

PRAVOSODNI BILTEN

3/2018

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

Mag. Nina Betetto vrhovna sodnica, Vrhovno sodišče Republike Slovenije KREPITEV PRECEDENČNE VLOGE VRHOVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE S POUDARKOM NA NOVELI ZPP-E	9
--	---

Doc. dr. Jorg Sladič Odbetniška pisarna Sladič Zemljak, Ljubljana VPLIV PRAVA EVROPSKEGA VARSTVA POROŠNIKOV NA IZVRŠILNO PRAVO	23
---	----

Tadeja Zima Jenull višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani REDNA LIKVIDACIJA, ZAČETEK IN ZAKLJUČEK, IZBRIS IZ SODNEGA REGISTRA	41
--	----

Dr. Jerneja Prostor asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru STATUSNA PREOBLIKOVANJA GOSPODARSKIH DRUŽB TER PRENOS IN STATUSNO PREOBLIKOVANJE S. P.	63
--	----

Frida Burkelc višja sodnica, Okrožno sodišče v Celju Lina Burkelc Juras, mag. prav. odvetniška pripravnica v Odbetniški pisarni dr. Mihe Šošiča ODVZEM OTROKA	75
--	----

Sedin Kičin višji pravosodni svetovalec, Okrožno državno tožilstvo v Mariboru mag. Jasmina A. Tabaković višja pravosodna svetovalka, Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije PRAVNE IN DEJANSKE OVIRE PREGONA STORILCEV KAZNIVIH DEJANJ V ZVEZI S PONAREJENIMI ZDRAVILI	99
--	----

IZ PRAKSE ZA PRAKSO

Barbara Jenkole Žigante višja državna tožilka, Okrožno državno tožilstvo v Krškem OTROCI – ŽRTVE V KAZENSKEM POSTOPKU (PRIKAZ PRIMERA)	117
---	-----

Dr. Anja Drev okrajna sodnica, Okrajno sodišče v Mariboru IZVRŠBA NA PREMIČNINE	131
--	-----

Nada Mitrović višja sodnica svetnica, Višje sodišče v Ljubljani POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH Z REGISTRSE ŠOLE 2018-1	153
---	-----

Tadeja Zima Jenull višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH Z REGISTRSE ŠOLE 2018-2	163
---	-----

Dr. Katarina Vodopivec višja sodnica, Služba za upravljanje projektov, Vrhovno sodišče Republike Slovenije POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH Z REGISTRSE ŠOLE 2018-3	183
---	-----

Renata Horvat višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH Z REGISTRSE ŠOLE 2018-4	195
--	-----

Ana Planovšek strokovna sodelavka, Višje sodišče v Ljubljani PREGLED POMEMBNEJŠIH ODLOČB S PODROČJA SODNEGA REGISTRA V ZADNJEM LETU	209
--	-----

OBITER DICTA

Doc. dr. Boštjan Tratar višji državni odvetnik, Državno odvetništvo Republike Slovenije PREMIK OD »BREŽČUSTVENEGA« DO EMPATIČNEGA SODNIKA	225
--	-----

UVOD

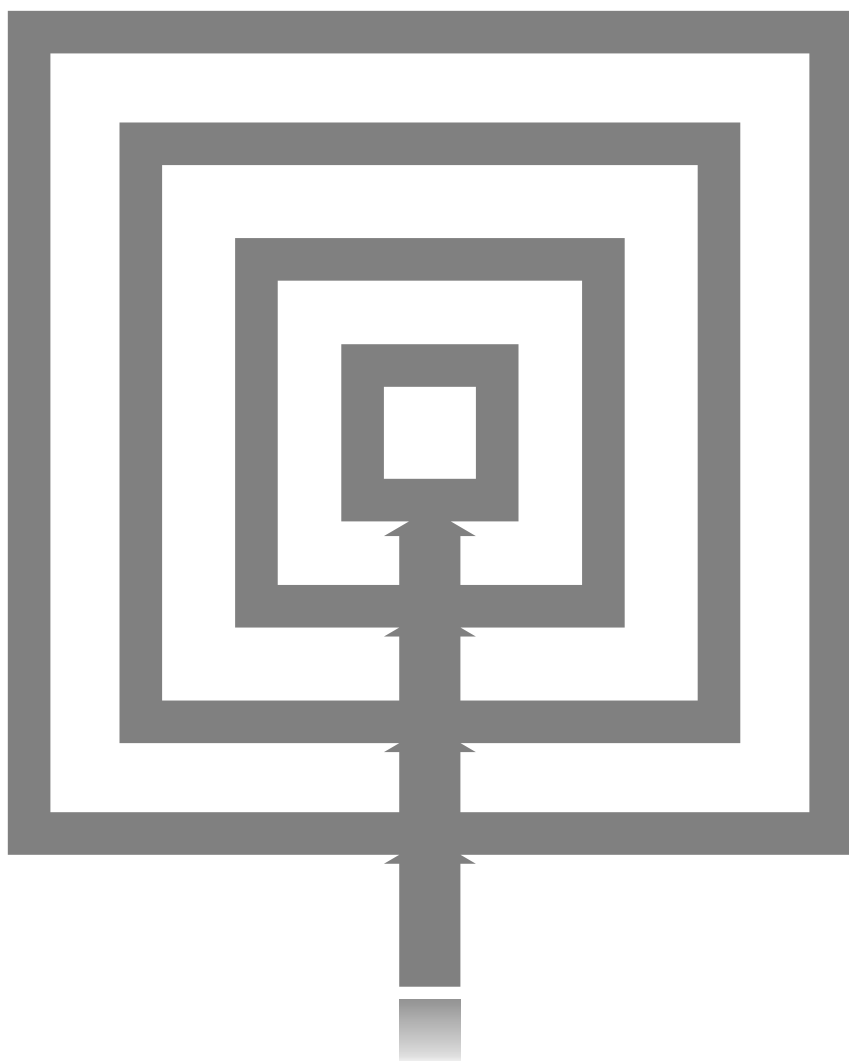
V tej številki so zbrani za objavo prirejeni prispevki avtorjev, ki so kot predavatelji sodelovali na IZOBRAŽEVALNIH TOŽILSKIH DNEVIH (Portorož, 4. in 5. december 2017), IZVRŠILNI ŠOLI 2018 (Kranjska Gora, 7.–9. maj in 21.–23. maj 2018), CIVILNOPRAVNI SODNIŠKI ŠOLI 2018 (Portorož, 28.–30. maj in 11.–13. junij 2018), REGISTRSKI ŠOLI 2018 (Kranjska Gora, 23.–25. maj 2018), SEMINARJU ZPP-E (Ljubljana, 11. in 12. september ter 16. in 17. oktober 2017) in IZOBRAŽEVALNIH DNEVIH DRUŠTVA DRŽAVNIH TOŽILCEV SLOVENIJE IN VRHOVNEGA DRŽAVNEGA TOŽILSTVA REPUBLIKE SLOVENIJE (Kranjska Gora, 11.–12. junij 2018) in so se odločili za objavo.

Izobraževalne dogodke je organiziral Center za izobraževanje v pravosodju.

V številki je objavljen tudi strokovni prispevek doc. dr. Boštjana Tratarja, ki ni bil predstavljen na izobraževalnih dogodkih Centra za izobraževanje v pravosodju, vendar je Uredniški odbor ocenil, da je prispevek zanimiv za bralce Pravosodnega biltena.

Ljubljana, november 2018

Uredniški odbor



ČLANKI



KREPITEV PRECEDENČNE VLOGE VRHOVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE S Poudarkom NA NOVELI ZPP-E

mag. Nina Betetto
vrhovna sodnica
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1 UVOD

Enotna uporaba prava je pomembna za enakost pred zakonom. Poleg tega je upoštevanje pravne varnosti in predvidljivosti neločljivi del pravne države. V pravni državi državljani upravičeno pričakujejo, da bodo obravnavani enako kot vsi drugi in da se lahko v primerljivih primerih zanesejo na prejšnje odločitve, tako da lahko predvidijo pravne učinke svojih dejanj ali njihovo opustitev.¹ V skladu z razlago Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) je pravica do poštenega sojenja, ki jo zagotavlja 6. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah (v nadaljevanju: EKČP), povezana tudi z zahtevami za enotno uporabo prava.

V slovenskem pravnem sistemu iz pravice do enakosti pred zakonom po 14. členu Ustave Republike Slovenije (v nadaljevanju: ustava) in iz pravice do enakega varstva pravic po 22. členu ustave ne izhaja le, da mora zakon podobne položaje urediti enako in enako obravnavati obe stranki v postopku, ampak tudi, da morajo za dejansko in učinkovito sodno varstvo sodišča pravo v istovrstnih primerih uporabljati enako in enotno na vsem območju, za katero velja formalni pravni vir.² V skladu s kontinentalno teorijo pravnih virov, v kateri vse bolj prevladuje spoznanje, da imajo tudi precedensi oziroma značilni primeri določeno obvezno moč, saj zagotavljajo enotnost sodne prakse, pravičnost in pravno varnost,³ se je v slovenskem pravu uveljavila prepoved samovoljnega odstopa od sodne prakse kot ustavno procesno jamstvo – če se sodišče odloči, da bo od uveljavljene sodne prakse odstopilo, mora razloge za to posebej obrazložiti.⁴ Zato bi se sprenevedali, če ne bi priznali, da je sodna praksa danes *de facto* formalni pravni vir.

