega svojega položaja zaveda in ga je lahko tudi odklonil. V vseh drugih primerih, torej ko namestnik sploh ne ve, da je v položaju namestnika, pa ni razloga, zakaj bi moral upoštevati zahteve naročitelja. S tako razlago se lahko reši še nadaljnji problem, ki lahko nastane, če naročitelj zahteva izpolnitev in pri tem daje nemara drugačna navodila kot prevzemnik naročila, ali pa drugačna navodila, kot jih je dajal predhodno sam.

Če pa prevzemnik naročila zaupa izvršitev naročila namestniku, in ni tega naročitelj niti dovolil niti ga k temu niso prisilile okoliščine, je odgovoren za delo namestnika in tudi za naključno uničenje ali poškodbo stvari pri njem (četrti odstavek 770. člena OZ).

3.3 Vezanost na navodila

Odmik od starih navodil je vselej dopusten, če si prevzemnik naročila pridobi nova navodila ali da soglasje za odmik od navodil (prvi odstavek 769. člena OZ). Dopusten pa je tudi v nujnih primerih. Ti so podani, če zaradi kratkega časa ali iz kakšnega drugega tehtnega razloga prevzemnik naročila ne more dobiti novih navodil. Vsekakor je odmik dopusten le tako, da je še v skladu s domnevnimi naročiteljevimi koristmi. Kakšne bi lahko bile hipotetične koristi, mora prevzemnik naročila presoditi ob upoštevanju vseh okoliščin (prvi odstavek 769. člena OZ).

3.4 Opozorilna dolžnost

Prevzemniku naročila ni treba ravnati slepo po navodilih ne glede na njihovo primernost, temveč ima tudi opozorilno dolžnost.

Opozorilna dolžnost je urejena v drugem odstavku 768. člena OZ. Če je prevzemnik mnenja, da bi bila izvršitev naročila v skladu z navodili škodljiva za naročitelja, ga mora na to opozoriti. Jezikovna razlaga pravzaprav pripelje do sklepa, da ima prevzemnik naročila opozorilno dolžnost le, če sam tako meni. Ni pa določeno, da mora prejeta navodila preizkusiti in naročitelja opozoriti na morebitne pomanjkljivosti ali druge neugodne lastnosti navodil. Razlaga, ki bi nalagala prevzemniku naročila opozorilo le, če bi menil, da so navodila neprimerna, je preozka. Prevzemnik naročila mora vendar ravnati kot dober gospodar ali gospodarstvenik ali vsaj kot v lastnih zadevah in v vsem paziti na naročiteljeve interese. To velja tudi glede mnenja o navodilih. Navodila mora torej preizkusiti kot dober gospodar ali dober gospodarstvenik ali kot v lastnih zadevah. Če je izid preizkusa takšen, da bi bila izvršitev navodil škodljiva za naročitelja, ga mora na to opozoriti in zahtevati nova navodila.

Vendar pa: ali je to že dovolj? Kaj pa, če navodil ni, bi bila pa pomembna ali celo nujno potrebna za izvrševanje posla? Če lahko prevzemnik naročila z zahtevano skrbnostjo presodi, da je treba obvestiti naročitelja o takšni okoliščini, ali ne bi bilo pravilno, da bi imel prevzemnik naročila dolžnost, naročitelja obvestiti tudi o tem? Takšno dolžnost bi bilo mogoče utemeljiti s prvim odstavkom 768. člena OZ s tem, da mora prevzemnik naročila »paziti na naročiteljeve interese«. V eni zadevi je VS RS že odločilo tako.²⁸ V dveh drugih zadevah, v katerih je bil prevzemnik naročila odvetnik, pa je svojo odločitev utemeljilo s kršitvijo Kodeksa odvetniške etike, ki v 44. členu zavezuje odvetnika k seznanitvi s potekom postopka, kolikor je to mogoče.²⁹

3.5 Poročanje o stanju posla

Prevzemnik naročila mora naročitelju na njegovo zahtevo poročati o stanju poslov tudi pred za to določenim časom (772. člen OZ). Iz sicer pomanjkljivega besedila je mogoče sklepati, da je k temu prevzemnik naročila zavezan le, če sta se stranki dogovorili za nek določen čas poročanja. Takšna razlaga bi pripeljala do nesmiselne posledice, da v vseh drugih primerih prevzemniku naročila sploh ne bi bilo treba poročati. Da mora po končanem poslu dati račun, kar je pravzaprav še bolj obsežna dolžnost, pa je razvidno iz 771. člena OZ.

772. člen OZ si je torej mogoče razložiti le po njegovem namenu: celo če sta se stranki pogodbe o naročilu dogovorili, da bo dal prevzemnik naročila račun ob določenem času, lahko naročitelj zahteva poročilo o stanju poslov in celo dajanje računa pred tem.

3.6 Izročilna dolžnost in dajanje računa

Prevzemnik naročila mora o opravljenem poslu dati račun. Namen določbe je očitno, da mora prevzemnik naročila podati končno obširno poročilo o poteku posla in končnih učinkih posla. Poročilo mora biti popolno, pravilno, razumljivo in preizkusljivo.

Dajanje računa pa lahko pomeni še več, namreč »polaganje računa«. Polaganje računa je potrebno, kadar je izvrševanje naročila povezano z izdatki in prihodki. V takšnem primeru mora prevzemnik naročila sestaviti pregledni seznam dohodkov in izdatkov, njim pa priložiti dokazila, če obstajajo.

Karkoli je prejel prevzemnik naročila iz opravljanja poslov, mora izročiti naročitelju brez zavlačevanja (771. člen OZ).³⁰

28 VS RS, II Ips 67/2015, r. št. 8. V tej zadevi je prevzemnik naročila zastopal naročitelja v sodnem sporu, pri čemer prevzemnik naročila ni bil odvetnik. VS RS je zapisalo tole: »Velja še pojasniti, da ima mandatar v razmerju do naročitelja poleg opravljanja posla, ki se ga je z mandatno pogodbo zavezal opraviti (npr. zastopanja stranke v sodnem postopku) tudi druge obveznosti, med katere sodi predvsem pojasnilna obveznost in obveznost obveščanja naročitelja o okoliščinah, pomembnih za uresničitev naročiteljevih interesov, saj ima naročitelj položaj laika.«

29 VS RS, opr. št. II Ips 68/2013, r.št. 8 in II Ips 204/2010, r. št. 7.

30 Enako odločba opr. št. VS RS, II Ips 457/2008, r. št. 9.

Zahtevek za dajanje računa in z njim povezani zahtevek za izročitev prejetega se lahko uveljavlja s stopničasto tožbo (182. a člen ZPP). Stopničasta tožba temelji na predpostavki, da obstajata zoper istega zavezanca dva zahtevka, ki sta utemeljena s katero od določb materialnega prava. Drugi zahtevek mora biti takšen, da ga ni mogoče uveljavljati, če upravičenec prej ne izve dejstev, ki jih lahko izve izključno na temelju prvega zahtevka. Značilen, celo šolski primer materialnopravnega temelja za uveljavljanja dveh različnih pravic z (eno) stopničasto tožbo, ki pa ima dva različna zahtevka, je mogoče najti prav v 771. členu OZ.³¹

4. PRAVNE POSLEDICE KRŠITVE DOLŽNOSTI PREVZEMNIKA NAROČILA

4.1 Uvod

Prevzemnik naročila lahko z opravljanjem posla zamuja. Glede tega OZ nima nobenih posebnih določb, ki bi se nanašale posebej na pogodbo o naročilu. Takšne določbe bržkone niso potrebne, ker zadoščajo splošne določbe v splošnem delu OZ. Na delno nemožnost oprave posla se nanaša drugi odstavek 779. člena OZ. Predvideva le delno plačilo za prevzemnika naročila, če je prevzemnik naročila brez svoje krivde le deloma opravil svoje naročilo.

Prevzemnik naročila pa lahko krši svojo obveznost izvrševanja naročila s potrebno skrbnostjo. Kakor je že bilo pojasnjeno, mora po najbolj splošnemu pravilu prevzemnik naročila ravnati s skrbnostjo dobrega gospodarja (tretji odstavek 768. člena OZ). Svojo dolžnost krši, če ravna premalo skrbno in če zaradi tega nastanejo kakšne posledice. Sicer ni odgovoren za doseg končnega uspeha, odgovarja pa, če dosegljivi uspeh ni bil dosežen zaradi premalo skrbnega ravnanja.

Če so posledice premalo skrbnega ravnanja odpravljive, bi lahko naročitelj zahteval ponovljeno ravnanje, ki bi moralo tokrat biti takšno, da bi bilo dovolj skrbno. Razlog za takšno upravičenje je preprost: če se je prevzemnik naročila zavezal k opravi posla z določeno skrbnostjo, posla pa potem s takšno skrbnostjo ni opravil, svojega dolga še ni izpolnil. Naročitelj ima še naprej zahtevek za izpolnitev.

Bolj problematični so primeri, v katerih nastanejo za naročitelja zaradi ne dovolj skrbnega ravnanja prevzemnika naročila neodpravljive neugodne posledice. V bistvu gre za pravne posledice slabe oprave storitve. Položaj je primerljiv s tistim, ki nastane, če ima dajatev, ki je stvar, stvarno napako.

Določbe OZ o odgovornosti za stvarne napake so razmeroma obsežne. Manjkajo pa kakršnekoli splošne določbe o napakah pri storitvah, ki bi veljale za različne vrste pogodb o storitvah. To sicer ne pomeni, da ne obstajajo posamezne določbe o odgovornosti za napake pri storitvi v zvezi s posamezno vrsto pogodbe o storitvi. Takšne določbe na primer obstajajo v zvezi s podjemno pogodbo (639. člen OZ). Toda pri pogodbi o naročilu takšnih posebnih določb preprosto ni. Gre za očitno zakonodajno praznino.

31 Ekart/Rijavec/Ude/Keresteš, Zakon o pravdnem postopku (ZPP) z novelo ZPP-E, Ljubljana 2017, str. 69.

Seveda bi v primerih slabo opravljenih dolgovanih storitev prevzemnika naročila lahko uveljavljali zlasti odškodninski zahtevek, sorazmerno znižanje dolgovanega plačila in odstop od pogodbe. Slednjega seveda še posebej takrat, ko prevzemnik naročila še med izvrševanjem naročila izve, da prevzemnik naročila svoje dolžnosti ne izpolnjuje. Uveljavljali bi torej enaka upravičenja, kot jih ima naročnik pri podjemni pogodbi. Položaj pri pogodbi o naročilu in pri podjemni pogodbi je namreč podoben: pri obeh so njun predmet storitve. Razlikujeta se predvsem glede merila pri presoji, ali se pogodbene obveznosti izvršujejo ali ne. Če se pogodbene obveznosti ne izvršujejo, pa sta oba (naročitelj in naročnik) v enakem položaju.

Veljavne določbe so očitno neprimerne in nezadostne. Ne glede na to, da pravzaprav pravnega temelja za odstop od pogodbe in za odškodninski zahtevek ni, je VS RS doslej že odločilo in odločalo o obojem. Dopustilo je tako odstop od pogodbe kot tudi odškodninski zahtevek naročitelja do podjemnika.

4.2 Odškodninski zahtevek zaradi kršitve pogodbe

Kakor je bilo že zapisano, določb o odškodninski odgovornosti prevzemnika naročila v razmerju do naročitelja v OZ ni.³² Mogoča rešitev bi bila v smiselni uporabi petega odstavka 639. člena OZ.

Če pogodbo o naročilu krši prevzemnik naročila, mora sodišče presoditi, ali bi pravilno ravnanje prevzemnika naročila pripeljalo do zaželenega uspeha za naročitelja. Če bi, je prevzemnik naročila odškodninsko odgovoren.

Kako mora ravnati sodišče, če odloča o odškodninskih zahtevkih zoper odvetnika (kot prevzemnika naročila), je opisalo VS RS v eni svojih odločb. Šlo je za vprašanje morebitne odgovornosti zaradi prepozno vložene pritožbe. Zapisalo je tole: »Predpostavka odškodninske odgovornosti odvetnika je, da je bil zahtevek mandanta utemeljen ... sodišče hipotetično presodi, kako bi se postopek s pretežno verjetnostjo končal. ... Glede vzročne zveze mora tožnik (mandant) dokazati dejstvo, da bi spor dobil, če ne bi bilo odvetnikovega nedopustnega ravnanja. Sodišče presodi, ali bi pravočasno vložena pritožba pripeljala do drugačnega rezultata na podlagi veljavnega materialnega prava, ki bi se moralo uporabiti v konkretni zadevi; ali pa bi stranka pravdo vseeno izgubila ...«³³

4.3 Odstop od pogodbe

Podobni problemi kot pri odškodninskem zahtevku zoper prevzemnika naročila, ki krši svoje obveznosti, se kažejo pri odstopu od pogodbe. Do odstopa od pogodbe je sicer naročitelj upravičen (prvi odstavek 782. člena OZ). Odstopi lahko iz katerihkoli razlogov, saj OZ upravičenja do odstopa ne omejuje. Naročitelj lahko torej odstopi tudi zaradi kršitve pogodbe, ki jo stori prevzemnik naročila.

32 Enako Plavšak v: Juhart/Plavšak (redaktorja): Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, Ljubljana 20044. knjiga, Ljubljana 2004, kom. k 768. členu OZ, pod 4.2.1 (str. 235).

33 VS RS, II Ips 299/2009, r. št. 9. Ravnanje sodišča pri preizkusu odškodninske odgovornosti je VS RS opisalo tudi v zadevi z opr. št. II Ips 67/2015, r. št. 11, vendar tam le zelo na kratko.

Če za odstop ni utemeljenih razlogov, mora naročitelj prevzemniku naročila plačati škodo (drugi odstavek 782. člena OZ). Škode mu ni treba plačati, če so torej za odstop obstajali utemeljeni razlogi. Manj jasno je, ali mora naročitelj v primeru odstopa od pogodbe o naročilu zaradi kršitve prevzemniku naročila plačati vsaj sorazmerni del plačila. Primernejša bi bila seveda razlaga, da mu ni treba dati sorazmernega plačila, saj ga podjemnik s svojimi storitvami ni zaslužil.

5. NAROČITELJEVE DOLŽNOSTI

5. 1 Plačilo za trud

5.1.1 Višina plačila, njegovo znižanje in zavarovanje

Glavna naročiteljeva dolžnost je plačilo (prvi odstavek 779. člena OZ), ki pa nima posebnega imena. Očitno gre za plačilo za prevzemnikovo delo(vanje). Da zadošča že prizadevanje, je bilo pojasnjeno že večkrat. To pravzaprav pomeni, da naročitelj dolguje plačilo za prevzemnikovo prizadevanje za doseg uspeha. Dolguje ga tudi, če končni uspeh posla ni bil dosežen.

Drugačen dogovor, na primer plačilo po uspehu, je dopusten (tretji odstavek 766. člena OZ). V neki zadevi sta stranki dosegli dogovor o nagradi za odvetnika. Odvetnik je bil upravičen do nagrade v višini 10 % od tržne vrednosti denacionaliziranih nepremičnin. Dogovorjeno je bilo torej pogojno plačilo. Po končanem zastopanju v denacionalizacijskem postopku, vendar še pred izdajo denacionalizacijske odločbe, je odvetnik umrl. Naročitelj ni hotel plačati dogovorjenega plačila odvetnikovim dedičem. VS RS je presodilo, da se je naročitelj branil plačila neutemeljeno, ker je terjatev nastala že ob izvršitvi naročila, s čimer je bilo zastopanje končano. Zapadla pa je ta terjatev šele po odvetnikovi smrti, in sicer v času pravnomočnosti denacionalizacijske odločbe.³⁴

Če stranki posebnega dogovora o plačilu nista dosegli, se dolguje običajno plačilo. Če tega plačila ni, dolguje naročitelj pravično plačilo (778. člen OZ). Če je prevzemnik naročila odvetnik, običajno plačilo pomeni, da dolguje plačilo po odvetniški tarifi.

Če je prevzemnik naročila brez svoje krivde opravil naročilo le deloma, ima pravico le do sorazmernega dela plačila (drugi odstavek 779. člena OZ). Do nekrivdne le delne oprave posla lahko pride tudi zaradi stečaja naročitelja. Zaradi stečaja naročitelja namreč naročilo preneha po zakonu (785. člen OZ). V neki zadevi si je odvetnik izgovoril nagrado v višini 10 % od uspeha. Sestavil in vložil pa je le tožbo in napisal pismo. VS RS je presodilo, da pripada odvetniku le nagrada po odvetniški tarifi, saj ni opravil vseh poslov.³⁵

Če je bilo dogovorjeno plačilo v očitnem nesorazmerju z opravljenimi storitvami, lahko naročitelj zahteva njegovo zmanjšanje (tretji odstavek 779. člena OZ).

³⁴ VS RS, II lps 286/2013, r. št. 12 (dejansko stanje) in r. št. 11.

³⁵ VS RS, III lps 138/2005, r. št. 7 in 10.

Zahtevak za zmanjšanje plačila je mogoč tudi, če ni bil sklenjen dogovor o plačilu glede na trud, temveč dogovor o plačilu glede na trud in uspeh.³⁶ Zahtevak za zmanjšanje je oblikovalen. Zmanjšanje se lahko zahteva le s tožbo.³⁷

Mogoče bi seveda bilo, da bi bil dogovor o višini plačila oderuški (119. člen OZ).³⁸ Vendar pa pri tem velja upoštevati, da so pogoji za nastanek oderuškega dogovora in tiste po tretjem odstavku 779. člena OZ bistveno različne. Pogodba ni oderuška le zaradi očitnega nesorazmerja dajatev, temveč mora biti podano tudi zavržno ravnanje oderuha. Merila so torej stvarna in tudi osebna. Razlog za zmanjšanje plačila po tretjem odstavku 779. člena OZ je povsem stvaren: nesorazmerje med dogovorjenim plačilom in opravljeno storitvijo. Poleg tega je treba upoštevati še, da če kakšen zakon dopušča plačilo do neke določene višine, do nesorazmerja med dogovorjenim plačilom in opravljeno storitvijo vsaj praviloma ne pride. Takšen zakon je na primer Zakon o odvetništvu, ki v drugem odstavku 17. člena dovoljuje dogovor o višjem plačilu od tistega, do katerega bi bil odvetnik sicer upravičen po odvetniški tarifi. Zgornjo mejo pa določa tretji odstavek 17. člena ZOdv v premoženjskopравnih zadevah pri petnajstodstotnem deležu od zneska, ki ga sodišče prisodi stranki.

Plačilo dolguje naročitelj šele po opravljenem poslu (prvi odstavek 779. člena OZ).

Za zavarovanje zahtevkov prevzemnika naročila do naročitelja ima prevzemnik naročila zakonsko zastavno pravico na naročiteljevih premičnih stvareh, ki jih je dobil na podlagi naročila, in na prejetih denarnih zneskih (780. člen OZ).

5.1.2 Plačilo zaradi prevzemnikove kršitve pogodbe

Posebno in v zakonu nerešeno vprašanje je, kako odmeriti plačilo zaradi prevzemnikove kršitve pogodbe o naročilu. O takšnih zadevah so sodišče že morala odločiti.

Tako so bile v neki zadevi dogovorjene odvetniške storitve dveh vrst: zastopanje naročitelja (ki je bil denacionalizacijski upravičenec) in prodaja denacionaliziranega premoženja. Denacionalizacijski postopek je bil končan uspešno, do utemeljene odpovedi pogodbe o naročilu pa je prišlo šele pozneje. Za obe opravili (denacionalizacija in prodaja) je bila dogovorjena nagrada za delo odvetnika po uspehu, in sicer v višini 35 % od vrednosti v denacionalizacijskem postopku vrnjenega premoženja. Takšen dogovor je bil verjetno že sam po sebi ničen ali vsaj delno ničen. Ali bi odvetnik lahko zahteval plačilo vsaj v še predvidoma dopustni višini 15 % od vrednosti vrnjenega premoženja, končno sploh ni bilo odločilno. VS RS je namreč odločilo, da je prevzemnik naročila upravičen le do ustrezne nagrade za že opravljeno delo in da je to plačilo po odvetniški tarifi.³⁹

V neki drugi zadevi sta se stranki dogovorili, da bo prevzemnik naročila opravljal odvetniške storitve in pravno svetoval. Pogodba ni bila oročena. Za primer odpovedi

³⁶ VS RS, III Ips 25/2014, r. št. 28.

³⁷ VS RS, III Ips 25/2014, r. št. 15.

³⁸ Preizkus, ali ni morda dogovor o nagradi za delo odvetnika oderuški, je VS RS v resnici že opravilo v zadevah z opr. št. VS RS II Ips 286/2013 (r. št. 12) in II Ips 438/2010 (r. št. 7). Ouderstvo je obakrat zanikalo.

³⁹ VS RS, II Ips 128/2015, r. št. 11 in 12.

s strani naročitelja je bilo dogovorjeno, da ima odvetnik pravico še 12 mesecev od odpovedi pogodbe prejemati mesečno pavšalno nagrado. Pogodbo je naročitelj odpovedal odvetniku iz pomembnega razloga (utemeljeno), namreč zaradi kršitve pogodbenih določil in tudi zaradi posledično porušenega zaupanja. VS RS je odločilo, da odvetnik nima pravice do pavšalnih plačil, ki so bila predvidena za primer odpovedi pogodbe.⁴⁰

5.2 Druge dolžnosti

Če prevzemnik naročila pričakuje izdatke, mu mora naročitelj dati denar za pričakovane izdatke (775. člena OZ).

Naročitelj mora prevzemniku naročila povrniti stroške celo, če se je prevzemnikovo prizadevanje izjalovilo in je prevzemnik ravnal s potrebno skrbnostjo. Lahko pa tudi prevzame obveznosti ali prevzemnika naročila kako drugače oprosti obveznosti (776. člen OZ). Kot stroške je treba razumeti prostovoljne izdatke prevzemnika naročila, saj 777. člen OZ posebej ureja povrnitev škode. Povrnejo se le potrebni stroški in obresti od dneva plačila (prvi odstavek 776. člena OZ).

Odločilen je vidik prevzemnika naročila v času nastanka stroška. Prevzemnik naročila je namreč zavezan k prizadevanju in ne dolguje končnega uspeha. Potreben strošek je torej tisti strošek, nastanek katerega lahko prispeva k doseganju končnega uspeha, če ga je mogoče utemeljiti ob nastanku, če je tako lahko presodil s potrebno skrbnostjo prevzemnik naročila.

Naročitelj mora prevzemniku povrniti škodo, če mu je ta nastala kljub temu, da je ravnal s potrebno skrbnostjo (777. člen OZ). Škoda so le neprostovoljne premoženjske izgube.

6. PRENEHANJE NAROČILA

6.1 Odstop od pogodbe in odpoved pogodbe

Naročitelj lahko odstopi od pogodbe, četudi za odstop nima pomembnega razloga ali celo sploh nobenega. Prvi odstavek 782. člena OZ ga namreč ne zahteva. Tudi sicer ni nobenih omejitev glede naročiteljevega odstopa od pogodbe. Od pogodbe lahko torej odstopi kadarkoli. Določba o pravici do odstopa od pogodbe je prisilna in se ji s pogodbo ni mogoče odpovedati niti za omejeno obdobje.⁴¹

Prevzemnik naročila lahko pogodbo odpove, četudi za odpoved nima tehtnega razloga. Pri odpovedi pa je nekoliko omejen, in sicer pogodbe ne sme odpovedati ob neprimernem času. Vendar pa je očitno edina posledica odpovedi ob neprimernem času odškodninska odgovornost, ne pa neveljavnost odpovedi (drugi odstavek 783. člena OZ). Ne glede na odpoved mora prevzemnik naročila nadaljevati z nujnimi posli (tretji odstavek 783. člena OZ). Odpoved torej sama po sebi za nujne

⁴⁰ VS RS II Ips 112/2011, r. št. 8.

⁴¹ VS RS, II Ips 65/2014, r. št. 3 in 5.

posle, to je za tiste, s katerimi ni mogoče odlašati, ne učinkuje. Prevzemnik naročila ostane zavezan za nujne posle še naprej. Če pogodbo krši, bi za takšno kršitev morale obstajati enake pravne posledice kot za vsako drugo kršitev. Prevzemnik naročila pa ni odškodninsko odgovoren za odpoved pogodbe, če so za odpoved podani utemeljeni razlogi (drugi odstavek 783. člena OZ), vendar mora tudi v tem primeru nadaljevati z nujnimi posli (tretji odstavek 783. člena OZ).

Naročitelj lahko torej odstopi od pogodbe, prevzemnik naročila pa lahko naročilo odpove. Že ureditev enega in drugega v OZ ni enaka. Poleg tega je mogoče z odpovedjo doseči prenehanje le trajnega dolžniškega razmerja (prvi odstavek 333. člena OZ). Sicer je res, da lahko stranki pogodbe o naročilu menita, da bo razmerje trajalo nekaj časa, ker bo treba opraviti več poslov, nemara medsebojno povezanih. Toda trajanje tega razmerja ni nujni pogoj za njegov nastanek in je glede tega razlika med na primer najemno pogodbo ali pogodbo o zaposlitvi in pogodbo o naročilu očitna. Tako se torej zastavi vprašanje, zakaj je v zvezi s prenehanjem razmerja po volji naročitelja ali pa prevzemnika naročila zakonodajalec napravil takšno razliko.

6.2 Drugi razlogi za prenehanje pogodbe o naročilu

Naročilo z naročiteljevo smrtjo praviloma ne preneha. Izjemoma preneha, če bilo tako dogovorjeno, ali če je prevzemnik prevzel naročilo glede na svoja osebna razmerja z naročiteljem (tretji odstavek 784. člena OZ). Če je naročitelj pravna oseba, naročilo preneha s prenehanjem pravne osebe (peti odstavek 784. člena OZ). Če naročitelj pride v stečaj, naročilo preneha (785. člen OZ). Enaka je posledica, če naročitelj vsaj deloma izgubi poslovno sposobnost (785. člen OZ). Malo pomembne izjeme od teh pravil so določene v 787. členu OZ.

Naročilo preneha s smrtjo prevzemnika naročila (prvi odstavek 784. člena OZ), če pride prevzemnik naročila v stečaj ali če vsaj deloma izgubi poslovno sposobnost (785. člen OZ). Malo pomembne izjeme od teh pravil so določene v 787. členu OZ.

Če je naročilo prenehalo s prevzemnikovo smrtjo, morajo prevzemnikovi dediči o smrti čim prej obvestiti naročitelja in zagotoviti varstvo njegovih koristi, dokler jih ta ni sam zmožen zagotoviti (drugi odstavek 784. člena OZ).

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- BUKLJAŠ, Ivan, VIZNER, Boris: *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1979, 4. knjiga
- CIGOJ, Stojan: *Institucije obligacij*, Ljubljana 1989
- CIGOJ, Stojan: *Komentar obligacijskih razmerij, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih*, IV. knjiga, Ljubljana 1986
- EKART, Andrej, RIJAVEC, Vesna, UDE, Lojze, KERESTEŠ, Tomaž: *Zakon o pravnem postopku (ZPP) z novelo ZPP-E*, Ljubljana 2017
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (redaktorja): *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 4. knjiga, Ljubljana 2004

MNENJE CENTRA ZA SOCIALNO DELO IN IZVEDENSKO MNENJE V DRUŽINSKOPRAVNIH POSTOPKIH¹

Zvone Strajnar
višji sodnik, Višje sodišče v Ljubljani

1. PROBLEMATIKA (PRE)MAJHNEGA ŠTEVILA SODNIH IZVEDENCEV KLINIČNIH PSIHOLOGOV

Višje sodišče v Ljubljani je nekaj let opozarjalo Ministrstvo za pravosodje RS na pomanjkanje sodnih izvedencev kliničnih psihologov. Konec leta 2016 je bilo treba zaradi prezasedenosti izvedencev kliničnih psihologov čakati štiri mesece od sprejetja sklepa sodišča o izvedbi dokaza z izvedencem do njihove poimenske določitve. Ker imajo v delu več mnenj hkrati, izvedenskega dela (po stališču izvedencev) tudi ni mogoče opraviti v rokih, ki jih postavljajo sodišča (od 30 do 60 dni).² Pomanjkanje izvedencev omenjene stroke tako povzroči resen zastoj v družinskopravnih postopkih, ki so sicer po zakonu prednostni.³ Razlog za nastalo stanje je nedvomno zmanjšanje števila sodnih izvedencev za področje klinične psihologije – starševstvo in skrbništvo,⁴ očitno zaradi siceršnjega pomanjkanja specialistov klinične psihologije, saj je Slovenija po podatkih Svetovne zdravstvene organizacije po številu kliničnih psihologov na zadnjem mestu med državami članicami EU.⁵ Po drugi strani pa se je povečalo število zadev, v katerih so sodišča izvedla dokaz z izvedenci omenjene stroke. Vedno več je zapletenih družinskopravnih razmerij, v katerih starši ne zmorejo konstruktivno razmišljati in se dogovarjati v korist otrok. Sodišča pa se tudi pogosteje kot kdajkoli prej soočajo z družinsko patologijo, nasiljem in zlorabami. Pri ugotavljanju dejanskega stanja se sodniku postavljajo vedno težja vprašanja, odgovori nanje pa so vedno manj gotovi. Širjenje znanja še dodatno povečuje sodnikov občutek omejenosti pri lastnih spoznavnih zmognostnih. Kot je zapisal kolega, se zdi, da je bolj kot pravo in njegovi procesni instituti, razvoj znanosti tisti dejavnik, ki človekovo (sodnikovo) spoznanje približuje resnici.⁶ V takšnih okoliščinah je razumna sodnikova potreba po pritegnitvi izvedenca v postopek in pričakovanje, da bo z njegovim sodelovanjem najdena pravilna rešitev, ker bo utemeljena na znanstvenih temeljih. Tako izvedenec kot posrednik sodniku manjkajočega strokovnega znanja in izkušenj postaja vse pomembnejši procesni subjekt (243. člen Zakona o pravnem postopku, ZPP). Kot bo razvidno iz nadaljevanja tega prispevka, nekateri primeri sodne prakse izkazujejo, da sodnikovo iskanje pomoči sodnega izvedenca ni bilo vselej potrebno. Pretirano in nekritično zatekanje po pomoč k izvedencem pa je lahko tudi tvegano,

1 Prispevek je bil predstavljen na seminarju Sodno izvedenstvo v postopkih družinskega sodstva, ki ga je organiziral Center za izobraževanje v pravosodju.

2 Psihološka obravnava otrok, staršev ali skrbnikov je zahtevna in dolgotrajna.

3 Tretji odstavek 10. a člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, Uradni list RS št. 69/2004, prečiščeno besedilo, v nadaljevanju ZZZDR.

4 Od leta 2010 se je njihovo število zmanjšalo s 27 na 17.

5 Trije klinični psihologi na sto tisoč prebivalcev (povzeto po članku Privatizacija duševnega zdravja, Mladina, 20. 1. 2017).

6 Zobec, Jan. Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga, str. 471.

saj se lahko zgodi, da namesto sodnika prevzame sojenje (ne le o dejanskih, tudi o pravnih vprašanjih) kar izvedenec.⁷

V pogovorih med predstavniki ministrstva za pravosodje, sodstva in Zbornice kliničnih psihologov je bilo za rešitev problematike pomanjkanja sodnih izvedencev omenjene stroke predlaganih več ukrepov.⁸ Eden od njih je bil tudi skupno izobraževanje sodnikov, sodnih izvedencev in strokovnjakov s centrov za socialno delo z namenom ponovne opredelitve njihovih vlog v družinskopravnih postopkih in okrepitev medsebojne komunikacije, obravnavan pa naj bi bil tudi pomen mnenja centra za socialno delo, oziroma kdaj za odločitev sodišča zadošča mnenje centra za socialno delo in kdaj je potrebno še dodatno mnenje sodnega izvedenca.

2. CSD KOT PROCESNI SUBJEKT

Tudi centri za socialno delo so pomemben procesni subjekt v družinskopravnih sporih. Iz matičnih predpisov o socialnovarstveni dejavnosti to neposredno ne izhaja. Socialnovarstvena dejavnost ima jasno opredeljeno vlogo. Obsega preprečevanje in reševanje socialne problematike posameznikov, družin in skupin prebivalstva (1. člen Zakona o socialnem varstvu, ZSV⁹). Zakon kot eno od socialnovarstvenih storitev določa tudi pomoč družini (3. točka 11. člena ZSV). Ta obsega pomoč za dom, pomoč na dom in socialni servis (prvi odstavek 15. člena ZSV). Storitve pomoč družini za dom opravljajo centri za socialno delo (drugi odstavek 49. člena ZSV), obsega pa strokovno svetovanje in pomoč pri urejanju odnosov med družinskimi člani ter pri skrbi za otroke in usposabljanje družine za opravljanje njene vloge v vsakdanjem življenju (drugi odstavek 15. člena ZSV).

Namen sodstva je v najširšem pomenu zagotavljanje pravne varnosti. Vloga in namen civilnega sodstva je pravna zaščita civilnih pravic. Pravica zahtevati in pravica dobiti sodno zaščito, spadata med osnovne ustavne pravice (23. člen Ustave RS). Sodni postopek se začne na zahtevo osebe (stranke), ki trdi, da so njene pravice ogrožene ali kršene, oziroma na predlog osebe, ki želi urediti določeno razmerje. Cilj sodnega postopka je razrešiti spor oziroma urediti določeno razmerje, to je doseči avtoritativno odločitev o sporni pravici oziroma pravnem razmerju.

Tem zakonsko opredeljenim vlogam bi ustrezala razdelitev pristojnosti, ki jo izraža naslednja misel dr. Gabi Čačinovič Vogrinčič:

„Razpad življenjske skupnosti predstavlja začetek dolgega, kompleksnega in bolečega procesa tranzicije na ravni čustvenih procesov in na ravni iskanja sprememb – novih dogovorov za življenje. V tem procesu se center za socialno delo definira kot mesto pomoči, sodišče pa kot mesto zagotavljanja pravne varnosti. Centri za socialno delo delujejo iz konteksta sodelovanja oziroma pomoči, sodišča pa iz konteksta odločanja. Ljudje potrebujejo oboje – mesto pomoči in pravno varnost tam, kjer dogovarjanje ni možno.“¹⁰

7 Prav tam, str. 477.

8 Prvi ukrep je bil pritegnitev dodatnih desetih kliničnih psihologov v sodno izvedenstvo.

9 Uradni list RS št. 54/1992 do 29/2017.

10 Čačinovič Vogrinčič, Gabi. Prispevek socialnega dela v postopkih iz razmerij med starši in otroki.

CSD in sodišče postavljata v položaj sodelovanja javni interes, določen v Ustavi RS, ki otrokom zagotavlja posebno varstvo in skrb (56. člen ustave). Po določbah ZZZDR in 27. poglavja ZPP imajo centri za socialno delo položaj procesnega subjekta:

- s svetovalno vlogo,
- za pomoč pri razjasnitvi dejanskih vprašanj,
- s predlagalno vlogo,
- z nalogo odločanja.

Pri prvih dveh nalogah je CSD vključen v civilni sodni postopek v dveh vlogah, ki sta različni glede na vrsto spora (zakonski spori ter spori iz razmerij med starši in otroki). V prvi ostaja mesto pomoči, v drugi je v okviru pomoči pri ugotavljanju dejanskega stanja, predvsem takrat, ko sodišču posreduje znanje, potrebno za normativno konkretizacijo pravnega standarda največje otrokove koristi, vključen v postopek sodnega odločanja.

3. SVETOVALNI RAZGOVOR

Vključitev CSD v razvezno pravdo takoj, ko se ta začne, predpisuje prvi odstavek 416. člena Zakona o pravnem postopku z določitvijo svetovalnega razgovora. Njegov namen je zagotoviti zakoncema strokovno pomoč pri reševanju nastalih družinskih razmer. Prednostni cilj svetovalnega razgovora ni več ohranitev zakonske zveze, temveč urejanje medčloveških razmerij na način, ki upošteva predvsem korist otrok,¹¹ glede vseh vprašanj, pomembnih za nadaljnje življenje skupnih otrok. Svetovalni razgovor je priložnost, ko lahko zakonca ob sodelovanju nevtralne osebe razpravljata o težavah, se poučita o možnih izhodih iz njih in pretehtata različne možnosti glede položaja skupnih otrok po razvezi.¹² CSD ima torej tu izključno svetovalno vlogo in v njej ostaja mesto pomoči.

4. MNENJE CSD

Drugačna je vloga CSD v sporih o varstvu in vzgoji otrok ter določitvi stikov. V teh postopkih otrok (običajno) nima položaja stranke in v njih ne sodeluje, gre pa za postopke, ki so namenjeni varovanju največje otrokove koristi. Da v teh postopkih otrok ne bi postal le objekt postopka, ima možnost izraziti svoje mnenje, če je sposoben razumeti pomen postopka in posledice odločitve (prvi odstavek 410. člena ZPP). Hkrati ima iz istega razloga sodišče v teh postopkih poseben položaj – je dejanski zastopnik koristi otrok. Tak svoj položaj uresničuje z razširjenimi preiskovalnimi pooblastili glede zbiranja dejstev in dokazov (prvi in tretji odstavek 408. člena ZPP), s katerimi se poskuša relativizirati odvisnost dejanske podlage odločitve od aktivnosti strank.¹³ Poudarjen javni interes v sporih o družinskih

Pravosodni bilten št. 4/2000, str. 32 in 33.

11 Rjevec, Vesna. Pravdni postopek, zakon s komentarjem, tretja knjiga, str. 637.

12 Pravilnik o postopku in vsebini izvajanja svetovalnega razgovora, Uradni list SRS št. 41/1989 do 15/2017.

13 Strajnar, Zvone. Pomen mnenja centra za socialno delo pri odločanju o vzgoji in varstvu ter preživljanju otrok v postopku razveze zakonske zveze, Pravosodni bilten št. 4/2000, str. 67.

razmerjih se torej izraža z preiskovalnim načelom pri postopanju sodišča. Vendar je sodišče v svojih preiskovalnih pooblastilih omejeno, zato obstaja nevarnost, da ne izvede za pravno pomembne dejanske okoliščine oziroma ne zmore preveriti njihove resničnosti vrednosti, ki bi mu omogočala pravilno odločitev. Kako naj sodišče usmerja svoja preiskovalna pooblastila, katera dejstva naj ugotavlja, če ne pozna dejanskega stanja? V tem se nakazuje vloga centra za socialno delo v družinskopravnih sporih. Tako kot sodišče ima tudi CSD v teh postopkih poseben položaj. CSD torej sodišču sporoča dejstva, ki jih stranke (starša) niso navedle, bi pa lahko bila pomembna pri odločanju o tem, kaj je v interesu otroka.

Poleg tega je vloga CSD v razjasnitvi določenih dejanskih vprašanj, za kar je potrebno posebno strokovno znanje, ki ga sodišče nima (243. člen ZPP). S tem se njihova vloga približuje tisti, ki jo imajo v sodnih postopkih izvedenci.¹⁴ Mnenje CSD ima bistvene značilnosti in strukturo izvedenskega mnenja: na podlagi ugotovljenih dejstev oziroma izvida pripravi mnenje, v katerem oceni dejstva s stališča stroke oziroma pravil znanosti.¹⁵

Tako kot sodnega izvedenca lahko torej tudi CSD opredelimo kot posebnega nepristranskega pomočnika sodnika. Z zbiranjem podatkov o osebnih in družinskih razmerah otrok in njihovih staršev opravlja naloge pomožnega preiskovalnega organa, hkrati pa ima poseben procesni položaj, ki je zaradi njegovega strokovnega znanja in izkušenj blizu položaju sodnega izvedenca.¹⁶

5. HKRATNA OPRAVA SVETOVALNEGA RAZGOVORA IN PODAJA MNENJA

Procesni zakon¹⁷ določa, da sodišče v primeru sporazumne razveze zakonske zveze oziroma tožbe za razvezo zakonske zveze pošlje predlog oziroma tožbo, še preden jo vroči tožencu, centru za socialno delo, da ta opravi svetovalni razgovor. ZZZDR v tretjem odstavku 105. člena, sedmem odstavku 106. in petem odstavku 106. a člena določa, da mora sodišče, preden odloči o varstvu in vzgoji ter preživljanju otrok in njihovih stikih s staršema in drugimi osebami, pridobiti mnenje CSD. Ker je največkrat odločanje o tem povezano z razvezo zakonske zveze, sodišča večinoma postopajo tako, da takoj po prejemu predloga oziroma tožbe, torej še pred vročitvijo takšne začetne vloge nasprotni stranki, pošljejo tipski dopis na CSD, naj opravi svetovalni razgovor in hkrati poda mnenje glede rešitve spora iz razmerij med starši in otroki. Menim, da takšna praksa ni dobra ne s stališča socialne stroke¹⁸ ne s stališča učinkovitega sodnega postopka.¹⁹ Sodišče bi moralo v primerih, ko je treba opraviti svetovalni razgovor, tožbo oziroma predlog poslati CSD le z namenom oprave svetovalnega razgovora. Lahko pa hkrati poizve pri CSD, ali že imajo podatke o družini, ker sta se starša ali eden od njiju pred

14 Odločba VS RS II Ips 342/2008.

15 Odločba VS RS II Ips 682/2007.

16 S., Z. Pomen ..., Pravosodni bilten št. 4/2000, str. 68, enako odločba VS RS II Ips 682/2007.

17 416. člen ZPP.

18 Svetovalni razgovor ne bi smel biti namenjen preiskavi oziroma zbiranju dokazov.

19 Po Družinskem zakoniku takšne prakse ne bo več, saj bo svetovalni razgovor opravljen pred začetkom sodnega postopka.

začetkom sodnega postopka obrnila na CSD oziroma je bila družina pri njih že obravnavana. V tem primeru CSD po opravi svetovalnega razgovora obvesti sodišče o ugotovljeni problematiki družine, kar je lahko v nadaljnjem postopku pomemben vir informacij za izvedbo preiskovalnih pooblastil sodnika.

6. SODELOVANJE CSD IN SODIŠČA PRI UGOTAVLJANJU DEJANSKEGA STANJA

Po opravi svetovalnega razgovora, ki se ne bi končal s sporazumom, bi morale sodišče vročiti tožbo oziroma predlog nasprotni stranki oziroma udeležencem in nato na podlagi preučitve teh začetnih procesnih aktov strank izkoristiti svoja preiskovalna pooblastila, določena v tretjem odstavku 408. člena ZPP. Iz spisov, ki smo jih pregledali za potrebe seminarja, izhaja, da sodniki praviloma teh svojih pooblastil ne uporabljajo in samoiniciativno ne raziskujejo dejanskega stanja. Začetni procesni akti strank oziroma udeležencev postopka vsebujejo sklop dejstev, ki izpostavlja določeno sporno vprašanje oziroma sporna vprašanja, na podlagi katerega ali katerih lahko sodnik usmeri svojo preiskovalno aktivnost. Na tej podlagi bi moral sodnik pridobiti vse potrebne podatke, na katere nakazujejo v omenjene vloge strank (iz šole, vrtca, zdravniške izvide o morebitnem zdravljenju staršev in otrok, podatke od policije o preteklih obravnavah družine, poizvedbe pri ustreznih institucijah v primeru suma nasilja, zlorabe ipd.) in nato na podlagi teh podatkov postaviti konkretna vprašanja CSD za pridobitev mnenja. Pogosto bi bilo smiselno zahtevati mnenje CSD šele po zaslišanju strank, na podlagi katerega sodnik ugotovi, katera vprašanja so med staršema sploh sporna.

Enako, kot je navedeno v prejšnjem odstavku, bi morale postopati sodišče tudi v postopkih, ki ne predvidevajo oprave svetovalnega razgovora. Največkrat je že iz tožbe oziroma predloga mogoče razbrati, ali je CSD družino že obravnaval oziroma ali že pozna družinske razmere,²⁰ ali je morda že izpeljal postopek v okviru pomoči družini ali sprejel ukrep za zaščito otrok. V takšnih primerih se predvideva, da CSD že ima podatke o dejstvih, potrebnih za razjasnitev dejanskega stanja, in zato predhodni poizvedovalni postopek sodišča ni potreben.

7. OBLIKOVANJE MNENJA

Dopis CSD za pridobitev mnenja bi bilo treba pripraviti tako kot sklep za postavitev izvedenca, torej je treba zastaviti konkretna vprašanja glede na ugovore strank, za katere sodišče presodi, da so pomembni za odločitev, in podatke, ki jih ima sodnik na podlagi že izvedenih dokazov. Mnenje bo ustrezno, če bodo tudi vprašanja natančna in ustrezna. Vsebovalo naj bi oceno osebnostnih značilnosti staršev, njun odnos do otrok, oceno njunih vzgojnih in moralnih zmožnosti in kakovosti, oceno socialno-ekonomskih okoliščin, predvsem premoženjskega stanja družine, stanovanjskih razmer, ugotovitve zdravstvenega stanja staršev, če je to sporno za izvajanje starševske vloge, in otrok ter oceno potreb otrok, njihovega odnosa do vsakega od staršev, navezanosti. Glede na posamezni primer se lahko naloži

²⁰ Če to ni mogoče, se le o tem opravi poizvedba.

CSD, da naredi oceno ogroženosti otrok, opazuje družinsko dinamiko, opravi obisk na domu ipd.

Kot je bilo že navedeno, ima mnenje CSD značilnosti in strukturo izvedenskega mnenja. Za izvedensko delo velja, da je praviloma sestavljeno iz dveh operacij, iz izvida in mnenja (prvi odstavek 246. člena ZPP). Ko izvedenec podaja izvid, nastopa kot izvedena priča, čeprav je za pravilen izvid potrebno strokovno znanje. Prepoznavna določenih dejstev je torej odvisna od njegovega strokovnega znanja. Za izvidom je mnenje, v katerem izvedenec oceni ugotovljena dejstva s stališča stroke. Včasih pa strokovna razlaga ni potrebna, in sicer kadar je izvedenec potreben le zaradi prepoznavne določenih dejstev.²¹ Največkrat gre v primeru mnenj CSD za prav takšne primere.

7.1 Pravica otroka, da izrazi svoje mnenje

Udeleženci omenjenega seminarja se nismo poenotili glede vprašanja, ali v dopis CSD za pridobitev mnenja vedno vključiti tudi poziv, naj CSD preizkusi, kakšna je sposobnost otrok za podajo mnenja v skladu z določbo prvega odstavka 410. člena ZPP²², in da naj v primeru njihove želje, da podajo mnenje, to tudi pridobi. V praksi se je izkazalo, da otrokovo pravico do obveščeniosti in izražanja stališč sodišče izvede ob sodelovanju s CSD oziroma tamkajšnjih strokovnih delavcev – psihologov. Menim, da navedeno vprašanje zahteva previden pristop. Posebej v sporih o zaupanju otrok v vzgojo in varstvo pomeni pridobitev mnenja otroka dejansko njegovo vključevanje v postopek odločanja, komu naj se zaupa v vzgojo in varstvo. V več izvedenskih mnenjih, s katerimi sem se seznanil, in v katerih se je pozvalo izvedenca, naj ugotovi željo otroka, s katerim od staršev bi po razpadu družine raje ostal, je bilo izraženo opozorilo, da je treba otroku prihraniti občutek, da lahko vpliva na takšno odločitev, in naj se ga ne obremenjuje z odgovornostjo za sprejemanje odločitev o lastni prihodnosti. Tako pravici otroka do izjave stoji nasproti pravica do zaščite pred sprejemanjem odločitve. Tako se lahko pravni standard otrokove največje koristi²³ enkrat uporabi kot argument za otrokovo izjavljanje, drugič pa proti njegovemu izjavljanju. Sodišče mora zato prepoznati, kaj je v konkretnem primeru glede na konkretne okoliščine v otrokovo korist. Zato menim, da ni pravilna praksa sodišča, da pošlje predlog oziroma tožbo (še preden jo vroči nasprotni stranki oziroma udeležencu) CSD, da ta opravi svetovalni razgovor, in hkrati pridobi mnenje CSD, ki mu naloži še obvestitev otroka o postopku in pridobitev otrokovega mnenja, torej že v začetni fazi postopka. Običajno se otrokova želja, da izrazi svoje mnenje, pokaže v bolj strukturiranih sporih o vzgoji in varstvu, pogosto nanjo opozorijo sami starši, CSD v postopku oblikovanja mnenja, ali institucije (šola), pa tudi sodni izvedenec. Tudi sodišče samo med dokaznim postopkom na podlagi ugotovljenih okoliščin lahko zavzame stališče o

21 Primerjaj Zobec v ZPP, zakon s komentarjem, 2. knjiga, str. 484.

22 „Kadar sodišče odloča o vzgoji in varstvu otrok ter o stikih otrok s starši in drugimi osebami, mora otroka, ki je sposoben razumeti pomen postopka in posledice odločitve, na primeren način obvestiti o uvedbi postopka in o njegovi pravici, da izrazi svoje mnenje.“

23 Pravni pojem, ki je v našo zakonodajo (5. a člen in 78. člen ZZZDR ter 408. do 410. člen ZPP) prevzet iz Konvencije o otrokovih pravicah (3. člen). Je nedoločen, vendar določljiv. Pomeni zahtevo, da se prepozna določena otrokova potreba in da se na najboljši možen način zadovolji. Zato ga je treba vsakokrat konkretizirati z upoštevanjem vseh okoliščin posameznega primera.

otrokovi sposobnosti razumevanja pomena postopka in posledic odločitve. Pomoč CSD sodišču glede izpolnitve te njegove zakonske obveznosti, ki ima podlago v 12. členu Konvencije o otrokovih pravicah in še konkretnije v 6. členu Evropske konvencije o uresničevanju otrokovih pravic, naj bo torej pridržana za čas, ko je sodišče že toliko seznanjeno z dejanskimi okoliščinami družinskih razmer, da lahko presodi, kaj je v otrokovo korist.

7.2 Seznanitev z mnenjem

Stranke morajo imeti možnost, da se o mnenju CSD izjavijo, zato ne zadostuje, da so z njim seznanjene na naroku (običajno gre za ustno seznanitev v obliki skrajšanega povzetka vsebine mnenja).²⁴

Sodišče lahko pridobi mnenje CSD tudi v zadevah, v katerih njegova pridobitev ni obvezna.

V zadevah, v katerih CSD nastopa kot stranka ali predlagatelj, se mnenje CSD ne pridobi.

8. MNENJE CSD IN IZVEDENSKO MNENJE

Mnenje CSD je eden ključnih izvedenih dokazov, na katerega sodišče opre svojo odločitev. Procesno ga je treba obravnavati kakor izvedensko mnenje.²⁵ Sodna praksa se je večkrat izrekla, da je kakovostno mnenje CSD enako izvedenskemu mnenju oziroma ga lahko nadomesti.²⁶ Če je podkrepljeno z ustrezno izpeljanim in izčrpnim dokaznim postopkom sodišča, ima to lahko v njem zadostno podlago za pravilno odločitev. Stranka bi morala navesti tehtne in argumentirane ugovore za nesprejetje mnenja CSD in za preveritev njegovih ugotovitev še z izvedencem ustrezne stroke.

Opozorjeno je že bilo na nekritično postavljanje izvedencev, na katere se z vprašanji kot na primer, komu naj se otrok zaupa v vzgojo in varstvo, ali z nalogo, naj določijo stike, ki bodo otroku v največjo korist, prelaga sojenje. Izvedenec ne more imeti vloge sodnika, ki sprejme končno odločitev z uporabo zakona in vseh izvedenih dokazov. Izvedenec daje odgovore na dejanska vprašanja, odločitve sprejemamo sodniki. Končno je treba tudi izvedenska mnenja presojati kritično. Presoditi je treba, ali se izvedenski opis strank ujema z mnenjem CSD, ki je dalj časa opazoval družinsko dinamiko, ali s tistim, kar smo sodniki sami ugotovili iz zaslišanja strank in izvedbe drugih dokazov ter postopanja strank. Četudi nima posebnega strokovnega znanja, sodnik namreč ni vezan na izvedensko mnenje.²⁷

24 Jelovšek, Tadeja. Nekateri (procesni) vidiki udeležbe CSD v sporih iz razmerij med starši in otroki. Pravna praksa 62/2013, str. 15. Avtorica navaja zadeve ESČP, v katerih je to primerljiva ravnanja označilo za kršitev pravice do kontradiktornega postopka.

25 Jelovšek, Tadeja. Prav tam, str. 15.

26 Odločbe VS RS II Ips 682/2007, VS Lj IV Cp 2005/2017, VS Lj IV Cp 1311/2017

27 Zobec, Jan. ZPP, zakon s komentarjem, 2. knjiga, str. 472.

Dokaz z izvedencem kliničnim psihologom je včasih neizogiben, nikakor pa ni ne edini primeren ne najpomembnejši. Višje sodišče v Ljubljani je v odločbi IV Cp 2394/2017 navedlo: „Pritožnica utemeljeno opozarja, da je pomemben dokaz tudi njeno zaslišanje, torej izpovedba strank. Pritožbeno sodišče dodaja, da je ta dokaz pravzaprav primarni, saj lahko sodišče šele po oceni izpovedb obeh roditeljev ugotovi, ali je za odločitev pomembno tudi kakšno dejstvo, za ugotovitev katerega sâmo nima posebnega strokovnega znanja, in predvsem, katero je to konkretno dejstvo. Ni res, da je vse, razen osebnostne strukture obeh roditeljev, ki jo zna opisati le strokovnjak ustrezne stroke, v tem primeru nesporno. Sporno je namreč praktično vse, kar je tu pomembno, namreč, kateri od roditeljev je primernejši, ustrenejši za vzgojo in varstvo skupnega otroka oz. pri katerem od njiju bo otrokova korist najboljše uresničena. To pa ni odvisno zgolj od osebnostne strukture roditeljev, pač pa od sklopa več okoliščin, o katerih vesta lahko izpovedati predvsem stranki. Njunih izpovedb na sodišču, ki jih neposredno sliši in oceni sodnik, se ne more nadomestiti s tem, da je pogovore z roditeljema opravila izvedenka. Pogovor, ki ga z roditeljem opravi izvedenec klinične psihologije, nikakor ni ekvivalent zaslišanja strank na glavni obravnavi, kjer stranka (lahko) pojasni še druge relevantne okoliščine, ne le tiste, ki so pomembne za njeno psihološko opredelitev, kot to tožnica utemeljeno očita. S tem, ko je sodišče dokazni postopek glede odločitve o vzgoji in varstvu (ter o stikih) omejilo le na dokaz z izvedenko psihološke stroke, je funkcijo sojenja de facto preneslo na izvedenko oz. vzpostavilo dokazno pravilo, kar pa je oboje v našem civilnem postopku nedopustno. Sodišče je tisto, ki ne le analizira in oceni posamezen dokaz, kot je to sicer sodišče prve stopnje izčrpno storilo glede izvedenskega mnenja klinične psihologinje, pač pa mora ta dokaz oceniti v povezavi z vsemi drugimi izvedenimi dokazi.“

Na pomen in posledice nepotrebnega izvajanja dokaza z izvedencem opozarja odločba istega sodišča IV Cp 116/2017: „Sodišče prve stopnje je nekritično sledilo predlogu tožnice, da se po tem, ko je svoje mnenje podal že izvedenec s področja klinične psihologije, njegovo mnenje pa je bilo celovito, temeljito, strokovno in jasno, angažira še izvedenec psihiatrične stroke. Sodišče prve stopnje se sicer v obrazložitvi nekajkrat sklicuje tudi na izvedensko mnenje izvedenke psihiatrične stroke, vendar na ta način ni bilo odkrito oz. razjasnjeno nobeno odločilno dejstvo, ki ga ne bi v celoti zadovoljivo in ustrezno pojasnil že izvedenec klinične psihologije. Nov dokaz je bil ne le časovna zamuda in finančna izguba za stranke, pač pa tudi nepotrebno izpostavljanje mladoletnega otroka dodatnim pregledom.“

So položaji, ko dejanskega stanja ni mogoče pravilno ugotoviti brez pomoči sodnega izvedenca. Na vprašanje, kateri so ti dejanski položaji, ko lahko odločimo, da brez izvedbe dokaza z izvedencem kliničnim psihologom ali izvedencem psihiatrom ni mogoče priti do prave rešitve oziroma odločitve, bodo v svojih prispevkih odgovorile sodne izvedenke omenjenih strok. Nedvomno je to v primerih, ko je starševska nezmožnost dogovarjanja in najdenja konstruktivnih rešitev povezana s patologijo v osebnosti enega ali drugega od staršev ali obeh hkrati, ali pa gre za patološki družinski sistem in motene medosebne odnose, kar se izkazuje npr. v odtujevanju otrok, nasilju, zlorabljanju.