V uvodnem delu prispevka s poudarkom na judikaturi ESČP obravnavam pomen vloge, ki jo ima vrhovno sodišče pri zagotavljanju enotnosti sodne prakse. Ta vloga je neločljivo povezana z mehanizmi dostopa do vrhovnega sodišča. Izhajajoč iz teze, da vrhovno sodišče ne more izpolnjevati naloge varstva javnega interesa, če je dostop do najvišjega sodišča široko odprt, v osrednjem delu skušam podati

1 Mnenje št. 20(2017) Posvetovalnega sveta evropskih sodnikov (CCJE) o vlogi sodišč v zvezi z enotno uporabo prava (v nadaljevanju mnenje št. 20), tč. 5.

2 Primerjaj M. Pavčnik, Teorija prava, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 351.

3 M. Pavčnik, prav tam, str. 359.

4 O tem podrobno A. Galič, Argument precedensa ali stališče Ustavnega sodišča RS o prepovedi samovoljnega odstopa od sodne prakse, Revus, Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava, št. 1/2003, str. 45.

oceno sposobnosti Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (v nadaljevanju: Vrhovno sodišče), da zagotavlja enotnost sodne prakse v civilnih postopkih.

2 VLOGA VRHOVNEGA SODIŠČA PRI ZAGOTAVLJANJU ENOTNE SODNE PRAKSE

Razrešitev medsebojnih nasprotij v sodni praksi je najprej in predvsem naloga vrhovnega sodišča, ki mora zagotavljati enotnost sodne prakse tako, da odpravlja morebitna neskladja in s tem ohranja zaupanje v sodni sistem.⁵ Velja pojasniti, da se zahteva, da je treba »enake primere obravnavati enako«, ne sme razumeti dobesedno.⁶ Poenotenje sodne prakse, ki predpostavlja soočanje različnih argumentov, zahteva svoj čas. Kot poudarja ESČP, je možnost nasprotujočih odločitev sestavni del sodnega sistema, ki temelji na mreži sodišč, ki imajo sodno oblast v okviru svoje pristojnosti. Nasprotja lahko nastanejo tudi v okviru istega sodišča. To samo po sebi ni v nasprotju z EKČP.⁷

Skrajno problematično pa je, če vrhovno sodišče, torej organ, ki je namenjen predvsem zagotavljanju enotnosti in predvidljivosti sodne prakse, samo postane vir neenotnosti in nepredvidljivosti, saj to ruši zaupanje javnosti v sodstvo.⁸ V zadevi Iordanov in drugi proti Bolgariji je ESČP opredelilo merila, ki jih je treba upoštevati pri oceni, ali je sodišče v primeru neenotne sodne prakse kršilo načelo pravne predvidljivosti iz 6. člena EKČP: 1) obstoj »globokih in dolgotrajnih nasprotij« v relevantni sodni praksi; 2) ali domače pravo vsebuje mehanizem za odpravo neusklajenosti sodne prakse; in 3) ali je bil ta uporabljen in s kakšnim učinkom.⁹ Dolžnost držav članic je, da organizirajo pravni sistem tako, da preprečuje izdajo medsebojno neskladnih sodb.¹⁰

3 JAVNA ALI ZASEBNA FUNKCIJA KOT MERILO DOSTOPA DO VRHOVNEGA SODIŠČA

Skupni imenovalac v pravnih tradicijah občega in kodificiranega prava je težnja po enakosti sodnega varstva, ki se uresničuje prek enotnosti sodne prakse. Razlikujejo pa se pristopi, kako najvišje sodišče v državi zagotavlja enakost sodnega varstva – tradicionalno razlikujemo med kasacijskimi, revizijskimi in apelacijskimi sistemi.¹¹ Bistvena razlikovalna okoliščina, na katerih ti temeljijo, je dostop do vrhovnega

5 Glej na primer Albu in drugi proti Romuniji, sodba ESČP 34796/09 z dne 10. maja 2012.

6 Mnenje št. 20, tč. 30.

7 Santos Pinto proti Portugalski, sodba ESČP 39005/04 z dne 20. maja 2008, tč. 41.

8 Beian proti Romuniji, sodba ESČP 30658/05 z dne 6. decembra 2007, tč. 36-39; Tudor Tudor proti Romuniji, sodba ESČP 21911/03 z dne 24. marca 2009, tč. 29; Spaseski in drugi proti Makedoniji, sodba ESČP 15905/07 z dne 27. septembra 2011; Balažoski proti Makedoniji, sodba ESČP 45117/08 z dne 25. aprila 2013, tč. 30.

9 Iordanov in drugi proti Bolgariji, sodba ESČP 23530/02 z dne 2. julija 2009, tč. 49.

10 Nejdet Şahin in Perihan Şahin proti Turčiji, sodba ESČP 13279/05 z dne 20. oktobra 2011, tč. 55.

11 O temeljnih značilnostih glej M. Bobek, Quantity or quality? Re-Assessing the role of Supreme Jurisdictions in Central Europe (December 12, 2007), EUI LAW Working Paper No. 2007/36, str. 10: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1073602> (31. 7. 2018). J. Zobec, Od individualnega do javnega (precedenčnega) namena Vrhovnega sodišča: ustavnopravni vidik, Podjetje in delo, 6-7/2015, str. 921–924.

sodišča: od odprtega dostopa v kasacijskih, omejenega v revizijskih, do butičnega¹² v apelacijskih sistemih. Galič opozarja, da omenjena razvrstitev, upoštevajoč mnoge razlike znotraj posamezne skupine, in dejstvo, da se ureditev kasacije v nekaterih sistemih močno približuje revizijskemu modelu, ni več ustrezno merilo za opredelitev funkcij vrhovnega sodišča.¹³ Nepomembni so zgodovinski izvor, uradno ime (»kasacijsko« ali »vrhovno« sodišče; »revizija« ali »kasacija«) in programske določbe. Kar šteje, je, ali vrhovno sodišče opravlja predvsem javno (zagotavljanje enotnosti pri uporabi prava in oblikovanje smernic za delo nižjih sodišč) ali zasebno funkcijo (pravilna odločitev v vsaki konkretni zadevi).¹⁴

Izkušnje z revizijo v Sloveniji, kot je bila urejena v Zakonu o pravnem postopku¹⁵ iz obdobja SFRJ, pa tudi z dvotirnostjo dovoljene/dopuščene revizije pred novelo Zakona o pravnem postopku-E (v nadaljevanju ZPP-E),¹⁶ potrjujejo stališče, da Vrhovno sodišče ne more enako in v celoti opravljati obeh nalog, javne in zasebne,¹⁷ in sicer že zato, ker to v praksi ni izvedljivo.¹⁸ Neizogibno namreč vodi v sodne zaostanke; »zasutje« Vrhovnega sodišča z množico enakovrstnih primerov, katerih rešitev ne prinaša nobene dodane vrednosti; preobremenjenost vrhovnih sodnikov s čezmernim povečevanjem njihovega števila, ki je obratno sorazmerno njihovem ugledu; in nepreglednost s posledično nepredvidljivostjo sodne prakse. Ne le preveč zaprta, tudi preveč odprta vrata na Vrhovno sodišče ogrožajo njegovo ustavno vlogo,¹⁹ oziroma malo je več.²⁰

3.1 Kdaj vrhovno sodišče opravlja javno funkcijo?

Če se navežem na pravkar povedano, je prvi pogoj, ki mora biti izpolnjen, da bi vrhovno sodišče lahko opravljalo javno nalogo, majhno število zadev, ki jih obravnava. Kot poudarja Bobek, je prav izbira zadev ključni, čeprav ne edini pogoj za to, da bi se sodišče *Volumia*, temelječe na paradigmi količine, preobrazilo v sodišče *Selectia*, zasnovano na paradigmi kakovosti.²¹ Temu mora biti prilagojeno tudi število sodnikov, ki ne sme biti preveliko.

V zvezi z izbiro zadev, ki jih polno obravnava najvišje sodišče v državi, je bistveno vprašanje, na katerem merilu ta temelji. Omejenost dostopa do vrhovnega sodišča sama po sebi ne pove ničesar o tem, ali to sodišče opravlja javno funkcijo ali ne. Merila za dostop do vrhovnega sodišča vsebujejo tudi revizijski in kasacijski pravni

12 Tako J. Zobec, prav tam, str. 924.

13 A. Galič, A civil law perspective on the Supreme Court and its functions, paper presented at the conference »The functions of the Supreme Court – issues of process and administration of justice«, Warsaw, 11–14 June 2014, str. 2–10: <https://www.google.com/search?q=gali%C4%8D+supreme+court+civil+law+perspective&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b#> (31. 7. 2018).

14 Primerjaj A. Galič, prav tam, str. 27.

15 Uradni list SFRJ, št. 4/77-27/90.

16 Uradni list RS, št. 10/17.

17 A. Galič, prav tam, str. 5–8; A. Galič, Zakon o pravnem postopku (ZPP) (neuradno prečiščeno besedilo: z uvodnimi pojasnili k spremembam zakona s stvarnim kazalom, Uradni list RS, Ljubljana 2017, str. 55.

18 Tako v zvezi z vlogo Sodišča EU v postopkih predhodnega odločanja D Chalmers, 'The dynamics of judicial authority and the Constitutional Treaty' v Altnenland: The EU Constitution in a Contextual Perspective, JHH Weiler and CL Eisgruber (eds) (Jean Monnet Working Paper 5/04, 2004), str. 23.

19 A. Galič, Za reformo revizije v pravnem postopku, Pravna praksa, 2007, št. 43, str. II.

20 Tako J. Zobec, prav tam, str. 928.

21 M. Bobek, prav tam, str. 2.

sistemi s korekcijsko funkcijo vrhovnega sodišča, ki so usmerjeni k pravilni in zakoniti odločitvi v konkretni zadevi. S tem ko so opredeljena bodisi vrednostno (dovolj visoka vrednost spornega predmeta) bodisi kavzalno (določena vrsta zadev), pa so naravnana tako, da zadovoljijo posamične interese individualne pravičnosti. Zadeva, v kateri gre za veliko denarja, je najverjetneje pomembna za stranki v sporu, medtem ko gre lahko z vidika razvoja prava za povsem rutinsko in nepomembno vprašanje.²² Odločitev sodišča je tedaj retrospektivna, naravnana na preteklost, ne da bi nudila nižjim sodiščem kakršnekoli smernice za odločanje v prihodnosti. Dejansko taka omejitev dostopa, v praksi držav praviloma uvedena zaradi preobremenjenosti vrhovnega sodišča, bolj spominja na gašenje požara, zato ne pomeni konceptualnega zasuka k javnemu interesu.

Odločanje o pravnih sredstvih na vrhovnem sodišču je v javni vlogi, kadar je edino merilo za dostop na sodišče objektivni pomen zadeve z vidika razvoja prava in zagotavljanja enotnosti sodne prakse, torej pravnega reda kot celote. Uvedba takih meril za dopustitev pravnega sredstva pomeni, da odločitev vrhovnega sodišča o zadevi presega pomen, ki ga ima za posamezni primer, zato je lahko dragoceno vodilo nižjim sodiščem ter vsem prihodnjim strankam in njihovim odvetnikom. Samo taka merila za izbiro zadev zagotavljajo, da vrhovno sodišče presoja izključno primere s precedenčnim pomenom. Hkrati lahko samo taka merila zagotovijo, da lahko vse take primere obravnava vrhovno sodišče.²³ V ospredju je javni interes z zagotavljanjem enakosti pred zakonom, pravne predvidljivosti in varnosti, individualna korist je le »kolateralna«.

4 MERILA «STRESNEGA TESTA», ALI JE VRHOVNO SODIŠČE PRECEDENČNO SODIŠČE

Ko najvišje sodišče z odločanjem v konkretnih zadevah rešuje pravna vprašanja, pomembna za pravni red kot celoto, kakor je bilo prikazano zgoraj, in ustvarja precedense, ne glede na to, ali gre za državo s tradicijo občega ali kodificiranega prava. Da bi bilo v tej precedenčni vlogi lahko uspešno, pa morajo biti poleg na normativni ravni določenega mehanizma za izbiro zadev glede na njihov objektivni pomen izpolnjeni še drugi (družbeni, organizacijski in personalni) pogoji.

Ali je Vrhovno sodišče pri odločanju v civilnih zadevah precedenčno sodišče oziroma ali je vsaj na dobri poti, da to postane? Poskus ocene te sposobnosti sodišča v nadaljevanju prispevka temelji na naslednjih merilih: 1) ali v Sloveniji v pravosodju in širšem družbenem okolju obstaja razumevanje, kakšna je (ustavna) vloga Vrhovnega sodišča v okviru sodne veje oblasti; 2) katera so formalna sredstva ter ali so na voljo neformalna in polformalna sredstva za poenotenje sodne prakse; 3) koliko civilnih zadev rešuje Vrhovno sodišče; 4) kakšni sta personalna sestava civilnega oddelka Vrhovnega sodišča po številu in kakovosti sodnikov in organizacija dela; 4) kakovost zastopanja pravnih strank pred Vrhovnim sodiščem.

22 Podrobno in s primeri glej A. Galič, A civil law perspective on the Supreme Court and its functions, paper presented at the conference »The functions of the Supreme Court – issues of process and administration of justice«, Warsaw, 11–14 June 2014, str. 8–9: <https://www.google.com/search?q=gali%C4%8D+supreme+court+civil+law+perspective&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b#> (31. 7. 2018).

23 Primerjaj Mnenje št. 20, tč. 22.

4.1 Ali v Sloveniji v pravosodju in širšem družbenem okolju obstaja razumevanje, kakšna je (ustavna) vloga Vrhovnega sodišča v okviru sodne veje oblasti?

Ni dvoma, da najvišjim sodiščem pripada pomembno mesto pri varstvu individualnih pravic posameznika. To varstvo pa naj se ne uresničuje tako, da zadnja instanca ponovno sodi in odloča v vsaki zadevi. Razpravljanje o vseh dejanskih in pravnih vidikih spora je stvar nižjih, zlasti prvostopenjskih sodišč. Naloga vrhovnega sodišča je drugačna: z avtoritativno odločitvijo o spornih pravnih vprašanih odpravlja neskladja v sodni praksi nižjih sodišč in jim s svojimi *in concreto* sprejetimi stališči daje jasne smernice za njihovo delo. Na ta način lahko mnogo učinkoviteje varuje individualne pravice posameznikov, ki jim je prihranjen zamudni »sprehod« skozi vse instance sodnega sistema.²⁴

V Sloveniji kot državi s postsocialistično tradicijo je bilo razumevanje vloge vrhovnega sodišča obremenjeno z drugačnimi premisami od zgoraj navedenih; Galič in Uzelac omenjata štiri: ideologiziranje materialne resnice; prepričanje, da mora v sodnem sistemu obstajati nadzor nad nižjimi sodišči; odklonilni odnos do sodišč, vključno z najvišjim sodiščem, kot orodja politike; in zanikanje pomena sodne prakse.²⁵ Do prvega premika je prišlo v letu 2000 po zaslugi Ustavnega sodišča Republike Slovenije (v nadaljevanju: Ustavno sodišče), ki je sledilo ugotovitvam teorije, da je v naravi prava, da mora biti odločanje enako in enotno na območju, za katero formalni pravni vir velja, in jih nagradilo tako, da je argument precedensa v Sloveniji dobil neposreden ustavnopravni pomen.²⁶ To dopolnjuje pomembno stališče, da sodna praksa, četudi je ustaljena oziroma enotna, ni absolutno obvezni pravni vir. Ustava ne prepoveduje kakršnega koli odstopa od sodne prakse, ampak le samovoljni oziroma arbitrarni odstop.²⁷

Obet nove paradigme vloge Vrhovnega sodišča v civilnih postopkih – od varovanja zasebnega k varovanju javnega interesa – ki se je v letu 2008 odrazila tudi v normativnih spremembah revizijskega postopka, ni imel soglasne podpore strokovne javnosti. Nasprotno, kritike predlagane reforme z uvedbo dopuščene revizije z novelo Zakona o pravdnem postopku-D (v nadaljevanju: ZPP-D)²⁸ in ukinitvijo revizije po vrednostnem merilu z novelo ZPP-E so bile ostre, predvsem med odvetniki tudi glasne in demagoške.²⁹ Značilen je na primer komentar odvetnika pred sprejetjem novele ZPP-D: »Ob tem zoper sklep o dopustitvi oziroma nedopustitvi revizije sploh ni predvidena pritožba. Povsem očitno je, da se poskuša Vrhovno sodišče čim bolj razbremeniti, in to tudi z rešitvami, ki so s stališča Ustave

24 Primerjaj M. Bobek, prav tam, str. 26.

25 Primerjaj A. Uzelac in A. Galič, *Changing Faces of Post-socialist Supreme Courts: Croatia and Slovenia Compared v: Supreme Courts in Transition in China and the West*, Springer 2017, str. 216.

26 »Pravica do enakega varstva pravic v postopku presega zgolj zahtevo po enakopravnem obravnavanju strank v enem postopku, zato morajo sodišča v različnih postopkih v enakih zadevah pravo uporabljati enako.« (odločba Ustavnega sodišča Up 121/96 z dne 23. 3. 2000, tč. 12).