STARŠEVSKI SPOR V KOLESJU INSTITUCIJ¹

Anita Bregar, univ. dipl. soc. delavka,
direktorica Centra za socialno delo Jesenice

1. UVOD

Center za socialno delo (v nadaljevanju CSD) je javni zavod, ki zagotavlja izvajanje socialnovarstvene politike v vseh lokalnih okoljih v Sloveniji in ima 62 samostojnih organizacijskih enot. Je mesto oziroma prostor, ki omogoča uporabnikom v stiski enak dostop in enake možnosti za reševanje njihovih težav, je mesto oziroma prostor, kamor ljudje prihajajo po moč, podporo, usmeritve, da bi zmogli urediti stanje, v katerem so se znašli. Centri pa imamo poleg drugih tudi javno pooblastilo za represijo, izvajanja ukrepov, ki jih zahtevata vzgoja in varstvo otroka ali varstvo njegovih premoženjskih ter drugih pravic in koristi.²

Človek je bitje odnosa. Medosebni odnosi spadajo med najpomembnejša področja našega življenja. Nanje vplivajo vzorci primarnih družin, nezavedne in potlačene frustracije, življenjsko obdobje in druge okoliščine. Družina je sistem odnosov, ki so močno prepleteni s čustvi, mislimi, različnimi vedenjskimi vzorci, oblikujejo jo odnosi. Družina vsakega človeka močno zaznamuje, vpliva na njegovo delovanje, doživljanje tako samega sebe kot drugih, mu da usmeritve za življenje in je z njo za vedno povezan. Družina je kot jedrska elektrarna; če deluje brez večjih napak, daje svojim članom ogromno moči, če je v okvari, pa povzroča predvsem otrokom težko popravljivo škodo.

Urejanje odnosov v družini pomeni strokovno delo z družino, ki se je znašla v stiski zaradi različnih življenjsko neugodnih okoliščin, ki so povzročile, da je prišlo v družini do zastoja, nesoglasij, stisk, ogroženosti, suma o neustreznem ravnanju, z velikim poudarkom na zaščiti pravic, koristi in interesov mladoletnih otrok.

S strokovnimi metodami socialnega dela skušamo skupaj s starši in otroki iskati možnosti za izboljšanje kakovosti medosebnih odnosov in starševskih veščin (prenehanja uporabe morebitnih neustreznih vzgojnih metod, neprimerne skrbi ali celo ogroženosti). Z vidika socialnega dela je namreč temeljna naloga raziskovanje možnosti za pomoč družini, da bi njeni člani znali in zmogli samostojno ter odgovorno opravljati svoje naloge. Zato je treba proučiti vse možnosti za vzpostavljanje delovnega odnosa z družino oziroma z vsemi člani družine. Tem družinam se skuša pomagati s svetovanjem in podporo ter drugimi razpoložljivimi oblikami pomoči (svetovanjem, vključevanjem v različne programe, s terapijo, skupinskim delom ipd.) z namenom usposabljanja družinskih članov, predvsem staršev, za

1 Prispevek je bil predstavljen na seminarju Sodno izvedenstvo v postopkih družinskega sodstva, ki ga je organiziral Center za izobraževanje v pravosodju.

2 119. člen Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (Uradni list RS, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US in 15/17 – DZ) (v nadaljevanju ZZZDR), ukrepi CSD.

njihov prispevek k obstoju družine, spreminjanju in razvoju ter ustrezni skrbi za zdrav razvoj otrok.

Način delovanja v partnerskem odnosu je pridobljen s posnemanjem partnerskih vzorcev – odnosov, v katerih smo živel. Nimamo jasnih smernic ali okvirov in delujemo spontano, nezavedno. Prav tako se zavedanje, da bi se bilo treba o zdravem partnerskem odnosu učiti, največkrat začne šele po negativni izkušnji, ki jo je posameznik doživel.

2. STOPNJE V SPREMINJANJU DRUŽINE V KOLESJU INSTITUCIJ

Ko eden izmed staršev ugotovi ali oba starša ugotovita, da skupno življenje oziroma partnerstvo za njiju ni več sprejemljivo, se podata na pot sprememb; pot, ki je največkrat ne poznata, vsak s svojimi pričakovanji, svojimi močnimi čustvi, stališči, zahtevami, obremenjena drug z drugim, največkrat z zavedanjem, da je treba urediti le nadaljnje življenje otroka. Kako bosta to uredila, pa se po izkušnjah vse prevečkrat dogaja, da se o tem ne uspeja sama dogovoriti. V sodelovanje s strokovnimi delavci na CSD vstopajo tako starši, družine katerih so nam dobro znane; starši, ki želijo od nas le t. i. »obrazce« za ureditev življenja otrok na sodišču; starši, ki so že tudi v vsakdanjem življenju speljali reorganizacijo družinskega življenja; starši, ki jih povabimo, ker nas sodišče poziva, da podamo mnenje k predlogu njihovega sporazuma; pa tudi starši, ki so že dlje časa v konfliktnem odnosu, ki se vse prevečkrat le stopnjuje in prerašča tudi v nasilje.

Strokovni delavci CSD se tako z družino podamo na pot skozi stopnje spreminjanja³ in reorganizacije družinskega življenja. Vloge na posameznih stopnjah so različne, pot je lahko manj zahtevna, lahko pa tudi mučna, s številnimi ovirami in dolgotrajna. Na podlagi svojih izkušenj pri delu z družino ocenjujem, da je v procesu reorganizacije družinskega življenja vloga CSD zlasti pomembna ob prvih stikih, torej na prvi stopnji.

2.1 Prva stopnja: predhodno družinsko svetovanje⁴

Interes staršev je v mnogih primerih hitro urediti formalnosti na sodišču, ob tem pa premalo pozornosti namenijo dogovarjanju o poteku vsakdanjega nadaljnega življenja otroka, skrbi zanj, vzgoji, pomembnih vprašanjih, vprašanju, kako bosta nadalje sodelovala kot oče in mama, kako bosta zagotovila, da bo otrok imel oba, koliko se zavedata, da si bosta otroka morala deliti, kako bosta otroku predstavila nadaljnjo organizacijo njegovega življenja, kako mu pomagala pri njegovih stiskah itn. Sodelovanje staršev pri skrbi za otroke po prekinitvi partnerstva je bistveno zahtevnejše in od staršev zahteva mnogo več kot le ureditev zakonsko določenih formalnosti. Vprašanje je tudi v zavedanju pomembnosti prvih pogovorov in postopanju strokovnih delavcev, ki vstopamo v prvi v stik z družino. Vprašanje je, koliko znamo in zmoremo čas pri srečanjih s starši izkoristiti. Izjemno je pomembno, kako starša nagovorimo, kako raziščemo njihova pričakovanja, kako pojasnimo

³ Romih, »nav. delo«, str. 21–32.

⁴ 105. člen ZZZDR (pomoč staršem pri sklenitvi sporazuma).

našo vlogo, kako raziščemo njihov dotedanji potek življenja, kako vstopamo v delovni odnos z njimi in koliko smo radovedni, odprti za možnost različnih življenjskih scenarijev. Obema staršema je v enakem obsegu treba dati moč in odgovornost za nadaljnjo življenjsko usodo njunih otrok, saj imajo otroci naravno radi oba in tudi potrebujejo oba.

Tudi v primerih, ko sta se starša uspela odgovorno dogovoriti sama ali pa z našo pomočjo o osnovnih vprašanih glede otrokovega življenja (zaupanje v varstvo in vzgojo, o poteku stikov z drugim staršem in o preživljanju) in sta predlog sporazuma poslala na sodišče v potrditev, nas sodišče običajno tudi v primerih prekinitve zunajzakonske skupnosti⁵ pozove na oblikovanje mnenja glede predlaganega sporazuma staršev. CSD ima ob tem priložnost, da v pogovorih s starši preveri, kakšne so njihove nove življenjske razmere, potrebe in doživljanje otroka, kako sta ga obvestila o njuni odločitvi, prilagajanju na novo situacijo, kakšen odnos ima otrok s staršema, kako sodelujeta pri izvajanju starševstva, kako komunicirata, kje so morebitni zastoji, težave itn.

Kadar sta se starša uspela sporazumno dogovoriti in uskladiti o otrokovem življenju, ko nimamo nikakršnih drugih znakov, da bi bila morebiti ogrožena otrokova korist, izhajamo s stališča zaupanja v starševsko odgovornost in njihovo sposobnost ustrezne skrbi za otroka. Vloga CSD na tej prvi stopnji je tako svetovalna, podporna in raziskovalna.

Ob vsem tem, ko se starša uspeta sporazumeti in pošljeta predlog v potrditev sodišču (lahko tudi mimo CSD), pa se v praksi pri strokovnih delavcih pogosto porajajo dileme in najverjetneje tudi različna praksa glede v nadaljevanju navedenega.

- Delavci na CSD nismo seznanjeni, koliko je že sodišče ugotavljalo ustreznost predloga staršev in koliko aktivnosti glede preverjanja, ali dogovor upošteva koristi otroka, je treba še opraviti, če nas sodišče zaprosi za mnenje. Neetično bi bilo namreč starše dodatno obremenjevati in s tem izkazovati nezaupanje v njihovo starševsko odgovornost, če je sodišče že opravilo potrebne postopke dokazovanja in ni dvoma glede zaupanja v starševsko odgovornost in njihovo sposobnost ustrezne skrbi za otroka.
- Otrok mora biti seznanjen z odločitvijo staršev, starša pa povesta, da sta mu to sama povedala in zato ne želita dodatno obremenjevati otroka. Kako preveriti pri otroku, da ne potrebuje dodatne pomoči, ter ali gre zaupati staršem, da sta ga primerno seznanila s svojo odločitvijo?
- Katere aktivnosti naj bi CSD kljub dogovoru staršev izvedel v primerih, ko gre za zelo majhnega otroka, otrok pa ni nikamor vključen? Ali bi bilo v vsakem primeru potrebno preverjanje ustreznosti sporazuma in skušati pridobiti dovoljenje staršev (npr. za pridobitev poročila pediatra, opraviti obisk na domu obeh staršev ali morda še kaj)?
- Kako postopati, če starši ne podajo soglasja za pogovor z otrokom in pridobivanja poročil drugih institucij? Je to dovolj velik dvom o ustreznosti sporazuma staršev glede upoštevanja največje koristi otroka? Bi sodišče po taki informaciji predlog potrdilo ali ga lahko le zavrne? So še kakšne druge možnosti?

5 Poimenovanje uporabljamo za starše, ki ne živijo ali ne bodo več živeli skupaj, niso sklenili zakonske zveze

- Nujno bi bilo oblikovati strokovne smernice glede oblikovanja in strukture poročila z mnenjem, saj je zdaj to prepuščeno presoji posameznih strokovnih delavcev oziroma CSD, zaradi česar prihaja do nedopustnih raznolikosti, različne kakovosti in tudi pomanjkljivosti.

2.2 Druga stopnja: sklenjeni sporazum med staršema ni v korist otroka

Na tej stopnji smo starši in strokovni delavci že pridobili določene izkušnje drug o drugem, vzpostavili medsebojni odnos. Zelo pomembno je, kakšna je ta izkušnja, kakšen delovni odnos smo uspeli vzpostaviti, kakšen dialog smo vodili. CSD je ob predhodno izvedenih aktivnostih (predhodne obravnave, pridobljena poročila drugih institucij, pogovori s starši, otrokom, obiski na domu ipd.) ugotovil, da sporazum staršev otroku ni v korist, ker nobeden od staršev ni primeren za varstvo in vzgojo otroka. V mnenju sodišču CSD sporoči svojo ugotovitev. Ne glede na to, ali gre za razvezo zakonske zveze ali prekinitve zunajzakonske skupnosti, mora sodišče tak predlog sporazuma zavrniti. Sodišče namreč v postopku ne more zavarovati otrokove koristi z odločitvijo, da se otrok zaupa v varstvo in vzgojo drugi osebi, ampak predlog lahko le potrdi ali zavrne.⁶ Na tej točki se CSD takoj znajde v dvojni vlogi: svetovalni⁷ in oblastni (represivni). Takoj ob poslanem mnenju sodišču mora CSD namreč uvesti postopek za odvzem otroka po 120. členu ZZZDR. Strokovni delavci CSD se znajdemo pred dilemami.

- Ali takoj obvestiti sodišče in poslati mnenje (rok) in začeti z upravnim postopkom po 120. členu ZZZDR, vodenje postopka za sprejem ukrepov ter izhajati iz pozicije moči, ali poskušati s staršema, ki sta pripravljena sodelovati, s svetovalnim delom in uvajanjem pomoči doseči, da bosta izboljšala svoje starševske veščine in postala funkcionalnejša. Če takoj začnemo postopek za ukrepanje, se namreč znajdemo v navzkrižju interesov, napetosti se zaostrijo in pripravljenost za sodelovanje se največkrat spremeni. Z vidika staršev oziroma družine, ki sta sicer sklenila nek sporazum, vendar po oceni stroke neustrezen, ogroženost družine prihaja od zunaj. Ob tem nastaja dilema, kako se lahko doseže največja korist otroka. V takih primerih, ko sta starša pripravljena za sodelovanje in spremembe, bi bila smiselna možnost, da starša predlagata sodišču mirovanje, CSD pa s storitvijo pomoči družini za dom⁸ oziroma osebne pomoči⁹ intenzivno skuša s staršema doseči spremembe pri izboljšanju starševske skrbi in po potrebi predlaga izdajočasne odredbe glede poteka stikov. Z ukrepi CSD namreč poseže v družino praviloma šele takrat, kadar se z drugimi pomočmi družini ne dosežejo zastavljeni cilji, otrokove koristi pa so hudo kršene.
- Pogosta strokovna dilema v takem primeru, ko strokovni delavci pred oblikovanjem mnenja sodišču opravljajo aktivnosti za preverjanje ustreznosti

6 B. Novak, Kolizija med sodno in upravno pristojnostjo v družinskih zadevah, (2009), str. 321–333.

7 10. člen ZSV (storitve), (Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 23/07 – popr., 41/07 – popr., 61/10) v povezavi s Pravilnikom o standardih in normativih socialno varstvenih storitev Pravilnik o standardih in normativih socialnovarstvenih storitev (Uradni list RS, št. 45/10, 28/11, 104/11, 111/13, 102/15 in 76/17), v nadaljevanju Pravilnik o standardih in normativih.

8 15. člen ZSV v povezavi s 5. členom Pravilnika o standardih in normativih (pomoč družini za dom).

9 13. člen ZSV v povezavi s 4. členom Pravilnika o standardih in normativih (osebna pomoč).

sporazuma staršev in ugotavljajo, da sporazum ni ustrezen, je tudi, ali začeti takoj s postopki po Zakonu o preprečevanju nasilja v družini (v nadaljevanju ZPND)¹⁰ ali naj najprej izvedejo storitev prve socialne pomoči.¹¹

- V nadaljevanju, ko se izdeluje ocena ogroženosti za posameznega otroka, so sicer oblikovana merila za ocenjevanje, vendar je ob tem pomembno zavedanje, da so ti podvrženi subjektivnosti ocenjevalca, zato je pomemben pri tem skupni pristop različnih strokovnjakov, s čimer se zmanjša tveganje za subjektivnost.
- V primeru, kadar CSD ugotavlja, da sporazum staršev otroku ni v korist, gre največkrat za starše, ki imajo slabe strategije za spoprijemanje s težavami, slabe življenjske izkušnje, starše, ki so polni občutkov krivde in strahu, s pomanjkanjem volje in energije, ki zavzamejo obrambno držo in jim primanjkuje motivacije za sodelovanje. Strokovni delavci ob tem iščemo najrazličnejše vzvode, da bi starše uspeli pritegniti in pridobiti za sodelovanje. Pri tem iskanju prave poti je lahko uveden postopek odvzema tudi način oziroma »sredstvo za motiviranje« staršev k pripravljenosti za sodelovanje v skupnem projektu spreminjanja tedanjih vzorcev in odnosov s ciljem, da se pomaga staršem postati »boljši« starši. Strokovni delavec izhaja v takem primeru iz pozicije moči z možnostjo, da sprejema ukrepe s ciljem strokovne pomoči. Uspeh na poti do cilja je večinoma odvisen od na eni strani zmožnosti staršev, na drugi strani pa od strokovne in osebne avtoritete, ki jo je uspel ali pa ne zgraditi strokovni delavec,¹² in s tem vzpostavljene sodelovanja.

2.3 Tretja stopnja: sporazuma ni – reševanje starševskega spora preide na sodišče v odločanje

Na tej stopnji se razdiralni partnerski odnos pogloblja, sodelovanje med staršema se poslabša ali ga sploh ni več, komunikacija med njima največkrat ni več konstruktivna. V takšni napetosti pa ostaja otrok, ki nekako mora preživeti. Naloga CSD je v vseh nalogah in postopanjih štiti koristi otroka. Starševstvo je temeljna človekova pravica (54. člen Ustave RS)¹³, ki jo mora država spoštovati in se vzdržati pogovov vanjo, dokler starši ravnajo v otrokovo korist.

V vseh postopanjih mora biti v središču zavedanje, da ni upravičeno ogroziti koristi otrok zaradi varovanja pravic staršev. V zaostrovanju starševskega spora se mora za vpletene institucije prižgati »oranžna luč«, ki morajo s posebno skrbnostjo spremljati otrokov položaj, skrb za njegove potrebe in pravice, doživljanje in morebitne stiske. Starša kljub temu, da imata svojega otroka rada in mu ne želita škodovati, zaradi hude čustvene stiske in lastnega ukvarjanja z razreševanjem partnerstva pogosto nenamerno spregledata otrokove potrebe in doživljanje ter »otroka ne vidita več«.

Na tej stopnji se vloga CSD spremeni, sodišče zbira dokaze in odloča, zagotavlja pravno varnost in ureditev pravnih razmerij. Sodelovanje med sodiščem in CSD se

10 22. b člen ZPND (Uradni list RS, št. 16/08, 68/16 in 54/17 – ZSV-H).

11 12. člen ZSV v povezavi s 3. členom Pravilnika o standardih in normativih (storitev prve socialne pomoči).

12 Bouwkamp, nav. delo, 2014, str. 249–255.

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

okrepi. CSD je nekakšen posebni pomočnik sodišča in z njim sodeluje pri varstvu javnega interesa. Zbira podatke o osebnih in družinskih razmerah otrok in njihovih staršev, opravlja naloge pomožnega preiskovalnega organa, obenem pa ima poseben procesni položaj, ki je zaradi njegovega strokovnega znanja in izkušenj podoben položaju sodnega izvedenca.¹⁴

Ob zaostrovanju starševskega spora, ko se starša ne uspeta dogovoriti o ureditvi nadaljnega življenja njunega otroka in za to sprejeti odgovornosti, v skladu s svojimi prepričanji in interesi pričakujeta pravično rešitev institucij. Starša, ki se v medsebojnem odnosu toliko zapleteta, da se ne zmoreta dogovoriti o najosnovnejših vprašanjih glede otrokovega nadaljnega življenja, da bi mu povzročila čim manjšo škodo, ne zmoreta več razmejevati otrokovih potreb in pravic od lastnih, otrokovi interesi niso več prepoznavni. Ob tem, ko se institucije vpletemo s sprejemanjem mnenj in odločitev za njunega otroka, se tudi njuna odgovornost prerazporedi oziroma preloži. S problematiko, ki nam jo izražata kot veliko skrb za svojega otroka, le nezavedno preusmerjata pozornost od lastnih občutij neuspešnosti, žalosti, jeze in bolečine, ki spremlja razpad nekega odnosa in uničenja »življenjskega projekta«, in s tem blažita svoje rane.

Institucije, ki se vpletemo v razreševanje starševskega spora, smo tako del skupnega projekta, v katerem moramo najti rešitve za sedanost in nadaljnje življenje posameznega otroka ob upoštevanju njegove največje koristi oziroma vsaj čim manjše škode. Če želimo kar najbolje opraviti svoje delo, moramo imeti jasno razmejene in določene vloge, po najboljših močeh moramo opraviti svojo nalogo in nositi vsak svoj del odgovornosti pri sodelovanju za želeni izid. Dileme, ki se nam ob tem porajajo, so:

- sodelovanje med institucijami; kako naj poteka, kaj drug od drugega pričakujemo, katere aktivnosti posamezna institucija opravi, kako naj poteka medsebojna komunikacija itn. Protokol sodelovanja ni izdelan, izkušnje so zelo različne, zato obstajajo številne prakse, ki so tako dobre kot slabe. Za učinkovitejše delo in sodelovanje bi bilo zato smotno izdelati protokol s smernicami sodelovanja in dela posameznih institucij;
- preden sodišče odloči o varstvu in vzgoji, stikih in preživnini, mora glede otrokove koristi pridobiti mnenje CSD. Poročilo z mnenjem naj bi sodišču pomagalo pri razjasnitvi dejanskih vprašanj in oblikovanju pravilne ocene glede koristi otroka za pravilno odločitev. Vsebina in oblika poročila z mnenjem pa nista jasno razdelani, zato v praksi prihaja do velikih razlik. Nekatera poročila z mnenji so izjemno skopa, nekatera vsebinsko pestra in navajajo CSD znana dejstva, podatke, poročajo o opravljenih aktivnostih, morebitno že izvedenih postopkih in oblikah pomoči, ravnanjih staršev, njihovi pripravljenosti sodelovanja, medsebojnem odnosu, otroku, pomembnih okoliščinah, opisu in tehtanju razlogov za predlog, do tega, kdo pripravlja in oblikuje poročilo in mnenje CSD, o uporabljeni metodologiji, delovnih pristopih, strokovnem izražanju, ugotovitvah, mnenju otroka itn. Predlogi CSD niso vedno jasni, ne odgovorijo vedno na vprašanja, če jim jih sodišče zastavi, in se pogosto ne opredelijo glede največje koristi otroka. Za rešitev te zagate bi bilo zato nujno izdelati smernice in poenotiti zahteve glede vsebine in oblike poročil in mnenj;

14 Sodba II Ips 682/2007.

- praksa sodišč glede pošiljanja zahtev za poročilo je zelo različna. Ena so tipska, druga skrbno pripravljena, s konkretnimi vprašanji. V posameznih primerih sodišča že pred pridobitvijo mnenja CSD sami opravijo določene aktivnosti (zasišijo stranke, pridobijo mnenje drugih institucij) in s tem seznanijo CSD ter zastavljajo vprašanja, na katera naj bi CSD odgovoril, druga centru podajo pooblastilo, da opravi poizvedbe, in šele po pridobitvi poročila nadaljujejo z aktivnostmi. Tudi na področju dela sodišč bi bilo smiselno poenotiti prakso, izdelati protokol, ki bi omogočil hitrejše postopanje in odločanje;
- težave pri opredelitvi glede predloga, kateremu staršu naj se otroka zaupa v varstvo in vzgojo, so pogoste v primerih, ko imata oba starša primerne starševske zmožnosti in se CSD jasno ne opredeli glede otrokove koristi. V takih primerih menim, da je treba opraviti več aktivnosti in poglobljeno raziskati okoliščine, ki bi otroku prinesle čim manj sprememb v njegovo življenje, jih vrednotiti in pretehtati glede na največjo korist otroka v sedanosti z napovedjo za prihodnost;
- pridobivanje otrokovega mnenja: preden sodišče odloči o varstvu in vzgoji ter stikih, upošteva poleg mnenja CSD tudi otrokovo mnenje, če ga je izrazil sam ali prek osebe, ki ji zaupa in jo je sam izbral, in če je sposoben razumeti njegov pomen in posledice.¹⁵ Pogovor z otrokom lahko opravi sodišče ali pa za to zaprosi CSD. Izkušnje v praksi so zelo različne. Kadar pogovor z otrokom opravlja CSD, da bi pridobilo njegovo mnenje, bi bilo po mojem mnenju treba zelo natančno opisati, kako je pridobivanje potekalo, za kakšnega otroka gre, kakšne so njegove sposobnosti razumevanja, izražanja, kako je bil otrok seznanjen z vsemi pravicami, kako so bile zagotovljene pravice, metodologija, ki je bila uporabljena, kdo je pogovor opravljal, koliko stikov z otrokom je bilo opravljenih, kako sta starša pripravila otroka na pogovor, kje je pogovor potekal, otrokovo odzivanje, opažanja strokovnega delavca itn. Vse prevečkrat je strokovna presoja objektivnih in subjektivnih dejavnikov ter njihovega pomena za organizacijo otrokovega nadaljnjega življenja pomanjkljiva. V izvajanje pogovorov z otrokom je treba pristopiti izjemno subtilno in taktno, da mu nehoti ne naložimo odgovornosti in s tem morebitnega občutka krivde za »srečo njegovih staršev«. Menim, da imamo institucije na tem področju še precej neizkoriščenih možnosti in dela;
- poraja se tudi dilema o sodelovanju s sodnimi izvedenci. Praksa je zelo različna in centri imamo s tem različne izkušnje. Dogaja se, da izvedenci po telefonu poizvedujejo o zadevah, ne da bi bil center sploh obveščen o postavitvi izvedenca. Poleg tega bi pričakovali, da se nam ob zahtevi za dodatno spisovno dokumentacijo predloži tudi sklep, iz katerega izhaja zahteva. Ob tem se nam zastavlja tudi vprašanje o etičnosti sporočanja naših mnenj in s tem vplivanja na mnenje izvedenca;
- dostopnost CSD do izvedenskih mnenj: ugotovitve in izvedenska mnenja bi bili CSD v pomoč in zanj uporabna usmeritev pri nadaljnjem delu z družino. Vprašanje je, ali CSD lahko pridobi izvedensko mnenje neposredno od sodišča in kakšna zakonska podlaga bi bila za to primerna, ali le, če ga predloži kateri od staršev. V postopku, ko še ni odločitve in je izdelano izvedensko mnenje, na katerega starša lahko podajata pripombe in zahtevata pojasnila, CSD pa

¹⁵ 105/3 člen, 106 a/5 člen ZZZDR, 410. člen ZPP (Ur. l. RS, št. 73/2007 UPB3) otrokovo mnenje.

ni stranka v postopku, bi bilo smotno, da bi bilo mnenje poslano tudi CSD, da bi lahko po potrebi podal morebitne pobude za razjasnitev in zastavil dodatna vprašanja.

2.4 Četrta stopnja: spor staršev se pogloblja

- V hudih starševskih sporih, ko je vključenih vedno več strokovnjakov, ko čas teče, odločitev pa se ne more sprejeti, saj starša »partnerskega obračunavanja« ne spustita in ga vztrajno vzdržujeta in uporabljata najrazličnejša orodja s tem, ko se pritožujeta, vlagata zahteve za začasne odredbe, kazenske ovadbe, prijave na policijo ipd., spor postaja vse obsežnejši in globlji. Govorimo lahko o ekspanziji in eskalaciji spora. CSD je na tej stopnji izključno v vlogi pomočnika sodišča, da mu pošilja ugotovitve, pomembne podatke, pobude in pazi le še na morebitno ogroženost otroka. Starša ob zaostrovanju spora namreč nista več sposobna »slišati«, svetovalno delo ni več mogoče. V praksi se med strokovnimi delavci zastavljajo vprašanja, in sicer:
- kako ravnati v primeru domnevnega psihičnega in čustvenega nasilja nad otrokom ob zelo zaostrenih starševskih sporih med sodnim postopkom. Strokovni delavci po mojem mnenju premalokrat ukrepajo in po uradni dolžnosti ugotavljajo morebitno ogroženost otroka, za kar glede na razmere obstajata velika verjetnost in tveganje. CSD v času sodnega postopka res nima pooblastil, da bi izvajal ukrepe, vendar pa bi na podlagi ugotovitev v primerih ogroženosti sodišču lahko predlagal zaščito otroka oziroma začasno odredbo. Če pa ogroženosti otroka, na podlagi katere bi bilo nujno ukrepati, CSD ne bi ugotovil, bi sodišču lahko poslal dopolnjeno poročilo o izvedeni aktivnosti in sodišče seznanil o tem, kako je z otrokom. Uvedeni postopek ugotavljanja ogroženosti otroka ima lahko tudi za starše pomembno sporočilno vrednost, saj v posameznih primerih starša morda le uvidita škodo, ki jo s svojim brezkompromisnim postopanjem povzročata svojemu otroku;
- kako spremljati doživljanje otroka in kako mu nuditi pomoč. Dokler CSD ne začne s postopkom ugotavljanja ogroženosti, lahko le na podlagi soglasja staršev opravlja poizvedbe v drugih institucijah in pogovore ter otroka vključuje v najrazličnejše oblike pomoči, kar pa je lahko tudi zelo oteženo. Poleg tega se v zvezi s tem zastavlja vprašanje, koliko pogovorov z otrokom za pridobitev njegovega mnenja je primernih. Centri smo kadrovsko zelo različni, vsi centri niti nimajo psihologa, strokovni delavci imamo različna znanja in stališča, zato bi bilo treba delavce dodatno in stalno izobraževati ter poenotiti prakso;
- tako kot je vsaka družina svet zase, tudi vsak otrok na svoj način izraža svoje počutje, doživljanje in stiske. Glede na težo procesa spreminjanja družine in navzkrižje interesov menim, da bi morala biti otrokom zagotovljena ves čas dostopna dodatna strokovna pomoč oziroma oseba (zaveznik, »boter«), neobremenjena s starševskim sporom, ki bi ga spremljal v težkem obdobju njegovega življenja in mu pomagal pri razbremenjevanju odgovornosti ga obvaroval pred občutki krivde. Tako bi otrok lažje in manj obremenjujoče predeloval težke situacije, delil svoje občutke in bolečino in imel dovoljenje, da jih sploh doživlja, saj je sicer zaposlen s skrbjo za starše in njihovo počutje. Kakšen zastoj v otrokovem razvoju povzroča takšen položaj, si lahko le mislimo;

- na tej stopnji je v razreševanje starševskega spora običajno že vključenih tudi več strokovnjakov (sodišče, CSD, izvedenci, odvetniki). Otrok je izpostavljen številnim »pregledom«, zasliševanjem. Ob stiski pred vsemi novimi situacijami je največkrat tudi pod pritiskom staršev, poleg svojih notranjih, ki mu jih nalaga položaj. Namesto da bi bila pregledom o njunih starševskih kompetencah izpostavljena starša, se pozornost vse prevečkrat usmerja na otroka, ki je le prizadeti v sporu, in ne udeležena oseba. Pri tem je vprašanje, koliko smo institucije pod vplivom sugestij staršev, ki izrabljajo svojo moč in niso pripravljeni popustiti, ter s tem otroka dodatno viktimiziramo še institucije. Menim, da je v vsakem sporu in vedno nujno posebej preudarno tehtati, kdaj je sploh smiselno otroka vpletati v zadevo in ga izpostavljati zasliševanjem oziroma od njega pridobivati mnenje ter ga tako skušati obvarovati pred bremenom odgovornosti. Vsekakor pa je otrokova pravica in naša dolžnost, da ga seznanimo z zadevo in mu omogočimo sodelovati v procesu;
- ob najtežjih sporih, ki jih je na žalost vse več in trajajo tudi več let, se sprašujem, koliko uveljavljeni sistem in institucije pripomoremo pri vzdrževanju medsebojnega obračunavanja in s čim bi lahko vsaj malo omilili »položaj otrok«;
- v praksi se kljub dolgotrajnim in hudim sporom, ko se starši na vseh predhodnih stopnjah niso uspeli sporazumeti, postopek večkrat konča s sodno poravnavo tako, da imajo starši skupno vzgojo in varstvo. Kadar starši ne zmorejo sodelovati, ko včasih tudi ne komunicirajo in se niso sposobni usklajevati, se take poravnave ne bi smele niti predlagati niti tako končati.¹⁶ Praksa kaže, da je to bolj izhod iz nemoči in iskanje lažje poti kot pa odločitev, ki je v korist otroka. Taki starši se zelo hitro vrnejo z novo težavo ali pa breme nosi otrok, ki je ves čas na poti med enim in drugim domom, živi napetosti in mora biti ves čas na preži in skrbeti, da ne bo povzročal težav še on;
- delo odvetnikov: v številnih primerih si jezni starši, ki to finančno zmorejo, najamejo odvetnike, ki se morda niti ne spoznajo na družinsko pravo in koristi otroka, vendar jih zato, ker so v javnosti znani kot strokovni, starši pooblastijo za zastopanje. Odvetniki tudi svojo nalogo dobro opravljajo za svoje stranke, torej starše, vendar za ceno velike škode za otroke. Mnogokrat se zgodi, da se po nasvetu odvetnikov marsikaj s trudom doseženega in dogovorjenega v predhodnem družinskem posredovanju podre. Menim, da bi bilo glede na občutljivost zastopanja v družinskih sporih in v skladu s temeljnim načelom največje koristi otroka, ki ga moramo spoštovati vsi državni organi v vseh postopkih v zvezi z otrokom,¹⁷ morda treba tudi na tem področju razmišljati o potrebnih dovoljenjih za zastopanje;
- manipulacija z otrokom: z otrokom manipulira tisti od staršev, ki ima moč. Starš, ki otroka odtuja, nima empatije do otroka, svojih potreb ne more ločiti od potreb otroka.¹⁸ Otrok se ne odloči brez pravega razloga odtujiti od svojega starša. Prisiliti otroka, da se zaradi lojalnosti in navezanosti na enega starša odreče drugemu, je nespoštovanje otrokovih čustev in psihične stabilnosti in je resna kršitev otrokovih pravic. Za starša, ki indoktrinira, je pomemben čas, ki ga ima na voljo. Ključnega pomena za preprečitev posledic bi bila torej

16 Sodba in sklep Vrhovnega sodišča II Ips 912/2008 z dne 13. 11. 2008.

17 3.čl. KZNOP, 5. a člen ZZDZ.

18 Buljan Flander, nav. delo«.

pravočasna prepoznavna in ukrepanje. Kako lahko tako kršitev preprečimo? Ali bi bile že izdaje začasnih odredb na začetnih stopnjah postopka, s katerimi bi uredili vsaj stike, dovolj? Ali bi bila izdaja začasnih odredb o odvzemu otroka morda manjša škoda za otroka? Morda bi hudo škodo, ki nastaja zaradi odtujevanja otroka, preprečil kazenski postopek?

2.5 Peta stopnja: sodišče sprejme odločitev

V zahtevnih in zapletenih starševskih sporih lahko do odločitve sodišča preteče tudi leto ali več. Odločitev sodišča ni vezana na podan zahtevek staršev. Lahko zatrdim, da po dolgotrajnem procesu zmagovalcev ni, vprašanje je le, koliko starša sprejemata odločitev in kolikšna je oškodovanost otroka. Sodišče praviloma ne more rešiti spora, sodišče odloči, spor pa ostaja in poteka naprej prek otrok. CSD znova vstopa v pomoč pri izvrševanju sodb s svetovanjem, reševanjem težav, izvajanjem starševstva, reševanjem stisk otroka. Tako smo lahko v vlogi predlagatelja sodišču ali pa moramo sami voditi upravne postopke.

Strokovnim delavcem se ob tem porajajo dileme in zastavljajo v nadaljevanju navedena vprašanja.

- Glede na dolg proces odločanja in otrokovega prilagajanja razmeram je največkrat od staršev odvisno, ali bodo prepoznali, da otrok morebiti potrebuje pomoč, da bo predelal vse naloženo breme. Ko so vsi postopki končani, se otroka lahko spremlja in mu nudi pomoč namreč le ob soglasju staršev. Zato se večkrat lahko le sprašujemo o doživljanju posameznega otroka in poteku njegovega življenja.
- Postopki na sodišču se lahko začnejo na različne načine glede na statusna razmerja staršev v postopkih razveze ali prekinitve zunajzakonskih skupnosti, končajo pa se lahko s poravnavo, sklepom ali sodbo. Kadar so ti akti pravnomočni, v življenju pa je prišlo do ogrožanja otroka, se zastavlja vprašanje, kdaj bi moral biti CSD predlagatelj, v katerih primerih pa bi moral sam izpeljati upravni postopek po 120. členu ZZDZ. Da bi se izognili nepotrebnim postopkovnim zagatam, bi bilo smiselno pripraviti pojasnilo za centre.

3. POGLED SKOZI PRAKSO IN ANALIZO PRIMEROV

- Na podlagi podatkov matičnega centra (podatkov drugih centrov nimam) ocenjujem, da se velik delež staršev uspe sporazumeti o pomembnih vprašanih otrokovega nadaljnega življenja, mnogi tudi s strokovno pomočjo.
- Urejanje stikov, ko je otrok po odvzemu staršem nameščen v rejniško družino, pogosto poteka v individualni projektni skupini namesto na sodišču. Zaradi posebnosti in zahtevnosti posameznega primera je večkrat treba zelo postopno in previdno uvajati stike ali jih omejevati ter jih tudi sprotno ocenjevati. Šele po strokovnem opazovanju, spremljanju in ocenjevanju je mogoče predlagati spremembe. Zaradi navedenega določanje stikov staršev z otrokom običajno ni mogoče takoj s končno odločbo, ampak je potrebnih več zaporednih začasnih odredb. V postopkih urejanja stikov so rejniki nasprotni udeleženci, v praksi pa se pogosto še dogaja, da se jih spregleda.

- Starši, katerim so otroci odvzeti z odločbo CSD in nameščeni v rejniške družine ali pa v institucionalno varstvo, glede urejanja stikov niso v enakem položaju. Za otroke v rejništvu se stiki določajo v postopkih na sodišču, medtem ko otrokom, nameščenim v institucionalno varstvo, le v okviru individualnih načrtov, ki jih izdelajo v domovih skupaj s strokovnimi delavci doma, strokovnim delavcem CSD in starši ter otroki.
- Zatika se pri merilih, kdo je »dovolj dober starš« in kaj je »korist otroka«. Standardi so vse preveč pod vplivom subjektivnosti ocenjevalca in drugih okoliščin.
- Uporabljena terminologija in izrazoslovje sta pogosto neustrezna. Stikovanje namesto stik z otrokom, skrbništvo namesto zaupanje v varstvo in vzgojo, prepoved stikov namesto odvzem pravice do stikov, sostarševstvo namesto skupna vzgoja in varstvo...
- Lahko pri hudih starševskih sporih sploh še govorimo o koristi otroka? Ali ne gre le za vprašanje, kaj je manjša škoda?
- Psihološka zloraba otrok, manipulacija z otroki. V Sloveniji ni prakse kazenskih postopkov. Morda bi z ukrepi v kazenskih postopkih lahko dosegli, da bi se starši vključili v ustrezne obravnave ali pa opustili škodljiva ravnanja.
- Katera oblika pomoči staršem je primerna? Neustrezna napotitev lahko povzroči še dodatno škodo.

4. SKLEPNA MISEL

Družine, s katerimi se srečujemo, svoje stiske izražajo na številne, mnogokrat nam nerazumljive načine. Ob naših odzivih je pomembno, da ohranimo spoštovanje, da jih ne razvrednotimo in ob tem skrbno izbiramo besede.

V razreševanje starševskih sporov vstopamo različne službe z različnimi strokovnimi znanji, različnimi delovnimi izkušnjami, srečujemo se z ljudmi z različno življenjsko zgodovino in pogledi na življenje. Vzpostavljamo odnose, ki tudi v nas puščajo najrazličnejše vtise in občutke. Ob tem je pomembno zavedanje, da v katerekoli odnose vstopamo, nesemo sebe s seboj, s projekcijo na podlagi svojih »slik«, z lastnimi vzorci, vrednotami, pogledi, pomanjkljivostmi...Vsa naša zaznavanja so zato deloma subjektivna. Ker je naše poslanstvo upoštevati in ščititi največjo korist otrok in odločati o njihovi sedanjosti, ki jih bo zaznamovalo tudi v prihodnosti, je naša odgovornost, da vsak posameznik v sistemu družbene skrbi za otroka, ki sodeluje pri odločanju, svojo nalogo opravi kar najbolj odgovorno, zavzeto in strokovno. Samo z željo za sodelovanje in ob zavedanju, da ima v tem procesu vsak svojo vlogo, ki pomembno vpliva na soustvarjeni končni izid, bomo lahko vsaj malo omilili stiske otrok, starši katerih zaradi lastne čustvene prizadetosti v procesu spreminjanja družine ne zmorejo upoštevati potreb in koristi otrok.

UPORABLJENA LITERATURA IN DRUGI VIRI:

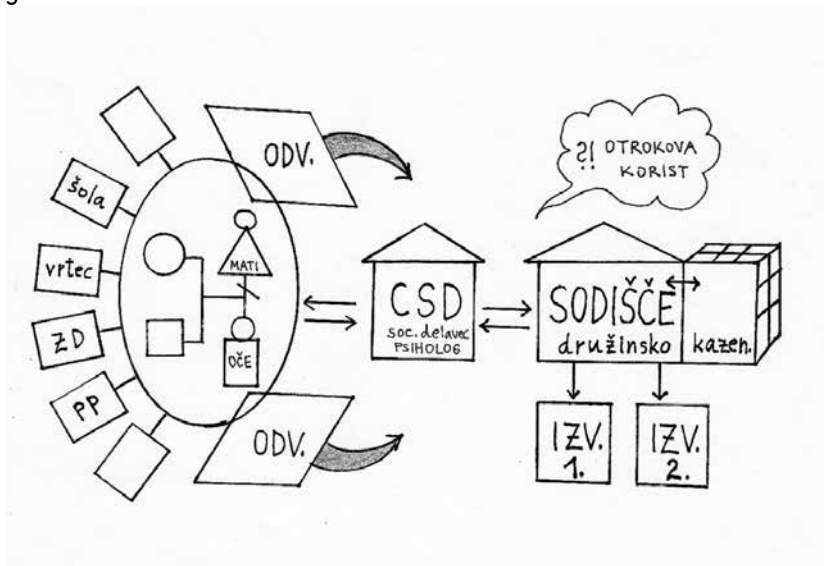
- Bouwkamp, R. in S. Blizu doma: priročnik za delo z družinami. Ljubljana: Znanstvena založba pri Filozofski fakulteti Univerze, 2014.
- Buljan Flander, G. Odtujevanje in manipulacija z otroki ob visoko konfliktnih razvezah, osebni zapiski s predavanja, Portorož, 2017.
- Burkelc, F. Mnenje centra za socialno delo (delovno gradivo). Posvet družinskih sodnikov in strokovnih delavcev CSD, 2014.
- Debeljak, A. Srečen sem: spodbude za nova spoznanja. Radovljica: Orfin, 2011.
- Dirnberger Puchner, S. Konfliktni management, osebni zapiski predavanja, 2011.
- Domiter Protner, K. Zloraba otrok v družini: možnosti ukrepanja. Ljubljana: Zavod za šolstvo, 2014.
- Filipčič K. Nasilje v družini: poglavje: otrok žrtev družinskega nasilja v kazenskem postopku. Ljubljana: Bonex založba, 2002.
- Končina Peternel, M. Pravna praksa, 14. 2. 2008, str. 29–30.
- Novak, B. :Odvzem otroka v sodnem ali upravnem postopku, Pravniki, št. 5–6/2009, str. 321–333.
- Peklaj, J. Stiki – problem ali simptom, Firis, strokovno-pravni informator , 1996, let. 4, št. 5, str. 34–41.
- Romih, M. Proces transformacije družine in zakona (partnerstva) iz matične družine z razveze in ločitvijo v enostarševsko in dopolnjeno družino – spremembe drugega reda v konceptu Margaret Robinson, Firis, strokovno-pravni informator, 1999, letn. 7, št. 5, str. 21–32.
- www.pravice-otrok.si
- <https://book.coe.int/smernice-odbora-ministrov-sveta-evrope-za-otrokom-prijazno-pravosodje.html>

PSIHOLOŠKI POGLED NA SODNE SPISE IN DELO CENTROV ZA SOCIALNO DELO NA PODROČJU RAZVEZ

mag. Metoda Maj, univ. dipl. psih., spec. psih. svet.,
Center za socialno delo Litija

Sodelovanje v delovni skupini, sestavljeni iz različnih strokovnjakov in udeležencev v razveznih postopkih, je bila poučna in ustvarjalna izkušnja. Analiza sodnih spisov in izvedba izobraževanja z naslovom Sodno izvedenstvo v postopkih družinskega sodstva¹ sta omogočili vsem članom delovne skupine kakor tudi udeležencem izobraževanja vpogled v delo posameznih institucij in strok, pa tudi iskanje rešitev za izboljšanje dela in sodelovanja vseh vpletenih.

Slika 1. *Razvezni postopek - sodelovanje delavcev CSD, sodnikov, izvedencev in drugih*



V prispevku obravnavam dve nalogi, ki sem ju opravila v okviru sodelovanja v delovni skupini: analizo sodnih spisov z vidika psihologa centra za socialno delo in predstavitev dela psihologa na centru za socialno delo. Pričujoči prispevek je povzetek obeh referatov s tega izobraževanja.

¹ Izobraževanje je bilo izvedeno v januarju in februarju 2018 pod vodstvom vrhovne sodnice dr. Mateje Končina Peternel in v organizaciji MP.

1. ANALIZA SODNIH SPISOV

Manjši vzorec spisov, ki smo jih pregledali, ne dopušča posploševanja, pač pa vtise in ugotovitve, ki lahko skupaj ugotovitvami iz drugih virov prispevajo k odpravljanju napak in pomanjkljivosti in tvorijo izhodišče za oblikovanje strokovnih smernic za nadaljnje delo. Spisi omogočajo vpogled v prakso različnih sodnikov, centrov za socialno delo (socialnih delavcev in psihologov), izvedencev (kliničnih psihologov, psihiatrov in pedopsihiatrov), drugih sodelujočih strokovnjakov, pa tudi odvetnikov in staršev. Člani delovne skupine smo pregledovali delo vseh udeleženi, in ne samo dela institucije, v kateri je posamezni član sicer zaposlen.

V prispevku navajam opažanja in ugotovitve, ki odpirajo različne dileme in vprašanja, pri tem pa za ilustracijo navedem kakšen primer iz konkretnih spisov.

1.1 Delo centrov za socialno delo – nekaj pripomb in vprašanj

1.1.1 Strokovno mnenje centra

Odpira se vprašanje, kaj je »mnenje centra«, ki ga center pošlje sodišču; kdo je »center« – kateri strokovni delavec oziroma kateri strokovnjak? V spisih so opazni različni modeli dela; v večini spisov so samo socialna poročila, zelo malo pa je psiholoških.

V večini primerov so mnenja premalo utemeljena. Nekatera poročila in mnenja nimajo navedenih virov in metodologije; v poročilih je zajeto premalo strokovnih meril. O pomanjkanju argumentov v poročilih centrov za socialno delo so pisali tudi sodniki.²

Primer: CSD ne poda svojega mnenja in lastnih ugotovitev, ampak le navede izjave strank in takoj predlaga sodišču, da imenuje izvedenca.

O tem, kaj sodišče potrebuje od centra za socialno delo in katere vsebine naj bi torej vsebovala poročilo in mnenje centra, spodbudno in poučno piše sodnica Frida Burkelc v svojem prispevku.³

Ob tem si lahko samokritično zastavimo vprašanje – ali imajo podobno zbirko vsebin in meril za oblikovanje mnenja tudi strokovni delavci? Če ne, kje so ovire?

1.1.2 Metodologija

Metodologija je v večini primerov premalo razvidna ali pomanjkljiva (število pogovorov, obiskov na domu itd).

2 Sodnik Zvone Strajnar v svojem prispevku Pomen mnenja centra za socialno delo pri odločanju o vzgoji in varstvu ter preživljanju otrok v postopku razveze zakonske zveze (2000) opozarja na to, da mnenja pogosto ne izpolnjujejo svoje namembnosti. Sonja Bigec v svoji diplomski nalogi Vloga centra za socialno delo pri razvezi zakonske zveze (2012) navaja še druge vire s podobnimi ugotovitvami.

3 Prispevek z naslovom Mnenje centra za socialno delo je predstavila na posvetu družinskih sodnikov in strokovnih delavcev CSD leta 2014.

V enem primeru sta pri strokovnem delu opazna pristranskost in subjektivnost: v socialnem poročilu je razvidno iskanje in naštevaje napak pri biološki materi, ki želi več stikov s svojim otrokom, rejniki pa stikom nasprotujejo. Ali je bil CSD v tem primeru zavezniški z rejniki, ki imajo morda motive za posvojitvev otroka? Zakaj tudi psihologinja CSD ne napiše utemeljitve za svoje mnenje in ne preuči pomembnih psiholoških dejavnikov?

Neredek izraz v poročilih je »*topla oseba*« – s katerim „termometrom“ je bila ta lastnost izmerjena (metodologija ni navedena)?

1.1.3 Pogovor z otrokom

Večinoma kaže, da je na tem področju delo pomanjkljivo opravljeno, metodologija je nejasna.

V spisih ni razvidno, ali je CSD upošteval tudi druge otrokove procesne pravice (obveščenoost, zaupna oseba/zastopnik) ali tega samo ni navedel v poročilu. Ali so bili otroci v teh spisih večinoma še premajhni in nezmožni za sodelovanje? Zakaj nosilec zadeve ni vključil psihologa, ki bi opravil pogovor z otrokom ali opazoval njegove interakcije s starši?

Kadar je podano otrokovo mnenje, le to ni opremljeno s strokovno razlago (ali je otrokovo mnenje trdno, pristno itd.).⁴

1.1.4 Stiki pod nadzorom

Nekaj vprašanj o izvajanju stikov, ker v poročilih ni razvidno: ali je CSD naredil predhodne ter vmesne informativne in diagnostične pogovore s starši in otrokom (pridobitev mnenja, če gre za nove okoliščine)? Ali je npr. opozoril očeta ali mater, da v času poteka stika neustrezno ravna, ali je le nemo opazoval in zapisoval dogajanje?

Glede zapisovanja poteka in vsebine stikov je med centri opazna neenotna praksa. Primer: prvi CSD v isti zadevi napiše zelo kratko mnenje v slogu »vse je v redu« (površen birokratski odnos), drugi CSD pa uporablja obrazec za poglobljen opis in navajanje poteka ter okoliščin posameznega stika.⁵

Kadar je navedeno otrokovo »dobro sprejemanje stikov na CSD«, ni natančneje opisano, ali to pomeni tudi dobro sprejemanje starša, s katerim ima otrok stike (sicer v laboratorijski situaciji, v kateri se starš običajno ustrezno kontrolira), saj so lahko razlogi za sprejemanje stikov še drugi (npr. dober in varen stik s prisotno strokovno delavko).

4 O pridobitvi otrokovega mnenja in strokovni presoji tega se na področju socialnega varstva že nekaj let izvajajo seminarji za strokovne delavce CSD (Maj; 2013)

5 Obrazec za zapisovanje stikov pod nadzorom je bil poslan udeležencem izobraževanj o tej temi (Maj; 2011; 2017).

1.1.5 Obravnava nasilja

Ali bi CSD v primerih psihičnega nasilja in čustvenih zlorab otroka v razveznem postopku moral uvesti postopek ugotavljanja ogroženosti otroka – ali ima merila za tako odločitve, znanje in pogum? Težave z opredelitvijo in obravnavo psihičnega nasilja v razveznih postopkih imajo tudi hrvaški strokovnjaki.⁶

Ali bi lahko CSD dal vmesne pobude za ureditev stikov s starimi starši ali drugimi otroku pomembnimi osebami v primeru, kadar otrokov starš osebnostno ni primeren za stike z otrokom, stiki z drugimi osebami iz sorodstva pa bi bili otroku morda v korist? Ali naj pouči stare starše o tej možnosti ali vložijo pobudo na sodišče sam (v skladu s 106. b členom ZZZZR)? V spisu je primer očeta, ki je ocenjen kot neustrezen za stike z otrokom (psihiatrični bolnik, agresiven), o njegovih starših pa so v spisu ugodni podatki in si želijo stikov z vnukom.

1.1.6 Komunikacija s sodiščem

Glede hitrosti ni večjih odstopanj, v vseh primerih so centri dokaj hitri, a tudi njihova poročila so precej kratka – ali se morda CSD s hitrim odzivom izogne poglobljenemu delu, za katero ob drugih obveznostih verjetno res nima časa, ali pa deluje tako hitro le zaradi prekratkega roka in strahu pred urgenco?

Ali bi lahko CSD večkrat upal dati pobudo sodišču za pospešitev postopka, zlasti ko se na terenu sooča z aktualnimi težavami v družini?

Ali ima CSD v vseh primerih ustrezna pričakovanja do sodišča? Primer: CSD s številnimi dopisi predlaga sodišču, naj pospeši postopek in poziva sodišče, naj „mater naloži zdravljenje“, naloži pa naj ji tudi „sodelovanje s CSD“.

Ali bi lahko CSD večkrat dal pobudo za vključitev v sodni postopek?

1.2 Delo sodišča – nekaj pripomb in vprašanj

Sodišče pošilja centrom za socialno delo pretežno šablonske dopise oziroma zahteve, in sicer na začetku posameznega postopka, v nadaljevanju pa je komunikacija med ustanovama šibka.

Vprašanja: ali bi lahko dopisi vsebovali konkretna vprašanja glede problematike posameznega primera? Ali bi bili tudi roki lahko prilagojeni posameznemu primeru? Ali bi sodnik lahko uporabil telefonsko komunikacijo (npr. pri usklajevanju terminov za stike pod nadzorom)? Zakaj sodišče ne zahteva dopolnilnega mnenja centra za socialno delo ali novega poročila v dolgotrajnejših postopkih?

Zavlačevanje postopka zaradi finančno-administrativnih zadev; v določenem

⁶ Dr. Gordana Buljan Flander (2010) v svojem prispevku Manipulacija djecom u postupku razvoda braka: Prepoznajemo li to kao obiteljsko nasilje? V istem prispevku navaja raziskavo Klinike za zaščito otrok v Zagrebu o prilagoditvi otrok na razvezo staršev, ki je vključevala tudi ocene strokovnjakov glede suma manipulacije.

postopku je prišlo do osemmesečnega mirovanja zaradi čakanja na plačilo predujma za izvedenca.

Uspešen primer imenovanja izvedencev: imenovana sta bila dva izvedenca hkrati, eden od njiju pa je dobil pooblastilo, da lahko vključi še tretjega; tako ni prišlo do izgube časa, kot bi bilo to ob zaporednem imenovanju, upoštevano pa je bilo tudi načelo interdisciplinarnosti.

Postavljanje vprašanj izvedencem; glede tega so ponekod opazne nerodnosti, npr. vprašanja so namenjena le osvetlitvi očetove osebnosti, ne pa tudi materine, kar se izkaže kot pomanjkljivost v postopku. Prav tako bi bilo lahko več vprašanj o odnosih in starševski funkcionalnosti. Podobne pomanjkljivosti so opazne pri izrekanju potrebnih pooblastil izvedencem, ki niso urejena že v izhodišču, zato prihaja do naknadnega urejanja in podaljšanja izvedenskega dela.

Začasne odredbe; ali bi jih bilo lahko na področju urejanja stikov več? Ali bi bilo v ta namen mogoče uporabiti tudi 8. člen Evropske konvencije o otrokovih pravicah (ukrepanje na lastni predlog, kadar je resno ogrožena korist otrokova)?