27 Odločba Ustavnega sodišča Up 297/96 z dne 23. 3. 2000, tč. 6 in 7.

28 Uradni list RS, št. 45/08.

29 O pomislekih v pravni teoriji glej na primer D. Wedam Lukić, Ali naj bo dovoljenost revizije v »diskreciji« vrhovnega sodišča?, *Pravna praksa*, št. 36/2007, str. 9; L. Ude, Reforma revizije in zahteve za varstvo zakonitosti, *Podjetje in delo*, št. 6-7/2007, str. 1078.

in EKČP zelo dvomljive.«³⁰ Med odvetniki očitno še vedno prevladuje miselnost o sodnem sistemu treh instanc, v katerem sta prvi dve namenjeni kvečjemu »ogrevanju«, saj »odvetniki ne zaupajo kakovosti sojenja na pritožbeni stopnji, če nadnje ne visi grožnja revizije,«³¹ trdovratno je prisotno tudi mnenje, da je dostop do Vrhovnega sodišča pravica.³²

Zato je toliko pomembnejše stališče Ustavnega sodišča iz leta 2011, ki odgovarja na ključno vprašanje v »boju za preživetje reforme«³³, ali mora biti sklep o nedopustitvi revizije vrhovnega sodišča vsebinsko obrazložen. Nič namreč ne pomaga, če je Vrhovnemu sodišču zaupana izbira, hkrati pa se od njega pričakuje, da natančno pojasni, zakaj posamezne revizije ni dopustilo.³⁴ Ustavno sodišče se je kljub nekaterim drugačnim stališčem vzhodnoevropskih držav³⁵ jasno zavzelo za ureditev s poudarjenim javnim namenom Vrhovnega sodišča kot vrha sodne oblasti, katere sestavni in nujni del je dopustnost ureditve, da Vrhovnemu sodišču sklepov o nedopustitvi revizije ni treba obrazložiti, in zavrnilo očitka o kršitvi pravice do izjavljanja in prepoved sodniške samovolje oziroma arbitrarnosti.³⁶

4.2 Katera so formalna sredstva in ali so na voljo tudi neformalna in polformalna sredstva za poenotenje sodne prakse?

Zagotavljanje poenotenja sodne prakse mora potekati v dveh smereh, vertikalni in horizontalni. Usklajevanje sodne prakse na vertikalni ravni (v razmerju med vrhovnim sodiščem in nižjimi sodišči) pomeni, da vrhovno sodišče v hierarhični strukturi sodstva uporabi formalna ali neformalna sredstva za poenotenje neenotne sodne prakse med nižjimi sodišči. To svojo nalogo pa lahko uspešno opravlja le, če je zagotovljena notranja enotnost sodne prakse v okviru sodišča zadnje instance, torej na horizontalni ravni. Sredstva za poenotenje sodne prakse so:³⁷

- formalna: odločanje o pravnem sredstvu posamezne stranke, na primer revizija ali kasacija; posebna pravna sredstva, ki jih vloži javni tožilec ali podoben javni organ s ciljem zagotoviti enotno uporabo prava ali razvoj prava prek sodne

30 V zvezi z novelo ZPP-E N. Grgurevič, Vpliv predlaganih sprememb ZPP na vlogo odvetnika v pravnem postopku, Podjetje in delo, št. 6-7/2007, str. 1092.

31 Tako I. Karlovšek, Kaj bo prinesla novela ZPP-E, Pravna praksa, št. 39-40, str. 16.

32 O tem podrobneje A. Galič, Ali mora biti sklep o nedopustitvi revizije vrhovnega sodišča obrazložen, Podjetje in delo, št. 6-7/2015, str. 956.

33 Tako A. Galič, prav tam, str. 560.

34 J. Zobec, prav tam, str. 931.

35 Glej A. Galič, prav tam, str. 957–958.

36 »Opisani sistem, katerega jedro je institut dopuščene revizije, revizijo v prvi vrsti vzpostavlja kot sredstvo za doseg ciljev, objektivno pomembnih z vidika pravnega reda v celoti. Vrhovnemu sodišču kot najvišji avtoriteti sodne oblasti glede razlage in uporabe zakona omogoča izrekanje o pomembnih pravnih vprašanjih, s čimer zagotavlja razvoj prava prek sodne prakse. Poudarja in krepi odgovornost Vrhovnega sodišča za poenotenje sodne prakse v državi in s tem za zagotovitev enakosti pred zakonom. /.../ Takšna ureditev revizije utrjuje vlogo Vrhovnega sodišča kot precedenčnega sodišča, ki jo v povezavi s temeljnimi ustavnimi načeli pravne države in delitve oblasti zarisuje prvi odstavek 127. člena Ustave, po katerem je Vrhovno sodišče najvišje sodišče v državi. Ko Vrhovno sodišče v okviru razlagalnega prostora, ki mu pripada kot vrhu tretje veje oblasti glede razlage zakona, sprejema stališča o pomembnih pravnih vprašanjih, soustvarja pravo. Sooblikuje merila, ki naj bodo v podobnih primerih v prihodnje *ex ante* vodilo sodiščem in naslovnikom pravnih norm nasploh. Na ta način krepi predvidljivost pravnih norm in torej pravno varnost.« (odločba Ustavnega sodišča Up 302/2009 z dne 12. 5. 2011, tč. 13).

37 Primerjaj mnenje št. 20, tč. 15–18.

prakse;³⁸ sprejemanje razlagalnih stališč (kot so na primer »odločitve o poenotenju«, ³⁹ mnenja, načelna pravna mnenja) na povsem abstraktni ravni, ne v zvezi s pravnim sredstvom, ki je bilo vloženo v posamezni zadevi, in (4) predhodno odločanje v odprtih zadevah o pravnih vprašanjih na zahtevo nižjega sodišča;

- polformalna: redni sestanki sodnikov na sodišču ali s sodniki drugih sodišč iste ravni ali sodniki hierarhično višjega sodišča; izdajanje smernic (ki običajno dopuščajo individualno presojo)⁴⁰;
- neformalna: neformalni posveti sodnikov in izobraževanje.

4.2.1 Formalna sredstva Vrhovnega sodišča za poenotenje sodne prakse

Najpomembnejše formalno sredstvo za poenotenje sodne prakse v civilnih zadevah v slovenskem pravnem sistemu je revizija. V skladu z ureditvijo ZPP-D so lahko stranke neposredno vložile revizijo, če je vrednost izpodbijanega dela pravnomočne sodbe presegala 40.000 evrov, v gospodarskih sporih pa 200.000 evrov (dovoljena oziroma »direktna« revizija).⁴¹ Novela ZPP-D je poleg dovoljene revizije uvedla dvofazni sistem dopuščene revizije, ki je skoraj v celoti opustil vrednost spornega predmeta kot odločilno merilo za njeno (ne)dopustnost. V skladu s prvim odstavkom 367. a člena ZPP, ki ostaja v veljavi tudi po noveli ZPP-E, je Vrhovno sodišče revizijo dopustilo (če ni bila dovoljena že po vrednostnem merilu), če je od njegove odločitve mogoče pričakovati odločitev o pravnem vprašanju, ki je pomembno za zagotovitev pravne varnosti, enotne uporabe prava ali razvoj prava prek sodne prakse, in sicer zlasti v primerih:

- če gre za pravno vprašanje, glede katerega odločitev sodišča druge stopnje odstopa od sodne prakse Vrhovnega sodišča, ali
- sodne prakse vrhovnega sodišča ni, še zlasti če sodna praksa višjih sodišč ni enotna, ali
- če gre za pravno vprašanje, glede katerega sodna praksa Vrhovnega sodišča ni enotna, če revizija ni bila dovoljena po tem merilu, je bila dovoljena le, če jo je dopustilo vrhovno sodišče (dopuščena revizija). Pri tem pa Vrhovno sodišče revizije ni moglo dopustiti, če je zakon določal, da revizije ni, ali če vrednost izpodbijanega dela pravnomočne sodbe ni presegala 2000 evrov.

Uvedba instituta dopuščene revizije z novelo ZPP-D je nedvomno pomenila velik korak k priznanju pomena sodne prakse kot pomembnega pravnega vira in udejanjanju vloge Vrhovnega sodišča kot najvišji avtoriteti sodne oblasti, ki jo ima po ustavi. Zaradi neenakosti revidentov pred zakonom,⁴² težav pri objektivizaciji

38 Tak postopek v večini sistemov privede do ugotovitvene sodbe, ki ne vpliva na pravice pritožnikov v danem primeru.

39 *Uniformity decisions* v madžarskem pravnem sistemu.

40 Kot so odškodninske lestvice glede nepremoženjske škode v civilnih zadevah, kazni v kazenskih zadevah ali povračljivi odvetniški stroški, če ni veljavne odvetniške tarife.