Primer: oče toži za »predodelitev« otroka zaradi neizvajanja stikov in domnevnega odtujevanja otroka – njegov predlog sodišče po dveh letih zavrne, stikov v času trajanja postopka pa ni bilo. Ali in kdo bi lahko »prekvalificiral« zahtevek ali predlagal začasno odredbo za stike (vsaj pod nadzorom), kadar gre za domnevno neustrezen prvotni predlog? Kakšna korist za otroka je »predodelitev« staršu, s katerim otrok že dve leti ni imel stikov, in kakšna je v tem primeru korist poskusov izvršbe?

Zasliševanje prič: v nekem primeru sta bili zaslišani dve stari materi in socialna delavka CSD; sodišče je s tem pridobilo pomembne podatke. Zakaj se sodišče tudi v drugih primerih ne bi pogosteje zaslišalo različnih prič?

Otrokove procesne pravice: sodišče v nobenem primeru ni postavilo otroku zastopnika ali zagovornika – to ni bilo potrebno ali so bile za to druge ovire?

Ali ima sodnik supervizijo ali druge oblike pomoči pri soočanju s čustvenimi in moralnimi obremenitvami?

1.3 Delo izvedencev kliničnih psihologov – nekaj pripomb in vprašanj

Navedena metodologija v konkretnih primerih odpira pomisleke o ustreznosti uporabe posameznih psiholoških instrumentov, npr. testa inteligentnosti; v konkretnem primeru ni bilo videti razlogov za njegovo uporabo. V nekaj primerih ni bilo razvidnih ugotovitev posameznih projekcijskih in drugih tehnik.

Izvedenci so svoje delo omejili na ambulantno obravnavo družine, obiskov na domu niso izvedli; v enem primeru je izvedenec takšno obliko dela celo po pooblastilu sodišča odklonil z navedbo, da je obisk na domu v nasprotju s klinično psihološko prakso oziroma »proti pravilom stroke«. V tem primeru se lahko vprašamo, ali je bila sploh potrebna dodatna pobuda sodišča, ko pa že klinična metoda dela vključuje

naravno opazovanje in izvedbo obiska na domu, ki ga ne morejo nadomestiti obiski strokovnih delavcev centra za socialno delo. Celo priznani norveški strokovnjak Haldor Ovreeide, ki je predaval tudi v Sloveniji, kot izvedenec izvaja opazovanje in pogovore z družino v domačem okolju.⁷

V pregledanih spisih izvedenci klinični psihologi skoraj ne uporabljajo metodološkega modela, ki bi vključeval pogovore z razširjeno družino (pogovori z novimi partnerji, starimi starši in drugimi osebami), ki ga sicer priporočajo nekateri klinični psihologi v svojih strokovnih člankih.⁸

V spisih je izstopal tudi primer psihološkega pregleda otroka v prisotnosti matere, pri čemer se zastavlja vprašanje o ustreznosti takega pristopa, zlasti glede na možnost, da bi lahko izvedenec z otrokom opravil dve obravnavi; v prvi bi skušal vzpostaviti delovni odnos z otrokom, v drugi pa bi morda otrok že lahko sodeloval v odsotnosti matere. V istem, pa tudi v drugih primerih, ni razvidno, ali je bil izvedenec pozoren na otrokove procesne pravice in ali je otroku dal možnost izbire glede izražanja mnenja.

V primeru suma spolne zlorabe je v enem spisu razviden »halo efekt«: povzemanje mnenja predhodnega oziroma prvega strokovnjaka, na katerega se je najprej obrnila mati, v nadaljevanju pa so se nanj sklicevali vsi naslednji strokovnjaki (pediatri, sodni izvedenci), ki ne navajajo lastnih ugotovitev. Problem je toliko večji, ker mnenje prvega strokovnjaka ni utemeljeno, ampak vsebuje predvsem navedbe matere (tožeče stranke) o očetovi domnevni spolni zlorabi otroka. Vprašamo se lahko, kaj vse je lahko vzrok za takšno ravnanje strokovnjakov: slepo zaupanje prvemu strokovnjaku kot strokovni avtoriteti, negotovost, strah, da bi spregledali spolno zlorabo, jeza na domnevnega storilca, podrejanje dominantni materi, pomanjkanje znanja?! Podobno tudi CSD v isti zgodbi lagodno povzema predlog prvega strokovnjaka, ne da bi skušal pridobiti lastne ugotovitve o družinskih odnosih in razmerah. Ali je doktrina »takojšnja prepoved stikov« pri sumu spolne zlorabe ustrezna v vsakem primeru in zakaj ne bi v nekaterih primerih z začasno odredbo uredili stikov pod nadzorom?

Na podobne primere neustrezne obravnave otrok in staršev s strani sodnih izvedencev so opozorili referenti nevladnih organizacij na medresorskem posvetu Sodno izvedenstvo v primerih nasilja v družini in spolne zlorabe otrok.⁹ V zvezi s to temo (vpliv čustev strokovnjakov pri diagnosticiranju spolne zlorabe) je zelo poučen danski film Lov.

Na pomanjkanje argumentov naletimo tudi v primeru, v katerem izvedenec predlaga enoletno prepoved stikov z očetom, ne da bi opravil pogovor z očetom oziroma prišel do lastnih ugotovitev; sklicuje se na mnenje psihiatra, psihiater pa se pri

7 Seminar v Ljubljani leta 2002: seminar za izvedeno pričo v primerih dela z otroki in strokovnih odločitev v zvezi z zaščito otrok. Podobno je dr. Haldor Ovreeide predaval tudi leta 2008.

8 Tako npr. izvedenki Maja Glonar Vodopivec in Vera Slodnjak v svojem prispevku Vloga sodnega izvedenca kliničnega psihologa v družinsko pravnih zadevah (Seminar za družinske sodnike; 2008). O intervjujih s člani razširjene družine je pisal tudi izvedenec Tone Pačnik v svojem prispevku Klinični psiholog in raziskovanje največje otrokove koristi pri razvezi (Lokarjevi dnevi; 2003).

9 Posvet je bil na Pravni fakulteti v Ljubljani dne 18. 2. 2016.

zaslišanju sklicuje na psihologa. V drugem primeru pa se neki izvedenec sklicuje na lastne nazive in reference, argumentov na zaslišanju pa ne navede.

Izvedenska mnenja dajejo več pozornosti opisu osebnosti staršev, manj pa njihovemu starševskemu funkcioniranju, medsebojnim odnosom, vrstam navezanosti, širši družinski skupnosti, varovalnim dejavnikom in dejavnikom tveganja, čeprav bi vse dodatne ugotovitve predvidoma pomembno prispevale k presoji otrokove koristi.

Zastavlja se tudi vprašanje, zakaj izvedenec klinični psiholog bolj ne izkoristi možnosti sodelovanja s CSD. Primer: izvedenec prosi sodišče za pridobitev poročil CSD – ali jih ne bi mogel dobiti neposredno od CSD oziroma z vnaprejšnjim pooblastilom sodnika?

V spisih je opaznih tudi nekaj komunikacijskih oziroma logističnih težav. Primer: izvedenec večkrat preloži termin za zaslišanje, dokler se sodišče končno ni odločilo za telefonsko usklajevanje termina. Ob tem se lahko tudi vprašamo, ali ima izvedenec možnost usposabljanja za nastopanje na sodišču, saj gre lahko za zelo stresno situacijo, ki bi se ji izvedenec morda najraje izognil.

1.4 Delo izvedencev psihiatrov

Izstopa primer, v katerem je izvedenec opravil delo v obsegu enega pogovora z očetom in postavil diagnozo „blodnjava motnja“; drugi imenovani psihiater v nadaljevanju postopka pa je pridobil zdravstveno dokumentacijo, opravil daljši pogovor in postavil drugačno diagnozo.

V drugem postopku izvedenec psihiater ne odgovori na vsa vprašanja sodišča, ker se poklicno ukvarja le z odraslimi in navaja, da ne more opraviti pogovora še z otrokom.

Positivno izstopa primer psihiatričnega izvedenskega mnenja, v katerem izvedenec uporabi jezik, s katerim ne razvrednoti staršev, čeprav jih opisuje kot nefunkcionalne ter začasno neprimerne za varstvo in vzgojo otroka. Takšno izvedensko mnenje opozarja na pomen etike pri pisanju strokovnih poročil in uporabo jezika, s katerim pisec izrazi spoštovanje do ljudi in njihovih stisk.

2. ODPRTI PROBLEMI

Po pregledu izbranih sodnih spisov izpostavljam problemske sklope, kjer so potrebne izboljšave glede posameznih udeleženih strok in medsebojnega sodelovanja.

2.1 Merila za določanje otrokove koristi

Gre za vprašanje, katera merila upoštevajo posamezne stroke pri opredeljevanju otrokove koristi in kateri od teh so prednostni pri strokovni presoji in odločanju; npr. ali je v večjo korist otroku, da živi s staršem, na katerega je čustveno zelo

navezan, ali raje pri staršu, ki mu lahko nudi vsakodnevno pomoč pri učenju. Analiza sodnih spisov odpira tudi vprašanje, ali imamo dovolj meril oziroma ali dovolj široko preučimo otrokove razmere. Število in vrste meril so precej prepuščeni posameznemu strokovnjaku, bodisi delavcu centra za socialno delo, bodisi izvedencu ali sodniku. O tej temi je pri nas malo napisanega, je pa korist otroka opredeljena v posameznih sodbah.¹⁰

Če so merila premalo ozaveščena in v stroki premalo poenotena, je tveganje za subjektivne dejavnike večja; da bi se temu izognili, bi bilo treba merila opredeliti, strokovno utemeljiti in opraviti podobne raziskave, kot so jo npr. naredili na Hrvaškem (Laklija, M. in Sarić, R.; 2005).¹¹

Treba je razmisliti tudi o ukrepih za kontrolo osebnih oziroma subjektivnih meril strokovnjakov; ena od oblik pomoči je supervizija.

2.2 Metodologija in poročanje

To je skupni problem izvedencev in delavcev centrov za socialno delo; oboji morajo narediti izboljšave na tem področju.

Posamezni strokovnjaki na centrih bi se morali ustrezno razlikovati in vsak zase oblikovati jasnejšo strokovno identiteto. Vsebinska merila in sestavine strokovnega poročila ter metodološki okvir mora oblikovati vsaka stroka posebej (socialno delo, psihologija, pedagogika).

Izvedenci – klinični in drugi psihologi bi morali na področju družinskih zadev spremeniti in razširiti sedanji metodološki model, ki bi moral zajemati več vsebinskih meril in več različnih uporabljenih metod in psiholoških instrumentov za psihološko ocenjevanje družine. V nadaljnjem strokovnem razvoju bo treba posebno pozornost nameniti izvedbi pogovora z otrokom, psihološkemu pregledu in etiki. Treba bo preveriti psihodiagnostična sredstva, zlasti za psihološko ocenjevanje družine in medosebnih odnosov ter vzpostaviti nova, pri tem pa upoštevati novejša znanstvena spoznanja. Z več enotnosti in sodelovanja v psihološki stroki v prihodnje, bodo tudi rezultati boljši.

2.3 Čas

Kako hitro delati? Kdaj je treba hiteti, kdaj in za kaj pa si je treba vzeti več časa? Na področju stikov bi bilo morda ustrezno, če bi bilo več začasnih odredb, ki predvidoma zmanjšajo negotovost in konfliktnost, hkrati pa omogočajo več časa za raziskovanje družinskih razmer in končno presojo.

Nekaj časa lahko prihranimo tudi s ponazoritvami (genogram, ekozemljevid), ki jih vložimo v spise, predvsem pa s tem povečamo preglednost.

10 O primerih sodb in izbiri meril za utemeljitev neke sodbe v svojem prispevku piše tudi sodnica F. Burkelc (2014).

11 Naslov njune raziskave, ki je dostopna tudi na internetu, je Zaščita najboljšeg interesa djeteta u postupku razvoda braka roditelja.

2.4 Otrokove procesne pravice

Zastavimo si nekaj vprašanj. Kateri od vpletenih strokovnjakov med postopkom otroka ustrezno seznanjeni z njegovimi procesnimi pravicami (da pravica ne pomeni dolžnosti)?! Kako zagotovimo otrokovo pravico do obveščeniosti in ustreznih informacij (tudi o postopku)? Kako preverimo, ali je otrok dovolj zrel za izražanje mnenja? Kdo je otrokova zaupna oseba (ZZZDR)? Kdo je otrokov zastopnik (ZPP)? Kdo je otrokov zagovornik? Kolikokrat bi morali otroka povabiti k izražanju mnenja (zaradi spremenljivosti razmer, novih okoliščin, razvojnih sprememb in novih premislekov)?

Če smo doslej zanemarjali zakonsko možnost otrokove zaupne osebe in tudi zastopnika, potem bi lahko v prihodnosti pogosteje pritegnili k sodelovanju otrokovega zagovornika pri Varuhu človekovih pravic, ki je končno dobil zakonsko podlago.¹² Pri varuhu imajo seznanjen otrokovih zagovornikov; redno se izobražujejo in zagotavljajo tudi supervizijo.

2.5 Sodelovanje in timsko delo

Ali si lahko obetamo nova sodelovanja med institucijami in strokovnjaki?¹³

Ali bo prišlo do krepiteve sodelovanja in interdisciplinarnosti ter timskega dela tudi na področju izvedenstva? Ali bo nov Družinski zakonik, ki bo začel veljati leta 2019, prinesel bolj kakovostno sodelovanje med pravosodjem in centri za socialno delo?

2.6 Razvoj

Ali si lahko obetamo nove analize spisov, evalvacije dela in raziskave, pa tudi nove oblike pomoči za družine in posebej za strokovnjake?

3. POLOŽAJ PSIHOLOGOV NA CENTRIH ZA SOCIALNO DELO, NJIHOVA STALIŠČA IN PREDLOGI – REZULTATI ANKETE

Na centrih za socialno delo je večina zaposlenih strokovnjakov socialnih delavcev. Tudi na področju razvez in urejanja stikov je običajno socialni delavec nosilec zadeve, drugi strokovnjaki pa sodelujejo pri posameznih nalogah. V tem delu prispevka se omejujem na delo psihologa na centru za socialno delo, saj to delo tudi sama opravljam.

Ni enostavno pridobiti podatka o številu psihologov na centrih za socialno delo, saj so vsi strokovnjaki zajeti v skupini »strokovni delavec« z določenimi delovnimi nalogami za posamezna področja ne glede na strokovno področje in vrsto izobrazbe. Takšna sistemska ureditev, ki morda ni značilna le za socialno varstvo, briše meje

¹² Zagovorništvo otrok je urejeno v 25. členu Zakona o varuhu človekovih pravic (Uradni list RS, št. 69/17)

¹³ Zanimiv primer sodelovanja med pravosodjem in psihološkimi ter medicinskimi združenji je v Nemčiji, kjer so leta 2015 izdelali skupne strokovne smernice: Mindestanforderungen an die Qualität von Sachverständigengutachten im Kindschaftsrecht; Arbeitsgruppe Familienrechtliche Gutachten.

posameznih strokovnih identitet. Med strokovnimi delavci so torej tudi psihologi, a ne na vseh centrih za socialno delo; zaposlovanje psihologov je odvisno predvsem od posameznih direktorjev. Kljub temu ugotavljamo, da se je v zadnjih tridesetih letih povečalo število centrov za socialno delo, ki imajo v svoji kadrovski sestavi tudi psihologa, le da še ni sistemiziranega delovnega mesta zanj, kakor tudi sicer še ni systemskega razlikovanja med strokovnjaki z različnih področij. V preteklosti so imeli psihologi v nekem obdobju možnost specialističnega izobraževanja na Oddelku za psihologijo Filozofske fakultete v Ljubljani (specializacija iz klinično psihološkega svetovanja), vendar pa se je ta trend po nekaj generacijah ustavil, saj je fakulteta opustila ta študijski program, po drugi strani pa so tudi centri za socialno delo začeli opuščati sofinanciranje podiplomskega izobraževanja svojih delavcev. Že nekaj časa je žal tako, da si morajo zainteresirani psihologi in tudi drugi strokovni delavci večinoma sami financirati podiplomsko izobraževanje in razno psihoterapevtsko izobraževanje.

Za predstavitev dela psihologa na centru za socialno delo, aktualnih problemov na področju razvez in pridobitev čim več idej in predlogov za oblikovanje novih strokovnih smernic sem v decembru 2017 izvedla anketo; po e-pošti sem jo poslala petintridesetim psihologinjam. Večina vprašanih je izpolnila anketo, med njimi pa sem za vzorec izbrala 20 psihologinj (med njimi jih ima osem specialistično izobrazbo), ki so izpolnjevale dve merili: aktivno delo na področju razvez in najmanj deset let delovnih izkušenj na tem področju. Spodaj podajam odgovore psihologinj na pet vprašanj, pretežno odprtega tipa; opravila sem kvalitativno analizo odgovorov (oblikovanje odgovorov po posameznih področjih) in osnovno statistiko.

3.1 Odgovori na 1. vprašanje: Navedite kritične pripombe na delo centrov za socialno delo na področju razvez

Preglednica 1: Kritične pripombe anketiranih psihologinj na delo centrov za socialno delo na področju razvez

PODROČJA	ODGOVORI
ORGANIZACIJA IN DELITEV DELA	<ul style="list-style-type: none"> - premalo opredeljene delovne naloge in delitev dela (kaj dela socialni delavec, kaj psiholog in kaj drugi strokovnjaki) - ne vključevanje psihologov na to področje dela; prepričanje, da vključevanje psihologa ni potrebno in da zadošča socialni delavec - premalo timskega dela, sodelovanja, izmenjave ugotovitev in opažanj; premalo interdisciplinarnosti; premalo se dela v paru (socialni delavec in psiholog) - premalo moških strokovnih delavcev - delo ni dovolj načrtno

NEENOTNOST MED CENTRI	<ul style="list-style-type: none"> - ni enotne prakse centrov; neenotna strokovna stališča o otrokovi koristi, neenotna merila pri pisanju mnenj in neenotna vsebinska merila; velike razlike v kakovosti mnenj med centri; majhni centri imajo slabše kadrovske pogoje - ni enotnega pristopa glede pogovora z otrokom – kdaj otroka vključiti, pri kateri starosti in na kateri stopnji postopka in kdo opravi pogovor z otrokom (socialni delavec, psiholog, drugi)
SVETOVALNO DELO	<ul style="list-style-type: none"> - premalo vloženega dela za doseg sporazuma med starši - premalo svetovalnega dela s starši – kako naj komunicirajo, se izogibajo sporom, rešujejo osebne težave, se pogovarjajo z otrokom o ločitvi, težavah ob stikih itd. - premalo psihološkega izobraževanja staršev in otrok
ETIKA ZAUPNI PODATKI	<ul style="list-style-type: none"> - problem dvojne vloge: svetovalna in ocenjevalna/ diagnostična (isti delavec v isti zadevi ne bi smel izvajati svetovalne storitve in hkrati javnih pooblastil) - uporaba razveznih poročil še za druge (za potrebe policije, tožilstva)
POROČILO IN MNENJE CSD	<ul style="list-style-type: none"> - prehitro in površno delo; podrejanje kratkim rokom - premalo vloženega časa in pogovorov - nerazumevanje sodišč in tudi vodstva CSD, da je za dobro mnenje potreben ustrezen čas; tudi konfliktnost v družini bi se predvidoma zmanjšala, če bi se z družino več ukvarjali - treba bi bilo opraviti obisk na domu obeh staršev, če gre za zelo konfliktno razvezo - premalo pridobivanja poročil drugih ustanov o izvajanju starševske skrbi (šole, ZD, PP) - preveč subjektivna mnenja; precej odvisna od delavca, njegovega znanja in osebnosti - premalo strokovnega znanja za zapletene primere - premalo je določeno, kaj naj poročilo oziroma mnenje zajema - včasih izmikavanje oblikovanju jasnega mnenja o primernosti staršev (strah pred pritožbami in inšpekcijo)

Pripombe glede organizacije dela in delitve dela opozarjajo na to, da so med centri velike razlike tudi glede tega, koliko je psiholog vključen v delo na področju razvez. Na vprašanje, kaj lahko dobi družinsko sodišče od psihologa s centra za socialno delo, so mogoči naslednji odgovori:

- nič (če psihologa na centru ni ali pa ni vključen v delo na področju razvez),
- delno poročilo oziroma nekaj ugotovitev (npr. pridobitev otrokovega mnenja in psihološko poročilo o otroku),
- celovito poročilo s psihološkim mnenjem o zaupanju otroka v vzgojo in varstvo ter o stikih.

3.2 Odgovori na 2. vprašanje: S kakšnimi težavami se srečuje psiholog pri svojem delu na področju razvez (aktualni problemi)

Preglednica 2: *Težave in aktualni problemi pri psihološkem delu na centru za socialno delo*

PODROČJA	ODGOVORI
DELOVNE NALOGE	<ul style="list-style-type: none"> - premalo opredeljeno in poenoteno med centri, kaj naj dela psiholog na področju razvez (katere naloge naj opravi in v katerih primerih naj sodeluje) - psiholog je premalo vključen v razveze; ni delovnega mesta psihologa; na splošno so zmogljivosti različnih strokovnjakov premalo izkoriščene
METODOLOGIJA POROČILA	<ul style="list-style-type: none"> - še vedno nejasna in ne dovolj enotna metodologija (pridobivanje informacij, obisk na domu, opazovanje interakcij, število pogovorov, izbira psihodiagnostičnih sredstev) - kratki roki za oddajo psiholoških poročil - nejasno razmejeno delo psihologa na CSD in delo psihologa izvedenca (kolikšen obseg dela naj opravi psiholog na CSD, ko je že imenovan izvedenec)
DRUGO	<ul style="list-style-type: none"> - časovna obremenjenost z drugimi delovnimi nalogami na centru - pomanjkanje priložnosti za izobraževanje

Nekateri aktualni problemi so navedeni že v odgovorih na prvo anketno vprašanje.

3.3 Odgovori na 3. vprašanje: Ocenite osebno zadovoljstvo pri sodelovanju z drugimi strokovnjaki in ustanovami (od 1 do 5)

Preglednica 3: *Osebno zadovoljstvo anketiranih psihologinj pri sodelovanju z drugimi strokovnjaki in ustanovami*

ZADOVOLJSTVO	povprečna ocena
Sodelovanje na vašem CSD (področje razvez, stikov)	3,8
Sodelovanje s sodišči	3,4
Sodelovanje z izvedenci	2,7
Sodelovanje z odvetniki	2,2

Kljub kritičnemu odnosu do organizacije dela na centrih za socialno delo in stanja v psihološki stroki so anketirane psihologinje najvišje ocenile zadovoljstvo s sodelovanjem v lastni ustanovi; pri tem ne smemo prezreti, da gre za vzorec psihologinj, ki so aktivno vključene v delovni proces na področju razvez na svojem centru in so se (zlasti tiste z opravljeno specializacijo) relativno uspešno dogovorile za opravljanje psiholoških nalog, medtem ko si drugi psihologi po centrih še ustvarjajo lastno strokovno identiteto (ker ni enotnih kadrovskih standardov, je to odvisno od posameznega direktorja in asertivnosti psihologa).

Najnižje psihologinje ocenjujejo svoje sodelovanje z odvetniki, relativno slaba pa je tudi povprečna ocena sodelovanja z izvedenci; večinoma gre za izvedence klinične psihologe, ki jih delavci centrov za socialno delo srečujejo v postopkih ugotavljanja ogroženosti otroka, v katerih jih imenuje CSD, in pa v okviru razveznih postopkov (gre za neposredno sodelovanje z izvedenci in branje njihovih mnenj, ki jih na CSD prinesejo starši).

3.4 Odgovori na 4. vprašanje: Kakšni so vaši predlogi za izboljšanje?

Anketa je vsebovala naslednje skupine strokovnjakov in ustanov: psiholog na CSD, CSD kot ustanova oziroma njegov vodja, sodišče oziroma sodnik, sodni izvedenec, odvetnik in drugi (odprta skupina). Spodaj so navedeni odgovori anketiranih psihologinj po posameznih skupinah strokovnjakov in ustanov.

Odgovori kažejo na visoko samokritičnost psihologov do lastnega dela in na njihovo zavedanje o potrebnosti izboljšav v psihološki stroki, pa tudi na kritičen odnos do drugih sodelujočih strokovnjakov in ustanov, ki temelji na osebnih izkušnjah.

3.4.1 Kaj lahko spremeni in izboljša psiholog pri svojem delu na CSD:

- predlaga in opredeli način sodelovanja na področju razvez in aktivno sodeluje v timu;
- zagotavlja poglobljanje psiholoških znanj;
- opozarja na posebna znanja in strokovne kompetence psihologa;
- sodeluje pri poenotenju psihološke prakse in oblikovanju strokovnih smernic;
- izboljša metodologijo (ustrezna izbira metod dela in psihodiagnostičnih sredstev, ki obetajo višjo objektivnost in zanesljivost);

- izboljša kakovost svojih psiholoških poročil in jim nameni več časa (se ne podredi pritiskom in rokom za vsako ceno);
- se udeležuje supervizije in zagotavlja intervizijo;
- se stalno izobražuje, pridobi posebna znanja za pogovor z otrokom in druga znanja;
- neprestano zagotavlja strokovnost in ohranjanje strokovne identitete;
- vključuje v obravnavo primera druge strokovnjake (npr. socialnega delavca), kadar je psiholog nosilec primera;
- za svetovalno delo s starši nameni dovolj časa.

3.4.2 Kaj lahko spremeni in izboljša CSD (vodja, direktor):

- izboljša organizacijo dela in delitev nalog; jasno opredeli in strukturira vloge in delovne naloge različnih strokovnih delavcev; spoštuje posebne značilnosti različnih strokovnjakov; vzpostavi psihološko službo na CSD;
- sistemsko uredi timsko delo in spodbuja sodelovanje, nudi strokovno in moralno podporo delavcem;
- zagotavlja kadrovske in strokovne smernice glede na potrebe konkretnega centra in regije;
- omogoča dodatno izobraževanje in usposabljanje ter nabavo strokovne literature in psiholoških instrumentov; omogoča supervizijo;
- nadrejenim sporoča težave in predloga sistemske spremembe;
- zagotavlja evalvacijo in analizo dela ter načrtno delo;
- se neposredno vključi v zahtevnejše primere;
- je zgled delovne discipline, osebne zrelosti in morale.

3.4.3 Kaj lahko spremeni in izboljša sodišče (sodnik):

- zagotovi hitrejši potek postopkov (nezavlačevanje in hitrejše odločanje);
- izboljša sodelovanje s CSD: naj opredeli pričakovanja, postavlja jasna in usmerjena vprašanja; vzpostavlja sodelovalni in posvetovalni odnos;
- postane bolj odločno (naj ne popušča odvetnikom);
- izreka začasne odločitve, kadar je to potrebno, saj tako omogoči vsaj nekaj reda v najtežjih kaotičnih časih družine;
- oblikuje jasne smernice pri odločanju v otrokovo korist;
- takoj določi stike, kadar gre za manipuliranje in odtujevanje otroka (pod pretvezo »nasilja«);
- pri stikih pod nadzorom izboljša sodelovanje s CSD (npr. uskladi termine stikov z delovnim časom centra) in stike časovno omeji, opredeli pogoje in posledice kršitev;
- določi daljše roke za pridobitev mnenja CSD;
- zbira dokaze v zvezi z materami, ki so v varnih hišah (ali so resnično doživle nasilje ali gre za manipuliranje);
- ne spodbuja poravnave in skupnega starševstva, kjer je odnos konflikten;
- staršem jasno in odločno pove, kaj je zloraba otrok (pravni vidik);
- zagotovi izobraževanje (več znanja s področja družinske dinamike); sodniki bi potrebovali tudi supervizijo;
- naj starše spodbuja za iskanje pomoči (terapija, mediacija);
- omogoča psihologu status izvedene priče; naj upošteva njegovo poročilo in naj ga ne vabi na sodišče, če ni nujno potrebno.

3.4.4 Kaj lahko spremeni in izboljša izvedenec:

- nameni več časa za svoje delo in opravi več srečanj z družinskimi člani (enourni pregled ne zadošča);
- širše in bolj poglobljeno obravnava primer ob upoštevanju vseh psihosocialnih okoliščin in ugotovitev; potrebna bi bila poglobljena diagnostika celotne družine, opravi pa naj tudi obisk na domu in različne oblike pogovorov;
- bolj poglobljeno oceni starševske zmogljivosti, in ne le njihove osebnostne lastnosti; več pozornosti nameni razvojnim potrebam otrok;
- izdeluje bolj poglobljena in utemeljena mnenja;
- upošteva časovno razsežnost (njegova ocena ne sme temeljiti le na sedanjem času);
- dela samostojno in ugotovitev delavcev centra (pridobljenih v telefonskih pogovorih) ne navaja kot svojih;
- CSD zaprosi za dodatne informacije in ugotovitve o družini;
- bolje preuči in spozna delo CSD, možne oblike pomoči v socialnem sistemu in družinsko zakonodajo;
- uporablja ustrezne (zanesljive in veljavne) psihodiagnostične instrumente in opusti uporabo manj ustreznih;
- izboljša jezik poročanja, da so poročila dovolj preprosta in razumljiva;
- izboljša sodelovanje in pospeši svoje delo (če ga imenuje CSD, ne čaka na izvedensko mnenje šest in več mesecev);
- ima več poguma pri zaščiti psihično zlorabljenega otroka;
- ne daje lažnega upanja staršem v postopkih odvzema (nekateri starši nimajo ustreznih zmožnosti in jim ne moremo obljubiti, da bodo dobili otroka nazaj).

3.4.5 Kaj lahko spremeni in izboljša odvetnik:

- dela etično in moralno;
- je usmerjen v korist otroka in svojim strankam ne svetuje v škodo družine oziroma otroka; strank ne nagovarja k tožarjenju in zavlačevanju postopkov, saj s tem le še povečuje spore med družinskimi člani in stiske otrok;
- upošteva širši in dolgoročnejši interes svoje stranke; ne podpira vojne med staršema za vsako ceno; svojo stranko usmerja k sporazumnim rešitvam;
- pomaga strankam pri razmejevanju razveznih vsebin od delitve premoženja;
- ima sodelovalen, ustrezen in spoštljiv odnos do CSD;
- ne prevzame primera, če ne pozna dobro družinske zakonodaje ali nima nagnjenja za družinske primere.

3.4.6 Kaj lahko izboljšajo drugi

Pri tem vprašanju so anketirane psihologinje poudarile, da bi lahko poleg zgoraj navedenih strokovnjakov in ustanov k izboljšanju razmer na področju razveznih postopkov prispevali tudi:

- šole in vrtci, ki bi jih morali več vključevati v postopek in jih zaprosati za poročila ter z njimi sodelovati tudi zaradi organiziranja pomoči učiteljev, vzgojiteljev in šolske svetovalne službe otrokom;
- Varuh človekovih pravic; sodišča bi morala več sodelovati z otrokovim zagovornikom;

- državne ustanove in strokovna združenja bi morali izdelati strokovne smernice in merila ter omogočiti preventivne programe za družine;
- novinarji in mediji z ustreznim poročanjem in ozaveščanje ljudi.

3.5 Odgovori na 5. vprašanje: Kdo naj opravi pogovor z otrokom in pridobi njegovo mnenje

Večina, to je 14 psihologinj v našem vzorcu, je odgovorila, da je za pogovor z otrokom najprimernejši psiholog, šest pa jih je odgovorilo, da lahko pogovor z otrokom opravi kateri koli strokovnjak na centru, ki je za to delo usposobljen (torej ne nujno le psiholog).

4. KAJ LAHKO PONUDI PSIHOLOG IN KAJ JE POTREBNO ZA URESNIČEVANJE SPREMEMB

Vsaka stroka ima svojo odgovornost za razvoj in napredek, vendar pa je v neizogibnem sobivanju z drugimi strokami in področji ter nadrejenimi ustanovami, zato so sistemske spremembe mogoče le s sočasnim delovanjem vseh akterjev. Rezultati ankete so podlaga za premislek o načrtovanju sprememb in uresničitvi predlogov, kar je bil tudi namen analize sodnih spisov in izpeljanega izobraževanja. Na tem mestu se omejujem na zbirko idej, predlogov in ukrepov, ki jih lahko uresničuje psiholog – vsak na svojem delovnem mestu ali pa v okviru svojega strokovnega združenja. Psihologi na področju socialnega varstva imamo zelo aktivno sekcijo pri Društvu psihologov Slovenije (v nadaljevanju: DPS), od leta 2017 dalje pa delujemo tudi v okviru aktiva psihologov pri Skupnosti centrov za socialno delo Slovenije (v nadaljevanju: SCSD).

Preglednica 4. *Kaj lahko ponudi psiholog in kaj je potrebno za uresničevanje predlogov*

IDEJE, PREDLOGI	POGOJI ZA URESNIČITEV
Predstavi svojo strokovno identiteto in predlaga, kje bi jo CSD lahko najbolje uporabil	<ul style="list-style-type: none"> - sposoben direktor, ki zna organizirati delo in razume pomen interdisciplinarnega ter timskega dela - ustrezna sistemizacija delovnih mest
Bolj poglobljeno psihodiagnostično delo in bolj kakovostna psihološka poročila ter mnenja	<ul style="list-style-type: none"> - dovolj časa za neposredno delo z ljudmi in za vrednotenje diagnostičnih rezultatov - namesto »mnenja centra« izdelava »psihološkega mnenja« - sodelovanje v timu - povezovanje v okviru DPS (sekcija psihologov v socialnem varstvu) - povezovanje v okviru Skupnosti SCSD (aktiv psihologov) - redno izobraževanje in samoizobraževanje - nakup sodobnih psihodiagnostičnih sredstev in usposabljanje za njihovo uporabo na Centru za psihodiagnostična sredstva (novosti – e-oblike)
Večji obseg in višja kakovost svetovalnega dela	<ul style="list-style-type: none"> - ima dovolj časa - ustrezna dodatna znanja – psihološko svetovanje, psihoterapija - usposobljenost za družinsko mediacijo - usposobljenost in možnosti za skupinsko delo - možnost supervizije
Predlaga sistemske spremembe in pri njih sodeluje	<ul style="list-style-type: none"> - osebna zavzetost in vztrajnost pri dajanju idej - sodelovanje s socialnovarstvenimi organizacijami in strokovnimi združenji - optimizem, da bodo novi predlogi pregledani in upoštevani (da ne obležijo v predalih)

Izdelava informativnega gradiva za otroke in družine po zgledu brošur na kazenskem področju	<ul style="list-style-type: none"> - osebna zavzetost, volja in čas - ustvarjalne ideje - povezovanje z drugimi (skupno delo; soavtorstvo) - podpora in možnosti založništva
Analize dela in evalvacije primerov	<ul style="list-style-type: none"> - interes CSD - čas
Raziskave in strokovni prispevki	<ul style="list-style-type: none"> - osebna zavzetost in ideje - podpora vodje
Etično delo	<ul style="list-style-type: none"> - osebna odločitev za delovanje v skladu s kodeksom psihološke etike; moralni pogum - članstvo v DPS, kjer delujeta komisija za etiko in častno razsodišče - udeležba na posvetih o etiki
Strokovni prispevki za javnost (mediji); informiranje, ozaveščanje	<ul style="list-style-type: none"> - ideje, osebna zavzetost, volja in čas - interes stroke
Psihološko izvedenstvo na novem področju »Psihologija družine«	<ul style="list-style-type: none"> - specialistična znanja in drugi pogoji v skladu s strokovnimi smernicami in merili za izbiro novih izvedencev

5. SKLEP

Ugotovitve analize sodnih spisov in rezultati opravljene ankete med psihologinjami centrov za socialno delo kažejo, da so potrebna nadaljnja prizadevanja in ukrepi za izboljšanje kakovosti dela. Pri tem se moramo vprašati, za kakšne standarde strokovnosti se bomo odločili – za nizke ali visoke? Koliko bomo v spremembe investirali – koliko dodatnih delavcev, strokovne podpore in izobraževanja, koliko bo medsebojnega povezovanja? In ali bodo standardi posameznih strok vsaj tako visoki, kot so postali standardi primerne starševstva?

14 Na kazenskopravnem področju je bil za otroke že narejen korak v tej smeri; leta 2010 sta s pomočjo MP izšli knjižici Jan in Jana gresta na sodišče, v letu 2017 pa brošura Priprava otroka na sodišče. Za razvezni postopek obstaja sicer prevod priročnika za mladostnike (Schoberl; Moja starša se ločujeta; 2006), vendar pa bi bilo treba izdelati brošure in informativno gradivo tudi za mlajše otroke in starše. Nekaj poskusnega gradiva že obstaja (npr. gradivo Metode Maj), a bi ga bilo treba urediti, recenzirati in zagotoviti širšo uporabo.

15 Pri Društvu psihologov Slovenije je bila leta 2017 ustanovljena Komisija za izvedenstvo na področju psihologije družine, ki jo sestavlja 15 članov. Merila za izbiro novih izvedencev za to področje so zelo zahtevna, vključujejo najmanj deset let izkušenj na področju psihološkega ocenjevanja družine in pisanja psiholoških poročil, saj je bilo po mnenju komisije treba zagotoviti kakovost psihološkega izvedenstva na področju družinskega sodstva, in ne le za nove izvedence, ki jih v Sloveniji primanjkuje. Strokovne smernice so objavljene na spletni strani DPS: <http://www.dps.si/komisija-za-izvedenstvo-na-podrocju-psihologije-druzine>

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- Sodni spisi po izboru sodnikov (M. Končina Peternel in Z. Strajnar).
- Bigec, S. (2012). Vloga CSD pri razvezi zakonske zveze. Univerza v Mb, Pravna fakulteta: Diplomsko delo (mentorica Suzana Kraljić).
- Burkelc, F. (2014). Mnenje centra za socialno delo. Posvet družinskih sodnikov in strokovnih delavcev CSD.
- Dolčič, T. (2011). Nekaj odprtih vprašanj v ureditvi družinskih razmerij iz prakse Varuha človekovih pravic RS. Posvet na PF v Mariboru.
- Evropska konvencija o uresničevanju otrokovih pravic (ratificirana 1999).
- Flander Buljan, G. (2012). Manipulacija djecom u postupku razvoda braka: Prepoznavamo li to kao obiteljsko nasilje? Osijek: Zbornik radova s III. znanstveno-stručnog skupa posvećenog pitanjima nasilja: Psihosocijalni aspekti nasilja u suvremenom društvu – izazov obitelji, školi i zajednici (2010).
- Jan in Jana gresta na sodišče. MP: 2010.
- Končina Peternel, M. (1998): Pomoč otrokom, ko starši odpovedo. Družinskopravni vidik. Zbirka Sophia 6/98. Znanstveno in publicistično središče Ljubljana.
- Laklija, M. in Sarić, R. (2005). Zaštita najboljeg interesa djeteta u postupku razvoda braka roditelja.
- Maj, M. (2013). Otrokovno mnenje. Socialna zbornica Slovenije (seminar).
- Maj, M. (2011). Kaj pomenijo stiki pod nadzorom za otroka – psihološki vidik. Posvet na sodišču (predavanje).
- Maj, M. (2017). Pogovor z otrokom – stiki. SCSD Slovenije (seminar).
- Mindestanforderungen an die Qualität von Sachverständigengutachten im Kindschaftsrecht; Arbeitsgruppe Familienrechtliche Gutachten (2015); www.psychologenverlag.de
- Ovreeide, H. Koraki pri odločanju v primerih zaščite otroka in uporaba izvedenskega mnenja pri tem; Razvojna suportivna komunikacija z otroki (2008) in Seminar za izvedeno pričo v primerih dela z otroki in strokovnih odločitev v zvezi z zaščito otrok (2002).
- Pačnik, T. (2003). Klinični psiholog in raziskovanje največje otrokove koristi pri razvezi. Seminar iz forenzične psihiatrije Lokarjevi dnevi: Različni vidiki dodelitve otrok.
- Priprava otroka na sodišče (2017). Brošura za otroke. Ljubljana: MP.
- Schoberl, E. (2006). Moja starša se ločujeta. Priročnik za mladostnike. Radovljica: Didakta.

- Sodno izvedenstvo v primerih nasilja v družini in spolne zlorabe otrok – pobuda za poenotenje prakse in zagotavljanje kriterijev strokovnosti (2016). Medresorski posvet na PF v Ljubljani.
- Strajnar, Z. Pomen mnenja centra za socialno delo pri odločanju o vzgoji in varstvu ter preživljanju otrok v postopku razveze zakonske zveze. Pravosodni bilten, letnik 21, št. 4, Ljubljana, 2000.
- Strokovne smernice in kriteriji za izbor novih izvedencev na področju psihologije družine (2017); <http://www.dps.si/komisija-za-izvedenstvo-na-podrocju-psihologije-druzine>
- Vodopivec, G. M. in Slodnjak, V. (2008). Vloga sodnega izvedenca kliničnega psihologa v družinsko pravnih zadevah.
- Vodopivec, G. M. in Ribičič, V. (2003). Izkušnje in dileme svetovalnega centra pri dodelitvi otrok. Seminar iz forenzične psihiatrije Lokarjevi dnevi: Različni vidiki dodelitve otrok.
- Zakon o varuhu človekovih pravic (Uradni list RS, št. 69/17).

SODNO IZVEDENSTVO V DRUŽINSKOPRAVNIH POSTOPKIH¹

dr. Mateja Končina Peternel
vrhovna sodnica, Vrhovno sodišče RS

1. UVOD

Potem ko so sodniki sodišč prve stopnje, ki odločajo o družinskopravnih sporih, vedno glasneje opozarjali na hudo pomanjkanje izvedencev kliničnih psihologov, so v letu 2017 potekala intenzivna prizadevanja za rešitev problema. Ob pogovorih, na katerih smo sodelovali predstavniki sodstva, Zbornice kliničnih psihologov in Ministrstva za pravosodje, je bilo zastavljeno vprašanje, ali bi bilo mogoče z drugačnimi pristopi in bolj kakovostnim delom zmanjšati potrebo po postavljanju izvedencev ali vsaj po postavljanju več zaporednih izvedencev. Zlasti je bilo poudarjeno, ali bi ob vsebinsko bogatejših mnenjih centrov za socialno delo (v nadaljevanju CSD) sodišče lahko zavrnilo predlog stranke za postavitev izvedenca oziroma bi se ob mnenju CSD in dodatnem izvedenskem mnenju lahko izognili potrebi po postavljanju dodatnega izvedenca. V razpravi je bilo izpostavljeno tudi, ali bi lahko sodniki s kakovostnejšim vodenjem postopka in izvedenci s kakovostnejšimi mnenji pripomogli k temu, da se dokaz z izvedenci ne bi ponavljal. Tako smo dva sodnika, dva strokovnjaka CSD in dva izvedenca klinična psihologa pregledali šest pravnomočno končanih družinskih zadev, v katerih sta bila postavljena vsaj dva izvedenca. Vsak od nas je z vidika svoje stroke skušal najti možnosti za izboljšanje načina dela, ki bi pripeljalo do kakovostnega in učinkovitega izvajanja dokaza z izvedenci. Ob podanih izhodiščih je na skupnih delavnicah ob sodelovanju sodnikov, strokovnih delavcev CSD in izvedencev potekala razprava in v tem prispevku so povzete tudi ugotovitve udeležencev o dobrih praksah na področju izvedenskega dela.

2. KDAJ JE V DRUŽINSKOPRAVNIH POSTOPKIH TREBA POSTAVITI IZVEDENCA?

Zakon o pravnem postopku² (v nadaljevanju ZPP) v 416. členu določa, da sodišče pošlje predlog za sporazumno razvezo oziroma tožbo za razvezo zakonske zveze, še preden jo vroči tožencu, organu, pristojnemu za socialne zadeve, da ta opravi svetovalni razgovor v skladu z zakonom.

Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih³ (v nadaljevanju ZZZDR) pa v tretjem odstavku 105. člena, sedmem odstavku 106. člena in petem odstavku 106. a člena določa, da mora sodišče pred odločitvijo o varstvu in vzgoji otrok,

1 Prispavek je bil predstavljen na seminarju Sodno izvedenstvo v postopkih družinskega sodstva in januarju in februarju 2018.

2 Ur. l. RS št. od 96/99 do 10/17.

3 Ur. l. RS, št. SRS št. 15/76 do Ur. l. RS št. 82/15 – odl. US.

preživljanju otrok in njihovih stikih s staršema ter drugimi osebami glede otrokove koristi pridobiti mnenje CSD.

Večina sodnikov zato, da bi čim bolj skrajšali postopek, ravna tako, da takoj po prejemu tožbe CSD pozove, naj opravijo kar obe dejanji naenkrat: svetovalni razgovor in izdelajo mnenje o otrokovi koristi. Na praviloma tipski dopis sodišča tudi CSD največkrat odgovarjajo tipsko, s skupim poročilom o opravljenem svetovalnem razgovoru s končnim predlogom, naj sodišče v zadevi postavi izvedenca.

Svetovalni razgovor za zdaj še ureja Pravilnik o postopku in vsebini izvajanja svetovalnega razgovora⁴, vendar bo z uveljavitvijo Družinskega zakonika (v nadaljevanju DZ)⁵ dne 15. 4. 2019 prenehal veljati. Iz pravilnika izhaja, da je svetovalni razgovor namenjen predvsem dajanju pravnih pojasnil glede posledic razveze zakonske zveze v razmerju med zakoncema in v razmerju do otrok, poleg tega pa naj bi si strokovni sodelavec CSD prizadeval, da bi zakonca uredila tudi medsebojna razmerja do skupnih otrok. Mnenje CSD pa ima drugačen pomen – sodišču naj pomaga pri oceni, kako v obravnavanem primeru glede na ugotovljene dejanske okoliščine najbolje zavarovati otrokove koristi. Mnenje CSD je lahko vsebinsko bogato le, če CSD pred njegovo izdelavo že ima ali pridobi ustrezne podatke o razmerah v družini.

Po novi ureditvi v DZ se bo svetovalni razgovor opravljal že pred začetkom sodnega postopka in zato sodišču ne bo več treba tožbe takoj po prejemu poslati CSD. Sodišča bodo tako lahko od CSD zahtevala mnenja o otrokovi koristi šele potem, ko bodo predhodno na podlagi navedb obeh strank ali pridobljenih podatkov po uradni dolžnosti in morda tudi že zaslišanja strank ugotovila razmere v družini. Menim, da bi sodišče moralo dopis za CSD oblikovati podobno kot sklep za postavitev izvedenca – CSD-ju bi moralo o koristi otroka zastaviti konkretna vprašanja glede na podatke, ki so se razkrili pri zaslišanju in po ugovorih strank. Sodišče lahko v dopisu CSD tudi zaprosi, naj oceni dejanske okoliščine na terenu (razmere, v katerih živijo stranke, ipd.), kadar je to sporno, poleg tega pa bi moralo sodišče od CSD pridobiti tudi poročilo o tem, ali so družino že obravnavali.

To izhaja tudi iz odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 682/2007 z dne 8. 11. 2007: „Poročilo CDS ima bistvene značilnosti in strukturo izvedenskega mnenja: izvidu, to je ugotovitvam dejstev, sledi mnenje, katerega bistvo je ocena dejstev s stališča stroke oziroma pravil znanosti. CSD v sporih iz razmerij med starši in otroki organ kot socialnega skrbstva nastopa kot specifičen pomočnik sodišča in z njim sodeluje v funkciji varstva javnega interesa. Z zbiranjem podatkov o osebnih in družinskih razmerah otrok in njihovih staršev opravlja naloge pomožnega preiskovalnega organa, hkrati pa ima poseben procesni položaj, ki je zaradi njegovega strokovnega znanja in izkušenj blizu položaju sodnega izvedenca.“

ZPP v 243. členu določa, da sodišče izvede dokaz z izvedencem, če je za ugotovitev ali razjasnitev kakšnega dejstva potrebno strokovno znanje, ki ga sodišče nima. Izvedenec torej sodišču pojasni abstraktna pravila znanosti, stroke in izkušenj,

4 Ur. l. SRS, št. 41/89.

5 Ur. l. RS, št. 15/2017.

nato ob ugotovljenih dejstvih ta pravila tudi uporabi in tako iz ugotovljenih dejstev na podlagi pravil stroke sklepa na obstoj drugih dejstev. Pravna presoja tako ugotovljenih dejstev pa je naloga sodišča.⁶ To pomeni, da sodnik izvedencu ne sme postaviti vprašanj, na katera mora odgovoriti sam: na primer, kateremu od staršev naj sodišče zaupa otroka. To odločitev mora sprejeti sodnik sam, potem ko mu na primer izvedenec klinični psiholog pojasni, kako osebnostne lastnosti ali morebitne duševne motnje in bolezni staršev vplivajo na njuno opravljanje starševskih dolžnosti.

Pri odločitvah v družinskopravnih zadevah sodišče upošteva korist otroka. V veliki večini zadev lahko sodnik na podlagi pridobljenih podatkov o dejanskih okoliščinah na strani staršev in otroka in morda tudi drugih oseb, ki imajo vpliv na otroka, sam odloči, pri katerem od staršev bo boljše varovana otrokova korist. Dokaz z izvedencem bi se po mojem mnenju moral izvajati le v najtežjih zadevah, ko so pri udeležencih zaznane osebnostne motnje, odtujevanje, zanemarjanje ali zlorabljanje otrok.

To izhaja tudi iz odločitve Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. IV Cp 3341/2014 z dne 10. 12. 2014: »Sodišče prve stopnje dokaza z izvedencem, kot že rečeno, ni bilo dolžno izvajati niti po uradni dolžnosti ...« Sodišče ga je dolžno postaviti le tedaj, kadar ob varovanju otrokovih koristi trči v pravno pomembno vprašanje, za rešitev katerega nima posebnega strokovnega znanja (243. člen ZPP). Takšnega vprašanja med nosilnimi razlogi odločitve v tej zadevi ni bilo. Sodišče je namreč v tej zadevi ugotavljalo predvsem, kaj se je dogajalo v stvarnem svetu (šlo je za običajno ugotavljanje dejanskega stanja – gnoseološki proces je bil splošne narave), nato pa je moralo le še uporabiti določbo 116. člena ZZZDR, in sicer tako, da jo je ustavnopravno utemeljilo z načelom varstva koristi otroka.

Eden od vidikov pravice stranke do kontradiktornosti postopka oziroma pravice do izjave je tudi pravica stranke, da predlaga dokaze, dolžnost sodišča pa je, da dokaz izvede. Kljub načelni obveznosti sodišča, da izvede predlagane dokaze, ta pravica ni neomejena. Sodnik iz utemeljenih razlogov dokazni predlog lahko zavrne, pomembno pa je, da odločitev o neizvedbi predlaganega dokaza ustrezno obrazloži.⁷ Če tega ne stori, krši pravico stranke do izjave, kar pomeni absolutno bistveno kršitev ZPP. Pri zavrnitvi predloga za izvedbo dokaza za izvedencem mora sodišče obrazložiti, zakaj v konkretni zadevi za oceno starševskih sposobnosti in otrokovih potreb ni bilo potrebno strokovno znanje.

3. KATERE PODATKE MORA SODIŠČE PRIDOBITI PRED OBLIKOVANJEM DOPISA CSD-JU IN IZDAJO SKLEPA O POSTAVITVI IZVEDENCA?

Kadar sodišče že po prejemu tožbe zazna, da gre za zahtevno družinskopravno zadevo, v kateri je zelo verjetno, da starši niso navedli vseh pomembnih okoliščin, mora pridobiti podatke tudi po uradni dolžnosti neposredno od posameznih institucij.

6 J. Juhart, str. 385.

7 A. Galič, str. 1166 in nasl. in D. Wedam-Lukič, str. 1385.

V družinskopravnih zadevah ima namreč sodnik tudi preiskovalna pooblastila, saj lahko ugotavlja dejstva, ki jih stranke niso navajale, in zbira podatke, potrebne za odločitev, tudi proti volji osebe, na katero se podatki nanašajo. Ukreniti mora namreč vse, kar je potrebno, da se zavarujejo pravice in interesi otrok (408. člen ZPP).

Ob navedbah o nasilnosti staršev ali njihovih novih partnerjev mora sodišče opraviti poizvedbe na policiji, v varni hiši. Ob navedbah o duševni ali drugi bolezni staršev oziroma otroka mora pridobiti zdravstvene podatke. Zakon o pacientovih pravicah (v nadaljevanju ZPacP)⁸ v četrtem in petem odstavku 44. člena določa, da je uporaba pacientovih zdravstvenih in drugih osebnih podatkov izven postopkov zdravstvene obravnave dovoljena le z njegovo privolitvijo ali privolitvijo drugih pristojnih oseb, da pa to ni potrebno, kadar tako določa zakon. Sodišča imajo podlago za pridobivanje zdravstvenih podatkov proti volji osebe v tretjem odstavku 408. člena ZPP, enako določbo vsebuje tudi predlog novega Zakona o nepravdnem postopku (v nadaljevanju ZNP) v 46. členu.

Tako pridobljene pomembne podatke bi morale sodišče skupaj z dopisom tudi poslati CSD, da jih lahko ta upošteva pri oblikovanju mnenja o koristi otroka. Menim, da bi sodišče pred postavitvijo izvedenca moralo udeležence seznaniti z mnenjem CSD in jih praviloma tudi zaslišati, po potrebi pa morda tudi druge osebe, za katere oceni, da imajo pomemben vpliv na življenje otroka. Največkrat so to stari starši ali nova partnerja staršev. Šele po tako pridobljenih podatkih lahko sodnik izvedencu postavi usmerjena vprašanja, upoštevajoč ugotovljene konkretne okoliščine primera. Vselej mora pozvati tudi stranki, ali predlagata kakšno vprašanje za izvedenca, vendar je sodišče tisto, ki mora oblikovati vprašanja za izvedenca. Glede na okoliščine posameznega primera je lahko koristno, da sodišče izvedencu poleg mnenja CSD pošlje tudi morebitna poročila CSD o izvajanju stikov pod nadzorom in poročilo o mnenju otroka, če ga je ta na CSD izrazil. Kadar postopek traja dalj časa, je morda smiselno zaprositi CSD za poročilo o spremenjenih okoliščinah in dopolnitev mnenja, ki ga je treba poslati tudi izvedencu, ali pa samega izvedenca v sklepu izrecno pooblastiti, da to dopolnitev lahko sam neposredno pridobi od CSD.

Sodišče praviloma za opravljanje izvedenskega dela postavi sodne izvedence, ki jih je imenovalo Ministrstvo za pravosodje.⁹ Pošteno do izvedencev je, da strokovni sodelavec ali sodnik predhodno preveri, kateri od sodnih izvedencev lahko delo sprejme in v kakšen času bo lahko izvedensko delo opravil. V skladu s tem tudi v sklepu določi rok za izdelavo izvedenskega mnenja. Ob takšnem ravnanju potem sodnik lahko od izvedenca dosledno zahteva spoštovanje postavljenih rokov. Če izvedensko mnenje kljub opozorilu ni izdelano v dodatnem roku, lahko sodnik uporabi določbe tretjega odstavka 248. člena ZPP o kaznovanju in o povrnitvi stroškov.¹⁰

8 Ur. l. RS, št. 15/2008 in 55/2017.

9 Od 1. 1. 2019 bo to urejal Zakon o sodnih izvedencih, sodnih cenilcih in sodnih tolmačih (ZSICT), Ur. l. RS, št. 22/2018.

10 248. člen ZPP:

(1) Sodišče lahko kaznuje v denarju do 1.300 evrov izvedenca, ki ne pride na narok, čeprav je bil v redu povabljen in svojega izostanka ne opraviči, izvedenca, ki brez upravičenega razloga noče opraviti izvedenskega dela, izvedenca, ki ne ravna v skladu s četrtem odstavkom 246. člena tega zakona, in izvedenca, ki brez upravičenega razloga ne opravi izvedenskega dela v roku, ki ga je določilo sodišče.

Če se izkaže, da so vsi sodni izvedenci preobremenjeni, ZPP v drugem odstavku 245. člena omogoča, da sodišče določi izvedenca za opravljanje izvedenskega dela tudi izmed strokovnjakov, ki še niso imenovani za sodne izvedence. Izvedensko delo sodišče lahko zaupa tudi strokovni instituciji. Poudariti pa je treba, da so izvedenci vselej lahko le fizične osebe. Tudi če sodišče zaupa izvedensko delo strokovnemu zavodu, nastopajo kot izvedenci delavci tega zavoda.¹¹

Kadar sodišče oceni, da je za ugotovitev pravno pomembnih dejstev nujna postavitev izvedenca, pa stranki tega ne predlagata, lahko zaradi varstva koristi otroka postavi izvedenca po uradni dolžnosti. V tem primeru stroške za izvedbo dokaza založi iz proračuna. Po koncu postopka sodišče odloča o povrnitvi predhodno založenih stroškov po uradni dolžnosti in prostem preudarku (413. člen ZPP). To pomeni, da lahko povrnitev zahteva od strank, takrat pa ima na voljo prisilno izterjavo.¹²

4. KAJ MORA VSEBOVATI SKLEP O POSTAVITVI IZVEDENCA?

Sodnik je sam pristojen za izbiro izvedenca. Stranke mu sicer lahko predlagajo določeno osebo, vendar sodnik na njihove predloge ni vezan. Kljub temu je priporočljivo, da sodišče o izbiri izvedenca razpravlja s strankami, saj se s tem zmanjšajo možnosti za uveljavljanje izločitvenih ugovorov. Proti dokaznemu sklepu o izvedenstvu ni posebne pritožbe (tretji odstavek 270. člena, 255. člen in tretji odstavek 283. člena ZPP).¹³

Pravdni stranki morata biti pred izdelavo izvedenskega mnenja seznanjeni s tem, kdo konkretno bo izdeloval izvedensko mnenje, predvsem zaradi pravice predlagati njegovo izločitev po 247. členu ZPP. Kadar sodišče izvedensko delo zaupa strokovni instituciji, praviloma ta strokovna institucija sodišču sporoči podatke o tem, kdo izmed posameznih strokovnjakov bo izvedensko delo opravil, sodišče pa mora z njim še pred začetkom izdelave mnenja seznaniti stranke postopka, da ne pride do izločanja potem, ko je izvedensko mnenje že izdelano.

Ustavno sodišče je v odločbi št. Up-454/15 z dne 20. 12. 2017 poudarilo, da je zato, ker sodišče odloča, koga bo postavilo za izvedenca, z vidika zahteve po enakopravni obravnavi strank tudi njemu naložena skrb, da z določitvijo sodnega izvedenca ne omogoči eni izmed strank boljšega položaja v razmerju do druge stranke. To pomeni, da mora tudi samo paziti, ali glede na razpoložljive podatke v spisu pri izbranem izvedencu oziroma strokovni instituciji, ki ji zaupa izvedensko delo, obstajajo okoliščine, ki v bistvenem ogrožajo ustavno jamstvo enakopravnosti strank v dokaznem postopku.

(2) Sklep o kazni lahko sodišče prekliče pod pogoji iz petega odstavka 241. člena tega zakona (naknadno opravičilo).

(3) Na zahtevo stranke lahko sodišče s sklepom naloži izvedencu, da mora povrniti stroške, ki jih je povzročil s tem, da je neupravičeno izostal, neupravičeno odklonil izvedensko delo ali neupravičeno prekoračil rok za izdelavo izvedenskega dela.

11 S. Triva, V. Belajac, M. Dika, str. 435.

12 V. Rijavec, str. 1359.

13 Op. cit.

Zaradi morebitne izločitve tudi ni priporočljivo postavljenega izvedenca (npr. kliničnega psihologa) kar pooblastiti, naj po potrebi pritegne še drugega izvedenca (npr. psihiatra). Prav je, da prvi izvedenec ime drugega izvedenca sporoči sodišču, da ga sodišče imenuje s sklepom in s tem strankam omogoči uveljavljanje pravice do izločitve.

Postavitev dveh izvedencev je upravičena takrat, kadar je potrebno znanje z več strokovnih področij. Sodišče za oceno starševskih sposobnosti praviloma postavi izvedenca klinične psihologije, poleg njega pa izvedenca psihiatra le takrat, kadar ugotovi, da pri starših ali pri otroku ne gre za osebnostne, ampak duševne motnje ali bolezni. Sodišče mora biti pozorno, ali je postavljeni izvedenec specializiran za odrasle ali otroke, saj je to lahko v nadaljnjem postopku utemeljen razlog za izpodbijanje strokovnosti izvedenskega mnenja.

Stranka mora zahtevati izločitev izvedenca takoj, ko izve, da je podan razlog za izločitev, najpozneje pa do začetka dokazovanja z izvedencem. Zoper sklep, s katerim se predlog za izločitev zavrne, ni posebne pritožbe (odločba Višjega sodišča v Ljubljani IV Cp 1304/2017). Kadar stranka pozneje izve za razlog za izločitev, lahko uveljavlja ugovor tudi pozneje.

V sklepu o postavitvi izvedenca mora sodišče izvedenca tudi pooblastiti, da pridobi potrebno zdravstveno ali drugo dokumentacijo ali vpogleda vanjo. Brez izrecnega pooblastila v sklepu lahko institucije zahtevo izvedenca zavrnejo in mora sodišče sklep dopolnjevati, kar po nepotrebnem podaljša postopek.

Dobro je, da takrat, kadar postavimo dva izvedenca, izvedencema naložimo, naj izvedensko mnenje oblikujeta skupaj. To pomeni, da morata sodelovati in se uskladiti, zaradi česar bo izvedensko mnenje bolj kakovostno.

Kadar imajo pomemben vpliv na otrokovo življenje tudi tretje osebe, je dobro, da sodnik izvedencu kliničnemu psihologu naloži, naj oceni ta vpliv. Ob predhodnem dogovoru bi bilo izvedencu mogoče naložiti tudi, da v njegovi prisotnosti poteka nekaj zaporednih stikov med otrokom in tistim od staršev, ki predlaga ureditev stikov, če je to vprašanje sporno in eden od staršev predlaga omejitve stikov ali stike pod nadzorom.

5. KDAJ JE POTREBNA POSTAVITEV NOVEGA IZVEDENCA?

Zaradi zagotavljanja pravice do izjave sodišče izvedensko mnenje pošlje strankam, da nanj podajo morebitne pripombe. Sodnik mora pripombe strank pregledati in izluščiti pravno pomembna vprašanja, na katera naj izvedenec še odgovori v dopolnitvi, dobro pa je, da ob sklepu izvedencu pošlje tudi celotne pripombe strank, da se izvedenec lahko pripravi na morebitna dodatna vprašanja strank na naroku za glavno obravnavo.

Če za dopolnitev mnenja izvedenec ne potrebuje daljše raziskave, je najbolje, da sodnik izvedenca hkrati že povabi na narok za glavno obravnavo in ob neposredni ustni dopolnitvi mnenja na naroku takoj omogoči strankam, da zahtevajo še dodatna pojasnila.

Vrhovno sodišče je v zadevi II Ips 772/2005 z dne 9. 2. 2002 sprejelo stališče, da lahko stranke od izvedenca zahtevajo tudi pojasnila o uporabljenih metodah: »Izvedenec je opravil vrsto testov in drugih preiskovalnih postopkov, pri katerih stranke niso mogle sodelovati in zato tudi ne preverjati korektnosti izpeljave teh postopkov ter uporabe podatkov, ki so bili pridobljeni s temi postopki. Izvedensko mnenje predstavlja vrsto zaključkov, izpeljanih iz podatkov, ki so bili pridobljeni s psiho-diagnostičnimi testi; te zaključke bi bilo mogoče preveriti le ob poznavanju konkretnih rezultatov testov in preiskav. Najmanj, do česar so stranke v takih položajih upravičene, je pravica do seznanitve z izvedenčevimi postopki ter z neposrednimi, konkretnimi, dejstvenimi izsledki teh postopkov.«

Menim, da morajo izvedenci strankam in sodišču pojasniti, katere metode so uporabili pri svojem delu in utemeljiti svoje strokovno mnenje. To mnenje pa ne temelji le na rezultatih psiholoških testov, ampak tudi na drugih podatkih in uporabljenih diagnostičnih metodah.

Po drugem odstavku 254. člena ZPP mora sodišče vselej odpraviti pomanjkljivosti v izvedenskem mnenju z novim zaslišanjem izvedencev. Le izjemoma, ko se pomanjkljivosti in dvom res ne dajo odpraviti z novim zaslišanjem, se zahteva mnenje drugega izvedenca. Med pregledanimi odločbami pritožbenih sodišč sem našla bistveno več takšnih, ki opozarjajo na nepotrebno postavljanje novega izvedenca. Tako je Višje sodišče v Ljubljani v zadevi IV Cp 116/2017 zapisalo: „Vendar je treba pritrditi toženčevi kritiki, da izvedenec psihiatrične stroke v tej zadevi nikakor ni bil potreben. Sodišče prve stopnje je nekritično sledilo predlogu tožnice, da se po tem, ko je svoje mnenje podal že izvedenec iz področja klinične psihologije, njegovo mnenje pa je bilo celovito, temeljito, strokovno in jasno, angažira še izvedenec psihiatrične stroke. Tako prakso je treba nujno opustiti, namreč izvajanje takih dokazov na zalogo, za vsak slučaj. Ker je tožnica pri tem vztrajala, sodišče pa se je zaneslo, da je mati vendarle tista, ki lahko ve, ali je za presojo dejanske situacije na strani otroka potreben strokovnjak s področja medicine, ki se ukvarja s proučevanjem in zdravljenjem duševnih motenj oz. bolezni, naj tožnica v celoti tudi krije stroške, ki jih je povzročila s svojim predlogom. Ex post facto se je namreč izkazalo, da ta dokaz ni bil potreben. Sodišče prve stopnje se sicer v obrazložitvi nekajkrat sklicuje tudi na izvedensko mnenje izvedenke psihiatrične, vendar na ta način ni bilo odkrito oz. razjasnjeno nobeno odločilno dejstvo, ki ga ne bi v celoti zadovoljivo in ustrezno pojasnil že izvedenec klinične psihologije. Nov dokaz je bil ne le časovna zamuda in finančna izguba za stranke, pač pa tudi nepotrebno izpostavljanje mladoletnega otroka dodatnim pregledom.“

Če je izvedensko mnenje nejasno ali vsebuje nasprotujoče trditve, mora sodnik z dodatnim zaslišanjem izvedenca te nejasnosti odpraviti, in sicer tudi, če mu tega ne predlaga nobena od pravnih strank. Tako stališče je zavzelo tudi Višje sodišče v Ljubljani v zadevi IV Cp 5954/2006:

»Nasprotja mora sodišče odpraviti tudi, če stranka tega ne predlaga, zlasti še, če gre za nasprotja med ugotovitvami izvedencev o odločilnih okoliščinah, ki vplivajo na odločitev o varstvu in vzgoji otroka. V tem primeru sodišče stroške plača iz sredstev sodišča nato pa na podlagi 413. člena ZPP odloči ali te stroške krije ena, ali obe pravdni stranki. Če sodišče tega ne stori je to lahko absolutna kršitev določb pravnega postopka, če je to vplivalo na zakonitost in pravilnost sodbe.«

Vrhovno sodišče RS pa je v zadevi II Ips 631/2006 zapisalo: »Opustitev zaslišanja izvedenca sama po sebi ne predstavlja bistvene kršitve določb pravnega postopka. Vendar pa to lahko postane, če sta zaradi tega kršena kakšna strankina procesna pravica ali procesno načelo. V poštev prideta predvsem načeli neposrednosti (4. člen ZPP) in kontradiktornosti (5. člen ZPP). Toženc je 22. 12. 2005 podal pripravljeno vlogo, v kateri se je opredelil do izvedenskega mnenja A. A. in med drugim predlagal tudi njegovo zaslišanje. Opira se predvsem na dvoje. Prvič, da zaradi nasilja v družini ni bil obsojen, marveč teče le kazenski postopek in drugič, da izvedenec apriorno zavrača možnost stikov v zaporu, pri tem pa ne upošteva, da obstajajo v zaporih socialne službe in posebej urejeni prostori za obiske. Drugo vprašanje je strokovno vprašanje, na katerega v pisnem mnenju ni mogoče najti odgovora. Toženc se je do doktrinarne trditve izvedenca, da stiki v zaporu niso primerni, torej opredelil. Z očitkom, da izvedenec ni upošteval tega, da so v zaporu posebni prostori za obiske in da je tam tudi posebna socialna služba, pa je odprl pot nadaljnji procesni obravnavi spornega vprašanja. V skladu z uvodoma navedenim pravilom o tem, kdaj je treba izvedenca tudi zaslišati na obravnavi, bi torej sodišče prve stopnje moralo izvedenca povabiti na glavno obravnavo ter strankam omogočiti, da mu zastavljajo vprašanja in terjajo pojasnila.«

Pri odmeri nagrade izvedencu bi sodišče moralo upoštevati, ali je do dopolnitve izvedenskega mnenja prišlo zato, ker je bilo delo prvotno opravljeno nekakovostno. V tem primeru izvedenec ni upravičen do nagrade za dopolnitev izvedenskega mnenja. Vendar sodišče lahko tako ravna le, če je pred tem samo ustrezno opravilo svojo nalogo in je izvedencu postavilo jasna vprašanja. Po pravilniku mora sodišče o odmeri nagrade odločiti v osmih dneh in jo izplačati v 15 dneh. Pošteno je do izvedencev, da se sodišče teh rokov drži.

Ustavno sodišče je v zadevi Up-680/2014 z dne 5. 5. 2016 zavzelo stališče, da je dokaz z izvedencem primarno ustni dokaz: »Pravna teorija poudarja, da predhodno pisno izvedensko mnenje sodišča ne odvezuje dolžnosti, da izvedenca povabi na narok in s tem strankam omogoči, da izvedencu postavljajo vprašanja. Neposredno zaslišanje je nenadomestljivo vselej, kadar so potrebna medsebojna pojasnila ali kadar so v pisnem mnenju protislovja, pomanjkljivosti, nedorečenosti itd. V sodni praksi je ustaljeno stališče, da je zaslišanje izvedenca potrebno, kadar imajo stranke na pisno izvedensko mnenje pripombe in terjajo pojasnila o posameznih okoliščinah, ki so pravno pomembne za rešitev spora, zaradi česar je podan dvom o popolnosti ali strokovni pravilnosti mnenja.« Zaslišanje izvedenca ali izvedencev je namreč le ena od faz izvajanja dokaza z izvedencem. Ko ima(jo) izvedensko mnenje oziroma izvedenska mnenja odločilen (usoden) pomen za odločitev sodišča, je, kot je bilo že obrazloženo, zaslišanje izvedenca (oziroma izvedencev) za stranke izjemno pomembno, saj jim omogoča, da izvedensko mnenje učinkovito preizkusijo. Če je izvedencev več in če so med njihovimi mnenji pomembna razhajanja, mora sodišče strankam praviloma omogočiti njihovo medsebojno ustno soočenje. Razhajanja izvedencev o strokovno zahtevnih vprašanjih sodišču vselej nalagajo še posebej težko nalogo. V sodbi mora sodišče svojo odločitev o prepričljivosti tega ali onega strokovnega stališča utemeljiti na tako, da upošteva tudi temu stališču nasprotna stališča. Le tako bo upoštevan celotni postopek, ki je tekel v zvezi z odločilno dokazno temo in ki omogoča celostni uvid. Ustna razprava, ki omogoča neposreden dialog med sodiščem, izvedenci

in strankami, je namenjena tako soočenju morebitnih nasprotovanj glede metod in podatkov, ki so jih izvedenci upoštevali pri izdelavi mnenj, kot tudi pretresanju vsebine mnenj, kar vse je neizogibno, če se mnenja razhajajo. Sodišče moralo prav na ustni razpravi v sodelovanju s strankami pojasniti razloge za razhajanja tako v dejanskem kot v strokovnem pogledu. Le v izjemnih primerih se lahko to zahtevno opravilo že vnaprej, to je še pred ustno obravnavo, izkaže kot nepotrebno. Izjemo lahko utemeljijo posebej tehtni razlogi, in sicer tehtni tako, da odstranjujejo vsak dvom, da vnaprejšnja izbira le enega izvedenca za zaslišanje ne pomeni že vnaprejšnje opredelitve sodišča do prepričljivosti mnenja prav tega izvedenca, ki je nato podlaga za končno odločbo sodišča. Taka vnaprejšnja opredelitev sodišča hkrati onemogoči, da bi stranke s stališčem tega izvedenca nasprotnih stališč drugih izvedencev preizkusile pravilnost tega ali onega mnenja. Če so med pisnimi izvedenskimi mnenji pomembna razhajanja, je zato potrebna skrajna zadržanost sodišča do izbire le enega izmed več imenovanih izvedencev za zaslišanje. Končno ni mogoče prezreti pomena prizadevanj, da se odstrani sleherni vtis morebitnega toleriranja domnevnih nepravilnih ravnanj, kar je odločilno za izgradnjo zaupanja v pravno državo.

Vrhovno sodišče pa je v zadevi II Ips 267/2017 z dne 12. 10. 2017 v postopku odvzema poslovne sposobnosti zavzelo stališče: »Vendar načelo kontradiktornosti (5. člen ZPP) ni bilo kršeno, čeprav k osebni pregledu nasprotnega udeleženca ni bil povabljen njegov pooblaščenec ali skrbnik (ki ga ob pregledu sploh še ni imel). Zahteva po obvestitvi strank o ogledu oziroma pregledu ni absolutna; odvisna je od okoliščin konkretnega primera. Ni na primer potrebna, če je to zaradi narave ogleda oziroma pregleda neizvedljivo ali neprimerno. Po oceni revizijskega sodišča je navzočnost strank in njihovih zastopnikov pri osebni pregledu zaradi varstva zasebnosti neprimerna. Navedeno velja tudi glede navzočnosti zastopnika stranke pri osebni pregledu stranke, ki jo zastopa. Pravico do izjave je treba v takih primerih zagotoviti na drug način, na primer z zahtevo izvedencu po posebej natančnem pojasnilu ugotovitev, ki temeljijo na pregledu.«

Zelo pomembno je, da sodnik na naroku za glavno obravnavo odločno zagotovi spoštljiv odnos vseh udeležencev do izvedenca. Če udeleženci postopka tega ne spoštujejo, jim lahko izreče tudi denarno kazen po 11. členu ZPP.

Sodnik ni vezan na izvedenčevo mnenje. Izvedensko mnenje sodnik oceni skupaj z drugimi dokazi in si na podlagi celovitih dokaznih sredstev ustvari prepričanje o določenem dejstvu. Svoje prepričanje pa mora tudi utemeljiti.¹⁴ Čeprav sodnik nima strokovnega znanja, je sposoben oceniti, ali so ugotovitve izvedenca prepričljive z vidika pravil logičnega sklepanja in splošnih izkušenj.

14 J. Juhart, str. 390.

6. ALI LAHKO SODIŠČE V POSTOPKU UPOŠTEVA TUDI IZVEDENSKO MNENJE, KI JE BILO IZDELANO V DRUGEM CIVILNEM, UPRAVNEM ALI KAZENSKEM POSTOPKU?

ZPP za dokazovanje predvideva različna dokazna sredstva: ogled, listine, priče, izvedence in zaslišanje strank. Strokovno mnenje ima v konkretnem družinskem postopku moč izvedenskega mnenja le, če je pridobljeno v tem postopku v skladu s pravili ZPP. To pomeni, da so imele stranke možnost izjave o postavljenem izvedencu, vpliva na postavljena vprašanja in dajanja pripomb. Kadar izvedensko mnenje ni bilo pridobljeno v družinskem, ampak v drugem (družinskem, upravnem ali kazenskem) postopku, se lahko uporabi kot izvedensko mnenje le ob izrecnem soglasju strank postopka. Če stranke s tem ne soglašajo, se navedbe v izvedenskem mnenju štejejo kot del navedb tiste stranke, ki se na izvedensko mnenje sklicuje. Velja torej kot listinski dokaz in nima dokazne moči izvedenskega mnenja.¹⁵

Tako stališče je zavzelo tudi Višje sodišče v Ljubljani v zadevi IV Cp 1332/2016: »Izvedensko mnenje je nastalo v predhodnem postopku in tožnik ga je priložil že tožbi in se nanj skliceval. Toženkino soglasje za upoštevanje tega mnenja v tem sodnem postopku ni potrebno, saj ga sodišče ni uporabilo namesto dokaza z izvedencem, temveč le kot del tožnikove trditvene podlage. V situaciji, kot je obravnavana, je logično, da bo v tem postopku postavljeni izvedenec, ki ni prvi po vrsti, ki podaja mnenje v zvezi s koristjo otroka v odnosu do staršev, pregledal tudi predhodna mnenja, ki so del spisovnega gradiva, in se do njih opredelil. Enako je izvedenec dolžan ravnati z vsem strokovnim gradivom, tudi s poročili CSD. Tu velja pripomniti, da se položaj CSD po stališču Vrhovnega sodišča približuje položaju, ki ga ima v sodnem postopku izvedenec.«

Tudi Ustavno sodišče je v zadevi Up-39/95 z dne 16. 1. 1997 zavzelo stališče: »V skladu z določbo 260. člena ZPP mora izvedenec podati svoj izvid in mnenje ustno na obravnavi in ga mora tudi obrazložiti. Stranke pa imajo v skladu z drugim odstavkom 302. člena ZPP na kontradiktorni glavni obravnavi pravico postavljati vprašanja izvedencu. S sklicevanjem na izvedenski izvid in mnenje iz drugega sodnega postopka, v katerem pritožnik ni imel možnosti sodelovati in zato tudi ni imel možnosti postavljati vprašanj izvedencu ter se nato izjaviti o rezultatih dokazovanja, je sodišče navedena minimalna jamstva poštenega dokaznega postopka prekršilo. Sodišče pa je s takim ravnanjem tudi prekršilo zahtevo po zagotovitvi enakopravnega obravnavanja strank v postopku. Nasprotna stranka v pravnem postopku (tožnica) je namreč kot predlagateljica bila udeležena tudi v postopku pred SZD PIZ in je tedaj imela možnost sovplivati na rezultat postopka in tudi sodelovati pri izvedbi spornega izvedenskega dokaza. Sodišče v pravnem postopku je torej povzelo ugotovitve izvedenskega dokaza iz postopka pred SZD PIZ, v katerem je ena izmed pravnih strank imela možnost sodelovati, druga pa te možnosti ni imela. S tem je sodišče pravni stranki obravnavalo neenakopravno in jima v dokaznem postopku ni zagotovilo enakih procesnih možnosti. Iz navedenih razlogov je podana kršitev pravice do enakega varstva pravic po 22. členu Ustave.«

¹⁵ J. Juhart, str. 385.

7. ALI SODIŠČE PRIDOBLENA IZVEDENSKA MNENJA LAHKO POŠLJE SCD ZARADI NADALJNJE OBRAVNAVE OTROKA?

Postopek pri uveljavljanju in opravljanju socialnovarstvenih storitev ureja Zakon o socialnovarstvenih storitvah (v nadaljevanju ZSV)¹⁶. V drugem odstavku 91. člena je navedeno, da morajo organi ter zavodi in druge organizacije, ki pri svojem delu ugotovijo ogroženost otroka, mladoletnika ali osebe, ki ji je odvzeta poslovna sposobnost, o tem obvestiti center za socialno delo na svojem območju. Po DZ mora CSD pri trajnejših ukrepih izdelati načrt pomoči družini in otroku. Ta načrt pomoči mora prilagajati spreminjanju razmer v družini in pridobljena izvedenska mnenja v družinskih postopkih so za oblikovanje načrta lahko zelo pomembna. Zato menim, da bi moralo sodišče ob odločanju o varstvu in vzgoji otrok v primerih, ko gre za sporne zadeve in je podana ogroženost otroka ter pri trajnejših ukrepih, na podlagi navedenih določb ZSV in ZPND izvedenska mnenja poslati CSD zaradi izvajanja nalog, ki jih ima ta v zvezi z zaščito otroka.

8. SKLEP

Menim, da bi lahko s predlaganim načinom dela sodniki že od CSD pridobili kakovostnejša mnenja o koristi otroka in tako v večini zadev ne bi bilo potrebe po postavitvi izvedenca. V zahtevnejših zadevah pa je za kakovostno izvedbo dokaza z izvedencem pomembno, da sodnik že pred postavitvijo izvedenca pridobi potrebne podatke o razmerah v družini, saj le tako lahko ugotovi, katere dejanske okoliščine so v konkretni zadevi pomembne in lahko izvedencu tudi postavi usmerjena vprašanja. Sodniki bi si morali prizadevati, da se nejasnosti v izvedenskem mnenju odpravijo z dodatnim zaslišanjem izvedenca in res le izjemoma ponavljati dokazovanje z drugim izvedencem. Kakovostno delo CSD in izvedencev je pogoj za kakovostno delo sodnikov in obratno: od kakovosti sodnikovega vodenja postopka je odvisno, kako dobro bodo lahko strokovnjaki CSD in izvedenci opravili svoje delo.

SEZNAM LITERATURE:

- Galič, Aleš, Praktični pogled na novi zakon o pravdnem postopku: Pravica do kontradiktornega postopka, Podjetje in delo, 1999, št. 6–7, str. 1166–1176
- Juhart, Jože, Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, Univerzitetna založba v Ljubljani, 1961
- Rijavec, Vesna, Dokaz z izvedenci, Podjetje in delo, 2012, št. 6–7, str. 1394–1406
- Triva, Siniša, Belajec, Velimir, Dika, Mihajlo, Građanskoparnično procesno pravo, 6. izdanje, Narodne novine, Zagreb 1986
- Wedam-Lukić, Dragica, Pasti in zanke dokaznega postopka v pravdi, Podjetje in delo, 2012, št. 6–7, str. 1384–1393

¹⁶ Ur. l. RS, št. od 54/1992 do 29/2017.

DELO SODNIH IZVEDENCEV KLINIČNOPSIHOLOŠKE STROKE V DRUŽINSKOPRAVNIH POSTOPKIH¹

dr. Bernarda Dobnik Renko in Nada Hribar,
sodni izvedenki za področje klinične psihologije otrok in mladostnikov
ter starševstvo in skrbništvo
Svetovalni center za otroke, mladostnike in starše Ljubljana

1. UVOD

Namen izvedenskega dela na področju klinične psihologije je z dokazi podprtimi metodami in tehnikami zagotoviti objektivne in ustrezne informacije o psiholoških značilnostih pregledovanih oseb in kadar je to namen izdelave izvedenskega mnenja, medsebojnih odnosih teh oseb ter na podlagi teh oblikovati mnenje, ki bo sodišču v pomoč pri sprejemanju pravnih odločitev.²

Sodno izvedenstvo v družinskopravnih postopkih je naloga, pri kateri strokovnjak za duševno zdravje, običajno klinični psiholog, oceni družino in sodišču z vidika koristi otroka pošlje mnenje glede vprašanj o zaupanju otrok/a po prenehanju zakonske ali izvenzakonske zveze, o določanju stikov z nerezidenčnim roditeljem; o morebitni omejitvi ali spremembi stikov; omejitvi starševskih pravic, odvzemu otrok/a, namestitvi v rejniško družino ali zavod ali o odvzemu roditeljskih pravic.³ Čeprav je izvedenec strokovnjak za duševno zdravje, v vlogi izvedenca deluje kot pomočnik sodišča, in ne kot psihoterapevt, ki bi udeležencem svetoval glede rešitve partnerskega spora. Njegova naloga je ocena družine, in ne terapevtsko svetovanje.

Delo kliničnega psihologa, ki v vlogi sodnega izvedenca vstopa v družino v času sodnega postopka, pomeni dodatno obremenitev v že tako izredno stresnih razmerah ob razpadu partnerske skupnosti. Ločitev z vidika psihološke stroke pojmuje kot krizo, na katero se različni posamezniki različno odzivajo. Na uspešnost družinskih članov pri razreševanju nastale krize vplivajo mnogi dejavniki, kot so osebnostne značilnosti, načini reševanja problemov in izražanja čustev, zmožnost za spoprijemanje s stresnimi razmerami, pretekle izkušnje, komunikacijske sposobnosti članov družine ipd. Nekateri starši niso sposobni nadzorovati svojih negativnih čustev do partnerja, zato lahko vpletajo otroke v partnerski spor. Podobno kot navaja literatura, tudi izvedenci opažamo, da se takšni starši pretirano odzivajo na otrokove potrebe, lahko so netolerantni, otroku povedo preveč informacij o ločitvi in njihovem lastnem čustvenem stanju, postanejo lahko depresivni ali anksiozni, zato jih otroci skušajo zaščititi, lahko pa tudi manipulirajo z otroki.⁴

1 Prispevek je bil predstavljen na seminarju Sodno izvedenstvo v postopkih družinskega sodstva v januarju in februarju 2018

2 Šešok in drugi, str. 1

3 Stahl, nav. delo, str. 1–4

4 Gaulier in drugi, nav. delo, str. 19–39.

Otrok se v procesu ločitve srečuje s čustveno obremenjenima staršema, ki sta pogosto preplavljena z bolečino, razočaranjem in jezo, kar zamaja njegov občutek varnosti, ki naj bi ga občutil v družini. Prav tako se sreča z različnimi tujimi odraslimi osebami, ki opravljajo z njim pogovore o družinskem dogajanju, ki jih vedno ne razume povsem, in pogosto ne more predvidevati, kaj se bo dogajalo v prihodnosti in kakšna je njegova vloga pri tem. Vsi otroci so razdvojeni med staršema, ki ju imajo radi, in slutijo ali se zavedajo odločilnosti svojih izjav za razplet družinskega spora. Izvedenec si zato prizadeva, da bi otrok med izvedensko obravnavo doživel kar najmanjši dodatni stres, čeprav se temu vedno ne da povsem izogniti. Ker zaradi svojega strokovnega znanja izvedenec lahko oceni otrokovo intelektualno, čustveno in psihosocialno stanje, izvedenski postopek prilagaja otrokovim individualnim značilnostim in vprašanjem sodišča.

Mnoge otroke ločitev nauči, da je njihov svet v resnici negotov in nepredvidljiv ter jim jemlje oporo, ki bi jo potrebovali pri svojem odrasčanju. Ločitev je lahko travmatična za otroke različnih starosti, saj poleg starosti na ranljivost otroka vplivajo njegove razvojne značilnosti in sposobnost razumevanja razmer ob ločitvi ter dejavniki v okolju. Mlajši otroci, ki potrebujejo stalno skrb staršev in stabilnost, si lahko odhod enega od staršev razlagajo na konkretni ravni (npr. da je starš odšel, ker ga nima rad). Zaradi nujnosti vzdrževanja navezanosti in temeljnega zaupanja v primarno negujočo osebo je mlajši otrok do tretjega leta starosti bolj občutljiv za spremembe v okolju. Gould⁵ povzema Bowlbyja (1980) in Maina (1996), ki ugotavljata, da v primeru, če je otrok (dojenček ali malček) ločen od osebe, na katero je primarno navezan, lahko doživlja občutke izgube, depresivnosti in kaže druge težave v vedenju in čustvovanju. Pozitivno pri mlajših otrocih je, da se zaradi manj zrelih možganskih struktur, ki so fiziološka osnova spomina, pozneje spomnijo manjšega števila neprijetnih dogodkov med staršema, ki so jim bili priča.

Šolski otroci bolje razumejo vzroke in posledice ločitve staršev. Neredko se sramujejo ločitve staršev, doživljajo čustva jeze, lahko izražajo lojalnost do enega od staršev, prevzemajo odgovornost za ločitev, izražajo nerealna pričakovanja, da bosta starša spet skupaj, ipd. Mladostniki se lahko na ločitev odzivajo s povečano odgovornostjo za družinske obveznosti in s pospešenim dozorevanjem, lahko pa se čustveno umikajo, postanejo depresivni, nemotivirani, svojo pozornost lahko usmerijo v odnose izven družine, v skupine sovrstnikov (lahko tudi v skupine s tveganim vedenjem).

Odzivi na ločitev staršev se razlikujejo tudi glede na spol otroka. Raziskave kažejo, da imajo dečki več težav kot deklice, zlasti v odnosu do mater. Ti dečki so pogosteje udeleženi v sporih in izražajo več agresivnih in slabo nadzorovanih vedenj. Deklice se na ločitev pogosteje odzovejo s ponotranjanjem težav, kot so anksioznost, depresivnost, umikajoče vedenje.⁶

Samopodoba otrok ob ločitvi staršev se spreminja. V začetnih fazah ločitve staršev je samopodoba otroka večinoma nizka, v primeru dobre prilagoditve na nov položaj pa se samopodoba otrok ločenih staršev izboljša in se dolgoročno bistveno ne

5 Gould, nav. delo, 2006, str. 146.

6 Gould, nav. delo, str. 140–143

razlikuje od samopodobe otrok v družinah, ki živijo skupaj. Študije kažejo, da sta samopodoba in depresija pri otrocih povezani predvsem s spori staršev, kar velja tako za družine, ki živijo skupaj, kakor tudi za ločene družine.⁷

Prilagoditvena doba otrok na ločitev je po navedbah avtorjev Wallersteina in Kellyja, ki ju navaja Gould⁸, različno dolga. Akutni odzivi na ločitev pri večini otrok izzvenijo v šestih do dvanajstih mesecih. V primeru otrokovih dobrih prilagoditvenih sposobnosti pred ločitvijo in ugodnega razpleta ločitve se večina otrok prilagodi na nov položaj v enem letu, v primeru neugodnih dejavnikov pa lahko prilagoditev traja več let.

Izvedensko delo v družinskopravnih postopkih je zaradi svoje zahtevnosti in izredne odgovornosti, ki vpliva na otrokovo prihodnost, med najzahtevnejšimi področji izvedenskega dela.⁹

Izvedenec kliničnopsihološke stroke, ki dela na področju starševstva in skrbništva, mora biti neodvisen strokovnjak z bogatim strokovnim znanjem s področij razvojne in klinične psihologije, dinamike funkcionalne in disfunkcionalne družine, psihopatologije razvojnega obdobja, psihopatologije odraslega obdobja in njenega vpliva na starševstvo, psihologije travme (nasilje, spolne zlorabe, ločitev, izredni dogodki ipd.), obvladati pa mora tudi postopke kliničnopsihološkega ocenjevanja duševnosti otrok in odraslih ter upoštevati strokovne in etične standarde strokovnega in izvedenskega dela. Pridobiti in stalno izboljševati mora kompetence za izbiro, uporabo in izvajanje postopkov za pridobivanje informacij, pripravo kakovostnega izvedenskega mnenja in nastop na sodišču. Če vprašanja sodišča presegajo izvedenčeve kompetence, mora takoj oziroma v katerikoli fazi postopka, ko to ugotovi, o tem seznaniti sodišče in predlagati dodatnega ali drugega strokovnjaka.¹⁰

2. SMERNICE ZA DELO IZVEDENCEV

Izvedenec deluje neodvisno od interesov strank v postopku in ne sme biti pod pritiskom, ki bi lahko vplival na oblikovanje izvedenskega mnenja. To je še posebej zahtevno v primerih, ki vključujejo otroke. Izvedenec ne deluje niti v korist staršev niti v korist otrok, ampak je njegovo delo namenjeno sodišču, ki deluje v otrokovo dobro. Izvedenec mora natančno poznati svojo vlogo in odgovornost, ki poleg zavezanosti nalogi, da sodišču poda odgovore na zastavljena vprašanja, zajema tudi zavezanost poklicni etiki. Če izvedenec prepozna nasprotje interesov (dvojna vloga v odnosu do preiskovanca, ko gre za psihoterapevtski odnos, znanstvo, sorodstvo ipd.), mora o tem takoj obvestiti sodišče.¹¹

Temeljni namen izvedenčevega ocenjevanja družine je torej pomoč sodišču pri določanju največje koristi otroka. Primarna pozornost izvedenca pri njegovem delu je dobro otroka.

7 Prav tam, str. 148

8 Prav tam, str. 150

9 Bunker Rohrbaugh, nav. delo, str. 7

10 Šešok in drugi, str. 5

11 Prav tam, str. 6

Temeljna načela, ki jih izvedenec upošteva pri svojem delu, so:

- pridobivanje in ohranjanje specialnega strokovnega znanja – kompetenc,
- ohranjanje nepristranskosti,
- poznavanje in upoštevanje kulturnih in drugih značilnosti, nediskriminatornost,
- izogibanje nasprotju interesov,
- obseg ocenjevanja določa sklep z vprašanji sodišča,
- pridobitev obveščenega soglasja strank,
- uporaba različnih virov informacij,
- uporaba ustrezne kombinacije preiskovalnih metod,
- pridobljeni podatki se interpretirajo v skladu s kontekstom ocenjevanja,
- priporočila vedno temeljijo na koristih otroka,
- strokovni podatki se zbirajo in hranijo v skladu z etičnimi standardi in zakonskimi predpisi.

3. UPORABA RAZLIČNIH VIROV INFORMACIJ

Izvedenec izdelavo izvedenskega mnenja opre na uporabo več virov informacij. To so:

- sodni spis,
- dodatna dokumentacija (zdravniški izvidi, poročila šole, CSD ipd.),
- kliničnopsihološka izvedenska ocena obeh staršev,
- kliničnopsihološka izvedenska ocena otrok,
- ocenjevanje odnosa otroka z vsakim od staršev,
- intervju z drugimi pomembnimi osebami (vzgojitelji/ce, učitelji/ce, stari starši, trenerji, terapevti, novi partnerji staršev),
- opazovanje vedenja udeleženih oseb,
- obiski na domu.

S temi viri lahko izvedenec med izvedenskim postopkom pridobi pomembne informacije o otroku in družini ter podatke iz naravnega okolja družine (prilagoditvene sposobnosti, zaupljivost do drugih ljudi, močne in šibke lastnosti družine in posameznih članov ipd.). V izjemnih primerih je za oceno otrokovega funkcioniranja v njegovem naravnem okolju smiselni obisk na domu ali v vrtcu. Osebe, od katerih izvedenec pridobiva podatke, morajo biti seznanjene z dejstvom, da bodo z njihovimi izjavami seznanjeni vsi udeleženci na sodišču. Uporaba različnih virov informacij izboljšuje verodostojnost izvedenskega mnenja.

4. METODE IN TEHNIKE IZVEDENSKEGA OCENJEVANJA

4.1 Metode in tehnike izvedenske ocene staršev

Izvedenec strankam po predstavitvi svoje vloge pojasni postopek in značilnosti izvedenskega postopka in pridobi njihovo soglasje za sodelovanje (t. i. obveščeno soglasje). Za ocenjevanje staršev uporabi različne metode:

- intervju,
- ocenjevanje z uporabo psiholoških ocenjevalnih pripomočkov,
- ocenjevanje starševskih veščin (vzgojni stil, skrb za otroka, način nadzora otroka),
- pregled medicinske, psihološke in druge dokumentacije o starših.

4.1.1 Intervju s starši

Izvedenec praviloma izvede intervju z vsakim od staršev ločeno. Včasih, če se starša s tem strinjata in želi izvedenec opazovati njuno sposobnost za komunikacijo, lahko poleg individualnih intervjujev izvede tudi skupni intervju z obema staršema. Intervju s staršem vsebinsko zajema zgodovino partnerskega odnosa in partnerskih sporov (pred razpadom in po razpadu partnerstva), razloge za ločitev, zgodovino skrbi za otroka (delitev nalog pri negi otroka in v gospodinjstvu, vzgojne metode, starševo percepcijo otrokovih razvojnih potreb), starševo življenjsko (osebno) zgodovino (zgodovino odnosov v njegovi primarni družini, vzgojne metode in travme v primarni družini, šolanje, partnerske zveze, zaposlitve) ter morebitno psihopatologijo starša (nasilno vedenje, raba psihoaktivnih snovi, duševne motnje, prilagoditev na razpad družine ipd.). V intervjuju izvedenec pridobi tudi staršev opis razvojne zgodovine vsakega od otrok (poznavanje razvojnih mejnikov, njegova lastna vključenost v skrb za otroka, navezanost na otroka in interes zanj), staršev aktualni življenjski položaj (stanovanjske in finančne razmere, delovne obremenitve, socialna mreža; oddaljenost od drugega starša, možnosti prevoza), starševe želje glede skrbništva in razlogi zanje; oceno lastnih in partnerjevih vzgojnih prednosti in šibkosti ter aktualno komunikacijo z drugim staršem in sposobnost postaviti interes otroka pred svoj interes.¹²

4.1.2 Ocenjevanje z uporabo psiholoških ocenjevalnih pripomočkov (testov, vprašalnikov)

Uporaba psiholoških ocenjevalnih pripomočkov je le ena izmed metod za pridobivanje podatkov o osebah, udeleženih v sodnem postopku. Z njimi izvedenec lahko ocenjuje spoznavne sposobnosti, vrednote in prepričanja, čustveno stabilnost, frustracijsko toleranco, nadzor vedenja, agresijo, komunikacijske veščine, obvladovanje stresa, prilagoditvene sposobnosti in druge osebne lastnosti. Izvedenec je usmerjen predvsem v ocenjevanje lastnosti, ki vplivajo na način, kako starš ravna z otrokom.

Pri izvedenskem delu ne gre za testiranje, ki je postopek, kjer testni rezultat primerjamo z normativnimi rezultati in ga interpretiramo. Izvedenec opravi psihološko oceno (*angl.* psychological assessment) s klinično metodo dela, kjer uporabi več metod in tehnik in te izbira glede na vprašanja sodišča in osebo, ki jo obravnava. To pomeni, da lahko pri ocenjevanju različnih oseb uporabi različne metode za zbiranje podatkov. Rezultate, ki jih pridobi iz več različnih ocenjevalnih postopkov, interpretira v kontekstu z drugimi viri informacij (sodni spis, opazovanje, intervjuji, osebna zgodovina ipd.). Z uporabo ocenjevalnih pripomočkov izvedenec preskusi svoje hipoteze in v postopku preverjanja hipotez pride do sklepov,

¹² Sparta in Koocher, nav. delo, str. 207

ki temeljijo na znanosti. Rezultate interpretira etično in zavedajoč se napake merjenja. Pri uporabi psiholoških ocenjevalnih pripomočkov mora izvedenec upoštevati psihometrične značilnosti uporabljenih pripomočkov (zanesljivost, veljavnost, objektivnost); norme, na katerih so pridobljena merila za primerjanje, vpliv zaželenega odgovaranja ter vpliv jezikovnih, kulturnih in drugih lastnosti preiskovane osebe.¹³

Psihološki preizkusi imajo v forenzični praksi omejeno zanesljivost in veljavnost. Za oceno staršev so kot primerni in najpogosteje uporabljeni v literaturi omenjeni Minnesota Multiphasic Personality Inventory (MMPI-2), Wechslerjev test inteligentnosti za odrasle, Rorschachov projekcijski preizkus (ki ima od leta 1974 izdelan Exnerjev sistem vrednotenja, kar poveča njegovo zanesljivost in veljavnost) ter druge lestvice za oceno odnosa z otrokom, stresne obremenitve starša in morebitne psihopatologije.¹⁴

4.1.3 Ocenjevanje starševskih veščin/kompetenc/zmožnosti

Starševstvo je naloga, ki zahteva zmožnost starša, da je občutljiv za otrokove potrebe in sposoben socialne komunikacije, čustvenega izražanja, discipliniranja (nadzora) otroka in prožnosti pri svojih ravnanjih. Glavna naloga starševstva je omogočiti otrokov optimalni razvoj v varnem okolju.¹⁵ Značilnosti starševstva so določene tudi s kulturnimi posebnostmi in tradicijo. Da bi starš svojo starševsko vlogo opravljal učinkovito, potrebuje:

- znanje (o tem, kako podpreti otrokove potrebe in spodbujati njegov razvoj, prepoznavanje varovalnih in škodljivih dejavnikov, ki vplivajo na otrokov razvoj),
- motivacijo (za zaščito otroka in skrb zanj, postavljanje otrokovih potreb pred svoje potrebe),
- vire (materialne in osebne),
- priložnosti (čas in prostor).

Ti elementi niso statični, ampak se v odnosu med otrokom in staršem spreminjajo z okoliščinami, s katerimi se sooča družina v nekem obdobju. Učinkovitost (zmožnost) starševstva je odvisna tako od zunanjih (socialnih) dejavnikov, kot so socialno-ekonomsko okolje družine, bivanjske razmere, kultura, socialna mreža in družbene vrednote, kakor tudi od notranjih (psiholoških) dejavnikov, npr. osebnostnih značilnosti članov družine, njihove vloge, veščine komunikacije, odpornosti na strese, reševanja sporov ipd.

Glede na celovit pregled raziskav o starševskih kompetencah Teti in Candelaria¹⁶ povzemata ključne ugotovitve:

- Starševska čustvena toplina, občutljivost in razumevanje osnovnih potreb otrok so starševske kompetence, ki so pozitivno povezane z dobrim psihosocialnim funkcioniranjem otrok v vseh razvojnih obdobjih.

13 Gould, nav. delo, 2005, str. 49–69

14 Bunker Rohrbaugh, nav. delo, str. 216–224

15 Reder, Duncan, Lucey, nav. delo, str. 27

16 Teti, Candelaria, nav. delo, str. 149–180

- Strogo starševstvo s prisilami in kaznimi negativno vpliva na otroke; škodljivost tega vpliva pa je odvisna od starosti in temperamenta otroka.
- Starševska vključenost (angažiranost) v vzgoji ni zanesljiv kazalnik kompetentnosti staršev; je pa večja vključenost ugodnejši dejavnik kot majhna vključenost. Najugodnejša je kombinacija vključenosti in starševskega nadzora v povezavi s čustveno toplino in občutljivostjo za otrokove potrebe.
- Najučinkovitejše strategije discipliniranja so tiste, ki omogočajo otrokom, da ponotranjijo sporočila, ki so za tehnikami discipliniranja (npr. zavedanje o tem, kaj je prav in kaj ne, prevzemanje odgovornosti za svoja dejanja).
- Pretirano nadzorovanje otroka lahko povzroči, da postane otrok bolj pozoren na čustva staršev kakor na sporočila, ki jih želijo starši z discipliniranjem prenesti otroku.

Izvedenec pri ocenjevanju starša ugotavlja predvsem:

- Skrb starša za otrokovo fizično, čustveno in socialno dobro ter zaščito otroka pred boleznimi, poškodbami, nesrečami ali zlorabami, ki jih je mogoče preprečiti.
- Zmožnost starša za nadzor otroka (določanje in izvajanje meja).
- Podpora otrokovemu razvoju (uresničevanje otrokovih zmožnosti na različnih področjih).
- Zmožnost starša za prilagajanje spreminjajočim se okoliščinam in potrebam otrok/a.

4.2 Metode in tehnike izvedenske ocene staršev v posebnih primerih

Izvedenska ocena staršev je še posebej zahtevna, kadar gre poleg ločitve staršev tudi za katero koli obliko nasilja, odtujevanje otroka, duševno bolezen starša ali izredno hud partnerski spor. V takšnih primerih izvedenec za svoje delo potrebuje posebna dodatna znanja z različnih področij, pogosto pa je smiselna tudi postavitvev dodatnega izvedenca, večinoma psihiatra z znanji iz družinske dinamike.

V primeru obtožbe **nasilja, zanemarjanja ali zlorab**:

V literaturi najdemo podatke, da v družinskopravnih sporih matere pogosteje obtožijo očete za zlorabe kot očetje matere.¹⁷ Izvedenec večkrat nima podatkov o dejanskem nasilju, čeprav lahko vzporedno teče kazenski postopek, zato je ocena teh dodatnih dejavnikov v dinamiki družine zelo zahtevna. Prav tako zahtevna je ocena morebitne zlorabe otrok s posebnimi potrebami (npr. duševna manjzmožnost, motnje avtističnega spektra, motnje aktivnosti in pozornosti, učne težave ipd.). Iz strokovne literature je znano, da so otroci s posebnimi potrebami osemkrat pogosteje deležni psihičnega, fizičnega ali spolnega nasilja kot otroci z normalnim razvojem.¹⁸

V primeru obtožbe nasilja, zanemarjanja ali zlorab je treba poleg standardnih informacij dodatno pridobiti še:

¹⁷ Bunker Rohrbaugh, nav. delo, str. 569

¹⁸ Prav tam, str. 457

- poročilo vsakega od staršev o zgodovini sporov in nasilja v njunem odnosu,
- informacije o čustveni, fizični, ekonomski ali spolni zlorabi,
- informacije o morebitnih grožnjah, poškodbah oseb, hišnih ljubljencev ali predmetov,
- informacije o morebitni prisotnosti otrok pri nasilju med staršema,
- informacije o morebitnih posledicah zlorab na različnih ravneh funkcioniranja otroka,
- informacije o dejavnih tveganja za nasilje ali zanemarjanje otroka v družini,
- izvedenec preverja hipoteze: kdo je storilec, kdaj se tveganje za nasilje poveča, kakšni so problemi vsakega izmed staršev in kakšna je prihodnost otrok,
- oceno stopnje ogroženosti otrok, načrt zaščite otrok, ali je starš, ki je nasilen, prevzel odgovornost za zlorabo in njegov vpliv na žrtev,¹⁹
- informacijo, ali je kateri od staršev kdaj zadržal otroka na stikih in ga ni vrnil h rezidenčnemu staršu. Kakšne so značilnosti starša, ki je zadržal otroka, dejavniki tveganja za ponovitev in vpliv takšnega ravnanja starša na otroka.²⁰

V primeru obtožbe o **odtujevanju otroka ali oviranju stikov** je treba dodatno pridobiti še informacije:

- Kako vsak izmed staršev razume zgodovino in značilnosti odnosa z otrokom v času skupnega življenja in po ločitvi?
- Kako starša komunicirata in se dogovarjata o zadevah v zvezi z otrokom?
- Kako starša rešujeta otrokovo odklanjanje drugega starša, če je do tega prišlo?
- Ocena družinske dinamike: stališča in manj očitni motivi staršev, njihova osebnost in temperament.
- Morebitna prizadevanja starša, da bi v ločitvenem sporu pridobil otroka na svojo stran.
- Če ni otrokovega novega upiranja stikom, je treba pridobiti informacije, zakaj drugi starš še vedno vztraja pri stališču, da gre za odtujevanje otroka.
- Kako starša razumeta vpliv izpostavljenosti otroka močnim sporom in nasilju v odnosu med njima?²¹
- Razmejitev med odklanjanjem stikov ali odtujevanjem. Odklanjanje stikov z nerezidenčnim staršem je lahko posledica utemeljenih razlogov. Odtujevanje je otrokovo odklanjanje stikov iz iracionalnih razlogov in je lahko posledica vplivanja enega izmed staršev na otroka.²² Gre za bolj ali manj odkrite načine, ko starš o drugem staršu negativno govori, ga opisuje kot »slabega«, straši otroka ali pretirano poudarja dogodke, da je videti položaj še resnejši, kot dejansko je.²³

V primeru staršev z **duševno boleznijo**:

Novejše raziskave, ki so preučevale starševske zmožnosti staršev z duševno boleznijo, so pokazale, da ni dokazov, da bi bili starši z duševno boleznijo bolj nasilni in da bi bilo med njimi več zanemarjanja otrok kot pri drugih starših. Ti starši

19 Stahl, Simon, nav. delo, 2013, str. 139

20 Bunker Rorbaugh, nav. delo, str. 439–451

21 Stahl, Simon, nav. delo, 2013, str. 140

22 Bunker Rorbaugh, nav. delo, str. 404

23 Gaulier in drugi, nav. delo, str. 55

imajo podobno kot starši brez duševne bolezni različne starševske zmožnosti. Diagnoza torej še ne pomeni nezmožnosti za dovolj dobro starševstvo; treba pa je natančno oceniti, kako takšen starš deluje v starševski vlogi (sposobnost za skrb in varnost otoka, verjetnost potencialno škodljivih interakcij z otrokom), ali se starš zdravi in kakšna je napoved njegove bolezni v prihodnosti.

V strokovni literaturi najdemo nekaj okoliščin, ki predvidevajo čustveno nezmožnost starša, da bi izpolnjeval zahteve starševstva in najboljšega interesa za otroka. To so:

- ekstremno manično vedenje starša, s katerim ogroža varnost otroka;
- intenzivna depresivnost, ko se starš ne zmore odzvati na potrebe otrok (npr. na jok otroka);
- halucinacije, pri čemer ne zmore upoštevati resničnosti;
- paranoidnost, zaradi katere starš posega v otrokove običajne aktivnosti (npr. prepoved igre s prijatelji);
- fizična ali psihična zloraba otroka.²⁴

Pomembno je razumeti, da ločitev z občutki anksioznosti, stresa, intenzivnih čustev, povezanih s sporom, nerazrešenimi odnosi in strahom pred izgubo, vpliva tudi na duševno predhodno zdrave starše in otroke ter lahko povzroči prehodno poslabšanje v sicer prilagojenem vedenju udeleženih oseb.

V primeru staršev z **odvisnostmi od psihoaktivnih snovi**:

Problem odvisnosti enega ali obeh staršev je lahko prisoten že v času, ko starša še živita skupaj, ali pa nastane vzporedno z ločitvijo. Za ocenjevalca izvedenca so pomembne naslednje dodatne informacije:

- Kdo izmed staršev ima težave z odvisnostjo in kdo s svojim vedenjem povzroča tveganje za otroka?
- Ali je zloraba psihoaktivnih snovi vzrok za visoko konfliktnost v družini?
- Koliko je med staršema nezaupanja zaradi odvisnosti?
- Kakšna je ogroženost otroka glede na stopnjo izražene odvisnosti starša? V literaturi najdemo več stopenj:
- starš sicer lahko abstiniira, so pa njegove druge lastnosti neugodne in lahko sprožajo hude partnerske spore;
- starš, ki občasno uživa psihoaktivne snovi, večinoma vezano na socialne situacije, ima lahko spremembe v čustvovanju in vedenju;
- če starš tvegano uživa psihoaktivne snovi večkrat tedensko, je to lahko vir partnerskih sporov in razlog za ločitev;
- starši, ki so kronično odvisni od alkohola ali drog (dnevno uživanje), imajo resne težave v partnerskem odnosu, otroke ogrožajo in so praviloma nezmožni samostojno skrbeti za otroka in imeti stike z njim brez nadzora.²⁵

Pri oceni starša s sumom odvisnosti v bolj zapletenih primerih izvedenec za klinično psihologijo pritegne izvedenca za psihiatrijo.

²⁴ Prav tam, str. 87

²⁵ Gaulier in drugi, nav. delo, str. 75–81

V primeru **dopolnjenih družin**:

V mnogih primerih pomeni nova partnerska zveza oziroma dopolnjena družina za otroke večjo stabilnost družinskega okolja, zmanjša stres in dobro vpliva tudi na sodelovanje med otrokovima staršema.

Če nova zveza enega ali obeh staršev poveča konfliktnost med staršema, je treba raziskati:

- ali je novi partner enega od staršev ogrožujoč, ali morda vpliva na čustveno in finančno okrepitev starša v boju z nekdanjim partnerjem;
- ali je novi partner bistveno spremenil ravnotežje v družinskem sistemu;
- ali je novi partner povečal zaskrbljenost starša, kako se bo v novem položaju počutil otrok;
- morebitna tekmovalnost novega partnerja z biološkim staršem v starševski vlogi;
- kako se je otrok prilagodil novemu partnerju.²⁶

V primeru **preselitve starša po ločitvi** je treba dodatno pridobiti še informacije:

- kako starša razumeta razloge za preselitev in kakšni so razlogi proti njej;
- če selitev že poteka, kaj je otrokov največji interes;
- kako si starša zamišljata prevoz otroka in izvajanje stikov (kdo bo potoval, nosil stroške potovanja, kako dolgo je potovanje ipd.);
- v primeru mednarodne preselitve so pomembne informacije glede prilagajanja otroka novemu jeziku, kulturi, šolskemu sistemu, ali obstaja tveganje za ugrabitev;
- ali je pričakovati, da bosta starša spodbujala odnos do starša, ki se je odselil.²⁷

4.3 Metode in tehnike izvedenske ocene otrok

Izvedenec opravi individualni kliničnopsihološki pregled otroka, ki vključuje intervju z otrokom, opazovanje pri dejavnosti, uporabo psiholoških ocenjevalnih pripomočkov, ocene otroka s strani staršev, vzgojiteljev in drugih pomembnih oseb. Pred začetkom pregleda otroku njegovi razvojni stopnji primerno izvedenec pojasni namen in postopek izvedenske obravnave.