41 Prej veljavna drugi odstavek 367. člena in 490. člen ZPP.

42 Le tisti, ki so bili stranke v pravnih z visokimi zneski sporov, to pa so praviloma bogatejši posamezniki in večje gospodarske družbe, so namreč imeli privilegij dostopa do Vrhovnega sodišča, ostali pa so bili odvisni od tega, ali je bilo v njihovi zadevi izpolnjeno objektivno merilo. Glej A. Galič, Za reformo revizije v pravnem postopku, Pravna praksa, 2007, št. 43, str. VIII.

subjektivnega pomena za stranko⁴³ in številnih težav pri opredeljevanju oziroma ugotovitvi relevantne vrednosti spornega predmeta ter posledično izbiri pravilne zahteve za pravno varstvo⁴⁴ pa sta teorija in praksa kompromisno »dvotirno« ureditev, ki je vodila v nedoslednost sistema in ni bila združljiva s precedenčno vlogo Vrhovnega sodišča, utemeljeno pogosto kritizirali.⁴⁵

Zakonodajalec je z novelo ZPP-E opustil ureditev (ne)dovoljenosti revizije po vrednostnem merilu. Revizija je zdaj omejena na t. i. dopuščeno revizijo, neodvisno od merila *ratione valoris*. Pomembnost spornega pravnega vprašanja je tako postala edino merilo dovoljenosti revizije. Z ukinitvijo spodnjega vrednostnega praga 2000 evrov je dostop do Vrhovnega sodišča razširjen.⁴⁶ Ureditev revizije se sicer v bistvenem⁴⁷ ne spreminja – postopek ostaja dvofazen; predlog se vloži pri Vrhovnem sodišču, ki v prvi fazi (brez spisa) odloča o (ne)dopustnosti revizije, pri čemer vsebinska obrazložitev sklepa o nedopustnosti revizije ni potrebna. Če zakon določa, da revizije ni, je sodišče ne more dopustiti.⁴⁸

Sistem izrednih pravnih sredstev dopolnjuje zahteva za varstvo zakonitosti. Po novem ima sodba, izdana na podlagi izrednega pravnega sredstva v rokah državnega tožilca, le ugotovitveni učinek,⁴⁹ in ima precedenčni učinek za naprej. S spremembo se popravlja sistemsko zgrešena ureditev, ki je omogočala poseg v pravnomočno razmerje med pravnima strankama. Zagotavlja se objektivna korist, ki presega konkretni primer in interese konkretnih strank.⁵⁰ Drugače kot pred novelo ZPP-E je zahtevo za varstvo zakonitosti mogoče vložiti tudi v primerih, v katerih je sicer mogoča revizija.⁵¹

Po vzoru nekaterih tujih ureditev se uvaja možnost, da nižje sodišče, če sodna praksa višjih sodišč o pravnem vprašanju ni enotna, sodne prakse Vrhovnega sodišča pa ni, v konkretni odprti zadevi Vrhovnemu sodišču predlaga sprejem svetovalnega mnenja.⁵² Za kakršnokoli celovito oceno instituta, ki naj bi bil namenjen »ublažitvi regulativne inflacije«, saj se stališča v sodni praksi oblikujejo zelo počasi,⁵³ je prezgodaj.⁵⁴ Del teorije zaradi nezdružljivosti z načelom delitve oblasti predvsem dvomi v ustavnopravno skladnost instituta.⁵⁵ Tudi argument učinkovitosti zagovornikov novosti ni prepričljiv. (So)ustvarjanje prava zahteva svoj

43 Kar je za nekoga drobiž, je za drugega lahko celo premoženje.

44 Glej M. Ovčak Kos in Ž. Razdrih, Dovoljenost revizije z vidika vrednostnega kriterija – civilnopravni spori, Odvetnik, št. 3(71)/2015, str. 11.

45 Glej tudi J. Zobec, prav tam, str. 935.

46 Tako A. Galič, Zakon o pravdnem postopku (ZPP) (neuradno prečiščeno besedilo: z uvodnimi pojasnili k spremembam zakona s stvarnim kazalom, Uradni list RS, Ljubljana 2017, str. 54. Odprto vprašanje sicer ostaja, zakaj ni bila črtana določba osmega odstavka 458. člena ZPP, da v sporih majhne vrednosti ni dovoljena revizija oziroma ali gre le za redakcijsko pomanjkljivost.

47 Manjše in nevsebinske spremembe so v četrtem in petem odstavku 367. b člena glede listin, ki jih mora predlagatelj priložiti predlogu.

48 Drugi odstavek 367. člena ZPP.

49 391. člen ZPP.

50 Glej A. Galič, prav tam, str. 59.

51 385. člen ZPP.

52 Četrty odstavek 206. člena ZPP.

53 A. Ekart in drugi, Zakon o pravdnem postopku z novelo ZPP-E, GV Založba, Ljubljana 2017, str. 80.

54 Do danes (6. 8. 2018) Vrhovno sodišče še ni prejelo nobenega predloga za sprejem svetovalnega mnenja.

55 A. Galič, prav tam, str. 58.

čas in prednost hitro sprejete rešitve, ki ni bila preučena z vseh zornih kotov na nižjih instancah, je le navidezna.

Če se enotna sodna praksa pred Vrhovnim sodiščem ne more oblikovati, je poenotenju namenjen tudi institut (načelnih) pravnih mnenj. Vrhovno sodišče na občni seji sprejema načelna pravna mnenja, ki so pomembna za enotno uporabo zakonov, in pravna menja o vprašanjih iz sodne prakse (prvi odstavek 110. člena Zakona o sodiščih,⁵⁶ v nadaljevanju: ZS). (Načelna) pravna mnenja so obvezna le za senate Vrhovnega sodišča in se lahko spremenijo samo na novi občni seji (drugi odstavek 110. člena ZS). V odsotnosti normativne opredelitve se je v sodni praksi izoblikovalo pravilo, da gre za pravno mnenje, če je pravno stališče vezano na konkretno odločbo, za načelno pravno mnenje pa, če pravno stališče nima za podlago konkretne odločbe. Uveljavilo se je tudi stališče, da v še odprtih zadevah ni mogoče sprejeti pravnega mnenja, vezanega na konkretno odločbo (ki je bila na primer razveljavljena), ker bi sicer Vrhovno sodišče zunaj svojih pristojnosti prevzelo nalogo sojenja v konkretni zadevi.⁵⁷

Temeljna skupna značilnost (načelnih) pravnih mnenj je, da odgovarjajo na pravno vprašanje na načelni ravni, so torej abstraktne narave. Ne glede na to Testen utemeljeno opozarja, da je treba njihov pomen ugotoviti glede na dejansko podlago sodne odločbe, na podlagi katere je bilo sprejeto (načelno) pravno mnenje, in jih ni mogoče razlagati kot zakone in druge pravne predpise.⁵⁸

Na splošno je mogoče ugotoviti, da smo se vrhovni sodniki odmaknili od sprejemanja pravnih mnenj, ker so po svoji naravi zelo blizu temu, da bi bila abstraktna in splošna ter s tem tuja ustavno opredeljeni vlogi sodišč, da odločajo v konkretnih zadevah.⁵⁹ Kvazizakonodajna vloga ni združljiva z načelom delitve oblasti.⁶⁰ Tako je bilo v obdobju med letoma 1995 in 2000 vsako leto sprejetih približno dvajset pravnih mnenj, po letu 2000 pa je to število hitro upadlo in po letu 2005 je bilo sprejeto največ po eno pravno mnenje na leto. Izrazito prevladujoča so bila načelna pravna mnenja, od leta 2003 sploh ni bilo sprejeto več nobeno pravno mnenje, ampak le načelna pravna mnenja. Zadnje načelno pravno mnenje je bilo sprejeto v letu 2015.

4.2.2 Neformalna sredstva Vrhovnega sodišča za poenotenje sodne prakse

Zaradi premostitve težav pri usklajevanju sodne prakse na horizontalni ravni je v letu 2011 na Vrhovnem sodišču začel delovati neformalni strokovni kolegij.⁶¹ Sestavljajo ga vodje oddelkov, njegovo delo pa koordinira podpredsednik Vrhovnega sodišča.

⁵⁶ Uradni list, št. 19/94, 22/2018.

⁵⁷ Glej na primer Sodnikov informativ, št. 4/1991, str. 4 in 9/1991, str. 4.

⁵⁸ F. Testen, Enotna in ustaljena sodna praksa v civilnih in gospodarskih zadevah, Podjetje in delo, št. 6-7/2004, str. 1060.

⁵⁹ Gradivo za občno sejo 17. maja 2013, Zagotavljanje enotnosti sodne prakse na Vrhovnem sodišču RS, neobjavljeno, str. 7. Podrobneje o tem N. Betetto, kako preprečite, da postane Vrhovno sodišče vir neenotne sodne prakse, Podjetje in delo, št. 6-7/2015, str. 976–978.

⁶⁰ M. Bobek, prav tam, str. 11. Glej tudi mnenje št. 20, tč. 28.

⁶¹ Podrobneje glej N. Betetto, prav tam, str. 979–981.

Delovno področje strokovnega kolegija obsega: 1) razpravljanje o odprtih pravnih vprašanjih, ki so skupna več oddelkom in glede katerih so senati različnih oddelkov Vrhovnega sodišča zavzeli različno stališče, s poskusom odprave neskladij; 2) razpravljanje o odprtih pravnih vprašanjih, ki so skupna več oddelkom in glede katerih še ni sodne prakse Vrhovnega sodišča, posamezni oddelek Vrhovnega sodišča pa je o njih zavzel določeno stališče. Delo poteka tako, da se ugotovijo sporna pravna vprašanja, nato poteka predhodna obravnava na oddelčnih kolegijih tistih oddelkov, v področje katerih spadajo odprta pravna vprašanja, tretja faza pa je razpravljanje o odprtih pravnih vprašanjih na strokovnem kolegiju vodij oddelkov s poskusom poenotenja stališč.

Delo strokovnega kolegija, ki je sicer povsem neformalno in ohlapno urejeno z aktom sodne uprave predsednika Vrhovnega sodišča, ocenjujem kot pozitivno. Neusklajenost glede posameznih pravnih vprašanj je bila pogosto posledica pomanjkanja foruma za izmenjavo stališč oziroma ustreznega komunikacijskega kanala. Čeprav sprejeta stališča niso zavezujoča, bolj strukturiran način obravnavanja daje več možnosti za njihovo poenotenje. Menim, da je med kolegi okrepil zavest, da je enotna uporaba prava vrednota, h kateri nas kljub avtonomnosti in individualnosti vsakega posameznika zavezuje 22. člen ustave.