Izvedenec najprej oceni otrokovo psihološko funkcioniranje, in sicer oceni:

- otrokove intelektualne sposobnosti (razumevanje položaja, sposobnost za izražanje želja in občutkov, spomin, morebitne posebne potrebe otroka, sposobnost prilagoditve in predvidevanja posledic);
- čustveno stanje otroka (sposobnost prenašanja ločitve od starša in drugih stresov, odzivanje na izgube, nagnjenost k občutkom krivde);
- socialno vključenost otroka (navezanost na sorojence, sošolce, okolje dosedanjega doma, širšo družino);
- morebitno psihopatologijo otroka.

²⁶ Prav tam, str. 63–73

²⁷ Stahl in Simon, nav. delo, 2013, str. 138

Ko izvedenec ocenjuje otrokove potrebe, upošteva njegovo starost, sposobnost razumevanja ločitve, odpornost na strese, temperament, zmožnost za psihosocialno prilagoditev na spremenjeno okolje in možnosti v okolju, da bi te potrebe lahko zadovoljil.

Izvedenec uporablja klinično metodo dela, ki pomeni prilagajanje metod in tehnik individualnim okoliščinam otroka. Glede na različne razvojne stopnje otroka je lahko izvedenska obravnava otrok različno obsežna in poglobljena.

4.3.1 Intervju z otrokom

Intervju z otrokom izvedenec prilagodi otrokovi starosti, stopnji intelektualne in govorno-jezikovne zrelosti, čustvenemu stanju in drugim okoliščinam primera. Mlajši kot je otrok, manj izvedljiv je intervju, večjo težo pa imajo usmerjeni pogovor o otroku s starši ali drugimi odraslimi, ocenjevalne lestvice, ki jih izpolnijo starši ali vzgojitelji, opazovanje otrokove igre, razpoloženja in prilagajanja otrokovega vedenja okoliščinam.

Intervju s predšolskim otrokom je zelo zahteven, saj je to razvojno obdobje, v katerem je otrok najbolj dojemljiv za vpliv drugih oseb in naključnih dejavnikov, njegov spomin zaradi fiziološke nezrelosti možganov še ni zanesljiv, njegove govorne sposobnosti so omejene, koncentracija pa kratka. Mišljenje je na konkretni ravni, v dihotomnih kategorijah (dober–slab), otrok še ne zmore predvidevati posledic svojih odločitev ali izjav in razmišlja egocentrično.²⁸

Intervju s šolskim otrokom: povprečno intelektualno zrel otrok med 6. in 12. letom še vedno razmišlja na konkretni ravni, razume že povezave med vzrokom in posledico, ni pa še sposoben v celoti razumeti in razpravljati o abstraktnih pojmi, kot so čustva in njihov vpliv na vedenje ljudi.

Mladostniki so sposobni razmišljati in poročati o abstraktnih pojmi, kot so čustva, sistematično analizirati informacije in razmišljati o logičnih alternativah določenih situacij. Zaradi značilnosti razvojnega obdobja so lahko močno pod vplivom mnenj vrstnikov, lahko pa izražajo tudi večji odpor do sodelovanja z izvedencem.

Otrok v intervjuju z izvedencem lahko izrazi željo, kje bi rad živel in kako bi se srečeval s staršem, pri katerem ne bo živel. Pri interpretaciji tako izražene želje otroka mora biti izvedenec previden, saj lahko na njegovo izraženo željo vpliva več dejavnikov, kot so:

- otrokova starost,
- intelektualna, čustvena in socialna zrelost,
- odnos do starša; čustvena navezanost,
- odnos s sorojenci,
- osebnost starša, njegovo psihofizično zdravje (morebitno nasilje, zlorabe),
- starševske veščine, stil vzgoje, reševanje sporov,
- delovni in finančni položaj starša,

28 Goldstein, nav. delo, str. 41–48

- morebitne spremembe (šola, selitev),
- morebitne posebne potrebe otroka,
- morebitno odtujevanje.

Želje otroka ni mogoče zanesljivo oceniti z enim pogovorom. Za to je potrebnih več srečanj z otrokom, po možnosti v različnih kontekstih ter z več virov podatkov (izpoved otroka, opazovanje nebesedne komunikacije ob pogovoru; podatki od drugih pomembnih oseb (vzgojitelji, učitelji, strokovni delavci CSD ipd.), namesto neposrednega spraševanja pa usmerjanje vprašanj v razloge za dajanje prednosti enemu ali drugemu staršu.²⁹

Otrokova izražena želja ni nujno v njegovo največjo korist, kadar otrok:

- izraža (zaščitniško) identifikacijo z agresivnim staršem,
- ščiti starša, ki ga doživlja kot ranljivega/žrtev.
- izbere starša, ki se ga boji in se mu ne upa upreti,
- izbere tako, kot misli, da bo najbolj pomirilo spor med staršema (nasilje),
- izbere starša pod vplivom procesa odtujevanja.

4.3.2 Ocenjevanje z uporabo psiholoških ocenjevalnih pripomočkov (testov, vprašalnikov)

Psihološki ocenjevalni pripomočki so primarno oblikovani za klinično, in ne za forenzično prakso. Zato ne obstajajo testi, s pomočjo katerih bi lahko izvedenec natančno odgovoril na vprašanja sodišča. Izvedencu so ti pripomočki v pomoč pri ocenjevanju osebnostnih lastnosti otroka, ki vplivajo na njegovo psihosocialno funkcioniranje in na odzivanje ob ločitvi staršev. Ocenjevalne pripomočke uporablja kot enega izmed virov informacij in jih interpretira v kontekstu z drugimi podatki.

Izbira psiholoških ocenjevalnih pripomočkov je pri otrocih omejen zaradi njihove starosti in glede nanjo razvitosti veščin branja, pisanja, govornega izražanja, razumevanja vprašanj in spomina. Pomembno je, da izvedenec izbere pripomočke z ustrežno veljavnostjo in zanesljivostjo.³⁰

S psihološkimi ocenjevalnimi pripomočki izvedenec ocenjuje razvojne značilnosti otroka (razvojne lestvice), kognitivne sposobnosti (preizkusi intelektualnih sposobnosti, preizkusi pozornosti, psihomotoričnih sposobnosti, spomina), prilagoditvene sposobnosti, čustvovanje, vedenje in različne znake psihopatologije (npr. travmatiziranost, tesnoba ipd.). Glede na način ocenjevanja so to lahko preizkusi različnih sposobnosti in veščin, samoocenjevalne lestvice, vprašalniki za oceno otroka, ki jih izpolnjujejo odrasli, projekcijske tehnike ali posebne pomožne metode in sredstva (npr. risanje, anatomske lutke, igra z lutkami, risanje dogodka ali čustev), ki jih uporabi ob intervjuju.³¹

²⁹ Sparta in Kocher, nav. delo, str. 216–217

³⁰ Flens, Drozd, nav. delo, str. 54

³¹ Zorić, nav. delo, str. 59–88

Izvedenec je pri izbiri psiholoških ocenjevalnih pripomočkov avtonomen. Pri tem so pomembna njegova znanja in izkušnje, ki jih ima z zbiranjem in interpretiranjem podatkov z določenim ocenjevalnim pripomočkom. Izbira psiholoških ocenjevalnih pripomočkov je odvisna od namena in ciljev ocenjevanja. Pri izbiri upošteva razvojno stopnjo otroka, merske značilnosti pripomočka in vprašanja sodišča.

4.4 Ocenjevanje odnosa med otrokom in staršem

Kadar je za potrebe sodišča treba oceniti odnos med staršem/skrbnikom in otrokom, izvedenec ocenjuje:

- Starševske veščine odraslega, vključno z vzgojnimi metodami in prepričanji; starševo pozornost in sposobnost odzivanja na otrokove potrebe, znake vzajemne povezanosti, način komunikacije, starševo postavljanje meja, kadar je to potrebno, starševa pričakovanja glede razvojno pričakovanega vedenja otroka, starševo zmožnost za besedno in nebesedno izražanje čustev, zmožnost za kontroliranje otroka, spoštljivost do otroka. Posebno pozoren mora biti na morebitne znake zanemarjanja ali zlorabe.
- Razvojne potrebe, močne in šibke lastnosti otroka.
- Stil navezanosti otroka na starša; morebitna škodljivost ločitve otroka od starša.

Odnos otroka in starša je kompleksen in sestavljen iz različnih vsebinskih komponent, za oceno katerih izvedenec ne more uporabljati le psiholoških ocenjevalnih pripomočkov, zlasti ne enega testa. Psihološki ocenjevalni pripomočki, ki merijo osebnostne lastnosti staršev ali vedenje in čustvovanje otrok, so pomembni, a ne zadosten vir informacij, zato jih mora izvedenec dopolniti tudi z drugimi viri. Njegovo neposredno opazovanje odnosa med otrokom in staršem je pomembna dodatna informacija. Pri interpretaciji ugotovitev je treba opazovanja o odnosu povezati z drugimi viri podatkov. Opazovani odnos, ki ga opravi izvedenec za potrebe izdelave izvedenskega mnenja, ima napovedno veljavnost za odnos otroka in starša v njunem naravnem okolju, vendar takšna napoved ni povsem zanesljiva. Na opazovani odnos med pregledom lahko vplivajo različni dejavniki, kot so sproščenost starša in otroka, morebitne posebne potrebe enega ali drugega, ali je otrok bil v podobnem položaju z izvedencem že z drugim staršem, težnja starša po prikazovanju sebe v boljši luči, razpoložljiv čas izvedenca ipd.

Izvedenec večinoma opazuje in ocenjuje odnos med otrokom in staršem ob pregledu, ko je naloga strukturirana ali nestrukturirana (npr. prosta igra, interakcija ob prihodu k izvedencu ali odhodu od izvedenca, pri srečanju s staršem pri izvedencu). Izvedenec lahko ocenjuje odnos med otrokom in staršem tudi na podlagi vprašalnikov ali z ocenjevanjem navezanosti otroka in starša. Kadar je zaradi zapletenosti primera to potrebno, lahko izvedenec opazuje odnos med staršem in otrokom v njihovem naravnem okolju (doma), kjer je pričakovati, da so udeležene osebe bolj sproščene in ima izvedenec širši vpogled v možnost staršev za zadovoljevanje otrokovih potreb. Študije ne poročajo, da bi bila opazovanja udeleženi oseb v domačem okolju pomembno bolj veljavna, kakor so opazovanja v prostorih, kjer izvedenec opravlja svoje delo.³²

³² Hynan, nav. delo, str. 215

4.5 Opazovanje vedenja udeleženih oseb

Kot enega izmed virov informacij izvedenec uporablja tudi opazovanje oseb, vključenih v izvedenski ocenjevalni postopek. Pozoren je na odzivanje strank na vabila (izostanki, opravičila), na njihovo pripravljenost za sodelovanje z izvedencem in za samorazkrivanje, na morebitne skrbi staršev v zvezi s pregledi otrok, na sposobnost starša, da o družinskem sporu izvedencu ne poroča v prisotnosti otrok ipd. Opazovanje vedenja udeleženih oseb lahko izvedencu omogoča dodaten vpogled v odnos med staršem in otrokom in med sorojenci, družinsko dinamiko (čustveno odzivnost, vloge, moč, meje) ter v močna in šibka področja staršev.

5. OPREDELJEVANJE IZVEDENCEV GLEDE VARSTVA, VZGOJE IN STIKOV

Izvedenec varstvo, vzgojo in stike predlaga na podlagi poglobljene analize vseh podatkov, ki jih je zbral v procesu izvedenskega dela. Najpomembnejše spremenljivke, ki jih upošteva, so:

- odnos med staršema,
- odnos med otrokom in vsakim od staršev (navezanost, komunikacija, odzivnost na potrebe otroka ipd.),
- pretekla skrb vsakega od staršev za otroka (izkušnje s stalno skrbjo za otroka, vzgojni stil, način discipliniranja ipd.),
- lastnosti otroka (razvojna stopnja, prilagoditvene sposobnosti, morebitne posebne potrebe, šolanje ipd.),
- lastnosti obeh staršev (osebnost, telesno in duševno zdravje itd.),
- značilnosti družinskega okolja (odnos med sorojenci, navade, vrednote, način reševanja sporov, vera itd.),
- socialno-demografski dejavniki (sorojenci, oddaljenost bivališča staršev, socialna mreža ipd.),
- delovni in finančni položaj staršev,
- otrokova izražena preferenca,
- morebitno odtujevanje.

Izvedenec primerja razvojne potrebe otroka in starševske zmožnosti ter skuša presoditi, pri katerem od staršev bodo otrokove potrebe bolj zadovoljene. Zaradi celovitosti naštetih dejavnikov je napoved na podlagi teh spremenljivk nezanesljiva. Dolgoročna napoved družinskih odnosov je težavna, saj ni mogoče predvideti notranjih (psihičnih), še manj pa zunanjih dejavnikov, ki bodo v prihodnosti vplivali na družinski sistem.

6. IZVEDENSKO MNENJE

Izvedensko mnenje v pisni obliki ima naslednjo strukturo:

- 1. Podatki o izvedencu**
- 2. Sklep o imenovanju in vprašanja za izvedenca**
- 3. Osnovni podatki o preiskovanih osebah**

4. **Povzetek bistvenih podatkov iz spisa**
5. **Opis poteka in postopkov dela izvedenca**
 - pridobivanje in pregled podatkov iz drugih virov
 - komunikacija s strankami (s kom, kdaj, kje, kolikokrat)
 - kliničnopsihološki ocenjevalni postopki
6. **Oče, mati in morebitne druge pomembne osebe**
 - povzetek intervjuja
 - osebnostne značilnosti v povezavi z izvajanjem starševstva
 - ocena zmožnosti za zadovoljevanje otrokovih potreb
 - končno mnenje o staršu
7. **Otrok**
 - osebnostne značilnosti
 - psihosocialno funkcioniranje
 - odnos do vsakega od staršev
 - končno mnenje o otroku
8. **Opis družinske dinamike** (zlasti v primerih zlorab, nasilja, bolezni ipd.)
9. **Povzetek ugotovitev z odgovori na vprašanja sodišča**
10. **Priporočila izvedenca**

7. PRIČAKOVANJA IZVEDENCEV OD SODNIKOV

Izvedenčevo delo določajo vprašanja sodišča. Primerno oblikovana vprašanja, ki jih sodnik zastavi izvedencu, mu lahko omogočijo izdelavo kakovostnega izvedenskega mnenja. Če sodnik že v sklepu o imenovanju izvedenca zapiše tudi pooblastilo za pridobivanje drugih virov informacij in pritegnitev drugega izvedenca po potrebi, to pospeši in racionalizira postopek dela izvedenca, saj mu ni treba naknadno pridobivati pooblastila sodnika za to. Izvedenec je vedno izpostavljen nezadovoljstvu (vsaj ene) strank in odvetnikov, zato od sodnika pričakuje podporo na naroku glede omejevanja neprimernih vprašanj strank in odvetnikov. Pomembno je tudi, da sodnik ustavlja odvetnike, če želijo interpretacijo ali izročitev enega samega testa, na narokih zastavljajo neustrezna vprašanja in izvajajo pritiske na izvedenca. V primeru pripomb ali komentarjev strank na izvedensko mnenje izvedenec pričakuje od sodnika, da bo oblikoval vprašanja, na katera naj ta dodatno odgovori.

8. PRIČAKOVANJA IZVEDENCEV OD STROKOVNIH DELAVCEV CSD

Izvedencu bi bila pri njegovem delu v pomoč obsežnejša poročila CSD, ki bi omogočila vpogled v preteklo družinsko zgodovino in dinamiko, življenjske razmere družine in vloge posameznih članov ter prilagojenost staršev (zmožnost za reševanje problemov, načrtovanje, vzdržljivost, zgodovina nasilja in možnost za nasilje v prihodnosti, morebitna nezrelost staršev, zloraba alkohola in drog). Od CSD bi poleg poročila pričakovali tudi mnenje glede ustreznosti staršev za starševsko vlogo. Zaradi dolgotrajnosti postopkov je večkrat potrebno, da izvedenec CSD zaprosi za dopolnitev poročila z aktualnimi podatki.

Če so na CSD zaposleni psihologi, bi pričakovali natančnejše opise otrokovega stanja. Kadar CSD opravlja razgovore z otroki, sta pri takšnih razgovorih z otrokom

in pri zapisu njegovih izjav potrebni visoka strokovna usposobljenost in previdnost. Vemo namreč, da na otrokove izjave vpliva mnogo dejavnikov, med drugim tudi način postavljanja vprašanj. Način vodenja pogovora lahko vpliva na otrokov spomin in spreminja njegove nadaljnje izpovedi.³³ Vsi udeleženi strokovnjaki se moramo zavedati, da je za otroka neugodno in stresno, če v kratkem obdobju potekajo pogovori z več različnimi odraslimi osebami, npr. na CSD, svetovalno delavko na šoli, kriminalisti, terapevti, izvedencem, zagovornikom ipd. Zaradi zaščite otroka bi si bilo treba prizadevati za zmanjšanje števila teh pogovorov.

9. POBUDE IZVEDENCEV KLINIČNOPSIHOLOŠKE STROKE ZA NADALJNJE DELO

Okvir izvedenskega dela začrtajo vprašanja sodišča. Izvedenci ugotavljamo, da nam sodniki zastavljajo različno natančna in vsebinsko raznolika vprašanja. Pogosto se zgodi, da so zastavljena enaka vprašanja izvedencem kliničnopsihološke, pedopsihiatrične in psihiatrične stroke (npr. vpliv družinskih odnosov na razvoj otroka, znaki spolne zlorabe, duševna bolezen pri staršu). V takšnem primeru sodnik od izvedenca ne dobi ustreznih odgovorov.

Glede na dogovor in kompetence sorodnih strok, ki delujemo na področju duševnega zdravja, izvedenci predlagamo naslednjo vsebinsko razmejitev vprašanj:

- Izvedenci za psihiatrijo lahko odgovorijo na vprašanja o duševnem zdravju/bolezni staršev (na podlagi pregleda odraslih). Ocenijo družinsko dinamiko glede na odziv odraslih, če so dodatno usposobljeni za družinsko terapijo.
- Izvedenci za pedopsihiatrijo lahko odgovorijo na vprašanja o duševnem zdravju/bolezni otrok in mladostnikov in družinski dinamiki (na podlagi pregleda otrok in pogovora z odraslimi).
- Izvedenci za klinično psihologijo lahko odgovorijo na vprašanja o osebnostnih lastnostih in z njimi povezanih starševskih veččinah, o odnosih med otrokom in starši ter o otrokovih potrebah (na podlagi pregleda odraslih in otrok).

Včasih zaradi zapletenosti problema izvedenskega mnenja ne more izdelati en sam izvedenec, saj je za odgovore na vprašanja sodišča potrebno znanje različnih strok (npr. psihiatrija odvisnosti, duševnih bolezni, nevropsihologija odraslih ipd.). V takšnih primerih je treba vključiti dodatnega izvedenca (tandemsko izvedenstvo).

Delo izvedenca v družinskih postopkih je časovno zelo obsežno, saj izvedenec ocenjuje več oseb in njihove medsebojne odnose. Zato je pomanjkanje izvedencev toliko bolj pereč problem. V prihodnje bi bilo treba vzpostaviti sistematičen in poglobljen sistem usposabljanja in izbire izvedencev. V primeru večjega števila izvedencev bi bile mogoče specializacije za podpodročja (npr. odtujevanje, sum nasilja ob postopku razveze ipd.).

Izvedenca je smiselno postaviti šele takrat, ko so pred tem izčrpane vse druge možnosti. Predhodno je smiselno težiti k doseganju sporazuma med staršema na CSD, izvesti postopek mediacije in skušati doseči poravnavo na sodišču.

33 Turoy-Smith, Powell, nav. delo, str. 165–173

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- BUNKER ROHRBAUGH, Joanna. *A comprehensive guide to child custody evaluations: Mental health and legal perspectives*. New York: Springer, 2008.
- FLENS, James R. in DROZD, Leslie (ur.). *Psychological Testing in Child Custody Evaluations*. New York: Routledge, 2012.
- GOULD, Jonathan W. Use of Psychological Tests in Child Custody Assessment. *Journal of Child Custody*, 2005, 2, str. 49–69.
- GOULD, Jonathan W. *Conducting Scientifically Crafted Child Custody Evaluations*. Sarasota: Professional Resource Exchange, 2006.
- GAULIER, Bernard, MARGERUM, Judith, PRICE, Jerome A., WINDELL, James. *Defusing the High –Conflict Divorce*. Atascadero, California: Impact Publishers, 2006.
- GOLDSTEIN, Mark L. Interviewing Children and Adolescents in Child Custody Cases. V: Goldstein, M. (ur.), *Handbook of Child Custody*. Springer International Publishing, 2016, str. 41–48.
- HYNAN, Daniel J. Parent – child observations in custody evaluations. *Family Court Review*, 2003, 41(2), str. 214–223.
- REDER, Peter, DUNCAN, Sylvia in LUCEY, Clare. *Studies in the Assessment of Parenting*. Brunner-Routledge, 2003.
- SPARTA, Steven N. in KOOSHER, Gerald P. (ur.). *Forensic Mental Health Assessment of Children and Adolescents*. Oxford University Press, Inc, 2006.
- STAHL, Phillip M. Anatomy of child custody evaluation. *Family Advocate, A practical Journal by the ABA Family Law Section*, 1999, 22.
- STAHL, Phillip M. in SIMON Robert A. *Forensic Psychology Consultation in Child Custody Litigation*. Chicago, Illinois: American Bar Association, 2013.
- ŠEŠOK, Sanja, SEVER, Alenka, SLODNJAK, Vera in MIKUŽ, Andreja. *Splošne smernice za opravljanje izvedenskega dela na področju psihologije*. Ljubljana: Zbornica kliničnih psihologov Slovenije, 2017.
- TETI, Douglas in CANDELARIA, Margo A. Parenting competence. V: Bornstein, M. (ur.), *Handbook of Parenting*, second edition. New Jersey, London: Lawrence Erlbaum Associates, Inc, 2002, str. 149–180.
- TUROY-SMITH, Katrine M. in POWELL, Martine B. Interviewing of Children for Family Law Matters: A Review. *Australian Psychologist*, 2016, 52, št. 3, str. 165–173.
- ZORIĆ, Jadranka. *Vođenje forenzičnog intervjuja: postupni intervju*. V: Zorić, J. (ur.). *Forenzični intervju s djetetom*. Zagreb: Hrvatsko psihološko društvo, Sekcija za forenzičnu psihologiju, 2008, str. 59–88.

STOCKHOLMSKI SINDROM IN PRIČANJE ŽRTVE NASILJA V DRUŽINI

Gordana Jekić-Bradajić

članica Upravnega odbora Združenja državnih tožilcev Srbije

namestnica državnega tožilca pri Apelacijskem državnem tožilstvu v Beogradu

1. UVOD

Procesni status žrtve družinskega nasilja je v Republiki Srbiji določen v kazenskem postopku z odredbo v 11. točki prvega odstavka 2. člena Zakonika o kazenskem postopku tako, da je žrtev označena kot oškodovana oseba. V Zakoniku o kazenskem postopku se uporablja tradicionalni kazenskoprocesni termin „**oškodovanec**“, to je oseba, ki ji je s storitvijo kaznivega dejanja kršena ali ogrožena osebna ali premoženjska pravica. Mi torej nimamo zakonsko definiranega termina žrtev, čeprav se ta omenja na nekaj mestih v Kazenskem zakoniku kot izraz predvsem materialno-pravne in kriminološke narave. (***Menim, da je termin žrtev ustrežnejši, ko gre za kaznivo dejanje nasilja v dužini ali katero koli drugo kaznivo dejanje z elementi nasilja.***)

Vsi vemo, da so skoraj pri vseh kaznivih dejanjih priče eden ključnih elementov v procesu postavljanja storilcev kaznivih dejanj pred sodišče in da je uspešen zaključek vsake faze postopka od prijave kaznivega dejanja do izreka sodbe pogosto odvisen od **sodelovanja prič**. Posebno pozornost je potrebno posvetiti ravno zaslišanju prič v primerih, ko so te pravzaprav žrtve kaznivega dejanja, torej ko gre za osebe, ki so že precej prestrašene in so preživele nečloveški odnos.

Na žalost mora biti žrtev po našem kazenskopravnem sistemu v stiku z več različnimi organi in mora večkrat pojasnjevati dogodek, ki je zanjo travmatičen, vse to pa pri njej vzbuja občutek, da državnim organom manjkata fokus in volja za reševanje težave.

2. ZASLIŠANJE PRIČE

Po fazah to pomeni, da je žrtev po storjenem kaznivem dejanju ali že med njegovim izvrševanjem najpogosteje najprej v stiku s policijo. Takrat je njen čustveni odnos do aktualnega dogodka še vedno intenziven, zato so tudi odgovori na vprašanja v luči takšnih čustev. Žrtev takrat najpogosteje podrobno opisuje dogodek, izjavlja, da želi pričati proti nasilnežu in da želi, da bi bil nasilnež kaznovan. Ob kasnejših stikih, še posebej če mine precej časa do pogovora, na primer s tožilcem, običajno spreminja svoje stališče glede želje, da bi bil nasilnež kaznovan, in pogosto izjavlja, da ne želi pričati. Verjetnost, da bo žrtev želela nadaljevati s sodelovanjem v nadaljnjem postopku, je posebej majhna, če je bil prvi stik z državnimi organi, torej stik s policijo, negativen. V tem smislu bi moral državni organ, ki prvi pride v stik z

žrtvijo, in to je najpogosteje policija, delovati na podlagi splošno sprejete ničelne tolerance do družinskega nasilja. Nasilje bi moral takoj ustaviti in žrtvi zagotoviti varnost, ravnati bi moral zelo hitro, žrtev bi moral seznaniti z mehanizmi zaščite in te mehanizme uporabiti odvisno od faze postopka, žrtev bi moral poučiti o njenih pravicah.

Policija običajno deluje kratek čas, postopki pravosodnih organov, ki temu sledijo, pa trajajo dlje; žrtev je ponovno zaslišana in vse to lahko, posebej pri občutljivih pričah, izzove odklonilen odnos do postopka. Državni tožilec mora zlasti upoštevati posebnosti žrtve kot priče, toda v našem pravosodnem sistemu še vedno ni dovolj občutka za žrtve, predvsem za žrtve nasilja v družini. Običajno tožilec pričakuje od oškodovanca, torej žrtve, da vsaj sodeluje. Toda ko gre za žrtve kaznivega dejanja nasilja v družini, so takšna pričakovanja skoraj nerealna. Najprej je treba razumeti naravo družinskega nasilja in posledice, ki jih takšno nasilje pusti na žrtvi. Tožilec mora gledati na stvari, kot da je „v koži žrtve“, ne z vidika „tožilec – oškodovanec“, kot velja pri kakšnem drugem kaznivem dejanju. **Od žrtve nasilja v družini se ne more pričakovati, da se bo obnašala kot vsak oškodovanec in da bo navajala jasne podatke o kaznivem dejanju ter jih kronološko podala, pa tudi ne, da bo izrazila jasno željo, da se storilec kaznuje, in podobno.**

Nasilje v družini je zelo pogosto večdesetletni problem, prepleten z družinskimi in čustvenimi odnosi. Žrtve, posebej tiste, ki vrsto let živijo v krogu nasilja, tega nasilja večkrat ne morejo opisati tako, kot pričakuje tožilec, in napačno razumejo normalen ter patološko nasilen odnos. Žrtve **pogosto razvijejo različne psihološke sindrome**, kot so „sindrom pretepe ne žene“, posttravmatska stresna motnja, stockholmski sindrom in podobno. Vse to jasno kaže na potrebo po posebnem pristopu k žrtvam kaznivega dejanja nasilja v družini.

Z vidika kazensko procesne zakonodaje so med žrtvami nasilja v družini lahko tudi osebe, ki jih Zakonik o kazenskem postopku uvršča v kategorijo t. i. „**privilegiranih prič**“ – oseb, ki so oproščene dolžnosti pričanja in lahko to svojo pravico uveljavljajo ter odrečejo pričanje v kateri koli fazi postopka. „**Privilegirane prič**“ **so večinoma prav družinski člani**, to so osebe, ki so najpogosteje žrtve nasilja v družini ter lahko v precejšnji meri otežijo ali celo onemogočijo ugotavljanje resnice v konkretni kazenski zadevi. (Družinski člani so: zakonci, njihovi otroci, predniki zakoncev v ravni vrsti krvnega sorodstva, zunajzakonski partnerji in njihovi otroci, posvojitelji in posvojenci, rejniki in rejenci, bratje in sestre, njihovi zakonci in otroci, bivši zakonci in njihovi otroci ter starši bivših zakoncev, če živijo v skupnem gospodinjstvu, pa tudi osebe, ki imajo skupnega otroka ali rojstvo skupnega otroka pričakujejo, čeprav niso nikoli živele v skupnem družinskem gospodinjstvu – 28. odstavek 112. člena KZ.)

Zato se žrtve nasilja v družini pogosto sklicujejo na pravico, da ne pričajo, državni tožilci in sodniki pa imajo v teh zelo občutljivih zadevah neizogibno tudi dodatne težave. Tako postaja dokazovanje storjenega nasilja v družini, ki je tudi sicer zapleteno in povezano s številnimi posebnostmi, še težje, kot njegova posledica se pojavlja tudi vprašanje upravičenosti možnosti za ravnanje državnega tožilca v primeru pasivnega obnašanja žrtve, ki je pozvana k pričanju, že na samem začetku ali po že dani izpovedbi pa uveljavlja pravico, da tega ne stori.

Kot razlogi za zavrnitev pričanja v primerih nasilja v družini, ki ga izvaja zakonski ali zunajzakonski partner, se najpogosteje omenjajo: **čustvena navezanost na nasilneža, želja, da se nadaljuje „z normalnim“ življenjem, želja, da se ohrani zakonska zveza, upanje, da se nasilje ne bo ponovilo, premislek žrtve o tem, ali je sama s svojim obnašanjem izzvala odziv nasilneža, ekonomska odvisnost od nasilneža, strah pred novim nasiljem, grožnja nasilneža in podobno.**

Treba je tudi povedati, da so žrtve nasilja v družini ravno zaradi specifičnega osebnega (čustvenega, eksistencialnega) odnosa, ki so ga imele ali ga še vedno imajo z nasilnim partnerjem, **atipične žrtve**. Za razliko od večine žrtev, ki želijo, da bi bili storilci kaznovani, da bi bilo pravici zadoščeno, njihovo oškodovanje pa kompenzirano, žrtve nasilja v družini želijo predvsem, da bi nasilje prenehalo, **ker so čustveno navezane na osebe, ki jih zlorablajo.**

Zaradi družbenega obsojanja čuti žrtev tudi nelagodje in sram. Porušena samozavest, strah pred ponovnim doživljanjem nasilja in nenehen trepet so značilnosti viktimizacije. Način družbenega delovanja posamezne osebe, ki je pretrpela nasilje, se spreminja, taka oseba se umika in zapira vase, pretrga stike s prijatelji in zanemarija družbene dejavnosti, pri njej se pojavlja duševna disfunkcionalnost oziroma razvoj psihosomatskih težav.

Če se problem ne rešuje, pripelje najhujša stopnja viktimizacije do razvoja hujših duševnih bolezni, kot je psihična depresija ali paranoja, ki lahko vodijo tudi do umora in samomora.

Izkušnje so pokazale, da so pogovori z žrtvami nasilja v družini med najbolj zapletenimi in najbolj stresnimi službenimi pogovori. Ravno zato, pa tudi zaradi pomembnosti izpovedbe žrtve v postopku pojasnjevanja in dokazovanja kaznivega dejanja nasilja v družini, lahko le popolno razumevanje in upoštevanje situacije, dostojanstva, osebnih razmer, čustev, dilem ter želja žrtev prineseta pozitivne rezultate. Nič nenavadnega niso niti izrazite spremembe razpoloženja, pomanjkanje prostorske in časovne orientacije ter težave in napake pri percepciji, pomnjenju in spominjanju, nepopolnost, nejasnost in protislovnost izpovedbe. Samo ob zaupanju, iskreni in kakovostni komunikaciji z žrtvijo, ob največjem možnem zmanjševanju travme in izogibanju vprašanju, ki niso nujna za pojasnjevanje dejanskega stanja, je možno v veliki meri prispevati k bolj kakovostnemu oz. ustrežnejšemu pričanju. Zelo pomembno je, da žrtev prejema pojasnila od začetka do konca postopka in da se opozarja na potrebo ter obveznost govorjenja resnice, na to, da ne sme ničesar zamolčati, posebno pozornost pa je treba posvetiti temu, da žrtev razume, da bo zaradi ugotavljanja dejanskega stanja zanjo pričanje pogosto zelo neprijetno. Tožilec mora med celotnim postopkom skrbeti za to, da se za zaščito žrtev izkoristijo vsi mehanizmi, ki jih procesni zakon omogoča. V odnosu do žrtve mora torej najti „**zlato sredino**“. Ne sme zanemariti obstoja žrtvinih travm, spoštovati mora posebnost njenega duševnega stanja, posebnost razmerij, v katerih prihaja do kaznivega dejanja nasilja v družini, torej družinskih odnosov in obstoja čustev, izvesti mora vse ukrepe za čim večjo omilitev negativnih posledic travme, po drugi strani pa mora zbrati zadostno število dokazov, da bo nasilnež obsojen in ustrezno kaznovan.

Zakonik o kazenskem postopku Republike Srbije ureja problematiko zaščite prič v okviru širše celote, ko gre za izvajanje dokazov z zaslišanjem prič, poleg osnovnih zaščitnih ukrepov so določeni tudi ukrepi zaščite **posebej občutljivih prič** in ukrepi zaščite prič pred ustrahovanjem, kar urejajo določbe od 102. do 112. čl. Zakonika o kazenskem postopku.

3. VREDNOTENJE IZPOVEDBE

Ko gre za kaznivo dejanje nasilja v družini, ki je specifično kaznivo dejanje, nasilje pa najpogosteje traja dlje časa, pri čemer obstajajo določeni čustveni odnosi med partnerjema, torej med storilcem kaznivega dejanja in oškodovancem oz. žrtvijo, **celo takrat, ko so izvedeni vsi ukrepi procesne zaščite in žrtev privoli v pričanje, lahko zaradi posledic travmatiziranosti žrtve nastopi težava glede kakovosti njene izpovedbe.** Zato je pomembno upoštevati dejstvo, da kriteriji vrednotenja izpovedb travmatiziranih žrtev nasilja v družini ne morejo biti enaki kot kriteriji vrednotenja izpovedb prič, ki niso doživele travme, ker se zahteva občutno subtilnejši pristop, ki neredko pomeni zanemarjanje nekaterih očitnih pojavov in znakov ter hkrati afirmiranje latentnih pojavov in znakov, temu pa pravniki niso ravno naklonjeni. Nezanosljiva, nerealna, nedosledna izpovedba, izpovedba, ki delno nima resnične vsebine, oziroma neverodostojna izpovedba ne kaže nujno, da gre za krivo izpovedbo oziroma netočno interpretacijo dogodkov. Nasprotno, vzrok pomanjkljivosti žrtvine izpovedbe je treba iskati predvsem v travmi, ki jo je žrtev doživela.

Nasilje v družini kot travmatski dogodek predstavlja stres visoke intenzivnosti, na katerega se žrtve neredko odzivajo z nezdravimi, negativnimi, zavrtimi čustvi, z anksioznostjo in depresivnim razpoloženjem ter samouničujočim obnašanjem. Eden izmed sindromov, ki se lahko pojavijo zaradi prestane travme, ki je trajala več časa, je tudi stockholmski sindrom.

Zloraba v partnerskih odnosih je zgodba z dolgo zgodovino. Možno je sicer, da vsakega od spolov zlorablja drugi spol, vendar so v tradicionalni družini ženske pogosteje žrtve nasilja. Kot posledica zlorabe se lahko razvijejo: **motnja prilagajanja, akutna stresna reakcija, trajna osebnostna motnja po travmatski izkušnji, posttravmatska stresna motnja, stockholmski sindrom ali depresivna ali psihična reakcija ...**

Kljub tveganju, ki ga zloraba prinaša za ženske (kot pogostejše žrtve nasilja v partnerskih odnosih) in za otroke, mnoge osebe ne prekinajo svoje nasilniške zveze.

4. ZAKAJ SE TO DOGAJA?

- Če ni podpore bližnjih in se oseba zelo boji za svojo varnost, če negativno doživlja samo sebe, se samozaničuje in je depresivno razpoložena ob hkratnem pozitivnem doživljanju nasilneža in opravičevanju njegovega vedenja, bo najpogosteje postala žrtev, nasilneža ne bo več poskušala prijaviti in zapustiti, pri tem pa bo racionalizirala takšno svoje vedenje.

- Če se žrtvi s takšnim vedenjem in razmišljanjem tudi uspe za kratek čas distancirati od nasilneža, pred tem pa ne poišče strokovne pomoči, ostaja podrejena njegovi manipulaciji.
- Če doživi dejanje nenadne, nepričakovane dobrote v situaciji, v kateri bi običajno pričakovala nasilje, njena privrženost nasilnežu raste. Takšen psihološki mehanizem je bistvo sindroma, znanega kot „**stockholmski sindrom**“.

5. STOCKHOLMSKI SINDROM

Poimenovanje „stockholmski sindrom“ je vpeljal kriminolog in psihiater Nils Bejerot po neuspešnem bančnem ropu in ugrabitvi v Stockholmu. Ugrabitev je trajala od 23. do 28. avgusta 1973. Talci so se čustveno navezali na ugrabitelje in so kasneje, celo po svoji osvoboditvi, opravičevali njihova dejanja, med sodnim procesom pa so neradi govorili o ugrabitvi.

Stockholmski sindrom je poimenovanje psihološkega stanja, ki nastane v situaciji, v kateri se zblížata ugrabitelj in žrtev, k zblíževanju pa pripomore čas, ki ga preživita v takšni situaciji – več kot ga mine, večja je možnost nastanka stockholmskega sindroma.

Obnašanje, ki je opisano pod tem imenom, ni značilno samo za ekstremne situacije ugrabitev. V vsaki travmatski situaciji, v kateri pride do podaljšane neposredne komunikacije med storilcem in žrtvijo, obstaja možnost nastanka tega sindroma.

Ne glede na vrsto nasilja in trajanje izpostavljenosti pusti prestana travma posledice na žrtvi. Neposredno po nasilnem dogodku nastopita stanje šoka in negacija doživetega, pojavita se cela vrsta psiholoških sprememb pri delovanju in nagnjenost k razvoju psihičnih motenj. Odvisno od vrste in trajanja nasilja so lahko posledice manjše ali večje, kratkoročne ali dolgoročne. Večinoma se žrtev zaradi procesa vzpostavljanja kontrole počuti negotovo in prestrašeno. Ravno zaradi tega strahu poskuša z nasilnežem vzpostaviti dober odnos in to je pogosto implikacija stockholmskega sindroma.

NPR.: Mlada ženska iz Avstrije, **Nataša Kampuš**, ki je bila ugrabljena na poti do šole, ko je bila stara deset let, in je bila prisiljena bivati v ječi do svojega osemnajstega leta, opisuje v avtobiografski knjigi „3096 dni“ ravno to vrsto zavestne manipulacije. Navaja na primer, da ji je ugrabitelj takoj po ugrabitvi rekel, da je sploh ne želi prizadeti, temveč da je njegova naloga samo to, da jo preda „njim“, domnevnim praviim ugrabiteljem. Tako je ugrabitelj postal manjše zlo, nekdo, pri katerem je bila na varnem, neobstoječi „oni“ pa so postali vir strahu.

V primerih družinskega nasilja je znan tudi **fenomen „medenega meseca“**, obdobje po pretepanju, ko nasilnež obžaluje to, kar je storil, prisega, da „ne bo nikoli več“ in žrtvi posveča veliko pozornosti.

6. KAKO JE MOŽNO, DA GOJI ŽRTEV ČUSTVA DO NASILNEŽA?

Sovraštvo do nasilneža redko spodbuja k begu. Ko sovražimo, to pomeni, da tistega, ki ga sovražimo, vidimo bistveno močnejšega, kot je, sebe pa kot precej manj močne. Takšna percepcija ohromi. Vendar je to tisto, kar ljudje pričakujejo od žrtve – da sebe vidi kot nebojčeno, nasilneža pa kot čisto zlo. Ta črno-beli pogled na svet ustreza sprejemanju stvarnosti tistih, ki niso pretrpeli nasilja.

Potrebno je, da ohranimo iluzijo, da je svet varno in predvidljivo mesto, in ne pozabimo, da:

- partnerski odnos temelji na čustvih, zato žrtev išče dokaz za upanje, da ljubezen še vedno traja,
- je takšen psihološki odziv pogosto obrambni mehanizem, strategija preživetja, ki se razvija v ekstremnih situacijah ogroženosti, groženj, strahu in izolacije, ko drugi, bolj zdravi mehanizmi niso učinkoviti,
- žrtev lastno varnost in preživetje povezuje z dobro voljo nasilneža, zato mu želi ugajati, v iskanju njegovega odobranja pa izgublja lastno identiteto,
- je to, ali se bo razvil pri žrtvah stockholmski sindrom in po kako dolgem času, odvisno od posameznika, njegove strukture osebnosti, starosti, stopnje travme in podobno.

NPR.: Nataša Kampuš in mnoge druge žrtve z „diagnozo“ stockholmskega sindroma so se po pokazanem razumevanju za ugrabitelje soočale s korenito spremembo v odzivu javnosti. Ista javnost, ki je pred kratkim izražala ogromno ljubezen do Nataše in skrb zanjo, je začela kazati odkrito sovraštvo po njeni izjavi, da obžaluje smrt svojega ugrabitelja. (Priklopil se je vrgel pod vlak, potem ko je Nataša pobegnila.) Po njenih besedah **„Zbliževanje z ugrabiteljem ni bolezen. Oblikovanje zaščitne bube, ki ustvarja iluzijo normalnosti znotraj okvira zločina, ni sindrom. Ravno nasprotno. To je strategija preživetja v brezizhodni situaciji in je veliko bližja resničnosti od posplošene kategorizacije zločincev kot krvoločnih zveri in žrtev kot nebojčeni jagnjet, od katere družba ne želi odstopiti“.** (Nataša Kampuš, „3096 dni“, 161. stran)

Takšen pogled na stvarnost žrtev potrebuje tudi po osvoboditvi, ko premišlja o letih, ki jih je preživela v ujetništvu. Postavlja se vprašanje, ali ji imamo pravico to odvzeti.

7. NAUČENA NEBOJČENOST

V zgodnjih 60-ih letih 20. stoletja so znanstveniki izvajali poskuse na živalih, da bi določili „**nagonske reakcije bega**“ pri ljudeh. Pri enem izmed poskusov so napeljali žico skozi polovico velike kletke, da bi pes v kletki začutil udar elektrike vsakič, ko bi postavil nogo na desno stran. Pes se je zelo hitro naučil držati se leve strani. Nato so z istim namenom napeljali žico po levi strani, desna pa je bila varna. Pes je hitro spremenil smer gibanja in se naučil držati se desne strani. Potem so elektriko speljali tako, da so celotna tla v kletki proizvajala naključne udare, zato jih je pes čutil ne glede na to, kje je stal ali ležal. Najprej je bil zmeden, nato pa

prestrašen. Na koncu je „odnehal“, ulegel se je in prejemal udare elektrike, ni se jim več poskušal izogniti ali jih preliščiti. Ko so odprli vrata kletke, so znanstveniki pričakovali, da bo pes stekel ven, vendar ni pobegnil. Čeprav bi lahko odšel iz kletke, kadar bi hotel, je ležal in prejemal naključne udare elektrike. Na podlagi tega so znanstveniki ugotovili naslednje: **Bitje, ki je izpostavljeno nasilju, je nagnjeno k temu, da se mu prilagodi**, zato je zdrav nagon bega precej zmanjšan, ko nasilje preneha. Ko se bitju omogoči svoboda, še naprej ostane na istem mestu.

Znana je tudi **zgodba o slonu in vrvi**. Človek, ki je opazil, da je ogromen slon privezan samo z majhno vrvjo, je vprašal trenerja, kako je mogoče, da tako velika žival stoji in ne poskuša pobegniti. Trener mu je odgovoril: „Veste, ko so sloni mladi in veliko manjši kot zdaj, uporabljamo za privezovanje vrv enake velikosti, toda takrat nimajo moči, da bi jo pretrgali. Ko odraščajo, se čedalje bolj navajajo dejstva, da ne morejo pobegniti. Verjeti začnejo, da jih vrv še vedno lahko zadrži, zato niti ne poskušajo pobegniti.“ Iz tega primera je razvidno, da naučene omejitve ostanejo celo takrat, ko niso več realne.

Takšna normalizacija nasilja in tisto, kar so znanstveniki kasneje poimenovali „**naučena nebogljenost**“, vplivata na ženske – žrtve, tako da te ne samo ostajajo s svojimi mučitelji, ki jih izkoriščajo in vznemirjajo, temveč tudi čutijo, da niso zmožne braniti tega, v kar verjamejo z vsem srcem, ali celo lastnega življenja. Normalizacija nenormalnega, celo v primerih, ko obstajajo jasni dokazi, da žrtev to počne na lastno škodo, je značilna za vsako vrsto zlorabe: fizično, čustveno, kreativno, duhovno in nagonsko. **Psihično se žrtev navadi na udarce, prilagaja se nasilju, poskuša „biti dobra“ in normalizirati nenormalno. Posledica tega je, da izgublja svojo sposobnost bega. Da bi lahko v vsem „plavala“, se ženska – žrtev nagiba k normalizaciji nenormalnega, normalizacija nenormalnega pa sili duh, ki bi se sicer dvignil in popravil situacijo, da se potopi še globlje v pokorščino, tako da taka ženska popolnoma izgubi samoobrambni nagon in postane na koncu skoraj slepa za svoj položaj.** Izgublja se sposobnost zavzemanja za tiste dele duše in življenja, ki so za nas najdragocenejši. Ko se tako izroči lastno življenje, se izgubi skoraj vsak smisel in lahko pride do različnih poškodb psihe ter celo do njenega popolnega umrtvenja. **Umrtnenje človeške psihe ni ločeno od ubijanja življenja**, ne moremo ju pojmovati ločeno.

Zaslišanje travmatiziranih žrtev je težka naloga, pri kateri moramo prepoznati in priznati vpliv travme na žrtve ter spoštovati situacije, v katerih žrtev ne želi pričati. V začetni fazi okrevanja po travmi zelo pogosto ni sposobna pravilno oceniti, kaj je v njenem interesu, interesov pa tudi ni sposobna braniti. Zaslišanje se ne sme začeti v fazi, ko žrtev še ni stabilizirana in ko ji ni zagotovljena varnost ali strokovna pomoč. Pogosto namreč reagira tako, da krivi samo sebe za nasilje, ki se ji dogaja, kar še dodatno otežuje postopek zaslišanja, ker žrtev takrat zanemarja tisto, kar ji je storil nasilnež, relativizira in celo zamolči njegova dejanja ter vedno in izključno razmišlja o tistih, ki bi jih sama lahko storila ali bi jih morala storiti, da bi se izognila situaciji, v kateri se je znašla. V tem primeru imamo občutljivo nalogo, da žrtvi „preprečimo samooboževanje“ in ji omogočimo, da racionalno pove zgodbo o kaznivem dejanju ter dokazih.

Imeti bi morali vsaj osnovna znanja s področja sodne psihologije, zlasti tista, ki se nanašajo na izpovedbo in psihične procese, povezane z njo, saj je pri praktičnem delu z žrtvami nujno poznavanje njihovih možnih psiholoških odzivov. Žrtve namreč doživljajo enega ali več travmatskih dogodkov in razvijajo posebne psihološke obrambne mehanizme, ki jim pomagajo, da prenesejo učinke travmatskih dogodkov. Bistvo travme je, da „presega žrtvine psihološke in biološke obrambne mehanizme ter nastopi, ko so notranji in zunanji viri neustrezni za soočanje z zunanjo grožnjo“.

Travmatski dogodki, ki jih preživijo žrtve nasilja v družini, so zapleteni in se ponavljajo, vsaka žrtev pa zahteva individualen pristop, ker so, tudi če imajo žrtve podobne travmatske izkušnje in se podobno obnašajo, travma in njene posledice vedno individualne. Žrtve nasilja v družini najpogosteje vidijo tožilca kot nekoga, ki je prišel zapletat že sicer zapleteno situacijo, v kateri se jim „ne da pomagati“. Zato se pogosto lahko zgodi, da ima žrtev do tožilca sovražen ali celo agresiven odnos z veliko mero nezaupanja. Tožilec se mora kot profesionalac v vsakem trenutku zavedati, da ima pred sabo osebo pod vplivom travme, ki je lahko včasih tako močna, da oseba na sodišču ne bo mogla nastopiti kot priča. Tožilec mora poskusiti pridobiti zaupanje žrtve, jo pozorno poslušati in podpirati, tudi če se mu njena izpovedba zdi nelogična, iracionalna, neprepričljiva ali celo lažna. V nasprotnem primeru bo odnos zaupanja za vedno izginil, kar je za tožilstvo, če njegova obtožba večinoma temelji na izpovedbi takšne priče, pogubno.

Čeprav je travmatski dogodek morda končan in je žrtev na varnem, je lahko občutek strahu, ki se je pri njej razvil v daljšem obdobju trpljenja nasilja, prisoten tudi dolgo po tem, ko nasilneža ni več v bližini. V tem primeru je potrebno razlikovati odklanjanje pričanja in pričanje v korist nasilneža zaradi strahu, ker travmatiziranost ni nujno edini razlog za žrtvino ravnanje.

8. NAMESTO ZAKLJUČKA. KAKO NUDITI PODPORO ŽRTVAM?

Jasno je, da pristop k žrtvi ni lahek proces in da mora temeljiti na odnosu zaupanja, pri čemer tožilec pojasni žrtvi potek postopka, jo pouči o njenih pravicah in dolžnostih ter o vseh izzivih, ki jih prinaša postopek. Čustvena podpora tožilca žrtvam je zelo pomembna, zlasti takrat, ko te pričajo. Tožilec mora skrbeti tudi za varnost žrtve in za nudenje ustrezne zaščite, določene z zakonom ter podzakonskimi akti, in zbirati dokaze, ki potrjujejo in dokazujejo krivdo, vse to pa je lahko iz zornega kota žrtve skrajno nerazumljivo.

Ko se pri delu, ki ga opravljate, srečate z žrtvijo, lahko zanjo vsekakor veliko storite tako na profesionalni kot tudi na osebni ravni.

Vedno se zavedajte, da je žrtev človek, ki ga ne določa izključno vloga žrtve, **spoštujte jo** in ji svoje spoštovanje čim pogosteje pokažite. Poudarite, da ste ob njej, da bi ji nudili podporo, ne obsojajte in ne ocenjujte je.

Vsaka oseba je posebna. **Individualni pristop** bo preprečil posploševanje, žrtev pa bo dobila ustrežnejšo podporo. Zelo pomembno je, da pri osebnih in poklicnih

stikih z njo spoštujete **načelo zaupnosti**, zlasti če vas poklicni položaj zavezuje, da zbrane podatke, ki jih je posredovala, kasneje uporabite v postopku. Torej pazite, kako jih boste uporabili, upoštevajte, da imajo prednost interesi in zaščita žrtve, še posebej če podatke posredujete drugim ustanovam ali jih navajate na glavni ter javni obravnavi, in ne manipulirajte z žrtvinimi prestanimi težavami.

Žrtev **aktivno poslušajte**, če čuti potrebo, da deli svojo bolečino, kolikor jo lahko v danem trenutku. Najpomembneje je, da ji verjamete! Nezaupljiv in pretenciozen pristop ter opravičevanje nasilja (tudi posredno) nista ustrezna. Ob aktivnem poslušanju vam bo žrtev začela zaupati. **Ne obsojajte je**, če odkloni pričanje in se odloči še naprej živeti z nasilnežem (ker je to lahko posledica travmatske izkušnje), temveč ji pojasnite, da je nasilje cikel in da se bo ponovilo; pomagajte ji pri tem, da se, če je treba, začne strokovno zdraviti.

Spomnite se, da ima žrtev pravico odločati o vsem, kar zadeva njeno sedanost in prihodnost. **Posvetujte se z njo**, ko ji svetujete ali načrtujete varnostne ukrepe, te ukrepe pa izvajajte samo, če s tem soglašata.

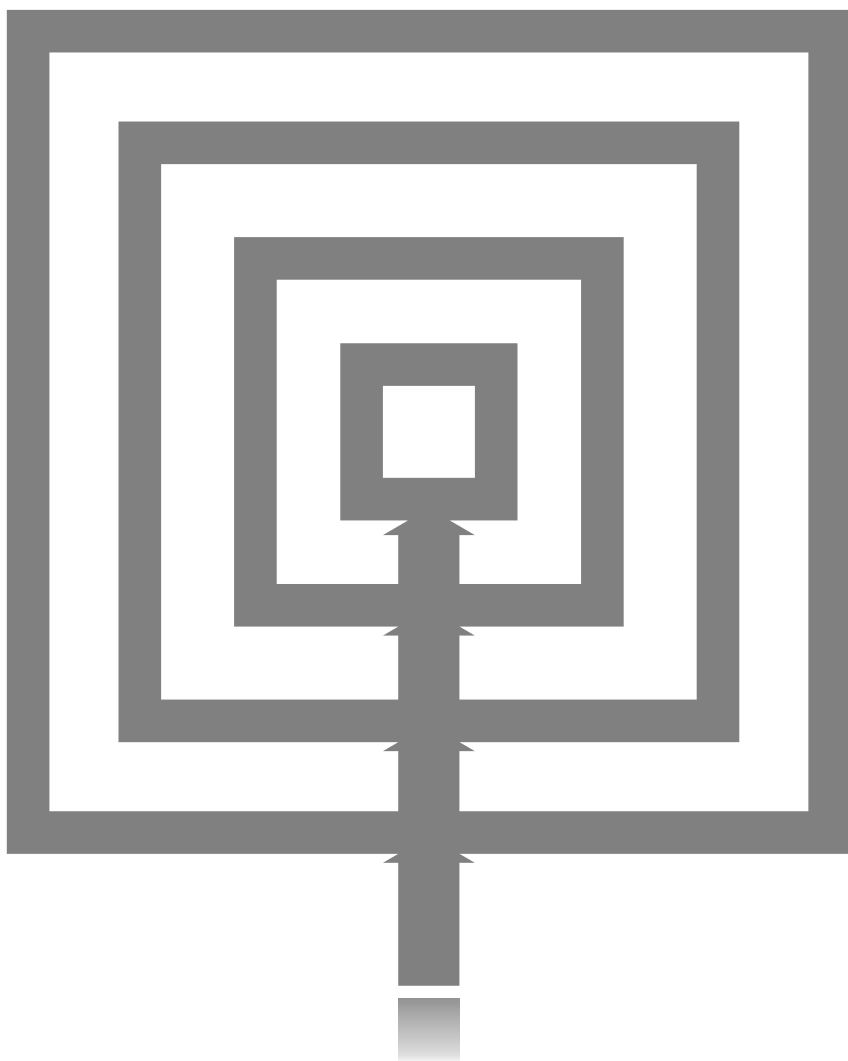
Ne izkoriščajte moči nad žrtvijo, ki vam jo lahko dajejo položaj, institucija, znanje, materialna varnost in predstava o sebi kot osebi in strokovnjaku, čeprav mislite, da imate popolnoma prav ter da delate za žrtvino preživetje. Bodite vsaj za trenutek „**v koži žrtve**“, tako jo boste bolje razumeli.

In na koncu: **Ne obljublajte nečesa**, če niste prepričani, **da boste to lahko storili** za žrtev. Morda je že velikokrat izgubila zaupanje v ljudi zaradi lažnih obljub. Če je mogoče, ji pomagajte, da dobi psihološko in psihoterapevtsko podporo, ki je bistven pogoj za uspešno reintegracijo.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- Dr. sc. Joseph M. Carver, „Ljubav i Stokholmski sindrom: misterija voljenja zlostavljača“. <http://www.mental-health-matters.com/>
- „Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije“ – zbornik radova, tom 1., Kriminalističko-policijska akademija i Fondacija „Hans Zajdel“, Beograd, 2014.
- „Unapređen pristup javnog tužioca u zaštiti žrtava porodičnog nasilja“ – Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije i USAID, 2014.
- https://sr.wikipedia.org/sr/Википедија_на_српском_језику
- Dr. Tijana Mirjanić, „Psihologija empatije“. <https://www.mindwellness.rs/psihopatologija-empatije/>
- „Ka boljoj zaštiti žrtava nasilja u porodici“ – Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije i USAID, 2012.

- Prof. dr. Nevena Petrušić i prof. dr. Slobodanka Konstantinović Vilić, „Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici u pravosudnoj praksi Srbije“, Beograd, 2010.
- „Preživeti nasilje – posledice po psihičko i fizičko zdravlje žrtava porodičnog nasilja i trgovine ljudima“, NVO ASTRA, Ministarstvo zdravlja Republike Srbije i Dom omladine, Beograd, 2016.
- <https://www.minrzs.gov.rs/>
- www.mc.rs/upload/documents/.../062413_Autonomni-zenski-centar_prezentacija.pdf
- <https://www.astra.rs/>



**IZ PRAKSE ZA
PRAKSO**



POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH S ŠOLE INSOLVENČNEGA PRAVA 2018¹

Franc Seljak, vrhovni sodnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1. UVOD

15. januarja letos je minilo deset let od začetka veljavnosti Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju.² V dokaj kratkem obdobju od začetka njegove veljavnosti je zakonodajalec s številnimi novelami zakona³ in dvema avtentičnima razlagama⁴ skušal dograjevati in izboljšati posamezne rešitve. Kljub temu se sodišča še vedno soočajo s številnimi dilemami, tudi zaradi zapletenih nomotehničnih pristopov zakonodajalca pri pripravi zakona. Glede marsikaterega vprašanja se zato sodna praksa usklajuje postopoma. Tudi ta razprava udeleženih sodnikov in strokovnih sodelavcev je bila namenjena razjasnitvi posameznih pravnih položajev v postopkih zaradi insolventnosti. Vrstni red obravnavanih vprašanj je bil izbran naključno.

2. OBRAVNAVANA VPRAŠANJA

2.1 Dolžnikovo prerekanje terjatev upnikov v osebnem stečaju

PRIMER - zaporedje dogodkov:

1) *Objavljeni sklep o preizkusu terjatev - 34 terjatev, od katerih stečajni upravitelj prereka pet terjatev in tri ločitvene pravice.*

2) *Pravočasni ugovor o prerekanju terjatev, ki ga vloži stečajni dolжник. Ugovornik terjatvam 26-tih upnikov (od 34-tih), deloma tistim, ki jih je prerekal že stečajni upravitelj, pretežno pa tudi vsem večjim terjatvam drugih upnikov, ki jih je stečajni upravitelj priznal. Vsebinsko so ugovori zoper posamezno terjatev različni (da ne dolguje obresti, da ni upoštevano delno plačilo, da je terjatev zastarala, da je prenesena na drugega upnika, skratka za vsako terjatev ločene navedbe ugovora, delno pavšalne, delno konkretne) V skladu s 64. členom v zvezi z 385. členom ZFPPIPP je ugovor o prerekanju terjatev dopusten tudi za stečajnega dolžnika.*

1 Odgovori so bili pripravljene kot gradivo za razpravo za udeležence šole insolvenčnega prava. Hkrati je prispevek poskus iskanja odgovorov na vprašanja, do katerih se sodna praksa še ni izrekala. V prispevek so vključene tudi rešitve, ki so se v razpravi na delavnici izkazale kot najprepričljivejše. Izoblikovana stališča so nezavezujoči pripomoček pri oblikovanju sodne prakse.

2 Uradni list RS št. 126/2007 – v nadaljevanju ZFPPIPP.

3 Uradni list RS št. 40/2009 – novela ZFPPIPP-A, št. 59/2009 – novela ZFPPIPP-B, št. 52/2010 – novela ZFPPIPP-C, št. 26/2011 – novela ZFPPIPP-D, št. 47/13 – novela ZFPPIPP-E, št. 100/2013 – novela ZFPPIPP-F in št. 27/2016 – novela ZFPPIPP-G.

4 Uradni list RS št. 106/2010 in 47/2011.

3) Stečajni upravitelj izdela dopolnjeni seznam preizkušenih terjatev, v katerem pri posamezni terjatvi navede, da jo prerekata » upravitelj in dolžnik« ali jo prereka le »dolžnik.«

Ob upoštevanju drugega odstavka 67. člena ZFPPIPP⁵ in zavzetega stališča sodne prakse v odločbi Cst 284/2017⁶ se zastavljata naslednji vprašanji:

2.1.1 Koga in kako v takem primeru napotiti na pravdo v sklepu o preizkusu terjatev?

Pri tem opozarjamo na drugi odstavek 300. člena ZFPPIPP, po katerem se za terjatve in pravice, ki jih je prerekal stečajni upravitelj, upnika napoti na pravdo proti stečajnemu dolžniku.

Ali je treba ob smiselni uporabi tretjega odstavka 300. člena ZFPPIPP upnika prerekane terjatve napotiti na pravdo proti stečajnemu dolžniku, ki mu je terjatev prerekal?

2.1.2 Ali drugi odstavek 64. člena pomeni tudi nadaljnjo smiselno uporabo drugega odstavka 63. člena in tretjega odstavka 300. člena ZFPPIPP?

Opozarjamo, da prijava, preizkus in ugovori po 62. in 63. členu ZFPPIPP spadajo v pododdelka zakona 3.4.1 in 3.4.2, za katera v 383. členu ZFPPIPP ni izrecno določeno, da se smiselno uporabljata tudi za osebne stečaje, nista pa tudi navedena v členih, ki se za osebne stečaje ne uporabljajo.

V konkretnem primeru je več kot očitno, da bi stečajni dolžnik o vseh ugovorih o prerekanju terjatev (ki jih deloma za posamezno prerekano terjatev tudi listinsko dokazuje oziroma dokumentira) lahko pred preizkusom terjatev seznanil stečajnega upravitelja (2. točka šestega odstavka 384. člena ZFPPIPP), vendar tega ni storil. Upravitelj je svojo izjavo o prijavljenih terjativah podal na podlagi podatkov, ki jih je imel iz prijav. Iz upravitelju neznanih razlogov je stečajni dolžnik z vložitvijo ugovora o prerekanju terjatev proti večini prijavljenih terjatev praktično dosegel, da je prerekana večina terjatev (26 od 34). Zato morajo vsi upniki prerekanih terjatev vložiti tožbo:

- 1) za ugotovitev terjatev in pravic, ki jih je prerekal stečajni upravitelj, zoper stečajnega dolžnika in
- 2) če velja smiselna uporaba tretjega odstavka 300. člena tudi za stečajnega dolžnika, tudi tožbo za ugotovitev terjatev, ki jih je prerekal stečajni dolžnik (kot upnik), prav tako zoper stečajnega dolžnika.

To pomeni, da bo v postopku osebnega stečaja s 34 preizkušenimi terjativami vloženih najmanj 26 tožb oziroma začetih pravnih postopkov proti stečajnemu

⁵ Terjatev je prerekana, če jo prereka upravitelj v skladu s 61. členom tega zakona ali upnik v skladu s 63. členom tega zakona.

⁶ Navedba razlogov prerekanja terjatve ne pomeni, da sodišče v stečajnem postopku opravi preizkus razlogov prerekanja.

dolžniku, pri čemer stečajna masa ne zadostuje niti za ocenjene stroške teh postopkov.

Iz drugih podatkov stečajnega spisa (kazenski list) je očitno, da gre za »manj verodostojnega« stečajnega dolžnika, ki v času vložitve ugovora o prerekanju terjatev ni imel pogojev za odpust obveznosti in ga tudi ni podal. Predlagatelj stečaja je bila banka. Njegov (dopusten) ugovor o prerekanju večine terjatev po objavi osnovnega seznama je videti kot zloraba te procesne pravice z namenom podaljševanja postopka osebnega stečaja, povzročanja dodatnih pravnih stroškov in s tem morda časovno izpolniti pogoje za odpust obveznosti (izbris iz kazenske evidence). Kako se taki »manipulaciji« stečajnega dolžnika zoperstaviti? Ali ob prej navedenih izhodiščih (in dejstvu, da stečajni upravitelj ne more spremeniti svojih izjav o priznanju terjatev) sodišče lahko ugovor(e) stečajnega dolžnika o prerekanju terjatev zavrne z (ne)smiselno razlago, da terjatve po drugem odstavku 67. člena ZFPPIPP ne štejejo za prerekane, ker jih ni prekal upnik? Ali se naj sodišče vsebinsko obravnava ugovor stečajnega dolžnika zoper posamezno prekano terjatev? Ali naj sodišče prizna domnevano namero stečajnega dolžnika in upnike napoti na pravde? Zakaj je ugovor stečajnega dolžnika v osebnem stečaju o prerekanju terjatev sploh dopusten, če pa lahko z vsemi morebitnimi ugovori zoper prijavljene terjatve seznanil upravitelja pred izdelavo osnovnega seznama?

Odgovor:

Za odgovore na zastavljena vprašanja je treba najprej povzeti ustrezne določbe ZFPPIPP.

Najprej je treba pojasniti pravilno razumevanje prvega odstavka 383. člena ZFPPIPP. Ta ureja smiselno uporabo pravil, določenih v oddelkih od 5.1 do 5.10, ki urejajo stečajni postopek nad pravno osebo tudi v postopku osebnega stečaja. Seveda se v postopku osebnega stečaja uporabljajo tudi pravila postopka, urejena v 3. poglavju, saj gre v tem primeru za pravila, ki veljajo za vse postopke zaradi insolventnosti, razen če zakon za posamezno vrsto postopka določa drugače (45. člen ZFPPIPP).

V 56. členu ZFPPIPP so stranke glavnega postopka zaradi insolventnosti (opisno) opredeljene kot subjekti, ki so v glavnem postopku upravičeni opravljati procesna dejanja. Kot taki so navedeni:

1. vsak upnik, ki v tem postopku uveljavlja terjatev do insolventnega dolžnika, in
2. insolventni dolžnik, če zakon za posamezni postopek tako določa.

64. člen ZFPPIPP določa, da lahko v primeru, ko ima insolventni dolžnik položaj stranke postopka, tudi on prereka pravočasno prijavljeno terjatev upnika v tem postopku. V drugem odstavku tega člena pa je določeno, da se za ugovor insolventnega dolžnika o prerekanju terjatve smiselno uporabljajo določbe tega zakona o ugovoru upnika o prerekanju terjatev.

Glede na določilo 385. člena ZFPPIPP je tudi stečajni dolžnik stranka glavnega postopka osebnega stečaja.

Procesno upravičenje za prerekanje prijavljenih terjatev je poleg upnikom in stečajnemu dolžniku (pod pogoji iz 64. člena ZFPPIPP) priznано tudi stečajnemu upravitelju. Njegov položaj je nekoliko drugačen, saj to procesno upravičenje lahko uveljavlja le v okviru njegove izjave o prijavljenih terjatvah po 61. členu ZFPPIPP. Ta izjava o prerekanju posamezne terjatve mora biti vključena v osnovni seznam preizkušenih terjatev (5. točka četrtega odstavka 61. člena ZFPPIPP).

Iz navedenih določb povsem jasno izhaja, da ima stečajni dolžnik v postopku osebnega stečaja procesno legitimacijo za vložitev ugovora o prerekanju terjatev, ki so jih prijavili upniki v postopku osebnega stečaja, pri čemer se zanj smiselno uporabljajo določbe zakona o ugovoru upnika o prerekanju terjatev. V tem delu se torej ureditev v postopku osebnega stečaja razlikuje od ureditve v primeru stečaja nad pravno osebo. Kaj je razlog za drugačno ureditev?

Nujna posledica stečajnega postopka nad pravno osebo je, da subjekt ob končanju stečajnega postopka preneha z izbrisom iz sodnega registra (377. člen ZFPPIPP). Ko je stečajni postopek nad takšnim subjektom pravnomočno začel, je nadaljnji postopek usmerjen le še v unovčenje premoženjskega substrata tega subjekta in v čim višje poplačilo upnikov. Stečajni dolžnik sicer tudi po začetku stečaja ohranja pravno subjektiviteto in še vedno lahko sklepa pravne posle v obsegu, ki jih dopušča ZFPPIPP. Vendar so ti posli, ki jih v imenu stečajnega dolžnika kot zakoniti zastopnik sklepa upravitelj, namenjeni predvsem varovanju interesa upnikov. Druga pravna posledica stečajnega postopka nad pravno osebo pa se kaže v tem, da obveznosti stečajnega dolžnika do upnikov, ki v postopku stečaja niso bile poplačane, v razmerju med upnikom in stečajnim dolžnikom prenehajo. To pomeni, da stečajni dolžnik v stečajnem postopku ne varuje svojega lastnega interesa, zaradi katerega bi mu moralo biti priznано lastno upravičenje za opravljanje procesnih dejanj v tem postopku.

Drugačen pa je položaj v postopku osebnega stečaja. Glede na določbo 382. člena ZFPPIPP je namen vodenja postopka osebnega stečaja predvsem v tem, da se zagotovi čim višje poplačilo navadnih terjatev upnikov do stečajnega dolžnika iz njegovega (razpoložljivega) premoženja. Bistvena razlika med obema stečajnima postopkoma je torej v tem, da stečajni dolžnik v primeru osebnega stečaja z dokončanjem tega postopka ne preneha. Še vedno namreč ohranja lastno subjektiviteto, ki vključuje vse ustavno zagotovljene temeljne pravice. Z dokončanjem osebnega stečaja prenehajo tudi omejitve poslovne sposobnosti, kot so opredeljene v 386. členu ZFPPIPP. Druga odločilna razlika med obema stečajnima postopkoma pa je v tem, da po končanju postopka osebnega stečaja neplačane obveznosti stečajnega dolžnika ne prenehajo. S sklepom o končanju postopka osebnega stečaja sodišče stečajnemu dolžniku naloži tudi, da plača neplačani del terjatev, ki kljub temu, da so bile v stečajnem postopku priznane, niso bile plačane (prvi odstavek 396. člena ZFPPIPP). Seznam neplačanih priznanih terjatev mora biti vključen v sklep o končanju postopka osebnega stečaja (drugi odstavek 396. člena ZFPPIPP) in ta sklep je izvršilni naslov za izterjavo neplačanih priznanih terjatev.

Zaradi navedenih značilnosti postopka osebnega stečaja je stečajnemu dolžniku treba priznati lastni interes, ki ga upravičeno ima v postopku osebnega stečaja. Ker

obseg terjatev, ki se priznajo v postopku osebnega stečaja, neposredno vpliva na njegov premoženjski položaj tudi po končanju stečajnega postopka, mora zakon omogočiti stečajnemu dolžniku učinkovito sodno varstvo takšnega položaja. To pomeni, da mora biti tudi stečajnemu dolžniku omogočeno, da prepreči priznanje tistih prijavljenih terjatev upnikov, za katere meni, da nimajo ustrezne pravne podlage. S tem, ko je zakon stečajnemu dolžniku v postopku osebnega stečaja priznal položaj stranke postopka in mu omogočil, da lahko tudi sam prereka pravočasno prijavljene terjatve upnikov, mu je takšno sodno varstvo zagotovljeno. Glede potrebe po zagotovitvi ustreznega varstva položaja stečajnega dolžnika je treba omeniti, da obseg priznanih terjatev vpliva na položaj stečajnega dolžnika tudi v primeru, kadar se hkrati vodi postopek odpusta obveznosti. Obseg in vrsta obveznosti, ki jih ima stečajni dolžnik, sta lahko upoštevana tudi kot merilo za presojo dopustnosti vodenja postopka odpusta obveznosti (tretji odstavek 399. člena ZFPPIPP) oziroma za določitev preizkusne dobe (četrti odstavek 400. člena ZFPPIPP).

Treba je odgovoriti še na vprašanje izpostavljeno dilemo, zakaj ima stečajni dolžnik pravico do lastnega ugovora o prerekanju terjatev, če bi lahko z vsemi ugovori seznanil upravitelja pred izdelavo osnovnega seznama prijavljenih terjatev. Dilema izhaja iz napačnega izhodišča. Res je, da je poslovna sposobnost stečajnega dolžnika iz postopka osebnega stečaja omejena (386. člen ZFPPIPP). Vendar se ta ureditev ne razteza na položaj stečajnega dolžnika v postopku osebnega stečaja.⁷ Poenostavljeno povedano, stečajni upravitelj ne nastopa kot zakoniti zastopnik stečajnega dolžnika v osebnem stečaju, ko v tem postopku ta nastopa kot stranka tega postopka. Pravica upravitelja, da lahko prereka prijavljene terjatve, ne izvira iz njegovega položaja kot zakonitega zastopnika stečajnega dolžnika, temveč iz njegovega položaja kot posebnega organa stečajnega postopka, ki mu zakon nalaga izvedbo potrebnih procesnih dejanj zaradi zagotavljanja uresničitve interesov upnikov za čim večje poplačilo v stečaju. Upravitelj mora to zakonsko dolžnost (izjava o prijavljenih terjativah) opraviti s predpisano skrbnostjo (98. člen ZFPPIPP). Lahko so mu pri tem v pomoč tudi informacije, ki jih je dobil od stečajnega dolžnika ali drugih upnikov, vendar je odločitev o tem, ali bo te informacije upošteval in posamezno prijavljeno terjatev prerekal, upraviteljeva. Položaj drugih upnikov in stečajnega dolžnika pa je zavarovan tudi v primeru, ko upravitelj ne prereka terjatve, saj lahko vsak od njih prepreči priznanje terjatve z vložitvijo ugovora o prerekanju terjatve. Na ta način upniki in stečajni dolžnik, ki se ne strinjajo z upraviteljevim priznanjem terjatve, dosežejo, da se o obstoju terjatve (ki jo prerekajo z ugovorom), odloča v ločenem (pravdnem) postopku. Položaj stečajnega dolžnika je v tem delu povsem izenačen s položajem drugih upnikov.

Ob tem pa je treba upoštevati, da sodišče v stečajnem postopku ne presoja utemeljenosti ugovora o prerekanju terjatve, temveč opravi le formalni preizkus popolnosti ugovora (sedmi in osmi odstavek 63. člena ZFPPIPP). Zavrženje ugovora stečajnega dolžnika⁸ bi sodišče lahko oprlo le na formalne pomanjkljivosti, ne pa na vsebinski preizkus (ne)utemeljenosti ugovora. Zato pritrjujem stališču, zavzetim v sklepu pritožbenega sodišča Cst 284/2017, ki je citirano v izhodiščnem vprašanju.

7 Glej 10. točko obrazložitve sklepa Ustavnega sodišča Up-949/12 z dne 10. 10. 2013.

8 Enako velja glede ugovorov upnikov.

Ovira za priznanje prijavljene terjatve v postopku osebnega stečaja so zato lahko:

- upraviteljevo prerekanje terjatve v okviru izjave v osnovnem seznamu preizkušenih terjatev,
- ugovor o prerekanju terjatve, ki ga je vložil katerikoli upnik stečajnega postopka glede terjatve drugega upnika, ali
- ugovor, ki ga je vložil stečajni dolžnik.

Enak učinek nastopi tudi v primeru katerekoli kombinacije teh načinov prerekanja terjatve. V nadaljevanju je zato treba odgovoriti na vprašanje, koga napotiti na pravdo v sklepu o preizkusu terjatev in kakšen je procesni položaj stečajnega dolžnika v taki pravdi.

Drugi in tretji odstavek 300. člena ZFPPIPP povsem jasno določata, da mora upnik, katerega terjatev je prerekana, v enomesečnem roku vložiti tožbo za ugotovitev obstoja prerekane terjatve proti upniku, ki je terjatev prerekal, oziroma proti stečajnemu dolžniku, če je terjatev prerekal upravitelj. V prvem primeru bo torej pravda tekla med dvema upnikoma. Če bo upnik, ki je prerekal terjatev, v pravdi uspel, bo njegov uspeh koristil vsem upnikom. Če je zaradi upraviteljevega prerekanja terjatve tožba vložena proti stečajnemu dolžniku, bo stečajnega dolžnika v tej pravdi zastopal upravitelj kot njegov zakoniti zastopnik (2. točka drugega odstavka 97. člena ZFPPIPP). Pri tožbi zaradi prerekanja terjatve gre za pravno dejanje, ki je v zvezi s preizkusom terjatev. Če stečajni dolžnik ni tudi sam vložil ugovora zaradi prerekanja terjatve, v takšni pravdi ne more samostojno opravljati procesnih dejanj.⁹

Odgovor pa se nekoliko zaplete v primeru, ko je ugovor o prerekanju terjatve vložil (tudi) stečajni dolžnik. Glede na drugi odstavek 64. člena ZFPPIPP je treba smiselno uporabiti določila zakona o ugovoru upnika o prerekanju terjatev. Treba je torej smiselno uporabiti tretji odstavek 300. člena ZFPPIPP, kar pomeni, da mora upnik, katerega terjatev je prerekal stečajni dolžnik, tožbo vložiti proti stečajnemu dolžniku. Glede napotitve na pravdo je torej enako kot v primeru, ko je terjatev prerekal upravitelj. Vendar menim, da je treba razlikovati procesna položaja stečajnega dolžnika glede vprašanja, kdo je upravičen v pravdi zastopati stečajnega dolžnika. Če bi zavzeli stališče, da stečajnega dolžnika tudi v takšni pravdi zastopa upravitelj, bi to pomenilo, da bi lahko upravitelj, ki se je kot organ stečajnega postopka že opredelil do terjatve in je ni prerekal, v pravdi zastopal drugačno stališče kot stečajni dolžnik. Ne nazadnje bi lahko tožbeni zahtevek upnika celo pripoznal. S tem pa bi bilo stečajnemu dolžniku onemogočeno sodno preizkušanje obstoja prerekane terjatve. Zato menim, da bi moralo sodišče v primeru, ko je stečajni dolžnik sam prerekal prijavljeno terjatev, v pravdi, do katere pride po tem, stečajnemu dolžniku priznati upravičenje, da sam nastopa v pravdi kot toženec, oziroma da si za zastopanje izbere pooblaščenca. Če zakon stečajnemu dolžniku daje procesno upravičenje za prerekanje posamezne terjatve, mu mora biti omogočeno, da svoj interes, ki ga je želel s tem zavarovati, varuje tudi

⁹ Vrhovno sodišče je že večkrat zavzelo stališče, da lahko vložil pravno sredstvo v pravdi, katere predmet je premoženje, ki spada v stečajno maso, v imenu stečajnega dolžnika le upravitelj kot njegov zakoniti zastopnik (sklepi X lps 215/2016 z dne 22. 6. 2016, III lps 124/2015 z dne 22. 11. 2016 in X lps 251/2016 z dne 30. 11. 2016).

v sodnem postopku, ki je nujna posledica prerekanja terjatve. Takšna razlaga bi bila tudi v skladu z osnovnim izhodiščem, ki izhaja iz drugega in tretjega odstavka 300. člena ZFPPIPP, da ima upnik, ki vloži tožbo za ugotovitev terjatve, na toženi strani tistega, ki je prerekal terjatev. Iz takšne razlage pa izhaja, da bi pravdno sodišče moralo tožbo upnika prerekane terjatve v odgovor vročati stečajnemu dolžniku, ki je prerekal terjatev.

Ob pojasnjem upravičenju stečajnega dolžnika, da lahko sam nastopa v pravdi, do katere pride zaradi njegovega prerekanja prijavljene terjatve, bi morali razjasniti še procesni položaj v primeru, ko bi terjatev prerekala tako upravitelj kot tudi sam stečajni dolžnik. Menim, da bi bilo tudi v tem primeru treba priznati stečajnemu dolžniku enako procesno sposobnost za nastopanje v pravdi. Pri tem pa bi bilo treba smiselno uporabiti pravila ZPP o nujnem sosporništvu. Opozoriti velja, da se v skladu s 3. točko drugega odstavka 383. člena ZFPPIPP v postopku osebnega stečaja ne uporablja četrti odstavek 300. člena ZFPPIPP. Vendar je smisel izključitve uporabe te določbe le v tistem delu, ko je v stečaju nad pravno osebo v primeru nevložitve tožbe proti vsem, ki so prerekali terjatev, določena pravna posledica prenehanja prerekane terjatve v razmerju do stečajnega dolžnika. Takšna pravna posledica v postopku osebnega stečaja torej ne nastane. To pa ne pomeni, da v postopku osebnega stečaja upniku, terjatev katerega je prerekana, ne bi bilo treba vložiti tožbe proti vsem, ki so prerekali terjatev. Vsi, ki so terjatev prerekali, morajo na toženi strani nastopati kot nujni sosporniki, njihova procesna dejanja pa se upoštevajo v korist vseh. Če bi terjatev prerekala tako upravitelj kot stečajni dolžnik, bi bila tožba pravilno vložena tako, da bi bil kot toženec opredeljen le stečajni dolžnik. Procesno upravičenje nastopanja v imenu toženca pa bi pravdno sodišče moralo priznati tako upravitelju kot tudi stečajnemu dolžniku (oziroma od njega izbranemu pooblaščenču). Njuna procesna dejanja pa bi moralo upoštevati po načelu najkoristnejšega za toženo stranko. Nobeden od njiju torej ne bi mogel sam pripoznati zahtevka.

Primerljiv procesni položaj bi nastal tudi v primeru prerekanja terjatve, ki temelji na izvršilnem naslovu (smiselna uporaba 302. člena ZFPPIPP). Razlika je le v tem, da na aktivni strani tisti, ki so prerekali takšno terjatev, ne nastopajo kot nujni, temveč le kot enotni sosporniki. Vsak, ki je prerekal terjatev, ima pravico vložiti tožbo (smiselna uporaba drugega odstavka 302. člena ZFPPIPP). Tožbo lahko skupaj vloži več upravičencev. Če bi več upravičencev vložilo vsak svojo tožbo, pa bi sodišče moralo pravde združiti, saj morajo vsi tožniki nastopati kot enotna pravdna stranka.

Navedeni odgovori tako nakazujejo, da je položaj stečajnega dolžnika, ki prereka posamezno terjatev, povsem primerljiv s položajem upnikov, ki lahko prerekajo terjatve. Ne bi smeli izključiti tudi možnosti zlorabe procesnih pravic, kar velja tudi pri upnikovem prerekanju terjatev. Vendar je treba biti pri tem previden. Sklepanja na zlorabo pravice ne bi mogli opreti le na ugotovitev o manj verjetni utemeljenosti ugovora o prerekanju terjatve, saj, kot je bilo že pojasnjeno, ta presoja ne spada v pristojnost stečajnega sodnika. Enako velja za sklepanje, naj bi šlo za „manj verodostojnega“ stečajnega dolžnika. V primeru nekonkretiziranih ugovorov stečajnega dolžnika je bolj smiseln preizkus popolnosti ugovora po sedmem odstavku 63. člena ZFPPIPP. Če razumemo pravico stečajnega dolžnika, da lahko

prereka terjatve upnikov, kot uresničevanje njegove pravice do sodnega varstva, bi v primeru popolnosti ugovora težko utemeljili zlorabo procesnih pravic. Po eni strani tudi pravdni postopki, v katerih stečajni dolžnik ne bi imel velikih možnosti za uspeh, ne bi smeli trajati nerazumno dolgo. Po drugi strani pa je legitimno vprašanje, ali bi bil stečajni dolžnik v primeru prenehanja ovire za odpust obveznosti v tem času deležen kakšne neutemeljene koristi? Ali bi takšnemu dolžniku, nad katerim je bil pravnomočno končan stečajni postopek, po prenehanju ovire za odpust obveznosti smeli odreči pravico, da takšen odpust uveljavlja v novem stečajnem postopku? Celo v primeru, da bi bil v prvem postopku osebnega stečaja predlog odpusta obveznosti zavržen zaradi ovire, ki je navedena v vprašanju, prenehanje ovire zaradi izbrisa iz kazenske evidence ne povzroči nove (desetletne) ovire za odpust obveznosti (glej drugo alinejo 2. točke drugega odstavka 399. člena ZFPPIPP).

2.2 Primarni in sekundarni namen vodenja postopka osebnega stečaja

Presoja pravnega interesa, primarnega in sekundarnega namena osebnega stečaja, vezano na nosilni razlog, da dolžnik s predlaganim odpustom ne bo uspel zaradi kazenske obsodbe.

Primeri:

- *dolžnik ima obveznost zaradi škode, povzročene s kaznivim dejanjem – kako postopati, če ima dolžnik samo tovrstno obveznost;*
- *kako postopati, če je povrnitev škode tudi posebni pogoj v kazenski sodbi,*
- *kako je v primeru, če je izdana civilna sodba za povrnitev škode;*
- *(primeri: sklepi VSL Cst 46/2013 z dne 5. 2. 2013, Cst 583/2015 z dne 14. 10. 2015, Cst 656/2015 z dne 11. 11. 2015, Cst 719/2015 z dne 8. 12. 2015, Cst 35/2016 z dne 20. 1. 2016, Cst 131/2016 z dne 1. 3. 2016, Cst 231/2016 z dne 13. 4. 2016, Cst 482/2016 z dne 20. 7. 2016 in Cst 19/2018 z dne 16. 1. 2018).*

Odgovor:

Iz judikatov, navedenih v vprašanju, izhaja usklajeno stališče pritožbenega sodišča o dveh namenih postopka osebnega stečaja. Primarni namen je izrecno opredeljen v prvem odstavku 382. člena ZFPPIPP, tj. poplačilo navadnih terjatev upnikov stečajnega dolžnika hkrati in v enakih deležih. Da bi bil ta namen lahko dosežen, mora biti poleg insolventnosti dolžnika izpolnjen še en materialni pogoj: obstoj premoženja stečajnega dolžnika, ki naj bi bilo po unovčenju vir za (vsaj delno) poplačilo terjatev upnikov. Če ta pogoj ni izpolnjen, takšnemu namenu ni mogoče zadostiti v predlaganem stečaju.

Sekundarni namen postopka osebnega stečaja pa izhaja posredno iz določb pododdelka 5.11.2 ZFPPIPP, predvsem iz drugega odstavka 397. člena ZFPPIPP, iz katerega izhaja, da se postopek za odpust obveznosti izvede v postopku osebnega stečaja. Če je zakon uredil institut odpusta obveznosti kot način, na katerega se lahko dolžnik, ki izpolnjuje predpisane zakonske pogoje, razbremeni neporavnanih obveznosti, bi bilo v nasprotju z ustavnim načelom enakosti pred zakonom, če bi možnost takšnega izboljšanja svojega premoženjskega položaja odrekli dolžniku, ki nima niti toliko premoženja, da bi bil zadovoljen primarni

interes za začetek stečajnega postopka (delno poplačilo upnikov). Ker gre pri postopku odpusta obveznosti za predlagalni postopek, se sekundarni namen postopka osebnega stečaja lahko preizkuša le pod pogojem, da je dolžnik še pred odločitvijo sodišča vložil (tudi) predlog za odpust obveznosti. Tudi sekundarni namen vodenja postopka osebnega stečaja pa je izključen v primeru, ko obstajajo ovire za odpust obveznosti iz drugega do četrtega odstavka 399. člena ZFPPIPP. Prav tako pa sekundarni namen vodenja osebnega stečaja ne more biti podan v primeru, ko se dolžnikov predlog za odpust obveznosti nanaša na neodpušljive obveznosti po drugem odstavku 408. člena ZFPPIPP. Ob tem velja opozoriti, da je bil pretežni del odločb pritožbenega sodišča, na katera se sklicuje vprašanje, izdanih pred začetkom veljavnosti novele ZFPPIPP-G (26. 4. 2016), s katero je bil spremenjen 399. člen, ki ureja ovire za odpust obveznosti. Zato vsa stališča, ki so bila zavzeta glede na prej veljavno ureditev ovir za odpust obveznosti, niso več v celoti ustrezna. To velja predvsem za primere, v katerih se presoja pravnega interesa nanaša na oviro zaradi še neizbrisane obsodbe iz kazenske evidence (na primer Cst 583/2015, Cst 656/2015), oziroma na preizkus odpustljivosti obveznosti po 408. členu ZFPPIPP (Cst 35/2016). Iz ureditve po začetku veljavnosti novele ZFPPIPP-G pa izhajata poznejši odločbi Cst 482/2016 in Cst 19/2018.

Glede na vprašanje so težave povezane predvsem s kazensko obsodbo dolžnika. Kot je bilo že omenjeno, ZFPPIPP ureja posledice kazenske obsodbe dolžnika v povezavi s postopkom odpusta obveznosti v dveh ločenih sklopih: (1) kot okoliščino, ki pomeni oviro za vodenje postopka odpusta obveznosti (1. točka drugega odstavka 399. člena ZFPPIPP), in (2) kot okoliščino v povezavi z opredelitvijo neodpušljivosti (posameznih) obveznosti (408. člen ZFPPIPP).

Za ugotovitev ovire za vodenje postopka odpusta obveznosti je ustrezna okoliščina pravnomočna obsodba dolžnika za kaznivo dejanje proti premoženju ali gospodarstvu, ki še ni oziroma ki do konca preizkusne dobe še ne bo izbrisana iz kazenske evidence.¹⁰ To pomeni, da je v povezavi z ugotavljanjem te ovire pomembna vrsta kaznivega dejanja, za katero je bil dolžnik obsojen, ni pa pomembno, ali je dolžnik s kaznivim dejanjem tudi pridobil protipravno premoženjsko korist oziroma, ali je povzročil materialno škodo (razen če je to zakonski znak kaznivega dejanja, kar pa mora biti upoštevano v obsodilni kazenski sodbi). Že pred novelo ZFPPIPP-G se je sodna praksa večkrat izrekla glede opredelitve, kako razumeti opisni pojem *kaznivo dejanje proti premoženju ali gospodarstvu*. Že precej časa je zato ustaljeno stališče sodne prakse, da te razvrstitve ni mogoče razlagati ozko le na podlagi razvrstitve kaznivih dejanj v Kazenskem zakoniku (sklepi VSL Cst 205/2012 z dne 18. 7. 2012, Cst 123/2014 z dne 1. 4. 2014, Cst 656/2015 z dne 11. 11. 2015 in Cst 719/2015 z dne 8. 12. 2015).

Glavna posledica obstoja ovire za odpust obveznosti iz 1. točke drugega odstavka 399. člena ZFPPIPP je, da zoper takšnega dolžnika sploh ni mogoče voditi postopka za odpust obveznosti ne glede na vrsto obveznosti dolžnika. Če je postopek začet, je s tem podan ugovorni razlog iz 1. točke prvega odstavka 402. člena ZFPPIPP. Če pa se ugotovi obstoj ovire za odpust obveznosti že ob preizkušanju pravnega

¹⁰ Menim, da je v obrazložitvi sklepa Cst 482/2016 ustrezno obrazloženo, kako naj sodišče upošteva časovne okvire možnosti izbrisa.

interesa za vodenje postopka osebnega stečaja in pod pogojem, da ni izkazan niti primarni interes za takšen postopek (neobstoj premoženja), pa mora sodišče (tudi) predlog za začetek postopka osebnega stečaja zavreči.

Kakšen je položaj dolžnika, ko ta ovira preneha? V skladu z utemeljitvijo sklepa Cst 482/2016 ta ovira preneha pet let pred iztekom roka za izbris obsodbe iz evidence. Ob tem pa je treba dodati, da tudi po začetku postopka odpusta obveznosti lahko nastane nova ovira (nova obsodilna sodba) in s tem ugovorni razlog, ki pripelje do ustavitve postopka odpusta obveznosti in zavrnitve predloga za odpust obveznosti (1. točka prvega odstavka 406. člena ZFPPIPP). Če je bil v tem primeru postopek osebnega stečaja začel le zaradi sekundarnega namena vodenja postopka in ni premoženja stečajnega dolžnika, pa mora stečajni upravitelj predlagati končanje stečajnega postopka brez razdelitve upnikom (378. člen v zvezi s 383. členom ZFPPIPP).

Če je ob vložitvi dolžnikovega predloga že prenehala ovira za odpust obveznosti, povezana z izbrisom obsodilne kazenske sodbe, mora sodišče preizkusiti tudi morebitni obstoj ovir iz 2. točke drugega odstavka 399. člena ZFPPIPP, ki so vezane na desetletni rok od pravnomočne zavrnitve prejšnjega predloga dolžnika. Ali na to presojo kakorkoli vplivajo dolžniku prisojene obveznosti v kazenskem postopku zaradi uveljavljanega premoženjskoprnega zahtevka oškodovanca, odvzema premoženjskopravne koristi ali prisojene denarne kazni? Morebitna neizpolnitev teh obveznosti iz kazenske obsodilne sodbe sama po sebi ni ovira za vodenje postopka odpusta obveznosti. Je pa ovira za odpust teh obveznosti podana v drugem odstavku 408. člena ZFPPIPP, v katerem je določeno neučinkovanje odpusta na tovrstne obveznosti. To pomeni, da mora sodišče v primeru obstoja tako odpustljivih terjatev iz prvega odstavka 408. člena ZFPPIPP kot tudi neodpustljivih terjatev iz drugega odstavka istega člena začeti postopek odpusta obveznosti, ki pa po končanju postopka učinkuje le za odpustljive terjatve. Če pa bi sodišče iz dolžnikovega predloga lahko sklepalo na obstoj le neodpustljivih terjatev iz drugega odstavka 408. člena ZFPPIPP, pa bi bil s tem izključen pravni interes dolžnika za vodenje postopka odpusta obveznosti. Zato bi moralo sodišče tak dolžnikov predlog zavreči.

Na koncu je treba razjasniti še vprašanje, kako je z odpustljivostjo (1) odškodninske terjatve za škodo, povzročeno s kaznivim dejanjem, (2) terjatve iz izrečene denarne kazni ali (3) odvzema premoženjske koristi. Glede terjatve na plačilo denarne kazni in vračila premoženjske koristi zakon določa, da so absolutno neodpustljive. Gre za terjatve, o katerih je lahko odločeno le v kazenskem postopku (74. člen Kazenskega zakonika – KZ-1). Drugačen položaj je pri uveljavljanju premoženjskoprnega (odškodninskega oziroma obogatitvenega) zahtevka. Gre za terjatev, ki pripada oškodovancu. Njegova odločitev je, ali bo tovrsten zahtevek uveljavljal v kazenskem postopku. Lahko pa kazensko sodišče pod pogoji iz 105. člena Zakona o kazenskem postopku (ZKP) oškodovanca napoti na uveljavljanje tega zahtevka v pravdi. Tako so v primeru presoje možnosti odpusta tovrstnih obveznosti dolžnika mogoče različne možnosti. Lahko je bilo o premoženjskoprnem zahtevku že odločeno v kazenskem postopku in je kazenska sodba v tem delu izvršilni naslov. Druga možnost je, da je bilo o zahtevku odločeno v pravnem postopku (če v kazenskem postopku oškodovanec sploh ni uveljavljal premoženjskoprnega

zahtevka ali če je bil na pravdo napoten v kazenskem postopku). Tretja možnost je, da o tem zahtevku sploh še ni bilo odločeno in pravdni postopek še teče ali pa oškodovanec tožbe sploh še ni vložil.

Če je bilo o odškodninskem zahtevku odločeno v kazenskem postopku, je treba razlikovati dve možnosti. Če je bil le prisojen odškodninski zahtevak, je učinek tega dela izreka kazenske sodbe povsem izenačen z učinkom sodbe, izdane v odškodninski pravdi. V skladu s tretjim odstavkom 57. člena KZ-1 pa lahko sodišče pri izreku pogojne obsodbe določi, da bo določena kazen izrečena tudi, če obsojenec v določenem roku v okviru preizkusne dobe ne vrne premoženjske koristi oziroma ne poravnava škode oškodovancu. V 2. točki drugega odstavka 408. člena ZFPPIPP je za te odškodninske terjatve določeno, da odpust obveznosti dolžnika nanje ne vpliva. Takšna odškodninska obveznost je torej izenačena z obveznostmi iz naslova denarne kazni ali odvzema premoženjske koristi, na katere prav tako ne vpliva odpust obveznosti.

Več dilem odpira dopolnitev z novelo ZFPPIPP-G, ki je v novi 5. točki drugega odstavka 408. člena ZFPPIPP določila, da odpust obveznosti ne vpliva za terjatve iz naslova povrnitve škode, povzročene namerno ali zaradi hude malomarnosti. Ta omejitev ni vezana le na škodo, povzročeno s kaznivim dejanjem, temveč na vse odškodninske obveznosti. To pa pomeni, da bi stečajno sodišče predlog za začetek postopka odpusta obveznosti lahko zavrglo tudi v primeru, če ima dolжник le odškodninske obveznosti, če je pri dolžnikovem ravnanju šlo za namerno ravnanje ali za hudo malomarnost. Predvidevamo lahko, da bodo pri ugotavljanju tega dejanskega stanja pogosto nastale težave. Po eni strani zato, ker je treba stopnjo krivde presojati po civilnopravnih predpisih¹¹ (OZ), ki stopnje krivde izrecno ne urejajo. Za nastanek odškodninske odgovornosti praviloma zadostuje najnižja stopnja krivde. Zato tudi sodbe, s katerimi je bilo odločeno o odškodninskem zahtevku, praviloma ne vsebujejo ugotovitev o (višji) stopnji krivde. Zato bi bil verjetno koristen napotek, da bi bilo dopustno sklepati na neodpušljivost odškodninske terjatve in posledično na neizkazani pravni interes za vodenje postopka odpusta obveznosti le v primerih, ko je očitno, da gre za višjo stopnjo krivde dolžnika pri nastanku škode. Glede škode, ki izvira iz kaznivega dejanja, bi bilo mogoče zelo zanesljivo v tej smeri sklepati pri naklepnih kaznivih dejanjih.

2.3 Ločitveni upnik kot predlagatelj postopka osebnega stečaja

382. člen ZFPPIPP glede namena postopka osebnega stečaja določa, da se ta postopek vodi, da bi vsi upniki iz premoženja stečajnega dolžnika prejeli plačilo svojih navadnih terjatev do stečajnega dolžnika hkrati in v enakih deležih. Sodna praksa izrecno dopušča, da lahko predlaga začetek stečajnega postopka nad fizično osebo tudi ločitveni upnik, oziroma da je dopustno začeti stečajni postopek tudi v primerih, ko ima dolжник samo ločitvenega upnika, nima pa navadnih terjatev (vsaj v predhodnem postopku jih nihče niti ne zatrjuje). Pri tem se sodna praksa sklicuje na uporabo določbe 231. člena ZFPPIPP (sklep VSL Cst 359/16 z dne 7. 6. 2016).

¹¹ Pri tem pritrjujem stališču, zavzetem v sklepu Cst 19/2018.

Vprašanje: Ali je takšna sodna praksa v skladu z določbo 382. člena ZFPPIPP, saj ta izrecno določa, da je namen osebnega stečaja plačilo navadnih terjatev? Ali je uporaba določbe 231. člena ZFPPIPP (ki se v postopku osebnega stečaja uporablja le smiselno) dopustna ne glede na določbo 382. člena ?

Odgovor:

Določbe 382. člena ZFPPIPP, ki je umeščena v določbe, ki urejajo postopek osebnega stečaja, ne gre razumeti tako, kakor da bi na drugačen način urejala procesno legitimacijo za vložitev predloga za začetek stečajnega postopka v primerjavi z ureditvijo procesne legitimacije za vložitev predloga za začetek stečajnega postopka nad pravno osebo. Zato je napačno izpostavljena dilema v vprašanju, ali je določba 231. člena uporabljiva tudi za postopek osebnega stečaja. Menim, da bi bilo bolj primerno izpostaviti dilemo, ali je mogoče ločitvenemu upniku v vsakem primeru priznati procesno upravičenje za vložitev predloga za začetek stečajnega postopka nad dolžnikom.

V stečajnem postopku, ki pomeni splošno izvršbo na dolžnikovem premoženju, je uveljavljeno temeljno načelo enakega obravnavanja upnikov, ki so v enakem položaju do dolžnika (46. člen ZFPPIPP). Uveljavljeno je torej drugačno pravilo, kot velja v individualni izvršbi, v kateri velja načelo vrstnega reda (*prior tempore, potior iure*). Ločitvena pravica je v 19. členu ZFPPIPP opredeljena kot pravica upnika do plačila njegove terjatve iz določenega premoženja insolventnega dolžnika pred plačilom terjatev drugih upnikov tega dolžnika iz tega premoženja. Pomeni torej močnejši položaj takšnega upnika v razmerju do drugih upnikov, ki nimajo tako zavarovanega položaja. Ločitvena pravica pomeni ugodnejši (zavarovan) položaj upnika, in ne dolžnika. V čem je položaj ločitvenega upnika, če bo sodno varstvo svoje zavarovane terjatve uveljavljal z individualno izvršbo, drugačen od primera uveljavljanja ločitvene pravice v stečajnem postopku? Lahko je ovira za uveljavljanje izvršbe že v tem, da upnik še nima izvršilnega naslova (primer: upnik ima vknjiženo hipoteko, moral bi najprej vložiti hipotekarno tožbo). Lahko je izvršbo na zavarovanem premoženju že predlagal, pa je bila neuspešna. Najpogosteje pa se ločitveni upnik odloči za predlaganje stečajnega postopka nad dolžnikom takrat, kadar obstaja negotovost, ali zavarovano premoženje zadošča za poplačilo celotne terjatve. V neplačanem delu terjatve bi imel upnik položaj navadnega upnika. Gre za okoliščine, ki se z gotovostjo lahko ugotovijo šele po prodaji zavarovanega premoženja. Enako negotovo je vprašanje obstoja navadnih terjatev drugih upnikov. Po drugi strani pa je po začetku stečajnega postopka boljši položaj upnika v primerjavi s posamično izvršbo tudi v tem, da se na podlagi izpodbijanja pravnih dejanj stečajnega dolžnika lahko uveljavlja vrnitev premoženja v stečajno maso.

Določba 321. člena ZFPPIPP, ki se glede na prvi odstavek 383. člena ZFPPIPP uporablja tudi v postopku osebnega stečaja, določa, da mora upnik za utemeljitev procesne legitimacije za vložitev predloga za začetek stečajnega postopka verjetno izkazati obstoj terjatve. Zakon uporablja splošni pojem terjatve. Na tem odprtem pojmu očitno temelji ustaljeno stališče sodne prakse, da lahko kot predlagatelj stečajnega postopka nad dolžnikom nastopa tudi ločitveni upnik, in ne samo imetnik navadnih terjatev. V odločbi Cst 359/2016, na katero se sklicuje vprašanje, je zavzeto stališče, da bi ob odsotnosti zakonskih določb, ki bi upnika zavarovane terjatve izključevala iz kroga upravičenih predlagateljev začetka stečajnega postopka, odrekanje te pravice takšnemu upniku pomenila kršitev

pravice do sodnega varstva. Po tem stališču bi torej sodišče moralo priznati takšno procesno upravičenje tudi upniku, ki ima zagotovljeno zavarovanje v premoženju, ki nedvomno presega višino zavarovane terjatve. Za odgovor na vprašanje, ali je takšno stališče sodne prakse pretrdo, je koristen pregled zakonske ureditve in zavzetih stališč glede istega vprašanja v pravnih redih, s katerimi se pogosto primerjamo glede na zgodovinsko tradicijo (Nemčija, Avstrija), oziroma v pravnih redih z območja nekdanje skupne države, v kateri je bil uveljavljen Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (Uradni list SFRJ, št. 84/89).

Nemčija (Insolvenzordnung – IO)

V § 13 IO so kot upravičeni predlagatelji za začetek insolvenčnega postopka določeni upniki in dolžnik. Zakon torej uporablja splošni pojem *upniki* (podobno kot 231. člen ZFPPIPP). Vendar je v §14 IO določeno, da je predlog upnika dopusten, če ima upnik pravni interes za začetek insolvenčnega postopka ter je verjetno izkazal svojo terjatev in razlog za začetek insolvenčnega postopka. Teorija pa obstoj pravnega interesa kot pogoja za procesno legitimacijo upnika razlaga tako, da ta ni podan pri upniku, čigar terjatev je očitno v celoti zavarovana in ki – ne glede na to, ali se bo vodil insolvenčni postopek ali ne – ne bi utrpel izgube. Pravni interes se ločitvenim upnikom priznava le v obsegu nezavarovanega dela terjatve.¹²

Avstrija (Insolvenzordnung IO)

§70 IO določa, da se na predlog upnika nemudoma začne insolvenčni postopek, če verjetno izkaže, da ima insolvenčno terjatev in da je dolžnik plačilno nesposoben. Zakon torej ne ureja posebej položaja ločitvenega upnika, niti se izrecno ne sklicuje na pravni interes. Vendar teorija poudarja, da insolvenčno sodišče preveri tudi, ali je upnik zlorabil svoje pravice, in predlog v primeru pomanjkanja interesa zavrne. Položaj insolvenčnega upnika pa ima ne glede na zavarovanje, če ima ločitveni upnik izgubo.¹³ Iz tega je mogoče sklepati, da se položaj upravičenega predlagatelja priznava ločitvenemu upniku le pod pogojem, da terjatev ni v celoti zavarovana.

Hrvaška (Stečajni zakon – Narodne novine RH, št. 71/15, in 104/17)

Zakon ima v tretjem odstavku 109. člena izrecno določbo, da je ločitveni upnik legitimiran za vložitev predloga za začetek stečajnega postopka le v primeru, da z verjetnostjo izkaže, da terjatev ne bo mogel poplačati iz predmeta, na katero se nanaša ločitvena pravica. Ta določba izključuje kakršenkoli dvom, da ločitveni upnik, ki ima v celoti zavarovano terjatev, ne more predlagati začetka stečajnega postopka nad dolžnikom.

Srbija (Zakon o stečaju – Službeni glasnik RS št. 104/2009, 99/2011, 71/12 in 83/14)

V 48. členu zakona je določeno, da je stečajni upnik oseba, ki ima na dan začetka stečajnega postopka nezavarovano terjatev proti stečajnemu dolžniku. V drugem odstavku 49. člena zakona je izrecno določeno, da ločitveni upniki niso stečajni upniki, razen v primeru, če je višina terjatev večja od zneska, pridobljenega s prodajo premoženja, na katerem ima upnik pravico do ločenega poplačila. V 55.

12 Karsten Schmidt: Insolvenzordnung, 19. izdaja, 2016, München, rob. št. 24, str. 149 in Klaus Wimmer: FK-InsO - Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 8. izdaja, 2015, Köln, rob. št. 55, str. 275.

13 Walter Buchegger: Insolvenzrecht, 3. izdaja, 2013, Verlag Österreich, stran 123.

členu pa zakon kot predlagatelj začetka stečajnega postopka določa upnika, dolžnika in likvidacijskega upravitelja. Če zakon izrecno izključuje položaj ločitvenega upnika kot stečajnega upnika, je tudi pojem ločitvenega upnika kot predlagatelja stečajnega postopka treba razlagati le v obsegu iz drugega odstavka 49. člena zakona, to je pod pogojem nezavarovanega dela terjatve.

Primerljive ureditve torej kažejo, da se zaradi izrecne zakonske izključitve (Hrvaška) ali zaradi pomanjkanja pravnega interesa (Nemčija, Avstrija) procesna legitimacija za vložitev predloga za začetek stečajnega postopka ne priznava ločitvenemu upniku, ki ima v celoti zagotovljeno zavarovanje svoje terjatve. Zato bi bil verjetno smiseln razmislek, ali je pravilno stališče ustaljene sodne prakse v Republiki Sloveniji, ki očitno priznava takšno procesno legitimacijo tudi ločitvenemu upniku, čigar terjatev do dolžnika je v celoti zavarovana z ločitveno pravico.

2.4 Stranke postopka zaradi insolventnosti – procesna legitimacija za pritožbo

Ali je določilo 56. člena ZFPPIPP, ki določa, kdo je lahko stranka postopka, absolutno tudi v primerih, ko bi nedopustitev udeležbe tretjemu lahko pomenila kršitev 23. oziroma 25. člena Ustave?

Primeri:

2.4.1 Ali ima upnik iz vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, od katere je stečajni upravitelj odstopil na podlagi 267. člena ZFPPIPP, pravico do pritožbe zoper sklep sodišča, s katerim je izdalo soglasje k uresničitvi odstopne pravice? Višje sodišče je to vprašanje obravnavalo v zadevi Cst 1/2018 z dne 10. 1. 2018. Odločili smo se za rešitev, ki pomeni odmik od zakonske ureditve, zato je vprašanje pomembno za prihodnjo prakso.

2.4.2 Ali ima služnostni upravičenec (ki ima vknjiženo služnost na dolžnikovi nepremičnini, ki se v stečaju proda) pravico do pritožbe proti sklepu o izročitvi nepremičnine kupcu iz tretjega odstavka 342. člena ZFPPIPP, ker ta sklep ne določa, da njegova služnost ostane? V skladu z določilom drugega odstavka 89. člena ZZK-1 se namreč po uradni dolžnosti izbrišejo vknjižene osebne služnosti, če ni v sklepu o izročitvi nepremičnine kupcu določeno, da posamezne od teh pravic ostanejo. Zato menim, da zemljiškopravno sodišče ne preverja, ali so izpolnjeni pogoji iz 3. točke prvega odstavka 342. člena ZFPPIPP.

Odgovor:

Najprej na splošno glede položaja stranke postopka in pravice do pritožbe.

126. člen ZFPPIPP glede procesne legitimacije za vložitev pritožbe proti sklepu v postopku zaradi insolventnosti razlikuje položaja:

- stranke postopka, ki ima pravico vložiti pritožbo proti vsakemu sklepu, razen če za posamezni sklep zakon določa, da pritožbo lahko vložijo samo nekatere stranke;
- upravitelja ali druge osebe, ki ni stranka postopka – takšna oseba ima pravico vložiti pritožbo samo proti sklepom, za katere tako določa zakon.

Pravilo je torej jasno in samo po sebi ne vzbuja dvomov. Pri opredelitvi stranke (glavnega) postopka, ki ima splošno priznano pravico do pritožbe, pa se zdi prav tako jasna določba 56. člena ZFPPIPP, ki kot stranke glavnega postopka opredeljuje insolventnega dolžnika in upnika, ki uveljavlja terjatev do insolventnega dolžnika. Kje so torej meje razlage navedenih določb pri priznavanju pravice do pritožbe?