4.3 Gibanje zadev, personalna sestava in organizacija dela

Statistični podatki o reševanju pravnih zadev na Vrhovnem sodišču izvirajo iz »dvoletnega« obdobja pred novelo ZPP-E,⁶² saj podatkov, ki bi temeljili na ureditvi po noveli ZPP-E, še ni. Pripad (»direktnih« in dopuščenih) revizijskih zadev v obdobju 2013–2017 je bil sorazmerno stabilen in je znašal med 331 in 351 zadev letno. Število rešenih je bilo največje v letu 2013, in sicer 535 zadev, ko je bil civilni oddelek še obremenjen z velikim številom sodnih zaostankov iz preteklosti. Nato je začelo postopno upadati in je znašalo v letu 2016 363 in v letu 2017 297 zadev. Število nerešenih revizijskih zadev se je zmanjšalo od 627 v letu 2013 na 537 v letu 2017.

Tudi v pripadu predlogov za dopustitev revizije ni bilo večjih nihanj. V enakem obdobju je znašal med 404 in 457 zadev letno; zadeve se rešujejo tekoče in oddelek pripad v celoti obvladuje. Delež uspešnih predlogov za dopustitev revizije, v katerih je bila dopuščena revizija, je bil v letu 2013 17 %, v letu 2014 18 %, v letu 2015 19 %, v letu 2016 25 % in v letu 2017 23 %.

Na civilnem oddelku zdaj sodi devet sodnikov. Pomaga jim ena dodeljena sodnica in 13 svetovalcev, ki pod nadzorom sodnika pripravijo poročilo oziroma osnutek odločbe v zadevi.

Na Vrhovnem sodišču je bilo zagotavljanje enotnosti sodne prakse (pre)dolgo v ozadju zaradi zahteve po čim večji učinkovitosti in odpravi zaostankov. Z njihovim zmanjšanjem na obvladljivo raven je dozorelo spoznanje, da zagotavljanje enotnosti sodne prakse zadeva bistvo kakovosti sojenja. Vrhovno sodišče je tako že v letu

⁶² Ta se uporablja šele od 14. septembra 2017, v postopkih na Vrhovnem sodišču pa še to le, če je bila sodba sodišča prve stopnje izdana po 14. 9. 2017 (tretji odstavek 125. člena ZPP-E).

2015 v okviru svojega usmerjenega delovanja kot eno izmed prednostnih področij sodstva določilo »Izboljšanje kakovosti – postopek in pravočasnost obravnave«, ⁶³ za uresničitev ciljev katerega je kot prvi ukrep predvidelo usklajevanje sodne prakse. ⁶⁴ Sklep o spremembi paradigme potrjujejo nekateri najnovejši organizacijski premiki na Vrhovnem sodišču v podporo sojenju, zadnji med njimi je oblikovanje ali vsaj zametek oddelka za spremljanje sodne prakse, ⁶⁵ ki bo lahko v zahtevnejši zadevi na zahtevo kateregakoli sodnika pripravil pravno analizo v primerljivih ureditvah kot pripomoček za pripravo poročila oziroma osnutka odločbe.

Za zagotavljanje enotnosti sodne prakse je izjemnega pomena tudi, da so vse odločbe Vrhovnega sodišča objavljene in javno dostopne ter se ustrezno sproti vnašajo v informacijske zbirke.

4.4 Kaj še manjka?

Primerjava meril »stresnega testa« (tč. 4) z doseženim na normativni ravni in širše kaže, da je v celoti ali delno izpolnjena večina pogojev, da bi Vrhovno sodišče lahko opravljalo vlogo precedenčnega sodišča. Nikoli ni tako dobro, da ne bi moglo biti bolje, zato želim opozoriti na dve šibki točki v procesu posodabljanja Vrhovnega sodišča.

Kljub obstoječim sredstvom za zagotavljanje enotnosti sodne prakse na vrhovnem sodišču in pozitivnim spremembam procesne zakonodaje, opisanim v točki 4.2.1, bi težko trdili, da so stališča sodnih oddelkov o istih pravnih vprašanjih vedno usklajena. ⁶⁶ Razlog za različnost stališč med sodnimi oddelki Vrhovnega sodišča je dejstvo, da ista pravna vprašanja pogosto spadajo v delovno področje več ali celo vseh oddelkov. Tega ne bi bilo mogoče v celoti preprečiti niti z drugačno notranjo organiziranostjo Vrhovnega sodišča oziroma združitvijo oddelkov, saj bi v tem primeru lahko prihajalo do razlik v stališčih med senati.

Institut dopuščene revizije že po svoji naravi ne more biti (dovolj) učinkovito sredstvo za zagotavljanje enotnosti sodne prakse na horizontalni ravni najmanj iz dveh razlogov. Prvič zato, ker gre za pravno sredstvo v rokah strank. Stranke vlagajo izredna pravna sredstva v različnih zadevah, v katerih lahko neodvisno ena

63 Otvoritev sodnega leta 2015, Vrhovno sodišče, Ljubljana 2015, str. 43; http://www.sodisce.si/sodna_uprava/statistika_in_letna_porocila/.

64 Prav tam: »Eden od temeljnih atributov poštenega in pravičnega sojenja je njegova predvidljivost. Neusklajena sodna praksa pri strankah spodbuja občutek negotovosti in nezaupanja. Višja in Vrhovno sodišče se morajo pri sojenju zavedati, da s svojo sodno prakso prispevajo h kakovosti sodnih odločb. Pri tem je zelo pomembno, da je sodna praksa jasna, usklajena in ustaljena.« Glej tudi Otvoritev sodnega leta 2018, str. 26.

65 Dosedanji Evidenčni oddelek.

66 Že kar »zloglasno« je vprašanje, ali ima prokurist na podlagi zakona tudi procesna (in ne le materialna) upravičenja do zastopanja pravne osebe, v zvezi s katerim je gospodarski oddelek zastopal drugačno stališče kot civilni, upravni in delovno-socialni. V drugem primeru je Vrhovno sodišče, ko je odločalo o dovoljenosti revizije, v dveh zadevah ob enakem dejanskem stanju (prvotno je šlo za eno tožbo z enotno vrednostjo spornega predmeta in dvema zahtevkoma, ki ju je sodišče razdružilo in nato obravnavalo ločeno) odločilo različno; enkrat je revizijo dovolilo, drugič pa ne. Ustavno sodišče je ugotovilo, da izpodbijani sklep o zavrnjenju revizije Vrhovnega sodišča krši pravico do enakega varstva pravic iz 22. člena ustave, ker ena stranka ne more imeti manj pravic kot druga, ki je v razdruženih zadevah imela pravico do revizije.

od druge zastavljajo ista pravna vprašanja, ki jih včasih hkrati, pogosto pa eden za drugim obravnavajo različni senati oziroma sodni oddelki. V takem položaju zahteve za zagotavljanje poenotenja sodne prakse pač ni mogoče razlagati kot »diktature« stališča, ki ga je oddelek ali senat sprejel najprej. Če ustaljena sodna praksa ni nespremenljiva, to še toliko bolj velja za nastajajočo sodno prakso, *in statu nascendi*, ko se pravno vprašanje šele osvetljuje z vseh mogočih vidikov.

Drugič pa je lahko za odločitev neposredno odločilno stališče, ki ga stranka v izrednem pravnem sredstvu sploh ne problematizira. V to skupino spadajo številna vprašanja, na primer že omenjeno vprašanje, ali ima prokurist tudi procesna pooblastila ali ne. Če revizija iz kateregakoli razloga ni dovoljena, jo Vrhovno sodišče zavrže, ne da bi jo meritorno obravnavalo. Neusklajenost sodne prakse o teh vprašanjih ima zelo hude posledice za stranko, ki se ji odreče vsebinska presoja, in je lahko problematična z vidika pravice do enakega varstva pravic iz 22. člena ustave.⁶⁷

V želji izboljšati nezadovoljivo stanje na tem področju je bila že v letu 2006 ustanovljena delovna skupina za zagotavljanje enotnosti sodne prakse, ki je oblikovala predlog ureditve z osnutkom predloga za zakonodajno pobudo za spremembo ZS. Predlagana je bila uvedba sistema za zagotavljanje enotnosti sodne prakse, ki bi temeljila na odločanju v razširjenih senatih. O vprašanjih, pomembnih za enotnost sodne prakse, naj bi se odločalo v konkretnih zadevah, in sicer v številčno okrepljenih senatih s posebnim poudarkom na ravnotežju, ki se nanaša na sodnike in oddelke, vključene v odločanje.⁶⁸ Po več letih burnih razprav na občnih sejah so bila pripravljena izhodišča za zakonodajno pobudo za spremembo ZS. Vrhovno sodišče je na občni seji 14. 12. 2015 sprejelo pobudo za spremembo 107. in 110.

člena in novi 109. člen ZS, ter jo poslalo ministrstvu za pravosodje. S predlaganim institutom razširjenih senatov je ponujena nova oziroma dodatna možnost za oblikovanje enotne sodne prakse na horizontalni ravni. Predlagano je bilo črtanje instituta pravnih mnenj, medtem ko naj se načelna pravna mnenja ohranijo.⁶⁹ ZS v tej smeri do danes še ni bil spremenjen.