V skladu s 3. členom Zakona o sodiščih je sodnik pri opravljanju sodniške funkcije vezan na ustavo in zakon. Zakonsko besedilo sicer lahko razlaga z uveljavljenimi razlagalnimi metodami. Teh pa ne more uporabiti, kadar je zakonsko besedilo tako jasno, da ne dopušča nobenega odmika od zapisanega besedila. Ob ugotovitvi, da naj bi posamezno zakonsko besedilo posegalo v ustavno zagotovljene pravice, ima sodnik le dve možnosti. Najprej mora preveriti, ali zakonsko besedilo dopušča takšno razlago, ki bo v skladu z ustavo. Če takšne možnosti ni, sodniku ne preostane drugega, kot da na podlagi prvega odstavka 23. člena Zakona o ustavnem sodišču vložiti zahtevo za ugotovitev neskladnosti zakona z ustavo. Sodnik torej ne sme le prezreti zakonske določbe, za katero meni, da ni v skladu z ustavo, saj bi bilo s tem kršeno načelo njegove vezanosti na zakon.

Navedene določbe ZFPPIPP zato glede splošne pritožbene pravice, ki pripada stranki, dopušča razlago le glede vprašanja, ali je posamezni osebi mogoče priznati položaj stranke postopka. Pravice do pritožbe osebi, ki ni stranka postopka, torej ni mogoče priznati le s sklicevanjem na ustavno priznano pravico do pravnega sredstva iz 25. člena ustave.

Primer 2.4.1

Glede položaja v primeru odstopa stečajnega dolžnika od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe

Bistvo ureditve v 267. členu ZFPPIPP je v tem, da daje zakon stečajnemu dolžniku odstopno upravičenje v vzajemno neizpoljenih dvostranskih pogodbah. Ta pravica pomeni odstop od temeljnega načela obligacijskega prava, da morajo stranke izpolniti prevzete pogodbene obveznosti (*pacta sunt servanda* – 9. člen Obligacijskega zakonika). To enostransko oblikovalno upravičenje je po eni strani časovno omejeno. Uveljavlja se z izjavo stečajnega upravitelja, ki pa učinkuje z odložnim pogojem, da je do izteka trimesečnega roka izdano soglasje sodišča. Ta odložni pogoj omogoča sodni preizkus, ali bodo z uresničitvijo odstopa doseženi ugodnejši pogoji za poplačilo upnikov. Ker je soglasje sodišča izdano v obliki sklepa, je takšno sklepanje lahko tudi predmet pritožbenega preizkusa. Ker 267. člen ZFPPIPP nima določbe, ki bi posebej urejala pravico do pritožbe, velja splošno pravilo iz prvega odstavka 126. člena ZFPPIPP, po katerem pripada to upravičenje (le) vsaki stranki postopka, torej upnikom, ki (že) uveljavljajo terjatve v stečajnem postopku. To pomeni, da zoper zavrnitev soglasja ni mogoče priznati pritožbenega upravičenja niti stečajnemu upravitelju niti drugim osebam, ki niso stranke postopka.

Kakšen je položaj druge pogodbene stranke iz pogodbe, za katero je upravitelj uveljavil odstopno upravičenje? Poseben je v tem, da položaj stranke v stečajnem postopku v povezavi z vzajemno neizpolnjeno dvostransko pogodbo lahko uveljavi šele zaradi uresničitve odstopa od pogodbe, ko lahko uveljavlja terjatve iz naslova

vračila delne izpolnitve oziroma odškodnino zaradi razveze pogodbe (četrta in šesta odstavka 268. člena ZFPPIPP). Isti subjekt pa ima seveda lahko priznan status stranke v postopku na podlagi že prej prijavljenih terjatev v stečajnem postopku.

Ali zakon omogoča razlago, na podlagi katere bi drugi pogodbeni stranki še pred uresničitvijo odstopnega upravičenja priznali položaj stranke v postopku in s tem pritožbeno upravičenje za izpodbijanje sklepa o soglasju k odstopu od pogodbe? Sam ne vidim podlage za takšno (ustavno skladno) razlago. Osnovna nelogičnost takšne razlage je v tem, da bi na ta način priznali položaj stranke v postopku nekemu, ki ima izrecen nasprotni interes, saj želi preprečiti učinek odstopa od pogodbe, ki bi mu omogočil pridobitev položaja stranke postopka. Položaj stranke postopka bi takšni osebi torej priznali samo zato, da bi v pritožbenem postopku dokazala, da ni (oziroma ne bo) stranka postopka.

Ali je s tem, ko zakon drugi pogodbeni stranki v postopku odločanja o izdaji soglasja sodišča k odstopu od pogodbe ne priznava posebnega pritožbenega upravičenja, nesorazmerno poseženo v pravice take osebe pri varovanju njenega premoženjskopравnega položaja, zaradi česar bi bila upravičena vložitev zahteve za presojo ustavnosti 267. člena ZFPPIPP, ki takšni osebi ne omogoča pritožbenega upravičenja?

Skušal bom odgovoriti na zastavljeno dilemo. Zagotovitev pravice do učinkovitega sodnega varstva se lahko nanaša samo na varovanje pravnih položajev, ki imajo podlago v materialnem pravu. Preizkus pravilnosti odločitve sodišča o podanem soglasju k odstopu od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe se lahko nanaša le na preizkus koristnosti te odločitve glede možnosti poplačila terjatev upnikov v stečaju. Za tovrstni preizkus ne more biti odločilen morebitni interes druge pogodbene stranke za izpolnitev pogodbe. Če zakon eni pogodbeni stranki zagotavlja enostransko odstopno upravičenje, s tem drugi stranki odvzame materialnopravno podlago za uveljavljanje izpolnitvenega zahtevka, ko je odstopna možnost uveljavljena. Zdi se, da ima takšna zakonska rešitev legitimen cilj, tj. izenačitev položajev upnikov dolžnika, ki so v primerljivem položaju. Položaj druge pogodbene stranke je na ta način izenačen z drugimi upniki stečajnega dolžnika, ki zaradi stečaja prav tako prevzamejo breme neuresničene pogodbenega interesa iz poslovanja s stečajnim dolžnikom.

Kakšen je pravni položaj druge pogodbene stranke, če se odpoved pogodbe ne nanaša na vzajemno neizpolnjeno dvostransko pogodbo? Ali ima takšna izjava lahko negativne posledice za takšno osebo, ki bi jih bilo mogoče preprečiti le z dopustitvijo posebnega pritožbenega upravičenja drugi pogodbeni stranki zoper sklep sodišča o soglasju k takšni odstopni izjavi?

Vzemimo najprej primer, ko pogodbe v celoti ni izpolnil le stečajni dolžnik, medtem ko je druga pogodbena stranka pogodbo v celoti izpolnila. V takšnem primeru ima druga pogodbena stranka le enostransko terjatev, ki jo mora uveljavljati v stečajnem postopku.

Kadar je dvostransko pogodbo v celoti izpolnil stečajni dolžnik, ne pa nasprotna pogodbena stranka, stečajni postopek ne vpliva na možnost uveljavljanja

izpolnitvenega zahtevka stečajnega dolžnika zoper drugo pogodbeno stranko. Lahko pa bi šlo v takšnem primeru za kršitev pogodbe na strani druge pogodbene stranke in bi bila podlaga za odstopno upravičenje stečajnega dolžnika podana že po splošnih pravilih obligacijskega prava (103. člen OZ). V takšnem primeru soglasje sodišča za učinkovanje odstopne izjave ni potrebno. Zato tudi za pogodbeno stranko zaradi nemožnosti izpodbijanja takšnega (nepotrebne) soglasja ne morejo nastati škodljive posledice. Morebitno neveljavnost izjave o odstopu od take pogodbe bi druga pogodbeno stranka lahko uspešno uveljavljala tudi v morebitnem pravnem postopku, v katerem bi stečajni dolžnik uveljavljal svoje zahtevke.

Kako je s položajem druge pogodbene stranke, ko bi sodišče izdalo soglasje k odstopu stečajnega upravitelja od pogodbe, ki naj bi jo (po mnenju druge pogodbene stranke) obe pogodbeni stranki v celoti izpolnili? Že po splošnih pravilih obligacijskega prava ni podlage za učinkovanje odstopa od v celoti izpolnjene pogodbe. Takšne podlage ne daje niti 267. člen ZFPPIPP. Če ni podlage za odstopno izjavo, tudi morebitno soglasje stečajnega sodišča ne more vplivati na položaj nasprotne pogodbene stranke. Zato bi se nasprotna pogodbeno stranka lahko sklicevala na neveljavnost takšne izjave tudi v morebitni pravdi, v kateri bi stečajni dolžnik od nje uveljavljal vrnitvene zahtevke zaradi odstopa od pogodbe. Enake ugovore bi bilo nasprotni pogodbeni stranki treba dopustiti tudi v primeru pomanjkljivosti v podani odstopni izjavi stečajnega upravitelja (npr. napake v izjavi volje, zamuda trimesečnega roka). V vseh navedenih primerih gre sicer za okoliščine, na podlagi katerih bi stranke postopka (upniki) s pritožbo lahko (uspešno) izpodbijali podano soglasje stečajnega sodišča. Vendar odstopna izjava, ki nima materialne podlage, le zaradi neizpodbijanega soglasja sodišča ne more „konvalidirati“. V takšnem primeru tudi pravnomočni sklep sodišča o podanem soglasju ne bi smel imeti nobenega učinka na položaj nasprotne pogodbene stranke.

Zdi se, da se vprašanje pravice do pritožbe zoper sklep sodišča o soglasju k odstopu od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe lahko resno zastavi le v povezavi z nemožnostjo uveljavljanja razloga, da odstop od pogodbe ne bi pripomogel k boljšemu poplačilu upnikov v stečaju. Ali bi res moralo biti dano takšno procesno upravičenje (v korist vseh upnikov v stečaju) tudi subjektom, za katere se šele nakazuje, da bodo lahko pridobili status stranke v postopku? Potrebnosti priznanja takšnega pritožbenega upravičenja ni mogoče utemeljiti le s tem, da se je položaj druge pogodbene stranke zaradi neizpolnitve pogodbe poslabšal, saj je to nujna posledica priznanega enostranskega oblikovalnega upravičenja stečajnega dolžnika. Če bi sodišče zavzelo stališče, da je takšen poseg v položaj druge pogodbene stranke nesorazmeren, bi bil lahko to le argument za ustavnosodno izpodbijanje 267. člena ZFPPIPP, ne pa za priznanje položaja stranke v postopku osebi, ki za to (še) ne izpolnjuje zakonskih pogojev.

Zato menim, da zakon ne daje podlage za priznanje pritožbenega upravičenja drugi pogodbeni stranki za izpodbijanje soglasja sodišča k odstopu od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe.

Primer 2.4.2

Glede položaja služnostnega upravičenca

Naslov 342. člena ZFPPIPP se glasi *prenos lastninske ali druge premoženjske pravice na kupca in varstvo kupca*. Ureja torej pravne posledice in procesna dejanja po plačilu kupnine v postopku prodaje premoženja stečajnega dolžnika. Kadar gre za prodajo nepremičnine, sodišče po plačilu kupnine izda sklep o izročitvi nepremičnine kupcu, s katerim odloči, da so izpolnjeni pogoji za vknjižbo lastninske pravice v korist kupca (drugi odstavek 342. člena ZFPPIPP). V skladu s tretjim odstavkom 342. člena ZFPPIPP je pravnomočni sklep o izročitvi nepremičnine kupcu listina, ki je podlaga za vknjižbo lastninske pravice in druge vpise po 89. členu v zvezi s 96. členom Zakona o zemljiški knjigi (v nadaljevanju ZZK-1). Prvi odstavek 96. člena ZZK-1 glede odločanja o zemljiškooknjižnih vpisih na podlagi pravnomočnega sklepa stečajnega sodišča o izročitvi nepremičnine kupcu napotuje na smiselno uporabo 89. člena ZZK-1, ki ureja vpis na podlagi sklepa o izročitvi nepremičnine kupcu v postopku nepremičninske izvršbe. Iz prvega odstavka 89. člena ZZK-1 izhaja, da zemljiškooknjižno sodišče odloči o vknjižbi lastninske pravice v korist kupca po uradni dolžnosti. To pomeni, da za vknjižbo ni potreben zemljiškooknjižni predlog, temveč zadostuje obvestilo izvršilnega sodišča s priloženim pravnomočnim sklepom o izročitvi nepremičnine kupcu. V tretjem odstavku istega člena pa je določeno, da zemljiškooknjižno sodišče v primeru, da dovoli vknjižbo lastninske pravice na kupca, po uradni dolžnosti dovoli tudi izbris določenih vpisov, če ti vpisi učinkujejo po tem, ko učinkuje zaznamba izvršbe. Tako je navedeno, da se dovoli tudi izbris vseh vknjiženih oziroma predznamovanih osebnih služnosti, če ni v sklepu o izročitvi nepremičnine kupcu določeno, da posamezne od teh pravic ostanejo (2. točka tretjega odstavka 89. člena ZZK-1). Uporabo besedne zveze, da sodišče v tem delu odloči tudi o izbrisu teh pravic po uradni dolžnosti, je treba razumeti tako, da za izbris teh pravic ni treba, da bi bil izbris teh pravic urejen (tudi) v sklepu o izročitvi nepremičnine kupcu. V tem sklepu pa mora biti opredeljen morebitni odmik od splošnega pravila iz 2. točke. V takšnem primeru bo zemljiškooknjižno sodišče moralo tako opredeljeno izjemo upoštevati. Pri tem je treba pojasniti, da je v vprašanju napačno navedeno pooblastilo zemljiškooknjižnega sodišča, da po uradni dolžnosti izbriše vse osebne služnosti. Osebne služnosti, ki niso navedene v 2. točki tretjega odstavka 89. člena ZZK-1, ostanejo vpisane v korist upravičencev.

Kakšna je primerljiva ureditev v 342. členu ZFPPIPP? Prvi odstavek tega člena ureja, katere pravice tretjih oseb na nepremičninah prenehajo. Pri osebnih služnostih sta urejena dva primera:

- če gre za nepremičnino, ki je omejena s hipoteko, prenehajo osebne služnosti, ki so bile pridobljene po tem, ko začne učinkovati vpis najzgodnejše hipoteke,
- v drugih primerih pa prenehajo osebne služnosti, ki so bile pridobljene po objavi oklica o začetku stečaja.

Na vse druge osebne služnosti, ki so bile pridobljene pred navedenimi roki, prenos nepremičnine na kupca nima vpliva. To pa tudi pomeni, da ni nobene potrebe, da bi se sodišče v sklepu o izročitvi nepremičnine kupcu izrekalo o osebnih služnostih, ki na nepremičnini ostanejo. Že iz tega razloga izhaja, da služnostni upravičenec

nima izkazanega pravnega interesa za izpodbijanje sklepa o prenosu nepremičnine na kupca, ki takšne (nepotrebne) določbe ne vsebuje. Iz navedenega je razvidno, da bi sodišče moralo takšno pritožbo kot nedovoljeno zavreči (četrti odstavek 343. člena ZPP v zvezi s prvim odstavkom 121. člena ZFPPIPP).

Če pa bi zemljiškoknjižno sodišče po uradni dolžnosti izbrisalo osebno služnost, ki ni prenehala na podlagi prvega odstavka 342. člena ZFPPIPP, pa so služnostnemu upravičencu na voljo pravna sredstva, ki jih ureja ZZK-1.

Vprašanje pravice do pritožbe služnostnega upravičenca zoper sklep o izročitvi nepremičnine kupcu pa bi se utemeljeno zastavilo ob malce drugačnem dejanskem stanju od prikazanega v vprašanju. Vzemimo primer, da bi sodišče v sklepu o izročitvi nepremičnine kupcu določilo, da se izbriše posamezna služnost v nasprotju s pravili iz prvega odstavka 342. člena ZFPPIPP. Ker je pravnomočni sklep o izročitvi nepremičnine kupcu podlaga za vpis v zemljiško knjigo, bi služnostni upravičenec v zemljiškoknjižnem postopku težko izpodbil vknjižbo, ki bi temeljila na takšni listini. To je mogoče doseči le z izpodbijanjem sklepa o izročitvi nepremičnine kupcu.

Ali je pri tem mogoče uporabiti pravila o omejitvi procesne legitimacije za pritožbo iz 126. člena ZFPPIPP? Menim, da ne. Odgovor temelji na osnovnem vprašanju, ali odločanje sodišča o izdaji sklepa o izročitvi nepremičnine sistemsko spada v odločanje v postopku zaradi insolventnosti oziroma ali ta odločitev posega (le) v položaje upnikov stečajnega dolžnika kot strank stečajnega postopka. Zdi se, da je o povezavi s stečajnim postopkom mogoče govoriti le v tistem delu sklepa, ki se nanaša na ugotovitev dejanskega plačila kupnine. Ta dejanski pogoj posega v interes stečajnega dolžnika oziroma upnikov kot strank stečajnega postopka. Ko je ta pogoj izpolnjen, je s tem tudi dosežen ključni interes vodenja stečajnega postopka v zvezi s to nepremičnino, to je preoblikovanje premoženja v denarno obliko. Vprašanje ureditve izbrisov pravic tretjih na nepremičnini pa ne pomeni več urejanja pravic, ki se nanašajo na stečajnega dolžnika, temveč gre za urejanje razmerij med kupcem, ki je izpolnil obveznosti in s tem pridobil podlago za vknjižbo lastninske pravice, in tretjimi osebami. 342. člen ZFPPIPP nima določb, ki bi urejale procesno legitimacijo za izpodbijanje odločitve v delu, učinki katerega se nanašajo le na osebe, ki niso (nujno) stranke stečajnega postopka. Zato je treba o procesni legitimaciji sklepati ob smiselni uporabi pravil ZPP (121. člen ZFPPIPP) oziroma na podlagi ureditve, ki je najbližja obravnavanemu razmerju (drugi odstavek 3. člena Zakona o sodiščih). Samo pravila ZPP, ki pritožbeno legitimacijo dajejo strankam pravnega postopka (363. člen ZPP), ne zadostujejo. Urejanje razmerja med kupcem in imetnikom vpisane osebne služnosti je bližje nepravdnemu postopku, zato je treba upoštevati procesna pravila iz Zakona o nepravdnem postopku (ZNP). V skladu s prvim odstavkom 30. člena ZNP pripada procesno upravičenje za pritožbo v nepravdnem postopku udeležencem postopka, torej tudi osebi, na katero se sodna odločba neposredno nanaša, oziroma katere pravni interes utegne biti s sodno odločbo prizadet (prvi odstavek 19. člena ZNP). Ta pravila so torej zadostna podlaga, da je treba v primeru, ko naj bi odločitev sodišča posegla v njegov položaj, priznati pravico do pritožbe tudi upravičencu vknjižene osebne služnosti. Enako pa seveda velja tudi za kupca nepremičnine.

2.5 Odlog odločanja o upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka

Dejansko stanje:

- sodišče je dolžniku s sklepom odobrilo odložitev odločanja o upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka;
- upnik - predlagatelj in nato upravitelj sta vložila (tik pred koncem roka za zahtevo za odložitev) predlog za preklic odložitve odločanja o upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka;
- dolžnik je v roku odložitve (pred vročitvijo poziva za odgovor na predlog za preklic odložitve - običajno pošte ne prevzame) vložil (nepopolni) predlog za poenostavljeno prisilno poravnavo (PPP).

Kako pravilno postopati?

Voditi oba postopka (glede preklica in predhodni postopek poenostavljene poravnave - dopolnitev predloga) hkrati? Kako preprečiti morebitne dolžnikove zlorabe pravic in podaljšanje postopka?

Ali je treba prekiniti stečajni postopek zaradi obravnavanja predloga za PPP?

Ali naj se prekine postopek PPP zaradi obravnave preklica? Po izkazanih razlogih za preklic se začne stečajni postopek nad dolžnikom.

Odgovor:

Odlog odločanja o upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka po prvem odstavku 237. člena ZFPPIPP omogoča upniku, da prepreči začetek stečajnega postopka pod pogojem, da v predvidenem dvomesečnem roku odlog upraviči na enega od načinov iz prvega odstavka 238. člena ZFPPIPP. Eden od dopustnih načinov za odlog je tudi, da dolžnik do izteka tega roka vloži predlog za prisilno poravnavo. Sodna praksa je že večkrat zavzela stališče, da lahko ob izpolnjevanju pogojev iz 235. do 238. člena ZFPPIPP upnik upraviči odložitev odločanja o predlogu za začetek stečajnega postopka tudi tako, da do poteka dvomesečnega roka vloži predlog za začetek postopka PPP.¹⁴ Ne sme pa ta institut postati le sredstvo dolžnika za neutemeljeno odlaganje odločitve o predlogu za začetek stečaja. V skladu s tretjim odstavkom 238. člena ZFPPIPP v primeru, ko dolžnik do izteka dvomesečnega obdobja odloga vloži predlog za prisilno poravnavo, sodišče ravna po 152. členu ZFPPIPP in prekine postopek odločanja o upnikovem predlogu za začetek stečaja. Sodna praksa je ustaljena tudi glede stališča, da sodišče prekine postopek odločanja o upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka tudi v primeru, ko dolžnik odlog odločanja upraviči z vložitvijo predloga za PPP. Stališče temelji na izhodišču, da nikakor ne moreta hkrati teči dva različna postopka zaradi insolventnosti. Pri tem pa je treba razlikovati procesne učinke odloga odločanja o upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka od procesnih učinkov prekinitve takšnega predhodnega postopka.

¹⁴ Sklepa VSL Cst 602/2015 z dne 14. 10. 2015 in Cst 622/2017 z dne 8. 11. 2017.

Odločitev o odlogu odločanja po prvem odstavku 237. člena ZFPPIPP pomeni, da predhodni postopek stečaja še vedno teče, procesna posledica odloga je samo v zamiku sprejema odločitve o začetku glavnega postopka stečaja. V tem primeru je še vedno odprt le en (sicer predhodni) postopek zaradi insolventnosti. Drugačen pa je učinek prekinitve postopka po 152. členu v zvezi s tretjim odstavkom 238. člena ZFPPIPP. Prekinitiv predhodnega stečajnega postopka ima pomeni, da je v ospredju najprej odločanje o predlogu za začetek postopka prisilne poravnave. V času prekinitve predhodnega postopka stečaja nastopijo procesne posledice iz 207. člena ZPP v zvezi s 121. členom ZFPPIPP, kar pomeni, da v času trajanja prekinitve postopka sodišče ne more opravljati nobenih procesnih dejanj v prekinjenem postopku.

Glede na ureditev v 237. a členu ZFPPIPP pa učinkuje odlog odločanja o upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka pod (razveznim) pogojem, da ne obstaja kateri od razlogov za preklic odloga iz petega odstavka 237. a člena ZFPPIPP. Te razloge lahko sodišče ugotavlja na predlog upravitelja ali upnika – predlagatelja stečajnega postopka. Odločitev o takšnem predlogu poteka v okviru odločanja v predhodnem postopku stečaja. Razumljivo je, da je o takšnem predlogu za preklic odložitve odločanja o začetku stečaja mogoče odločiti le, preden bi sodišče prekinilo predhodni stečajni postopek po 152. členu ZFPPIPP. Iz zakonskega besedila ne izhaja, da bi bila že vložitev predloga iz petega odstavka 237. člena ZFPPIPP razlog za nadaljevanje prekinjenega postopka. Dokler je predhodni stečajni postopek prekinjen, o tovrstnem predlogu sploh ne bi bilo mogoče odločiti. Ob upoštevanju navedenega menim, da bi moralo v konkretnem primeru, v katerem je nastopil le učinek odloga odločanja o začetku stečaja in še ni bila sprejeta odločitev o prekinitvi predhodnega stečajnega postopka, sodišče najprej odločiti o utemeljenosti predloga za preklic odloga odločanja o začetku stečaja. Pogoj za dopustnost vodenja drugačnega postopka zaradi insolventnosti od predlaganega stečaja (o pozneje predlagani poenostavljeni prisilni poravnavi) je, da dolžnik v času odloga ne stori kršitve iz petega odstavka 237. a člena ZFPPIPP, ki je razlog za preklic odloga odločanja o začetku stečaja.

Če sodišče predlogu za preklic odloga odločanja o začetku stečaja ugodí, mora preklicati odlog in začeti stečajni postopek (peti odstavek 237. a člen ZFPPIPP). S tem pa ni sodišču predloga za začetek postopka PPP ni treba vsebinsko presojsati. Šele če bi sodišče predlog za preklic odložitve odločanja o začetku stečaja zavrnilo, bi se moralo ukvarjati tudi z vloženim predlogom za začetek postopka PPP. Okoliščina, da je bil (nepopolni) predlog v sodnem vpisniku evidentiran in morebiti celo vpisan pod svojo St-številko, ne more biti odločilna. Evidentiranje vloge predlagatelja še ne pomeni, da hkrati tečeta dva različna postopka zaradi insolventnosti. Ob takšnem postopanju bi bil tudi izjalovljen morebitni namen dolžnika za zavlačevanje postopka, saj bi se kot ključen izkazal preizkus utemeljenosti predloga za preklic odložitve odločanja o začetku stečaja.

3. SKLEP

Iz obravnavanih vprašanj je razvidno, da niso vsa medsebojno povezana. Kljub trudu zakonodajalca, da bi v zakonu uredil čim več značilnih in predvidljivih

procesnih položajev, mora sodna praksa zelo pogosto zagotoviti odgovore glede razrešitve položajev, ki jih zakonodajalec ni izrecno uredil. Takrat so v ospredju tudi temeljna načela, na katerih je zgrajen ZFPPIPP, ali celo rešitve, ki so vgrajene v drugih sistemskih predpisih, ki z ZFPPIPP tvorijo usklajeno celoto.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- Karsten Schmidt: Insolvenzordnung, 19. izdaja, 2016, München,
- Klaus Wimmer: FK-InsO - Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 8. izdaja, 2015, Köln,
- Walter Buchegger: Insolvenzrecht, 3. izdaja, 2013, Verlag Österreich,

POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH S ŠOLE INSOLVENČNEGA PRAVA 2018¹

Renata Horvat
višja sodnica svetnica, Višje sodišče v Ljubljani

1. VPRAŠANJE

Kakšen je pravilni postopek po tem, ko upnik (ali upniki) na poziv sodišča privoliijo v prevzem premoženja v naravi? V praksi je več različic, npr.:

- a) da upravitelj (po izjavi upnika o prevzemu) pripravi, sodišče pa objavi načrt take razdelitve, v nadaljevanju še končni načrt in sodišče izda sklep o razdelitvi, s katerim upniku naloži plačilo stroškov in ki je podlaga za potrebne vpise in izbrise (ZK, AJPES), ali
- b) da upravitelj (po izjavi upnika o prevzemu) enostavno predlaga izdajo sklepa o izročitvi predmeta prevzema (pod pogojem plačila stroškov),
- c) ali še kakšna tretja možnost.

Odgovor:

Če premoženja, ki sestavlja stečajno maso, ni mogoče unovčiti ali bi z njegovim unovčenjem nastali nesorazmerni stroški, se to premoženje razdeli:

1. če premoženje spada v splošno stečajno maso:
 - v primeru, če razdelitvena masa zadošča za plačilo vseh nezavarovanih terjatev: družbenikom v sorazmerju z njihovimi deleži,
 - v drugih primerih: upnikom v sorazmerju z njihovimi deleži iz tretjega odstavka 359. člena ZFPPIPP, če privoliijo, da ga prevzamejo,
2. če premoženje spada v posamezno posebno stečajno maso in je predmet samo ene ločitvene pravice: ločitvenemu upniku, če privoli, da prevzame to premoženje,
3. če premoženje spada v posamezno posebno stečajno maso in je predmet več kot ene ločitvene pravice:
 - tistemu ločitvenemu upniku, ki privoli, da ga prevzame,
 - če v prevzem premoženja privoli več ločitvenih upnikov, pa tistemu med njimi, ki ima ločitveno pravico najzgodnejšega vrstnega reda (prvi odstavek 374. člena ZFPPIPP).

O razdelitvi premoženja upnikom ali družbenikom po prvem odstavku 374. člena ZFPPIPP odloči sodišče s sklepom o končni razdelitvi (osmi odstavek 374. člena ZFPPIPP).

¹ Prispevek je bil predstavljen na Šoli insolvenčnega prava 2018 v Kranjski Gori in ponuja možne odgovore na vprašanja iz sodne prakse.

Končna razdelitev je poznejša razdelitev, ki se opravi, ko je unovčena vsa stečajna masa. Za poznejšo razdelitev se smiselno uporabljajo 362. do 368. člena ZFPPIPP, če ni v drugem ali tretjem odstavku 369. člena drugače določeno. Drugi odstavek 369. člena ZFPPIPP določa, da je rok za ugovor proti načrtu poznejše razdelitve iz drugega odstavka 364. člena ZFPPIPP pri poznejši prednostni in splošni razdelitvi 15 dni od objave po četrtem odstavku 363. člena ZFPPIPP. Tretji odstavek 369. člena ZFPPIPP pa določa, da z ugovorom proti načrtu poznejše razdelitve ni dovoljeno uveljavljati, naj se določena terjatev upošteva ali ne upošteva pri razdelitvi, če je bilo o upoštevanju te terjatve že odločeno s pravnomočnim sklepom o prvi razdelitvi ali s pravnomočnim sklepom o poznejši razdelitvi, izdanim v zvezi z drugim načrtom poznejše razdelitve.

Ker ima sklep o prenosu premoženja, ki ga ni mogoče unovčiti, značilnosti razdelitve splošne ali posebne razdelitvene (stečajne) mase, v katero spada to premoženje, se tudi za takšno razdelitev smiselno uporabljajo določbe 363. do 367. člena ZFPPIPP o pripravi načrta razdelitve, ugovornem postopku in pripravi končnega načrta razdelitve.

Sodišče pogosto odloča o prenosu premoženja po 374. členu ZFPPIPP že med stečajnim postopkom, in ne šele ob končni razdelitvi, ker na primer po več neuspešnih prodajah ne kaže, da bi bilo določeno premoženje sploh mogoče prodati, ali pa na primer v primeru, kadar je premoženje predmet ločitvene pravice in predhodni postopki prodaje niso bili uspešni za izključno oziroma izhodiščno ceno, ločitveni upnik pa je odrekel soglasje za prodajo za ceno, ki je nižja od polovice ocenjene likvidacijske vrednosti (drugi odstavek 345. člena ZFPPIPP v zvezi s tretjim odstavkom 332. člena ZFPPIPP).² V takšnem primeru upravitelj ponudi ločitvenemu upniku, da to premoženje prevzame. Če ločitveni upnik s prevzemom soglaša, sodišče lahko izda sklep o prenosu tega premoženja na ločitvenega upnika že pred končno razdelitvijo. S sklepom o prenosu premoženja na ločitvenega upnika mora sodišče ločitvenemu upniku naložiti, da stečajnemu dolžniku plača znesek v višini stroškov iz četrtega odstavka 226. člena ZFPPIPP (trinajsti odstavek 374. člena ZFPPIPP). Tudi v teh primerih sodišče izvede postopek v skladu s smiselno uporabo 363. do 367. člena ZFPPIPP.

2. VPRAŠANJE

Ali je za odmero nagrade za unovčenje in razdelitev potreben poseben predlog upravitelja, ali zadošča, da je nagrada zajeta v načrtu oziroma končnem načrtu razdelitve? (op. upravitelji delajo različno)

Odgovor:

V stečajnem postopku pridobi upravitelj pravico zahtevati plačilo:

² Če ločitveni upnik odreče soglasje za prodajo, nižjo od ocenjene likvidacijske vrednosti, nastane položaj, ki ima značilnosti položaja iz prvega odstavka 374. člena ZFPPIPP: premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, ni mogoče unovčiti (PLAVŠAK, Nina. Komentar Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP). Ljubljana: Tax-Fin-Lex, 2017, str. 744.)

1. 90 odstotkov:
 - nadomestila za izdelavo otvoritvenega poročila: ko sodišču predloži otvoritveno poročilo v skladu z 294. členom ZFPPIPP,
 - nadomestila za preizkus terjatev: ko sodišču predloži končni seznam preizkušenih terjatev v skladu s 70. členom ZFPPIPP,
 - sorazmernega dela nadomestila za unovčenje stečajne mase in razdelitev splošne ali posebne stečajne mase iz 3. točke četrtega odstavka 103. člena ZFPPIPP: ko sodišču predloži končni načrt razdelitve,
2. 10 odstotkov vseh nadomestil: ko sodišču predloži svoje končno poročilo v skladu s 375. členom ZFPPIPP (drugi odstavek 104. člena ZFPPIPP).

O odmeri nadomestil, vključenih v nagrado, in pavšalnega nadomestila odloči sodišče na zahtevo upravitelja (šesti odstavek 104. člena ZFPPIPP).

ZFPPIPP torej izrecno navaja, da sodišče odloči o odmeri nadomestil na zahtevo upravitelja. Upravitelj mora zato zahtevo za odmero nadomestila tudi utemeljiti, sodišče pa preizkusi, ali je njegov predlog utemeljen.

Sodišče s sklepom o prvi (ali poznejši) razdelitvi med drugim odloči tudi o odmeri sorazmernega dela nadomestila upravitelju za unovčenje stečajne mase in razdelitev splošne ali posebne stečajne mase (2. točka prvega odstavka 365. člena ZFPPIPP), vendar takšna odločitev predvideva vloženo zahtevo upravitelja. Če je upravitelj zajel nagrado v načrtu oziroma končnem načrtu razdelitve in njeno višino tudi utemeljil, je s tem smiselno podal zahtevo, da sodišče s sklepom o razdelitvi stečajne mase odloči tudi o odmeri sorazmernega dela nadomestila upravitelja iz 3. točke četrtega odstavka 103. člena ZFPPIPP.³

3. VPRAŠANJE

Kateri znesek je osnova za odmero nagrade za unovčenje in razdelitev, če je določen del razdelitvene mase rezerviran? Če se rezervacija ne šteje v osnovo, kdaj se potem odmeri nagrada od tega rezerviranega dela razdelitvene mase in ali je za to potreben poseben predlog za odmero?

Odgovor:

V stečajnem postopku nagrada upravitelja vključuje tudi nadomestilo za unovčenje stečajne mase in razdelitev splošne ali posebne stečajne mase (v nadaljevanju nadomestilo za razdelitev), ki se določi v sorazmerju z višino zneska, ki je predmet razdelitve (3. točka četrtega odstavka 103. člena ZFPPIPP). Osnova za izračun navedenega nadomestila je torej višina zneska unovčenega premoženja, ki je predmet razdelitve, ne glede na to, ali gre za razdelitev splošne ali posebne razdelitvene mase (drugi odstavek 7. člena Pravilnika o tarifi za odmero nagrade upravitelja v postopkih zaradi insolventnosti in prisilne likvidacije ter stroških, do povrnitve katerih je upravitelj v teh postopkih upravičen, v nadaljevanju pravilnik).

³ Glede na odločbo VS RS III Ips 50/2012 je tisti del sklepa (o razdelitvi), s katerim je bila odmerjena nagrada upravitelji, vsebinsko poseben sklep, in ni del sklepa o razdelitvi. Zato upnik, ki ne vložil ugovora zoper sklep o končni razdelitvi, ne izgubi pravice do pritožbe zoper sklep o odmeri nagrade upraviteljice.

Ob prvi razdelitvi se v razdelitveni masi rezervirajo tudi sredstva za plačilo prerekanih terjatev in terjatev, povezanih s pogojem, ki se do izdelave načrta prve razdelitve še ni uresničil, in sicer v deležu iz tretjega odstavka 359. člena ZFPPIPP (rezervirana splošna razdelitvena masa). V zvezi s temi terjatvami lahko nastaneta dva položaja:

1.

Plačilo navedenih terjatev se opravi iz rezervirane splošne razdelitvene mase na podlagi sklepa o prvi razdelitvi, ko se izpolnijo ti pogoji:

1. pri prerekani terjatvi iz prvega odstavka 300. člena ali prvega odstavka 301. člena ZFPPIPP: ko postane pravnomočna sodba, s katero je sodišče ugodilo tožbenemu zahtevku za ugotovitev obstoja terjatve,
2. pri prerekani terjatvi iz prvega odstavka 302. člena ZFPPIPP:
 - ko poteče rok za vložitev tožbe iz drugega odstavka 302. člena, če v tem roku nihče od tistih, ki so prerekali terjatev, ni vložil tožbe, ali
 - ko postane pravnomočna sodna odločba, s katero je sodišče zavrnilo tožbeni zahtevek za ugotovitev neobstoja terjatve, zavrglo tožbo iz drugega odstavka 302. člena ZFPPIPP ali ustavilo postopek zaradi umika te tožbe,
3. pri prerekani terjatvi iz prvega odstavka 314. člena ZFPPIPP:
 - ko poteče rok za prijavo udeležbe iz tretjega odstavka 314. člena ZFPPIPP, če nihče od tistih, ki so prerekali terjatev, v tem roku ne prijavi udeležbe, ali
 - ko postane pravnomočna odločba, s katero je pristojni državni organ odločil, da ta terjatev obstaja,
4. pri terjatvi, povezani z odložnim pogojem: ko se ta pogoj uresniči, če se uresniči pred izdelavo načrta končne razdelitve,
5. pri terjatvi, povezani z razveznim pogojem: če se do izdelave načrta končne razdelitve ta pogoj ni uresničil (tretji odstavek 362. člena ZFPPIPP).

Ob nastopu kateregakoli od zgoraj navedenih pogojev upravitelj plačilo terjatve opravi na podlagi sklepa o prvi razdelitvi v 15 dneh po izpolnitvi pogoja (2. točka 368. člena ZFPPIPP), saj je bil delež, v katerem se ta terjatev plača, naveden že v sklepu o prvi razdelitvi, v okviru rezerviranih sredstev za njeno plačilo (5. alineja 4. točke drugega odstavka 363. člena ZFPPIPP).

2.

Splošna razdelitvena masa, ki je bila rezervirana za plačilo terjatev:

- katerih obstoj v postopkih, ki so se vodili v zvezi z njimi, ni bil ugotovljen, ker se je izpolnil kateri od pogojev iz 1., 2. ali 3. točke četrtega odstavka 362. člena ZFPPIPP,
- povezanih z odložnim pogojem, ki se do izdelave načrta končne razdelitve še ni uresničil ali
- povezanih z razveznim pogojem, ki se je uresničil pred izdelavo načrta končne razdelitve, se ob poznejši ali končni razdelitvi razdeli med druge upnike (četrti odstavek 362. člena ZFPPIPP). Znesek teh sredstev je torej predmet te poznejše razdelitve.

Za odgovor na navedeno vprašanje sta pomembni določba drugega odstavka 363. člena ZFPPIPP, v kateri je navedeno, kaj mora vsebovati načrt prve razdelitve, in določba drugega odstavka 104. člena ZFPPIPP, ki določa, kdaj upravitelj pridobi pravico zahtevati nadomestilo za unovčenje in razdelitev.

V skladu z določbo drugega odstavka 363. člena ZFPPIPP mora načrt prve razdelitve vsebovati:

1. znesek splošne razdelitvene mase, ki je predmet razdelitve,
2. skupni znesek terjatev, ki se upoštevajo pri prvi razdelitvi,
3. delež iz tretjega odstavka 359. člena ZFPPIPP (delež poplačila),
4. za vsako terjatev, ki se upošteva pri prvi razdelitvi:
 - zaporedno številko terjatve na končnem seznamu preizkušenih terjatev,
 - identifikacijske podatke o upniku terjatve,
 - znesek terjatve, ki se upošteva pri prvi razdelitvi,
 - podatek, ali se terjatev ob prvi razdelitvi plača po prvem odstavku 362. člena ZFPPIPP ali se za njeno plačilo rezervirajo sredstva po drugem odstavku 362. člena ZFPPIPP,
 - znesek terjatve, ki se plača ali se rezervirajo sredstva za njeno plačilo ob prvi razdelitvi, izračunan na podlagi deleža iz tretjega odstavka 359. člena ZFPPIPP.

Iz navedene določbe izhaja, da je znesek rezerviranih sredstev del splošne razdelitvene mase, ki je predmet razdelitve.⁴ Ker je v skladu z določbo 3. točke četrtega odstavka 103. člena ZFPPIPP in določbo drugega odstavka 7. člena pravilnika osnova za izračun nadomestila za unovčenje in razdelitev višina zneska unovčenega premoženja, ki je predmet razdelitve, se ob upoštevanju določbe drugega odstavka 363. člena ZFPPIPP v osnovo za odmero nagrade šteje tudi znesek rezerviranih sredstev. Navedeno posredno potrjuje tudi določba drugega odstavka 104. člena ZFPPIPP, po kateri pridobi upravitelj pravico zahtevati plačilo 90 % nadomestila za unovčenje stečajne mase in razdelitev splošne ali posebne stečajne mase že, ko sodišču predloži končni načrt razdelitve, in ne šele, ko opravi razdelitev. Sodišče pa mora paziti, da se v osnovo za odmero nadomestila za unovčenje in poznejšo razdelitev ne šteje tudi znesek rezerviranih sredstev, ki se razdelijo med druge upnike ob poznejši razdelitvi v skladu s četrtem odstavkom 362. člena ZFPPIPP.

4 Splošna razdelitvena masa je denarno dobroimetje, nastalo z unovčenjem splošne stečajne mase, zmanjšano za stroške stečajnega postopka, razen stroškov v zvezi z unovčenjem posebne stečajne mase (drugi odstavek 226. člena ZFPPIPP).

4. VPRAŠANJE

Ali tudi za ugovore zoper sklep strokovnega sodelavca (53. člen ZFPPIPP) velja enako glede procesne legitimacije za vložitev pritožbe (126. člen ZFPPIPP)?

Odgovor:

Novela ZFPPIPP-C je s spremembo 53. člena omogočila, da tudi sodniški pomočnik lahko v postopku zaradi insolventnosti samostojno opravlja določena procesna dejanja sodišča, in sicer obvešča upravitelja o vseh zadevah, o katerih ga mora obvestiti sodišče po ZFPPIPP, in izvaja objave vsebine procesnih dejanj po 122. členu ZFPPIPP (drugi odstavek 53. člena ZFPPIPP). Novela ZFPPIPP-F pa je samostojnim sodniškim pomočnikom in strokovnim sodelavcem razširila obseg pristojnosti v stečajnem postopku, saj ti lahko samostojno odločajo o vseh vprašanih, razen o začetku in končanju postopka, začnih odredbah, preizkusu terjatev, prodaji premoženja, vrednost katerega presega 50.000,00 EUR (po noveli ZFPPIPP-G 100.000,00 EUR), razdelitvi razdelitvene mase in vprašanih v postopku odpusta obveznosti (tretji odstavek 53. člena ZFPPIPP). Proti sklepu samostojnega sodniškega pomočnika in strokovnega sodelavca je dovoljen ugovor, ki ga je treba vložiti v 15 dneh (četrti in peti odstavek 53. člena ZFPPIPP). Navedeni rok teče za osebe, ki jim je v skladu z ZFPPIPP treba vročiti sklep, od vročitve sklepa, za druge osebe pa od objave sklepa.

Vsa pravila ZFPPIPP, ki jih je treba uporabiti pri odločanju v postopku zaradi insolventnosti, veljajo tudi za samostojnega sodniškega pomočnika in strokovnega sodelavca. Med drugim tudi splošno pravilo o procesni legitimaciji za vložitev pritožbe (126. člen), ki velja tudi za vložitev ugovora zoper sklep strokovnega sodelavca.

5. VPRAŠANJE

Krajevna pristojnost v primeru iz tretjega odstavka (op.: prav. 3. točke drugega odstavka) 52. člena ZFPPIPP, če je oseba, od katere dolžnik prejema (ali bi moral prejemati) plačo, izbrisana iz registra?

Odgovor:

Za odločanje v postopku osebnega stečaja zasebnika ali potrošnika je pristojno:

1. če ima dolžnik svoje stalno prebivališče na ozemlju Republike Slovenije: sodišče, na območju katerega ima insolventni dolžnik svoje stalno prebivališče,
2. če dolžnik na območju Republike Slovenije nima stalnega prebivališča: sodišče, na območju katerega ima insolventni dolžnik svoje začasno prebivališče,
3. če dolžnik na območju Republike Slovenije nima niti stalnega niti začasnega prebivališča:
 - če v Republiki Sloveniji prejema plačo ali druge stalne prejemke, sodišče, na območju katerega je sedež osebe, ki izplačuje te prejemke,
 - v drugih primerih sodišče, na območju katerega je premoženje dolžnika.

Če torej dolžnik v Republiki Sloveniji nima niti stalnega niti začasnega prebivališča, oseba, od katere je (bi) dolžnik prejemal plačo, pa je izbrisana iz registra, je za odločanje v postopku osebnega stečaja zasebnika ali potrošnika pristojno sodišče, na območju katerega je premoženje dolžnika. Če pa je bila oseba, od katere je dolžnik prejemal plačo, izbrisana iz sodnega registra po začetku postopka osebnega stečaja nad dolžnikom, ostane sodišče, ki je začelo ta postopek, pristojno za vodenje postopka še naprej (ustalitev pristojnosti).

6. VPRAŠANJE

Ali za ugovor za skrajšanje preizkusnega obdobja, ki ga vloži dolžnik, nastane taksna obveznost ali ne?

Odgovor:

V tarifni številki 5201 Taksne tarife je določeno, da se za postopek o predlogu za odpust obveznosti pri osebnem stečaju plača taksa v višini 20,00 EUR, v tarifni številki 5202 Taksne tarife pa je določeno, da se za postopek o ugovoru proti odpustu obveznosti pri osebnem stečaju plača taksa v višini 20,00 EUR. Razen navedenih taks se v postopku osebnega stečaja in stečaja zapuščine plačujejo takse v višini ene četrtilne istovrstnih taks, ki so določene v oddelku 5.1, ki ureja plačilo taks v stečajnem postopku nad pravno osebo, v postopku prisilne poravnave in postopku prisilne likvidacije. Gre za takse za postopek o predlogu za uvedbo stečajnega postopka, postopka prisilne poravnave in postopka prisilne likvidacije (tarifne številke 5111, 5112 in 5113), takso za prijavo terjatev (tarifna številka 5114), povprečni taksi za stečajni postopek in postopek prisilne poravnave (tarifni številki 5115 in 5116) ter za postopek o ugovoru proti vodenju postopka prisilne poravnave (tarifna številka 5117), za takso za postopek o pritožbi zoper sklep o prvi razdelitvi (tarifna številka 5121) ter za takso za postopek o pritožbi zoper druge odločbe (tarifna številka 5122). Taksa za predlog, da se uvede postopek osebnega stečaja in stečaja zapuščine, se ne plača, če predlog vloži dolžnik oziroma dedič zapustnika (op. 5.2/b).

Iz navedenega izhaja, da je dolžnik, ki vloži ugovor proti odpustu obveznosti zaradi skrajšanja preizkusnega obdobja, zavezanec za plačilo takse za ugovor.

7. VPRAŠANJE

Ob začetku postopka osebnega stečaja stečajni upravitelj ni bil zavezanec za plačilo davka na dodano vrednost. Prav tako stečajni upravitelj ob vložitvi otvoritvenega poročila ni bil zavezanec za plačilo davka na dodano vrednost. Upravitelj je postal davčni zavezanec približno eno leto po začetku stečajnega postopka. Stečajni upravitelj je predlagal izdajo sklepa o odmeri nadomestila za izdelavo otvoritvenega poročila šele ob koncu stečajnega postopka približno tri leta po začetku postopka. Predlagal je odmero nadomestila z DDV-jem.

7.1 Ali je v tem primeru upravitelj upravičen do odmere nadomestila za izdelavo otvoritvenega poročila z DDV-jem ob upoštevanju dejstva, da ob začetku postopka in tudi ob opravi storitve ni bil davčni zavezanec?

Odgovor:

Za odgovor na navedeno vprašanje je najprej treba pojasniti nekaj temeljnih pojmov in pravil obračunavanja DDV.

Predmet DDV so naslednje transakcije:

1. dobave blaga, ki jih davčni zavezanec opravi v okviru opravljanja svoje ekonomske dejavnosti na ozemlju Republike Slovenije za plačilo,
2. pridobitve blaga znotraj Unije, ki jih na ozemlju Slovenije opravi za plačilo v primerih iz 2. točke prvega odstavka 3. člena Zakona o davku na dodano vrednost (ZDDV-1),
3. opravljanje storitev, ki jih davčni zavezanec opravi v okviru opravljanja svoje ekonomske dejavnosti na ozemlju Slovenije za plačilo, in
4. uvoz blaga (prvi odstavek 3. člena ZDDV-1).

Opravljanje storitev pomeni vsako transakcijo, ki ni dobava blaga (prvi odstavek 14. člena ZDDV-1). Opravljanje storitev lahko med drugim vključuje naslednje transakcije:

- odstop premoženjskih pravic,
- obveznost opustitve dejanja ali dopustitve dejanja ali stanja,
- opravljanje storitev na podlagi zakona ali odločbe državnega organa (drugi odstavek 14. člena ZDDV-1).

Davčni zavezanec je vsaka oseba, ki kjerkoli neodvisno opravlja katerokoli ekonomsko dejavnost, ne glede na namen in rezultat opravljanja dejavnosti (prvi odstavek 5. člena ZDDV-1). Pogoji, da se ekonomska dejavnost opravlja neodvisno, izključuje zaposlene in druge osebe, ki jih na delodajalca vežejo pogodba o zaposlitvi ali kakršnekoli druge pravne vezi, ki glede nadzora in navodil v zvezi z delom, načina opravljanja dela, plačila za opravljeno delo in drugih odgovornosti delodajalca kažejo na odvisno razmerje med delodajalcem in delojemalcem (četrti odstavek 5. člena ZDDV-1).

Ekonomska dejavnost obsega vsako proizvodno, predelovalno, trgovsko in storitveno dejavnost, vključno z rudarsko, kmetijsko in poklicno dejavnostjo. Ekonomska dejavnost obsega tudi izkoriščanje premoženja in premoženjskih pravic, če je namenjeno trajnemu doseganju dohodka (drugi odstavek 5. člena ZDDV-1).

Davčni zavezanec, identificiran za namene DDV, je med drugim davčni zavezanec, ki je pridobil identifikacijsko številko za DDV, ker je v zadnjih 12 mesecih presegel oziroma je verjetno, da bo presegel 50.000,00 EUR obdavčljivega prometa in se je identificiral za namene DDV. Mali davčni zavezanec pa je med drugim davčni zavezanec, ki v zadnjih 12 mesecih ne preseže oziroma ni verjetno, da bo presegel, znesek 50.000,00 EUR obdavčljivega prometa in se ni prostovoljno odločil za obdavčitev.

Vsaka oseba mora davčnemu organu prijaviti, kdaj začne opravljati dejavnost kot davčni zavezanec, in predložiti zahtevek za izdajo identifikacijske številke za DDV. Mali davčni zavezanec pa se ne glede na višino opravljenega prometa oziroma katastrskega dohodka lahko prostovoljno vključi v sistem DDV.

ZDDV-1 v 32. členu določa opredelitev obdavčljivega dogodka in nastanka obveznosti obračuna DDV. Obdavčljivi dogodek tako pomeni dogodek, s katerim so izpolnjeni pravni pogoji, potrebni za nastanek obveznosti obračuna DDV (prvi odstavek 32. člena ZDDV-1).

Obveznost obračuna DDV nastane, ko ima davčni organ po zakonu pravico zahtevati davek od osebe, ki ga mora plačati, četudi je plačilo lahko odloženo (drugi odstavek 32. člena ZDDV-1). Obdavčljivi dogodek in s tem obveznost obračuna DDV nastane, ko je blago dobavljeno ali so storitve opravljene (prvi odstavek 33. člena ZST-1). ZDDV-1 v 33. členu navaja še nekaj posebnih primerov nastanka davčnih obveznosti:

- če se za dobave blaga in opravljene storitve izdajajo zaporedni računi ali se izvršijo zaporedna plačila, se šteje, da so opravljene takrat, ko poteče obdobje, na katero se taki računi ali plačila nanašajo, vendar to obdobje ne sme biti daljše od enega leta,
- če je plačilo izvršeno, preden so storitve opravljene, nastane obveznost obračuna DDV na dan prejema plačila in od prejetega zneska plačila,
- če račun ni izdan, storitev pa je bila opravljena, se davek na dodano vrednost obračuna najpozneje zadnji dan davčnega obdobja, v katerem je nastal obdavčljivi dogodek.

Vsak davčni zavezanec mora davčnemu organu predložiti obračun DDV, ki mora vsebovati vse podatke, potrebne za izračun davka, za katerega je nastala obveznost obračuna, in za odbitke, kakor tudi skupno vrednost transakcij v zvezi z obračunanim davkom in opravljenimi odbitki in vrednost vseh oproščenih transakcij (prvi odstavek 87. člena ZDDV-1). Davčni zavezanec mora obračun DDV predložiti davčnemu organu do zadnjega delovnega dne naslednjega meseca po poteku davčnega obdobja, če ni z zakonom drugače določeno (prvi odstavek 88. člena ZDDV-1). Če ni s tem zakonom drugače določeno, je davčno obdobje koledarski mesec.

Poseben razmislek glede časa nastanka obdavčljivega dogodka in s tem obveznosti obračuna DDV za opravljeno storitev je potreben v primeru, ko je plačilo opravljene storitve vezano na potrditev sodišča, kot je to pri odmeri nadomestila za opravljanje nalog in pristojnosti upravitelja. Ker vse do pravnomočne odločitve sodišča o odmeri nadomestila upravitelja ni gotovo, ali bo upravitelju predlagano nadomestilo odmerjeno in v kakšni višini, menim, da je v takšnih primerih kot obdavčljivi dogodek treba šteti pravnomočni sklep sodišča o odmeri nadomestila.⁵ Upravitelj, ki ob izdelavi in predložitvi otvoritvenega poročila sodišču ni bil zavezanec za plačilo DDV, ob izdaji sklepa o odmeri nadomestila za izdelavo otvoritvenega poročila pa je zavezanec za DDV, je tako upravičen do odmere nadomestila, povečanega za DDV.

5 Prim. ŠKOF, Bojan. Davčni inšpekcijski nadzor odvetnikov oziroma odvetniških družb. Odvetnik, 2012, št. 56, str. 23–28.

7.2 Ali je določen rok, v katerem mora upravitelj podati predlog za odmero nadomestila?

Odgovor:

ZFPPIPP ne določa roka, v katerem bi moral upravitelj podati predlog za odmero nadomestila. Določeno je le, kdaj ima upravitelj pravico zahtevati plačilo nadomestila za izdelavo otvoritvenega poročila. Tudi ZDDV-1 ne vsebuje določb, ki bi davčnemu zavezancu predpisovale rok za izdajo računa. Določa le, kdaj mora davčni zavezanec obračunati DDV, in sicer ne glede na to, ali je račun za opravljeno storitev izdan ali ne. Rok za izdajo računa ZDDV-1 določa le za dobave blaga, opravljene v drugo državo članico pod pogoji iz 46. člena ZDDV-1, in za opravljene storitve, za katere mora DDV plačati prejemnik storitev v skladu s 196. členom Direktive Sveta 2006/112/ES (sedmi odstavek 81. člena ZDDV-1). V teh primerih nastane obveznost izdaje računa najpozneje 15. dan v mesecu po mesecu, v katerem nastane obdavčljivi dogodek. Mora pa davčni zavezanec v skladu s prvim odstavkom 85. člena ZDDV-1 v svojem knjigovodstvu zagotoviti dovolj podrobne podatke, ki omogočajo pravilno in pravočasno obračunavanje DDV ter nadzor davčnega organa nad obračunavanjem in plačevanjem DDV. Vsak davčni zavezanec mora tudi zagotoviti, da sam, prejemnik ali tretja oseba v njegovem imenu in za njegov račun izda račun za opravljene dobave blaga in storitev (81. člen ZDDV-1).

7.3 Če je upravitelj upravičen do odmere DDV, ali mora proračun sodišča založiti dodatni predujem ob upoštevanju dejstva, da je bil ob začetku postopka predujem založen v pravilni višini in je sklep o začetku postopka pravnomočen, dolžnost odmere DDV pa je nastala le zaradi zaostankov pri postopanju?