Drugi problem je dejanski – veliko odvetnikov piše kakovostne revizije in predloge za dopustitev revizije, nekatere so celo izvrstne, žal pa je veliko tudi takšnih, ki ne izpolnjujejo niti minimalnih meril. Vrhovne sodnice in sodniki vsakodnevno obravnavamo revizije, ki so dobesedni prepis pritožbe;⁷⁰ številne revizije imajo več deset strani, a so vsebinsko prazne; revidenti obširno in dobesedno povzemajo judikate (na primer Ustavnega sodišča), ne da bi sploh pojasnili, zakaj so v izpodbijani zadevi pomembni; s konstruiranjem revizijskih razlogov bistvene kršitve določb pravnega postopka in zmotne uporabe materialnega prava dejansko izpodbijajo dejansko stanje, kar je nedovoljen revizijski razlog; kljub temu, da »dvofazna« revizija velja že precej časa, je še mnogo preveč predlogov za dopustitev, ki so

67 Glej N. Betetto, prav tam.

68 Gradivo za občno sejo 13. decembra 2006, str. 3, neobjavljeno.

69 Glej N. Betetto, prav tam, str. 978-979.

70 Glej na primer sodbo II Ips 4/2018 z dne 26. 4. 2018.

vsebinsko dejansko revizija,⁷¹ dopuščene revizije vsebujejo razloge, ki se nanašajo na vprašanja, glede katerih revizija ni bila dopuščena. Brez kakovostnega gradiva, ki ga posredujejo stranke, argumentativna prepričljivost v odločbah Vrhovnega sodišča ni mogoča in zato tudi ni mogoče ustvarjati precedensov. Če so navedbe nedopustne, nerelevantne ali očitno neutemeljene, se Vrhovnemu sodišču namreč do njih sploh ni treba opredeliti⁷² – vsebinskih argumentov ni, ker jih ne more biti.

Obveznost kvalificiranega odvetniškega zastopanja v postopku z izrednimi pravnimi sredstvi⁷³ očitno ni v celoti dosegla svojega namena. Za dvig strokovne ravni odvetnikov bi si morala prizadevati zlasti odvetniška zbornica. Ne gre za ustvarjanje monopola, ampak nagrajevanje odličnosti, tudi z razmislekom o zaostritvi pravil o zastopanju pred Vrhovnim sodiščem (na primer s podeljevanjem licenc za zastopanje strank v postopkih z izrednimi pravnimi sredstvi).⁷⁴

5 NAMESTO SKLEPA – NOTRANJI POGLED

Menim, da ni pretirana trditev, da je Vrhovno sodišče, vsaj kar zadeva civilne zadeve, že postalo precedenčno sodišče toliko, da lahko uresniči vlogo v sistemu sodne oblasti, ki mu pripada po ustavi. To pa ne pomeni, da ne bi moglo postati v prihodnosti še bolj precedenčno – postopek geneze, v katerem se Vrhovno sodišče izvija iz marginaliziranega podaljška politike, namreč še ni končan.

Normativna podlaga z ukinitvijo zgrešenega sistema vrednostne revizije, uveljavljena z novelo ZPP-E, je pomembna. Ne glede na to pa je ta le sredstvo ali bolje rečeno eno med njimi za dosego cilja.⁷⁵ Če ne obstaja jasno zavedanje vrhovnih sodnikov in predsednika vrhovnega sodišča o tem cilju, torej če ni vizije sodišča o družbeni vlogi vrha sodne oblasti, tedaj le nekam potujemo, ne da bi vedeli, kam smo namenjeni. Sredstvo brez vizije je jalovo in slej ko prej pomeni vračanje k starim vzorcem in navadam.

Vrhovno sodišče so njegovi sodnice in sodniki iz mesa in krvi. Kot vrhovna sodnica trdim, da med mojimi kolegicami in kolegi ne glede na raznolikost obstaja dragoceni intelektualni potencial, ki je sposoben skupne cilje najprej prepoznati in se jim nato tudi zavezati. Povsem prevladujoče in skupno je prepričanje, da je ključna vrednota

71 V letu 2016 in 2017 je bil delež zavrnjenih predlogov za dopustitev revizije skoraj 25 %, od tega največ prav zaradi njihove nepopolnosti. Glej na primer sklep II Dor 81/2018 z dne 7. 6. 2018: »Predlog za dopustitev revizije je posebna vrsta sodnega predlagalnega akta, ki zaradi svoje narave (to pa je zagotovitev enotne sodne prakse oziroma razvoj prava prek sodne prakse) od strank zahteva pravno skrbno in natančno ter konkretno utemeljitev. Osrednji del predloga za dopustitev revizije je obveznost predlagatelja, da v njem natančno in konkretno navede sporno pravno vprašanje (četrti odstavek 367.b člena ZPP). V tem delu so zakonske zahteve do strank celo bistveno strožje kot v primeru revizije same. Če predlagatelj tej zahtevi ne zadosti, sodišče predloga vsebinsko ne presoja, marveč ga v skladu s šestim odstavkom 367.b člena ZPP zavrne«.

72 Glej na primer A. Galič, Ustavno civilno procesno pravo, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 240-241, in tam citirana judikatura Ustavnega sodišča.

73 Tretji odstavek 86. člena ZPP.

74 Na Nizozemskem, v Belgiji in Franciji na primer obstajajo posebne elitne odvetniške zbornice, ki jih v vsaki od navedenih držav sestavlja majhna skupina posebej uglednih odvetnikov, ki imajo ekskluzivno pravico, da zastopajo stranke pred vrhovnim sodiščem.

75 Drugo tako pomembno sredstvo, ki ga uzakonja novela ZPP-E, je institut ločenih mnenj.

in poslanstvo najvišjega sodišča, da opravlja javno funkcijo, varovanje zasebnega interesa pa naj bo posredno. Takšno stališče, ki se v zadnjem desetletju kot rdeča nit vpleta v številne, tudi ostre in polemične razprave na občnih sejah, ni gola abstrakcija. Zaznavno in opredmeteno je v pobudah in sklepih, sprejetih na občnih sejah, in kar je najpomembnejše, pri sojenju.

Že v letu 2013 je bil na občni seji sprejet sklep, da sodniki, ki sestavljajo senat v zadevi, niso več anonimizirani;⁷⁶ prav tako je bila oblikovana že omenjena pobuda za uvedbo razširjenih senatov in ukinitve vrednostne revizije; že pred sprejetjem ZPP-E je delovna skupina pripravila analizo vidikov uvedbe ločenih mnenj.

Pri sojenju v civilnih zadevah se odločenost, da Vrhovno sodišče zagotavlja javno funkcijo, kaže najprej v vedno bolj doslednem razlikovanju v praksi med pomembnostjo pravnega vprašanja, ki je merilo za dopustitev revizije, in pravilnostjo odločitve oziroma napako v sojenju, kar je predmet preizkusa v drugi fazi revizijskega postopka. In drugič, če kje, potem mora na najvišjem sodišču praviloma veljati *in iudicando criminosa est celeritas*. Naglica pri sojenju ne sme vplivati na kakovost. Ne da bi bila v zvezi s tem opravljena resna analiza, so (bili) pogosto izraženi očitki slovenskemu sodstvu o mehanski uporabi prava, ki svojo avtoriteto črpa iz gole oblike. Čeprav se lahko strinjam, da nihče ni dober sodnik v lastni stvari, vendarle menim, da ti (vsaj pretežno) ne držijo (več). Plod zavedanja, da si sodstvo le tako lahko pridobi družbeno zaupanje in legitimnost oziroma tako imenovani socialni kapital, je premik k diskurzivnemu konceptu prava s težiščem, usmerjenim v kakovost odločb in njihovo argumentativno prepričljivost.

76 Sklep občne seje z dne 30. 5. 2013.

VPLIV PRAVA EVROPSKEGA VARSTVA POTROŠNIKOV NA IZVRŠILNO PRAVO

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

1 UVOD

Nedavna slovenska sodna praksa je pri uporabi potrošniškega prava EU drugačna kakor praksa sodišč v drugih državah članicah EU (Avstrija, Nemčija), ki drugače uporabljajo evropsko pravo varstva potrošnikov kot slovenska sodišča. Ni vprašanje, ali je slovenska rešitev pravilna ali nepravilna. Vprašanje je, zakaj imamo neenako uporabo prava EU v podobnih položajih. Dejstvo je, da se kaj takega v EU ne bi smelo zgoditi, saj načelo enakosti zahteva enako razlago in uporabo istega prava v sodnih postopkih v različnih državah članicah EU. Res je, da je to tega prišlo večinoma v pravnih postopkih. Varstvo potrošnikov v izvršilnih postopkih je še vedno nekaj novega, na evropski ravni ga ni mogoče rešiti le z obrazložitvijo, kakor je to storilo Višje sodišče v Mariboru.¹ Tuja literatura glede uporabe prava EU se precej bolj ukvarja z upravno izvršbo, potrošniki v civilnih izvršilnih postopkih so nedodelana tematika, iz sodne prakse Sodišča EU pa lahko razberemo merila, ki jih morajo upoštevati slovenska izvršilna sodišča. Pravna teorija glede položaja potrošnikov v celotnem civilnem postopku poudarja, da je opaziti vpliv materialnega prava na civilni postopek v vseh fazah postopka.²

Varstvo potrošnikov v izvršbi ne velja npr. le pri izvršbi opustitvene sodbe, s katero je na podlagi slovenskega predpisa,³ s katerim je prenesena Direktiva 2009/22/ES⁴ v domače pravo, slovensko sodišče prepovedalo toženemu podjetju uporabo določenih splošnih pogojev v poslovanju s potrošniki.⁵ Navsezadnje gre za tipično izvršbo opustitvene sodbe, kjer gre za potrošniško problematiko v tem, da lahko izvršbo proti zavezancu zahteva tudi potrošnik, ki ni tožeča stranka v opustitveni sodbi.