Odgovor:

Menim, da je v takšnem primeru treba iz proračuna sodišča zagotoviti dodatni predujem v višini zneska DDV, saj mora sodišče pri odmeri nadomestila upoštevati DDV, če je upravitelj davčni zavezanec.

8. VPRAŠANJE

Kakšno je ob upoštevanju pojasnila FURS št. 4211-6/2010 01-610-05 z dne 22. 3. 2013 pravilno postopanje sodišča glede odmere DDV za nadomestila upravitelja v primeru, da upravitelj opravlja funkcijo upravitelja prek pravnoorganizacijske oblike gospodarske družbe, pri čemer upravitelj kot fizična oseba ni zavezanec za plačilo DDV, gospodarska družba, prek katere opravlja funkcijo upravitelja, pa je zavezanka za plačilo DDV? Ali se pri odmeri nadomestil tem upraviteljem odmeri tudi DDV ali ne?

ZFPPIPP v prvem odstavku 117. člena določa, da se upravitelj imenuje kot fizična oseba. Če upravitelj opravlja pristojnosti in naloge upravitelja prek pravnoorganizacijske oblike podjetnika, zasebnika ali gospodarske družbe, pa se v sklepu o imenovanju navedejo tudi ta pravnoorganizacijska oblika in podatki iz 5. točke tretjega odstavka 110. člena ZFPPIPP (drugi odstavek 117. člena ZFPPIPP).

V drugem odstavku 117. člena ZFPPIPP iz leta 2007 (Uradni list RS, št. 126/07) je bilo določeno, da če upravitelj opravlja pristojnosti in naloge upravitelja kot svoj poklic v pravnoorganizacijski obliki odvetnika ali podjetnika, se v sklepu o imenovanju navede tudi ta pravnoorganizacijska oblika. Iz obrazložitve 127. člena predloga ZFPPIPP (Poročevalec Državnega zbora RS, št. 95 z dne 2. 10. 2007) izhaja, da upravitelj pristojnosti in naloge opravlja kot svoj poklic ali dejavnost, zato se na to funkcijo imenuje s položajem (pravnoorganizacijsko obliko), v kateri opravlja te naloge.

Drugi odstavek 117. člena ZFPPIPP kot se glasi zdaj, je bil spremenjen z novelo ZFPPIPP-A (Uradni list RS, št. 40/09). Iz obrazložitve 4. in 5. člena predloga novele ZFPPIPP-A (Poročevalec Državnega zbora RS, št. 7 z dne 5. 3. 2009) izhaja, da se s spremembo 5. točke tretjega odstavka 110. člena ZFPPIPP dosledneje ureja pravna možnost upravitelja, da opravlja pristojnosti in naloge upravitelja prek katerekoli pravnoorganizacijske oblike, prek katere se lahko opravljajo mandatne storitve, ki so vsebina upraviteljevih nalog. To so pravnoorganizacijske oblike podjetnika, zasebnika ali gospodarske družbe. Z novelo ZFPPIPP-A je bila 5. točka tretjega odstavka 110. člena ZFPPIPP spremenjena tako, da zdaj določa, da so identifikacijski podatki upravitelja, če ta opravlja pristojnosti in naloge upravitelja prek pravnoorganizacijske oblike podjetnika, zasebnika ali gospodarske družbe, tudi podatki, s katerimi je vpisan v registru, in sicer so to firma, sedež in poslovni naslov ter matična številka.

DURS (zdaj FURS) v pojasnilu št. 4211-6/2010 01-610-05 z dne 22. 3. 2013 obravnava določbo drugega odstavka 117. člena ZFPPIPP z davčnega vidika odmerjenih nagrad in stroškov upraviteljev. Navaja:

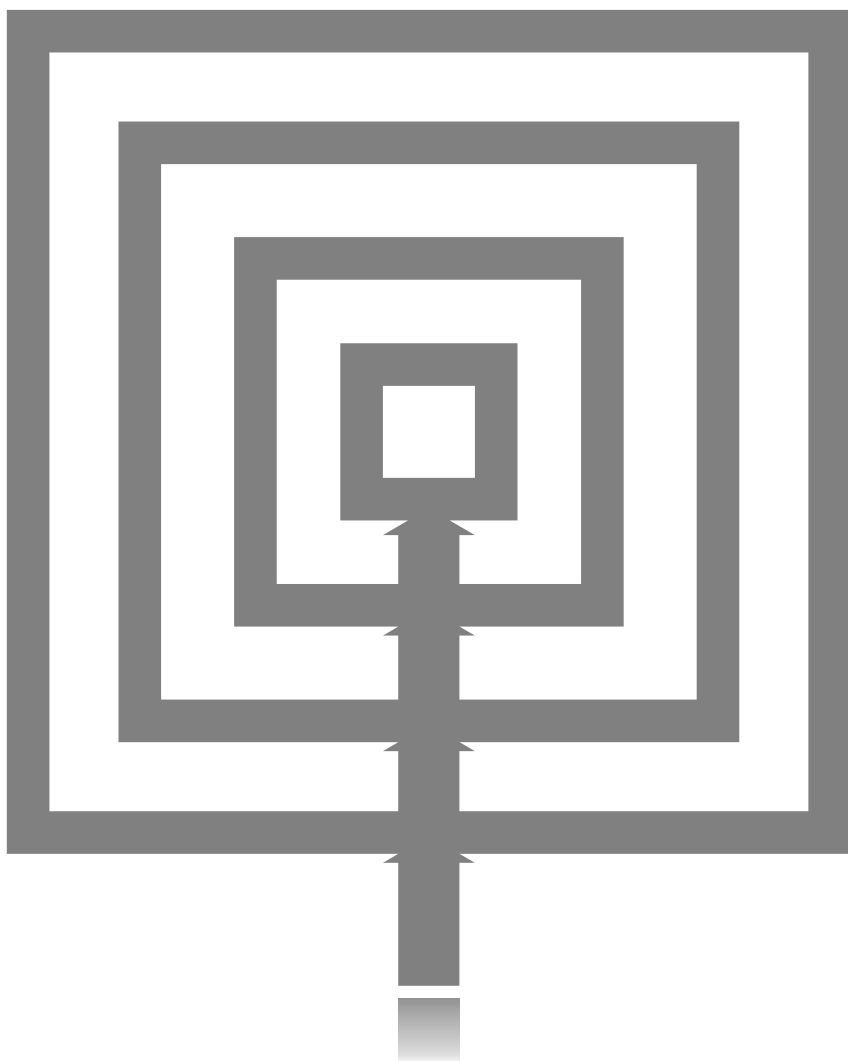
»Za namene davčne obravnave dohodkov upraviteljev je predvsem pomembno, kdo je v skladu z ZFPPIPP lahko upravitelj (lahko opravlja pristojnosti in naloge upravitelja). To je lahko le fizična oseba. Opravljanje pristojnosti in nalog upravitelja prek gospodarske družbe ne pomeni, da je upravitelj lahko tudi pravna oseba. To potrjujejo tudi določbe ZFPPIPP, ki določajo obveznosti upravitelja (fizične osebe), odškodninsko odgovornost upravitelja (fizične osebe), pravico do nagrade in povrnitev stroškov, saj iz navedenih določb ni razvidno, da bi se obveznosti, odgovornosti in pravice, v primeru, ko upravitelj, fizična oseba, pristojnosti in naloge upravitelja opravlja prek gospodarske družbe, prenesle na gospodarsko družbo. Iz tega sledi, da je upravitelj lahko le fizična oseba, ki osebno nosi odškodninsko odgovornost in pravico do nagrade in je po vsebini razmerja med sodiščem in upraviteljem upravičeni (ekonomski) lastnik dohodka lahko le fizična oseba, kar pomeni, da se z vidika davčne obravnave dohodek lahko obravnava le kot dohodek fizične osebe. Kakršnokoli organizacijsko, administrativno izvajanje nalog in pristojnosti upravitelja preko gospodarske družbe na to ne more vplivati.

Gospodarska družba, prek katere upravitelj opravlja pristojnosti in naloge upravitelja, nastopa le kot subjekt, ki deluje v imenu in za račun upravitelja. Dohodka upravitelja z davčnega vidika ni mogoče obravnavati kot dohodek oziroma prihodek gospodarske družbe, ker je dejanski (ekonomski) lastnik dohodka lahko le fizična oseba.

Pri tem je treba upoštevati, da primeri ko upravitelj opravlja pristojnosti in naloge upravitelja prek pravnoorganizacijske oblike podjetnika ali zasebnika, niso primerljivi s primeri, ko upravitelj svoje pristojnosti in naloge opravlja prek gospodarske družbe. V drugem primeru gre za dva ločena pravna subjekta s samostojno pravno subjektiviteto (fizično osebo in gospodarsko družbo), ki samostojno nastopata v pravnem prometu in v tem okviru prevzemata obveznosti, odgovornosti in uveljavljata pravice. V skladu z veljavnim zakonom, ki ureja gospodarske družbe, so gospodarske družbe pravne osebe. Družbe kot pravne osebe so lahko lastniki premičnin in nepremičnin, lahko pridobivajo pravice in prevzemajo obveznosti ter lahko tožijo in so tožene. Bistvo pravne osebnosti je v tem, da določena družbena tvorba (katere stvarni in osebni substrat realno obstaja) pridobi priznanje samostojnega pravnega subjekta. Ta subjekt je ločen od članov, družbenikov in drugih pripadnikov gospodarske družbe.«

DURS v zgoraj navedenem pojasnilu pravno zmotno razlaga pomen določbe prvega odstavka 117. člena ZFPPIPP, da se upravitelj lahko imenuje kot fizična oseba. Razlog za takšno določbo je v zahtevi, da naloge upravitelja opravlja oseba, ki ima veljavno dovoljenje za opravljanje funkcije upravitelja in je torej strokovno usposobljena za opravljanje te funkcije. Iz te določbe pa ne izhaja, da bi upravitelj moral opravljati naloge upravitelja kot fizična oseba. Po izrecni in jasni določbi drugega odstavka 117. člena ZFPPIPP upravitelj lahko opravlja pristojnosti in naloge upravitelja prek pravnoorganizacijske oblike podjetnika, zasebnika ali gospodarske družbe. Pravno zmotna je tudi razlaga DURS, da gospodarska družba, prek katere upravitelj opravlja pristojnosti in naloge upravitelja, nastopa le kot subjekt, ki deluje v imenu in za račun upravitelja, ter da je z določbo drugega odstavka 117. člena ZFPPIPP mišljeno le organizacijsko in administrativno izvajanje nalog in pristojnosti upravitelja prek gospodarske družbe. V skladu z določbo drugega odstavka 117. člena ZFPPIPP si namreč upravitelj lahko svobodno izbira pravnoorganizacijsko obliko, v okviru katere bo opravljal naloge in pristojnosti upravitelja, kar je pomembno z vidika obdavčenja prejemkov upravitelja (nagrade, stroškov). Če se upravitelj odloči, da bo opravljal pristojnosti in naloge upravitelja prek gospodarske družbe, je ta družba ekonomski lastnik dohodka. Kako bo družba upravitelju plačala opravljeno delo, pa je stvar dogovora oziroma razmerja med družbo in upraviteljem. Upravitelj je v tej družbi lahko zaposlen ali pa je z njo v kakšnem drugem pogodbenem razmerju.

Če torej upravitelj opravlja naloge in pristojnosti upravitelja prek gospodarske družbe, je vsa nadomestila, ki so vključena v nagrado za delo upravitelja, treba obravnavati kot prihodek družbe. Ker je torej družba ekonomski lastnik tega prihodka, in ne upravitelj kot fizična oseba, je pri odmeri nadomestil upravitelja treba odmeriti tudi DDV.



OBITER DICTA



STRES, IMUNSKI SISTEM IN ODPORNOST, DA NE ZBOLIMO

prof. dr. Alojz Ihan, dr. med.
Inštitut za mikrobiologijo in imunologijo,
Medicinska fakulteta Univerze v Ljubljani

Utrujenost, zmogljivost, stresni odziv in zdravstvena rezerva

Povzetek

Psihološke in fiziološke posledice stresa na delovnem mestu povečujejo tveganje za nastanek številnih psihosocialnih in zdravstvenih motenj. Ponavljajoči fiziološki odzivi na kronični stres povzročijo kronično aktivacijo odziva na stres. Izgoreli delavci imajo večje krvne koncentracije stresnega hormona kortizola v primerjavi z delavci brez izgorelosti. Zdravstvene posledice izgorelosti so glavoboli, nespečnost, prebavne težave, težave z dihanjem. Kronični stres je povezan tudi z nastankom kroničnih bolečinskih sindromov. S hormonskimi študijami in dinamično slikovno diagnostiko delovanja možganov je mogoče ugotoviti, kako stresni odziv vpliva na nastanek in razvoj kronične bolečine. Obenem je vedno več podatkov o tem, kako k nastanku bolečinskih simptomov pripomorejo mediatorji imunskega sistema in patološke komunikacije med imunskim sistemom in živčevjem.

Ključne besede: kronični stres, izgorelost, kronična bolečina, citokini, imunski sistem

1. UVOD

Stres je stanje, v katerem je ogrožena homeostaza organizma zaradi zunanjih ali notranjih stresorjev. Stresni odziv je način zagotavljanja in vzdrževanja stabilnosti v organizmu (homeostaze), ko je ta ogrožena zaradi hujših zunanjih ali notranjih motenj. Za obvladovanje manjših motenj zadostuje kratkotrajen in šibek stresni odziv. Če ta povzroči ustrezno uravnavo (čustveno, vedenjsko, fiziološko), se homeostaza povrne in dražljaja za stres ni več. V tem primeru tudi fiziološke posledice stresnega odziva razmeroma hitro izzvenijo in njihov vpliv na homeostazo organizma ni trajen. Obratno velja za stresni odziv, ki ne uspe nevtralizirati motnje (stresorja). Ker stresor ostaja, postane stresni odziv kroničen. Organizem pa doživlja kronično škodo zaradi neobvladane motnje (stresorja) in dodatno še zaradi neugodnih posledic kroničnega stresnega odziva (hormonske, presnovne, čustvene, vedenjske, socialne motnje). (1)

2. ČE STRESNI ODZIV NI USPEŠEN PRI ODPRAVI MOTNJE, NASTANE SPREMENJENO, NAPORNEJŠE STANJE HOMEOSTAZE (ALOSTAZA).

Neuspešno odpravljanje motnje, ki jo povzroči stresor (npr. mraz, socialna stiska, trpinčenje s strani drugih, prenaporno delo), vzpostavi v organizmu novo, spremenjeno stanje homeostaze (alostaza), ki pomeni moteno, energetsko in zdravstveno napornejše funkcioniranje, in sicer po eni strani zaradi neobvladanega stresorja (na primer nenehne časovne stiske in posledičnih napak na delovnem mestu), po drugi strani pa zaradi stalne in obremenjujoče fiziološke aktivacije stresnega odziva. Za oboje, neobvladani stresor in posledični kronični stresni odziv, so potrebne velike količine dodatne energije (npr. čustveno samokontrolo, nenehno pozornost in napetost, neosredotočenost na trenutna opravila, zanemarjanje prehranskih, družabnih, rekreativnih in drugih potreb). Neredko se ob tem zaradi vpliva stresnih hormonov in sprememb v delovanju vegetativnega živčevja pomembno bolezensko spremeni tudi presnova (maščob, glukoze, vnetnih mediatorjev). (2)

3. NAPOR ZA VZDRŽEVANJE ALOSTAZE LAHKO PRESEŽE ZMOGLJIVOST ORGANIZMA

Spremenjeno stanje homeostaze (alostaza) sicer omogoča vzdrževanje navidezno nespremenjenega načina življenja, vendar je energetski vložek za ohranjanje spremenjenega stanja lahko tako velik, da organizem tovrstne alostatske obremenitve dolgoročno ne zmore – kljub morebitnim pomagalom, ki omogočajo lažje prenašanje alostatskega stanja (npr. intenziven športni trening, adrenalinske dejavnosti, poživila, pomirjevala, droge). Ob tem pa vendarle vsaj za pravilno odmerjeni športni trening velja, da njegovi pozitivni učinki lahko kljub nekompenziranemu stresorju omogočijo organizmu dovolj dodatne zmogljivosti in energičnosti, da se ob redni vadbi vzpostavi razmeroma zdravo in stabilno alostatsko stanje – le energetski vložek za ohranjanje zdravja je v takem stanju precej večji, kot je bil potreben pred neobvladanim stresorjem. Zastavlja pa se vprašanje, kako dolgo lahko posameznik (glede na nujen upad fizičnih zmognosti zaradi staranja in morebitnih bolezni) vzdržuje stanje pretiranega treninga, s katerim se sicer uspešno upira neobvladanemu stresorju. Ali drugače - kdaj je čas, ko je potrebno stresor (npr. prenaporno delo) odstraniti, če nočemo, da stresor odstrani nas. (3)

4. HOMEOSTATSKA KRHKOST (FRAILITY) IN ZDRAVSTVENA REZERVA

Homeostatska krhkost (fraility) postaja v zadnjih letih pomembna za razumevanje kroničnih bolezenskih sprememb (diabetes, kronične vnetne bolezni, kronične okužbe) in starostnih sprememb. Gre za fiziološki sindrom, ki ga spremlja zmanjšana homeostatska rezerva in manj učinkovita nevtralizacija stresorjev zaradi šibkejših in slabše organiziranih fizioloških mehanizmov. Posledica je povečana krhkost za neugodne spremembe in s tem povečana možnost zdravstvenih zapletov. (4)

5. FIZIOLOŠKI KAZALCI ZMANJŠANE ZDRAVSTVENE REZERVE

Številne študije kroničnih bolnikov in starostnikov imajo namen opredeliti pglavitne fiziološke parametre, ki kažejo zmanjšano homeostatsko rezervo organizma. Med njimi so najznačilnejši upad mišične mase, relativno povečanje deleža maščevja, zmanjšana toleranca za glukozo, slabo uravnavanje krvnega sladkorja in lipidov. Zaradi napornega vzdrževanja alostaze je relativno povečan bazalni metabolizem (glede na maksimalni), s čimer se večina razpoložljive energije porabi za vzdrževanje fiziološke alostaze in je ne ostane dovolj za druge življenjske aktivnosti. Značilna je tudi povečana bazalna srčna frekvenca, povečana plazemska raven vnetnih mediatorjev (CRP, interlevkin 6) in zmanjšana plazemska raven spolnih hormonov. Parametri telesne zmogljivosti (VO_2 maks, Cooperjev test, Conconijev test) so izrazito zmanjšani. (5)

6. TELESNA ZMOGLJIVOST JE TEMELJNA ZDRAVSTVENA REZERVA, KI OMOGOČA STABILNO ALOSTAZO PRI VEČJIH OBREMENITVAH

Zmogljivost za fizični (športni) napor je temelj zdravstvene rezerve, ki pomeni alostatsko zmogljivost za prilagoditev na motnje, ki bi sicer povzročile nefunkcionalno stanje, tj. bolezen. Intenziven telesni napor zahteva temeljito preureditev telesnih funkcij, drugačno porabo energetskih snovi, količinsko in kakovostno spremenjeno presnovo. Telesni napor je zato velika preizkušnja za številne telesne uravnave, namen katerih je vzpostavljati notranje ravnovesje (homeostazo) in stabilne razmere kljub najrazličnejšim motnjam. Če torej brez težav zmoremo večji fizični napor, je naše telo pripravljeno na obremenitve in kljub obremenitvam (ali drugim motnjam) ne bomo zlahka zdrsnili v bolezen. Fizično zmogljivost pridobivamo z ustrežno športno vadbo, na primer s tričetrtturnim intenzivnim naporom najmanj trikrat tedensko. Napredek z lahkoto merimo z metodami, ki objektivno merijo športno zmogljivost. S pridobitvijo ustrezne fizične zmogljivosti organizem ni le bolj odporen na motnje, ampak pri njem tudi hitreje zaznamo morebitno bolezen – ko zmogljivost začne nelogično upadati, je ob nespremenjenih zunanjih okoliščinah zelo verjetno, da gre za bolezenski proces (npr. slabokrvnost, prizadetost pljuč ali srca, motnje presnove ali uravnavanja elektrolitov). Pri zmogljivem, delujočem organizmu je mogoče hitro začutiti šibke točke in s posameznimi ukrepi bolj ciljano izboljševati prehranjenost, mišično zmogljivost, imunsko odpornost. S pridobitvijo fizične kondicije okrepimo tudi mišice, ki so glavna zaloga hranil med boleznijo in hkrati med boleznijo s svojo maso in bazalno dejavnostjo preprečujejo (pre)nagle biokemijske spremembe v organizmu, ki med boleznijo največkrat povzročajo težave, slabosti, mučno počutje, pretirano šibkost, neugodje. (6)

7. FIZIOLOŠKA ZMOGLJIVOST – ODGOVORNOST ZA OPTIMALNO FUNKCIONALNO STANJE NAŠEGA TELESA

Fiziološka zmogljivost pomeni homeostatske lastnosti našega organizma (organov in organskih sistemov), ki nam kljub občasnim vsakodnevnim obremenitvam (intenzivno delo, stres, odtegnitev spanja, nezdravo pretiravanje s hrano ali

pijačo) omogočijo ostati razmeroma brez težav. Zdrava ledvica in odziven krvožilni sistem na primer omogočajo, da lahko zmoremo celodnevni pohod v vročini in kljub morebitnemu minimalnemu uživanju tekočine ostanemo delovno zmožni in dobrega počutja. Zdrava jetra nam prihranijo številne slabosti in tegobe, ki jih ljudje z delno jetrno okvaro doživljajo že ob minimalnih spremembah prehrana, da o uživanju alkohola ne govorimo. Dober imunski sistem in redna cepljenja nam prihranijo okužbe. Telesna teža mora biti prilagojena trdnosti naših kosti, sklepov, mišic; velika količina maščevja povzroči tudi zelo povečano potrebo po delovanju trebušne slinavke. Če trebušna slinavka ne zmore tako velikih zahtev, nastane sladkorna bolezen tipa 2. Hujšanje je v tem primeru najboljši način "homeostatskega zdravljenja", ker zmanjšamo potrebo po hormonu insulinu, zato trebušna slinavka spet zmore v celoti opravljati svojo funkcijo in sladkorne bolezni ni več. (6)

Z rednim spremljanjem zdravstvenega stanja, zaznavanjem njegovih šibkih točk (krvni tlak, sladkor in maščobe v krvi, telesna teža ipd.) in ustreznimi preventivnimi ukrepi (prehrana, razvade, telesna teža, cepljenja) ostane naša zdravstvena zmogljivost dolgoročno taka, da bomo kljub občasnim (pre)obremenitvam brez zdravstvenih težav. Posebno skrb za fiziološko zmogljivost morajo namenjati ljudje s presnovnimi motnjami. Diabetiki morajo posebej skrbno uravnavati raven krvnega sladkorja, ljudje z motnjami presnove maščob morajo natančno upoštevati meritve in ustrezna strokovna navodila, presuhi ljudje naj pridobijo telesno težo predvsem s krepitvijo mišic; predebili ljudje naj zmanjšajo delež telesnega maščevja.

8. PSIHOSOCIALNA ZMOGLJIVOST

Psihosocialna zmogljivost je izjemno pomemben temelj zdravstvene rezerve, ki ga na žalost zaradi socialnih predsodkov premalo jasno izpostavljamo. Psihosocialna zmogljivost pomeni imeti zagotovljene osebne in socialne temelje, ki nam omogočajo samostojno in odgovorno skrb za svoje življenje in zdravje. Dolgoročnega zdravja in mirnosti ni brez urejenih bivanjskih, delovnih in ekonomskih razmer ter brez socialne mreže (družine, prijateljev, družbenih institucij), na katero se lahko zanesemo v zdravju in bolezni. Z osamosvajanjem v zrelo in odgovorno osebnost, z urejanjem svojega bivalnega, delovnega ekonomskega in socialnega okolja povečujemo svojo psihosocialno rezervo, ki je tudi nujen del zdravja. (6)

Zlasti osebna izoblikovanost in čvrstost sta nujni za ustrezno uravnavanje stresnega odzivanja. Stresni odziv je namreč ena od naših lastnih reakcij, ki ne pridejo od zunaj, ampak jih ' naredimo ' mi sami. Osebnostno izoblikovan človek se v večini življenjskih položajev dovolj 'pozna', da se sam odloči, ali se bo spustil v stresne okoliščine ter za kako dolgo in kako globoko. Strateško nas pred samouničevanjem s stresom zato varuje samo zrela in samozavestna osebnost. Kot gospodar samega sebe mora biti človek tudi gospodar svojih stresnih hormonov. Veliko težav s stresnimi preobremenitvami doživljajo ljudje, ki niso večči upravljanja samega sebe in svojega življenja, ampak imajo občutek, da jih življenje in okolica neprestano 'silita' v neke odločitve, čeprav bi sami želeli drugače. V ozadju gre pri takih ljudeh največkrat za vzgojne motnje, povezane s hudimi in kroničnimi stresi v zgodnjem otroštvu. Po eni strani gre lahko za zanemarjanje in zlorabe, ki operativno nemočnega otroka prepričajo, da je nekdo drug gospodar

njegovega telesnega počutja in stresa. Po drugi strani gre lahko za navidezno ‚ljubečo‘ vzgojo, pri kateri pa starši pogojujejo svojo ljubezen (skupaj s hranjenjem, zagotavljanjem varnosti, udobja, oskrbe) s tem, da je otrok ‚priden‘, da ni nemiren, da po željah staršev nadzoruje lulanje, kakanje, obnašanje do drugih ljudi ipd. Tak otrok se nauči, da njegovo telesno počutje ni odvisno od njega, ampak od zapletene in neobvladljive okolice. Zato tak otrok ne razvije zdravega egoizma, ko si ne glede na mnenje drugih najprej dovoli zagotoviti svoje osnovne psihofizične potrebe. Tak egoizem je pozitiven in zdrav, ker človek jasno vzame odgovornost za zdravje in počutje v svoje roke. Tak egoizem je tudi socialno zdrav, ker človeku omeji reflekse ogroženosti samo na ozek in jasno pregleden teritorij njegovih osnovnih eksistenčnih potreb in tega teritorija ne razširja v območje medčloveških odnosov in sodelovanja, kjer mora vladati dialog, in ne osebna ogroženost. Zato je samo zdravo egoističen človek zmožen po zadovoljitvi svojih osnovnih potreb tvorno sodelovati, razpravljati in se odločati brez občutka ogroženosti, ki v človeku sproža najbolj iracionalne preživetvene reflekse. (6)

Nasprotno pa ljudje, ki v otroštvu niso pridobili večšin samostojnega zadovoljevanja lastnih potreb, razvijejo difuzen in nikoli končan občutek, da jih lahko prav vse v okolici ogrozi, zato morajo biti nenehno napeti in vlagati ogromne količine napora za obvladovanje okolice. Taki ljudje v ‚svoj‘ teritorij, ki ga je treba fizično in čustveno braniti, vključujejo ne le sebe, ampak vso svojo okolico. Zato sploh ne znajo opredeliti svojega ‚egoizma‘ in imajo sebe neredko celo za povsem neegoistične, v resnici pa je prav nasprotno – njihova skrb zase se difuzno in brezmejno razliva v okolico, prav v vsakem dejanju drugih vidijo grožnjo za svoj ‚prav‘ in se zato borijo, neredko nasilno, proti vsem ‚izdajalcem‘, svoje ‚egoistične‘ želje pa nenehno kamufilirajo v prizadevanje za blaginjo drugih, od družine do podjetja, naroda ali etično-moralnih načel. Predvsem pa želijo v strahu pred nepredvidljivim stresom imeti vse pod nadzorom, kar pa je izjemno naporno in zaradi omejene zmožnosti posameznika vnaprej neuspešno in seveda stresno. Zaradi občutka, da jih vsaka stvar potencialno ogroža, se o ničemer niso zmožni pogovarjati in odločati racionalno ali pred odločitvijo celo počakati, da bo pogovor prinesel odločitev za ali proti. Taki ljudje že vnaprej vedo, za kaj se morajo boriti, in razprava je zanje samo način boja, kako izsiliti ‚svojo‘ odločitev. Zaradi velike energije, ki jo vlagajo v nadzor okolice, so taki ljudje nadpovprečno družbeno uspešni, vendar so hkrati tudi nenehno na meji zdrsa v telesne bolezni in razvoj psihopatologij. Psihopatski vidiki tovrstnih osebnosti se zlasti kažejo na vodilnih družbenih položajih, ki posamezniku dovolijo izpostaviti vse osebnostne lastnosti. (6)

9. VRSTE STRESNIH ODZIVOV

Vsi stresni odzivi ne glede na vrsto stresorja so sproženi in organizirani v centralnem živčevju – glavni možganski integracijski center za odziv na stres je amigdaloidno jedro. Stresni odziv ima številne efektorske mehanizme, ki potekajo hkrati in prepleteno, med njimi pa lahko z objektivno merljivimi biokemijskimi in elektrofiziološkimi metodami spremljamo simpatiko-adrenalinski, kortizolski in vnetno-citokinski odziv (3).

Simpatiko-adrenalinski odziv v stresnih razmerah običajno najprej izmerimo. Pravijo mu tudi odziv za »boj ali beg« (angl. fight or flight response), saj poveča zmožnost organizma, da se z grozečo nevarnostjo spopade ali se ji izogne z begom. Procesivni stresorji prek čutil, procesiranja v možganski skorji in prenosa informacije v limbični sistem (čustva!) prek njegove povezave s hipotalamusom aktivirajo vrhovne centre vegetativnega sistema v hipotalamusu, ti pa aktivirajo simpatično živčevje. To vpliva na srce in ožilje (4). Z vzdraženjem nevronov, ki oživčujejo sredico nadledvičnice, se iz te začne izločati adrenalin (in nekoliko tudi noradrenalin). Adrenalin je tudi eden od spodbujevalcev kortizolskega odziva. Skupaj s povečano aktivnostjo simpatika, ki prav tako oživčuje imunske celice, pa ob psihičnih stresi že zgodaj spodbudi tudi citokinski odziv: v krvi se poveča koncentracija vnetnih citokinov (iz makrofagov, endotela, adipocitov). Če pride do poškodbe, se simpatiko-adrenomedularni sistem dodatno aktivira zaradi bolečin (3).

Kortizolski odziv se kaže kot povečano izločanje glukokortikoidov iz skorje nadledvičnice, pri človeku predvsem kortizola. Pride do aktivacije hipotalamo-hipofizo-suprarenalne osi (HHS os), ki jo nadzoruje paraventricularno jedro hipotalamusa, v katerem nevroni izločajo neuropeptid kortikoliberin (angl. corticotrophin releasing hormone – CRH), ki se po krvnem obtoku prenese do adenohipofize, kjer spodbudi izločanje ACTH (adrenokortikotropnega hormona) v kri. Ta poveča izločanje kortizola iz skorje nadledvičnice (5). Ta os se pri stresu aktivira vsaj po treh poteh: 1. po nevrogeni poti: procesivni stresorji aktivirajo paraventricularno jedro hipotalamusa po daljši posredni poti prek čutil, senzorične obdelave v možganski skorji in nato prek limbičnega sistema do hipotalamusa. Sistemski stresorji, ki povzročijo hipotenzijo in/ali hipoksijo, pa aktivirajo hipotalamus bolj neposredno prek ustreznih receptorjev in nato prek enega samega preklopa v možganskem deblu do hipotalamusa. Paraventricularno jedro posredno aktivirajo tudi bolečinski dražljaji, ki vzburijo nociceptorje; 2. prek adrenalina, ki se je sprostil iz sredice nadledvičnice, in spodbuja izločanje ACTH iz hipofize; 3. prek citokinov, ki nastajajo na mestu poškodbe ali v osrednjem živčevju in ki spodbudijo izločanje CRH iz paraventricularnega jedra (glej naslednje podpoglavje). Kortizol neposredno zavira paraventricularno jedro hipotalamusa in hipofizo ter tako omejuje aktivnost osi (negativna povratna zveza). Aktivnost paraventricularnega jedra pa kortizol zavira tudi posredno prek drugih območij v možganih, kjer nevroni izražajo glukokortikoidne receptorje, predvsem prek hipokampusu, kar omogoča spreminjaje občutljivosti HHS-osi in s tem moči kortizolskega odziva na stres, kar je pomembno pri nastanku patoloških stanj zaradi kroničnega stresa (3).

Vnetno-citokinski odziv aktivirajo mehanizmi naravne (prirojene) imunosti. Citokini so beljakovine, ki jih tvorijo in izločajo različne hematopoetične in druge celice. Uravnavajo rast, razvoj in aktivacijo celic imunskega sistema, sodelujejo pri vnetju in vplivajo na presnovo in aktivnost različnih drugih vrst celic (nevroni, hepatociti, mišična vlakna itd.). Delujejo avtokrino, parakrino ali endokrino (6). Osrednja celica, ki sproži citokinski odziv, je makrofag. Med citokini je faktor tumorske nekroze alfa (TNF- α) kot aktivator citokinske kaskade osrednji mediator vnetja, izločajo ga predvsem mononuklearni fagociti. TNF- α poveča sintezo in sproščanje IL-1 β , IL-6 in IL-8. TNF- α in IL-1 β sprožita produkcijo velikega števila proteinov akutne faze kot C-reaktivni protein, aktivirata nevtrofilce, limfocite,

endotelne in druge celice v okolici vnetja. Aktivirani levkociti sintetizirajo in izločajo nove citokine in druge dejavnike: interlevkine (IL-2, IL-4, IL-6, IL-8, IL-10, IL-12), interferon γ (IFN- γ), rastne dejavnike za granulocite (G-CSF) in monocite (M-CSF), PAF ter druge. Ti delujejo na endotelne celice, ki začnejo sintetizirati in izločati vazodilatator dušikov monoksid (NO) in vazokonstriktor endotelin-1. Poleg številnih provnetnih dejavnikov se v poteku vnetja sintetizirajo in sproščajo tudi protivnetni dejavniki, ki zavrejo vnetni odziv organizma. Protivnetni citokini (IL-4, IL-6, IL-10, IL-11, IL-13) zavirajo tvorbo provnetnih citokinov, podobno nalogo opravljajo tudi topni zaviralci provnetnih citokinov – topni citokinski receptorji (TNF- α R tip I in tip II, tIL-1R tip II) in antagonisti citokinskih receptorjev (IL-1ra) (7).

Ugotovljeno je, da ima IL-6 poleg pretežno provnetnega tudi protivnetno delovanje, medtem ko IL-10 deluje predvsem protivnetno, v manjšem obsegu pa tudi provnetno. Klinično izražanje vnetnega procesa je tako določeno z razmerjem med provnetnimi in protivnetnimi dejavniki. Med stresom, zlasti v zvezi s poškodbami, okužbami in fizičnimi napori, so pomembne tudi oksidativne poškodbe. Pri normalnih fizioloških pogojih človekovo telo neprestano proizvaja reaktivne kisikove zvrsti (RKZ), vendar pri zdravih ljudeh ta proizvodnja ne presega zmogljivosti telesnega antioksidativnega obrambnega sistema (8).

10. AKUTNI IN KRONIČNI STRES

Akutni stres močno aktivira živčni simpatiko-adrenalinski sistem in hormonski stresni odziv z izločanjem stresnega hormona kortizola. Akutni stres v organizmu intenzivno vzburi veliko možganskih območij (vzburjenje limbičnega sistema – čustev), hkrati pa spremenjeno hormonsko stanje (kortizol) omogoči preusmeritev presnove (dvig krvnega sladkorja) za doseganje velike vzdržljivosti, moči in neobčutljivosti na napore ali bolečino. To je zlasti očitno v eksperimentalnih modelih, kjer preizkušajo prag bolečine, pri tem pa preiskovance (poskusne živali, ljudi) izpostavljajo stresogenim dejavnikom, ki za obvladovanje položaja zahtevajo izjemno pozornost in angažiranje (zapletene naloge ali naporene ovire, ki jih je treba premagati za rešitev pred nevarnostjo ali doseganje nagrade). Organizem je v takšnem stanju obvladljivega in motiviranega akutnega stresa zmogljivejši, a hkrati tudi močno (pre)obremenjen. Vendar ima dovolj energetskih in drugih rezerv, da homeostatsko vzdrži povečane obremenitve, bolečinski prag je v takšnem primeru običajno povečan, zaznavanje bolečine pa je posledično manjše. Kljub večjim zmožnostim organizma lahko zelo močan akutni stres tudi preobremeni določene dele organizma, zlasti srčno-žilni sistem. Nastane lahko na primer hiperkinetični srčni sindrom (sindrom Da Costa) s palpitacijami, tahikardijo, zvišanim arterijskim tlakom, znojenjem, prekordialnimi bolečinami, psihogenim dihanjem, panično reakcijo, ekstrasistolami in repolarizacijskimi motnjami srčne mišice. To je lahko tudi vzrok nenadne srčne smrti (6).

Kronični stres je lahko serija ponavljajočih se akutnih, razburljivih stresov (na primer dolgotrajni spori med enakovrednimi tekmeci v službi), lahko pa gre tudi za enoličen, trpeč, nerazburljiv, habituiran (ali tudi zanikan) stres (na primer trpljenje zaradi kronične bolezni, kronične bolečine, izčrpljujočih delovnih razmer, hudega nezadovoljstva z delovnimi ali družinskimi razmerami). Čeprav akutni stres vedno

na enak način povzroči izločanje stresnega hormona kortizola skupaj z drugimi stresnimi odzivi, pa pri kroničnem stresu pride do pomembnih sprememb v delovanju živčevja, organizem tudi nima več energetskih in drugih rezerv, zaradi pomanjkanja ustreznih količin posameznih proteinov, encimov in drugih snovi mnogi homeostatski mehanizmi oslabijo in zato stresni odziv poteka drugače, prilagoditev na stresor postane manj silovita in manj učinkovita. Tudi način stresnega odzivanja se pri kroničnem stresu spremeni, človek se trajneje prilagodi na svoj stres, kar povzroči tudi spremenjene osebnostne lastnosti. Kot posledica kroničnega stresa se pri ljudeh lahko oblikujeta dva različna tipa deviantnega (»prilagojenega«) odzivanja na stres, hiperkortizolizem s povečano odzivnostjo organizma na stres ali hipokortizolizem z zmanjšano odzivnostjo organizma na stres (9).

Hiperkortizolizem s povečano odzivnostjo organizma na stres je prilagoditev na kronični stres (značilno na kronično ponavljajoče se, razburljive, napadalne in borbene strese), pri kateri začne stresni odziv »preventivno prehitovati in pretiravati«. Na enake stresorje se stresni odziv sproži prej in močnejše. Na primer človek, ki pri delu stalno prihaja v hude, ogrožajoče spore, postane s svojim stresnim odzivanjem vedno silovitejši in že preventivno napadalen, jezen in ogrožen. Prilagoditev na stres v takšnem primeru človeku povzroči osebnostno spremembo, ki pa se ne dogodi le na mestu delovanja stresorja (npr. na delovnem mestu), ampak postane del osebnostnega odzivanja. Delovne razmere, kjer prevladuje konfliktnost, ogroženost in napadalnost, lahko v nekaj letih zaposlenega osebnostno tako spremenijo, da njegovo »spremenjeno, napadalno in konfliktno« stanje težko sprejme njegova okolica v zasebnem življenju (3).

Pri stresni hiperreaktivnosti lahko ločimo še hiperreaktivnost z izrazito živčno-adrenalinsko hiperodzivnostjo (avtonomna disfunkcija, odvisnost od adrenalina), kjer gre za motorično nemirne, k nevroticizmu nagnjene osebe; in po drugi strani prevladujočo kortizolsko hiperreaktivnost, kjer gre za motorično toge osebe, ki imajo močna čustvovanja (zlasti jezo navzven in sram navznoter) in težijo k pasivnemu odporu proti stresorjem; zaradi motorične togosti in visokih ravni kortizola pa so nagnjeni k trebušnemu kopičenju maščevja (trebušna debelost).

Fiziološki mehanizem hiperkortizolizma poteka prek sprememb števila receptorjev za kortizol v možganskih jedrih. Koncentracija receptorjev za kortizol se zmanjša v možganskih območjih, ki sicer nadzirajo odziv stresne osi (hipotalamus, hipokampus, prefrontalni korteks), hkrati tam pride tudi do morfološkega krčenja (atrofije dendritičnih celic). Pride tudi do povečanja in okrepljenega delovanja amigdaloidnega jedra (področja za pozornost, strah, bojevitost), ki sicer pospešuje delovanje stresne osi (10).

Hiperkortizolizem je povezan z nastankom številnih zdravstvenih težav in bolezni: anksioznost, stresna kardiomiopatija, arterijska hipertenzija, akutni koronarni sindrom, hiperkinetična hemodinamska reakcija (aritmije), funkcionalne gastrointestinalne motnje, prekomerno potenje, motnje spolnih funkcij, trebušna debelost, hiperlipidemija, ateroskleroza in večja dovzetnost za nastanek okužb, raka, odvisnosti ter motenj hranjenja.

Pretiran odziv na stres in povečano izločanje kortizola sta pri ljudeh povezana s pogostejšimi duševnimi, metaboličnimi in kardiovaskularnimi boleznimi. Pretiran kortizolski odziv zaradi povečanega odziva na psihogeni stres pa tudi pretiran zgodnji citokinski odziv sta značilna za velik del bolnikov z depresivnimi epizodami in samomorilnim vedenjem ter za bolnike s sindromom odvisnosti od psihoaktivnih snovi, depresivne epizode pa so dejavnik tveganja za Alzheimerjevo bolezen (4 D: depression, death, drugs, dementia). Vsem tem stanjem je skupno, da so pogostejša pri ljudeh, ki so bili v zgodnjem otroštvu zanemarjeni ali psihično, telesno ali spolno zlorabljeni, in da je zanje stres v odrasli dobi pogosto sprožilni dejavnik. Kot dedni dejavniki so pri sproženju teh bolezni poznane mutacije v genih beljakovin, udeleženih pri serotoninskem prenosu vzbujenja v možganih – prav serotoninergične živčne poti pa so tiste, ki pri mladih živali prenašajo učinke taktilnega draženja na izražanje glukokortikoidnih receptorjev v nevronih hipokampusa, poleg tega so snovi, ki dvigajo raven serotonina v možganskih sinapsah, najpomembnejša zdravila proti depresiji (3).

Hipokortizolizem z zmanjšano odzivnostjo organizma na stres je prilagoditev na stalne, nerazburljive strese zaradi neugodnih psihosocialnih, okoljskih ali zdravstvenih razmer (socialne stiske, nezaposlenost, mraz, težaško delo, kronične bolezni ali izpostavljenost škodljivim zdravstvenim vplivom). Ker gre za ogroženosti brez opredeljenega stresorja, izostanejo aktivacije čustvenih področij (amigdaloidna jedra), ki sicer pospešujejo aktivacijo stresne osi. Podobno se dogaja tudi pri čustveno zelo zavrtih posameznikih. Zato ob kronično povečanih ravneh stresnega hormona kortizola (na primer zaradi kroničnega vnetja, mraza, pomanjkanja, socialne izolacije) prevladujejo negativne povratne zanke za zmanjšanje ravni hormona kortizola. Hkrati se zmanjša tudi sinteza receptorjev za kortizol na periferiji. Posledica znižane ravni kortizola in zmanjšane aktivnosti perifernih glukokortikoidnih receptorjev je okvarjeno uravnavanje vnetnih in imunskih celic. Posledice tega so:

- zmanjšano afinitetno dozorevanje receptorjev za antigen v bezgavkah. Kortizol, ki naraste ob vnetju, povzroči negativno selekcijo limfocitov B, ki se z majhno afiniteto vežejo za tuje antigene. Zato preživijo samo tisti limfociti B, ki se zelo trdno vežejo na tuje antigene. Brez zadostnega »stresnega« dviga kortizola ob vnetju je negativna selekcija manj učinkovita, zato preživi več nepotrebnih limfocitov B in na ta način nastanejo nepotrebna, nizkoafinitetna protitelesa proti tujim antigenom, ki pomenijo večje tveganje za nastanek avtoimunosti in alergij;
- kronična bolečina zaradi povečane sinteze mediatorjev vnetja, ki jih ne zavira primerna raven hormona kortizola. Mediatorji vnetja senzibilizirajo bolečinske nevrone, posledica je kronična bolečina;
- bolezensko vedenje zaradi povečane sinteze vnetnih citokinov v osrednjem živčevju, ki jih uravnava primerna količina hormona kortizola. Bolezensko vedenje obsega motnje v spominu, koncentraciji in učenju, zaspanost, nedejavnost, neješčnost, utrujenost, upad libida in nezanimanje za iskanje socialnih stikov.

Hipokortizolizem je povezan z nastankom sindroma kronične utrujenosti in izgorelosti, fibromialgije, kroničnega glavobola in bolečin v križu, kronične pelvične

bolečine, avtoimunskih bolezni in alergij. Ljudje s hipokortizolizmom zaradi nizke ravni kortizola, spolnih hormonov in presnove nimajo energije za delovanje in aktivno spreminjanje življenjskega okolja, zato se vznemirjenosti zaradi neugodja odražajo predvsem v povečani mišični napetosti in ustreznih bolečinskih sindromih (11).

11. POZITIVNI IN NEGATIVNI STRES

Vsi stresorji niso škodljivi ali obremenjujoči. Tako lahko ločujemo pozitivni stres ali eustres od negativnega stresa ali distresa. Občutje pozitivnega stresa prevlada, kadar so sposobnosti za obvladovanje večje od zahtev in je obvladovanje operativno mogoče. Občutje negativnega oziroma škodljivega stresa pa prevlada, ko so zahteve večje od sposobnosti za obvladovanje. Takrat pride do nezadovoljstva, zaskrbljenosti, napetosti, neučinkovitosti in hkrati tudi do živčno-hormonskega stanja, ki negativno deluje na zdravje (6).

Kako se človek odziva na stres, na kakšen način razmišlja in deluje v različnih stresnih razmerah ni torej odvisno le od zunanjih stresorjev, temveč tudi od osebnostnih značilnosti posameznika, kot so čustvena stabilnost (moč, jeza, nagnjenost k anksioznosti), nagnjenost k depresivnosti in naučena nemoč, občutje nadzora in kompetentnosti, naučeni slogi soočanja s stresom in obrambnega reagiranja, empatija, zmožnost vživljanja in sočustvovanja, altruizem, pripravljenost pomagati, značilnosti medosebnega obnašanja (npr. odprtost, zaupanje, spretnost v medosebnih odnosih), izjemno pomembne so tudi življenjske sposobnosti, znanja, veščine in zdravstveno stanje. Med »optimalnimi« osebnostnimi značilnostmi za uspešno soočanje s stresom je najbolj znan pojem »osebnostne čvrstosti«, ki vključuje osebno angažiranost, osebno privzet občutek varnosti, odsotnost občutkov nemoči in razumski pristop k problemom. Osebnostno čvrste osebe naj bi imele občutek smiselnosti svojih dejanj in življenja nasploh ter naj ne bi doživljale sprememb kot bremena, ampak kot normalno sestavino življenja (12).

12. BOLEČINA IN STRES

Bolečina in stres sta močno povezana fenomena; bolečina je aktivator stresnega odziva, po drugi strani pa stresni odziv močno vpliva na doživljanje bolečine. Obstajajo številni raziskovalni modeli, v katerih se skuša čim bolj objektivno (zaradi subjektivne zaznave bolečine) meriti vpliv stresa na zaznavanje bolečine. Pri vsakem od modelov, ki običajno merijo zaznavanje bolečinskega praga in posledične odzive, je pomembno zlasti pozorno preučiti, kakšna je vrsta stresa, ki ga v eksperimentu izzovemo, kajti različni načini izzivanja stresa imajo različen način na zaznavanje bolečine. Pri tem ločimo predvsem modele, pri katerih s stresom izzovemo povečano občutljivost na bolečino (hiperalgezija), in modele, pri katerih se občutljivost na bolečino zmanjša (hipoalgezija). Pomembno pa je tudi trajanje stresa – tako na primer na začetku vnetnega odziva (prvi dan) limfociti ob aktivaciji tvorijo veliko protibolečinskih endorfinov in zmanjšujejo bolečino, pozneje v poteku vnetja se tvorba limfocitnih endorfinov zmanjša (13).

Večine povezav med stresom in zaznavanjem bolečine ne moremo razumeti brez poznavanja učinkovanja endogenih peptidov endorfinov, ki so morfinu podobne endogene učinkovine. Endorfini se ob začetku vnetja tvorijo v možganih in limfocitih, večje količine nastajajo tudi v črevesju. Ime izhaja iz morfina, ki je bil stoletja glavno sredstvo proti bolečinam. Leta 1803 so ga izolirali kot čisto spojino iz opija. Prva spojina iz vrst endorfinov, ki so jo izolirali iz možganov svinj, je bil enkefalin (gr. = v glavi), ki je zmes dveh pentapeptidov. Endorfini se stalno izločajo v telesu, močneje v stanju akutnih bolečin. Endorfini so posebej znani, ker zaradi protibolečinskega učinka povečujejo vzdržljivost pri telesnih naporih. Raven endorfinov se poveča v stresnih okoliščinah, zlasti ob eustresnem, motiviranem vedenjskem odzivanju na stresor (borba, beg, športna aktivnost) in v okoliščinah, povezanih z zadovoljstvom (orgazem, smeh, hranjenje). Zmožnost produkcije endorfinov pomembno določa prag zaznavanja bolečine (14).

Znano je, da dolgotrajna telesna vadba poveča tvorbo endorfinov, ki se ob tem sčasoma tudi počasneje razgrajujejo. Zato dolgotrajna, zlasti vztrajnostna telesna vadba povečuje toleranco za bolečino tako v poskusih na živalih kot pri preučevanju ljudi. Pri stalni kronični bolečini pa se raven endorfinov zmanjša, kar še poveča zaznavanje bolečine. Pri kronični bolečini se razvije tudi toleranca za delovanje endorfinov (15).

Modeli trpečega kroničnega stresa (odvzemanje hrane, kronično izpostavljanje trpljenju, bolečinam, pomanjkanju hrane, mrazu, kroničnemu vnetju) kažejo, da v takšnih primerih nastane povečana občutljivost za bolečino, ki je običajno povečana z zmanjšano produkcijo endorfinov. Po drugi strani pa pozitiven akutni stres zmanjša prag bolečine preiskovancem, ki jih preizkušajo z izpostavljanjem obvladljivim stresogenim dejavnikom, zlasti če obvladovanje položaja zahteva izjemno pozornost in angažiranje – zapletene naloge, huda nevarnost ali velika nagrada. Organizem je v takšnem stanju obvladljivega akutnega stresa zmogljivejši, zmanjšanje bolečinskega praga pa se pripisuje povečani tvorbi endorfinov ali serotonina (14).

V vsakdanjem življenju pogosto videmo oba učinka stresorjev – hiperalgezijo in hipoalgezijo – na zaznavanje bolečine, neredko tudi v isti skupini preučevanih ljudi. Na delovnem mestu imajo npr. ljudje zaradi velikih delovnih zahtev pogosto zmanjšan prag za zaznavanje bolečine, kar jim omogoča dosegati boljše delovne rezultate, kot bi jih zdravstveno zmogli brez stresne motivacije. V tem stanju lahko dodatni stresor (mraz, dodatne ogrožajoče ali nejasne delovne zahteve, poškodba, motnje spanja, grožnja z izgubo zaposlitve) povzroči razpad občutka obvladovanja stresnih okoliščin, dodaten dvig kortizola, upad endorfinov pa prevesi zaznavanje bolečine v hiperalgezijo.

Številne študije v zadnjem desetletju dokazujejo, da so nekateri kronični bolečinski sindromi povezani s ponavljajočo izpostavljenostjo stresnim okoliščinam – največkrat so v zvezi s tem omenjeni kronična bolečina v medenici, hrbtenici, fibromialgija in revmatoidni artritis. Patogeneza teh sindromov naj bi se začela s kroničnim stresom, posledičnim hipokortizolizmom in posledično pomanjkljivo inhibicijo vnetnih odzivov. To naj bi povzročilo večje nastajanje vnetnih mediatorjev in povečano vnetno aktivnost mikroglijskih celic v centralnem živčevju. Posledica

naj bi bila povečana občutljivost (senzitacija) bolečinskih živčnih poti in s tem zmanjšan bolečinski prag. Tovrstne študije izpostavljajo zlasti povezavo med hipokortizolizmom in povečano občutljivost za bolečino – za odpravo kronične bolečine pa predlagajo protivnetno terapijo, protistresno terapijo in ukrepe za normalizacijo delovanja stresne osi. Po drugi strani pa obstajajo tudi študije, ki so pri vojnih veteranih našle zmanjšano občutljivost na bolečino – ta je bila še posebej paradokсно zmanjšana pri vojnih veteranih s posttravmatsko stresno motnjo. Vse to kaže, da kronična izpostavljenost stresu vpliva na doživljanje bolečine, vendar o vrsti vpliva na doživljanje bolečine ne odloča le stres, ampak tudi okoliščine, v katerih je posameznik stres preživel (16).

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- O'Connor, T. M., O'Halloran, D. J., Shanahan, F. The stress response and the hypothalamic-pituitary-adrenal axis: from molecule to melancholia. *Q J Med* 2000; 93: 323–33.
- Selye, H. Hormones and resistance. *J Pharm Sci* 1971; 60: 1–27.
- Sketelj, J. Nespecifični obrambni odziv organizma na stres. V: Ribarič, S. (ur.). *Temeljni patološke fiziologije*. Ljubljana: Medicinska fakulteta, Inštitut za patološko fiziologijo, 2009: 57–62.
- Gabay, C., Kushner, I. Acute-phase proteins and other systemic responses to inflammation. *N Engl J Med* 1999; 340: 448–54.
- Hasselgren, P. O. Catabolic response to stress and injury: implications for regulation. *World J Surg* 2000; 24: 1452–9.
- Ihan, A., Simončič Vidrih, M. Stres na delovnem mestu in spoprijemanje z njim. Ljubljana: Arx, 2005: 46–72.
- Machelska, H., Schopohl, J. K., Mousa, S. A., et al. Different mechanisms of intrinsic pain inhibition in early and late inflammation. *J Neuroimmunol* 2003; 14 (1-2): 30–39.
- Appleyard, S. M., Hayward, M., Young, J. I., et al. A role for the endogenous Opioid beta-endorphin in energy homeostasis. *Endocrinology* 2003; 144(5): 1753–1760.
- Jin, X., Zhao, H., Wang, J. F., et al. Influence of beta-endorphin on function of immune system of patients with cerebral hemorrhage. *Zhonghua Yi Xue Za Zhi* 2003; 83(16): 1409–1412.
- Jorum, E. Analgesia or hyperalgesia following stress correlates with emotional behavior in rats. *Pain* 1988;32:341–48.
- Peckerman, A., Hurwitz, B. E., Saab, P. G., et al. Stimulus dimensions of the cold pressor test and the associated patterns of cardiovascular response. *Psychophysiology* 1994; 31: 282–90.

- Gameiro, G. H., Gameiro, P. H., Andrade Ada, S., et al. Nociception and anxiety-like behavior in rats submitted to different periods of restraint stress. *Physiol Behav* 2006; 87: 643–49.
- Lucas, A., Holtmann. G., Gerken. G., et al. Visceral pain and public speaking stress: neuroendocrine and immune cell responses in healthy subjects. *Brain Behav Immun* 2006; 20: 49–56.
- Herman, J. P., Figueiredo. H., Mueller. N. K., et al. Central mechanisms of stress integration: hierarchical circuitry controlling hypothalamo-pituitary-adrenocortical responsiveness. *Front Neuroendocrinol* 2003; 24: 151–80.
- Ihan, A. Imunski sistem in odpornost: kako se ubranimo boleznim. Mladinska knjiga, Ljubljana 2012.
- Hafner, M., Ihan, A. Prebujanje: Psiha v iskanju izgubljenega Erosa – psihonevroimunologija. Ljubljana, Inštitut za preventivno medicino, 2014: 62–75.