Pravo varstva potrošnikov, ki ga zahteva EU, je materialno pravo. Prav tako kot pri vsakem mednarodnem pravu pa vsaka država članica sama izvaja po lastnih procesnih pravilih varstvo potrošnikov. Pravo EU ne razlikuje med varstvom potrošnikov v kognicijskih (npr. pravnih) ali pa v izvršilnih postopkih.

1 VSM I Ip 289/2017, ECLI:SI:VSMB:2017:IP.289.2017.

2 ROTH, Herbert, *Empfiehl sich ein Sonderprozessrecht für Verbraucher*, v: Bruns, Alexander, Münch, Joachim, Stadler, Astrid, (ur.), *Die Zukunft des Zivilprozesses*, Tübingen: Mohr, 2014, str. 70.

3 Zakon o kolektivnih tožbah, UL RS, št. 55/17.

4 Direktiva 2009/22/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. aprila 2009 o opustitvenih tožbah zaradi varstva interesov potrošnikov, UL EU L 110, 1. 5. 2009, str. 30.

5 Za izvršbo sta zlasti pomembna 54. in 55. člen ZKoliT, saj lahko potrošnik zahteva izvršbo tudi v primeru, če je bila tožeča stranka v sporu kvalificirani subjekt in je sam potrošnik.

Najprej je treba navesti nekaj temeljnih značilnosti izvrševanja prava EU in jih prikazati glede na načela izvršilnega postopka. Ta prispevek bo zaradi tega najprej prikazal, da je uporaba direktiv in uredb o varstvu potrošnikov v izvršilnih postopkih pred slovenskimi sodišči izvajanje prava EU (2. poglavje). Pravo EU ne določa, na kakšni postopkovni podlagi slovenski organi izvajajo pravo varstva potrošnikov, tu velja načelo teritorialnosti izvršbe, s slovenskega stališča pa je zlasti pomembno načelo formalne zakonitosti izvršbe (3. poglavje). Naslednji del prispevka bo obravnaval merodajno sodno prakso Sodišča EU o varstvu potrošnikov v pravu EU. Ni treba analizirati samo nam deloma tuje ureditve izvršbe hipotekarnega dolga v španskem pravu, za nas je precej zanimivejša sodna praksa, ki je nastala na podlagi uporabe 267. člena PDEU pred sodiščem prve stopnje v Sombateju v Porabju zaradi napak v sestavi neposredno izvršljivega notarskega zapisa, saj sklep Sodišča EU vsebuje merila, kakor npr. preskusiti kršitev prava varstva potrošnikov v primeru neposredno izvršljivega notarskega zapisa v izvršbi. Gre za nepravilno izpolnitev obveznosti notarja glede varstva potrošnikov, zaradi katere potrošnik lahko poda tipične impugnacijske ugovore, saj je ugovor neizvršljivosti notarskega zapisa tipični impugnacijski ugovor, ki je zaradi primernosti notarskega zapisa za izvršbo dovoljen tudi v našem pravu.⁶ V prispevku bo analizirana tudi tipična slovenska razlika med dovolilnim in izvršilnim delom izvršilnega postopka, saj *ratione materiae* pravo varstva potrošnika ne ureja izvršilnega dela izvršbe, v dovolilnem pa nalaga dodatne obveznosti izvršilnem sodišču.

2 VARSTVO POTROŠNIKOV V IZVRŠILNIH POSTOPKIH JE IZVRŠEVANJE PRAVA EU

Pravo varstva potrošnikov je razen posameznih določb v Direktivi 2009/22 večinoma materialno pravo, zato je treba analizirati vsebino tega prava. Po določitvi vsebine je mogoče sklepati, koliko to pravo vpliva na izvršilne postopke. Na podlagi načela učinkovitosti, ki je splošno načelo prava EU, je mogoče v določenih primerih v izvršilnem postopku navajati kršitev prava varstva potrošnikov, kot. npr. iz Direktive Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah.⁷ Sicer se izvršbe na podlagi te direktive ne da ustaviti, mogoče pa jo je začasno odložiti pod enakimi pogoji kot v primeru kršitev domačega prava.

2.1 Kaj je »evropsko pravo varstva potrošnikov«?

Evropsko pravo varstva potrošnikov je skup predpisov, katerih namen je varstvo potrošnika v pravnem prometu. To varstvo se lahko nanaša na potrošnika kot državljana, torej na potrošnika kot nosilca določenih pravic, na potrošnika kot posebno interesno skupino in na potrošnika kot ekonomski dejavnik.⁸ Merilo evropskega prava varstva potrošnikov pod italijanskim in angleškim vplivom izhaja iz pojmovanja povprečno informiranega pozornega in razumnega potrošnika,

6 Sodišče EU, C-342/13, Sebestyén, ECLI:EU:C:2014:1857, glej glede notarskih zapisov in impugnacijskih ugovorov v RECHBERGER, Walter H., OBERHAMMER, Paul, Exekutionsrecht, 5. predelana izdaja, Dunaj: facultas.wuv, 2009, str. 110 in 111.

7 UL EGS L 95, 21. 4. 1993, str. 29.

8 TRSTENJAK, Verica, KNEZ, Rajko, MOŽINA, Damjan, Evropsko pravo varstva potrošnikov, Ljubljana: GV Založba, 2005, str. 28.

medtem ko neobogljene potrošnika, kot ga pozna novo slovensko pravo slovensko pravo, pravo EU ne pozna.⁹ Sodišče EU tako v ustaljeni sodni praksi ponavlja, da »v zvezi z varstvom potrošnikov pa izhaja, da je treba na tem področju na splošno upoštevati predvideno pričakovanje normalno obveščenega ter razumno pozornega in preudarnega povprečnega potrošnika.«¹⁰ Če smo še natančnejši, je bilo v sodni praksi celo ugotovljeno, »da je povprečni potrošnik zadevnih izdelkov normalno obveščen ter razumno pozoren in preudaren. Upoštevati je treba tudi dejstvo, da se lahko pozornost povprečnega potrošnika spreminja glede na kategorijo zadevnih izdelkov ali storitev.«¹¹ na področju prodaje zdravil je celo ugotovljeno, da je »kadar se farmacevtski izdelki končnim potrošnikom prodajajo brez recepta, treba predpostaviti, da ti izdelki zanimajo potrošnike, ki so dobro obveščeni, pozorni in preudarni, saj ti izdelki vplivajo na njihovo zdravje, in da so ti potrošniki manj nagnjeni k temu, da zamešajo različice teh izdelkov. Poleg tega so potrošniki, tudi kadar je zdravniški recept obvezen, pozornejši v zvezi s predpisovanjem zadevnih izdelkov, ker so to farmacevtski izdelki. Tako je zdravila, pa če so izdana na zdravniški recept ali ne, treba šteti za izdelke, pri nakupu katerih je potrošnik, ki je normalno obveščen ter razumno pozoren in preudaren, pozornejši.«¹²

Kakšen je koncept varstva potrošnika, jasno pove npr. Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah, ki določa »pred nepoštenimi poslovnimi praksami je primerno varovati vse potrošnike; vendar pa je Sodišče [...] menilo, da je potrebno oceniti vpliv na namišljenega tipičnega potrošnika. V skladu z načelom sorazmernosti in z namenom omogočiti dejansko uporabo v njej zajetih varovalnih ukrepov ta direktiva kot merilo postavlja povprečnega potrošnika, ki je razumno obveščen, pozoren in pazljiv in ob upoštevanju družbenih, kulturnih in jezikovnih dejavnikov, v skladu z razlago Sodišča, hkrati pa vsebuje določbe za preprečevanje izkoriščanja potrošnikov, ki imajo značilnosti, zaradi katerih so še posebej dovzetni za nepoštene komercialne prakse. Če je poslovna praksa posebej usmerjena na določeno skupino potrošnikov, na primer na otroke, je zaželeno, da se učinek poslovne prakse oceni z vidika povprečnega predstavnika navedene skupine. [...] Test povprečnega potrošnika ni statističen test. Nacionalna sodišča in organi se bodo morali pri opredelitvi tipične reakcije povprečnega potrošnika v danem primeru zanašati na lastno sposobnost za razsojanje, ob upoštevanju sodne prakse Sodišča.«¹³

9 OPPERMANN, Thomas, CLASSEN, Claus Dieter, NETTESHEIM, Martin, Europarecht, 7. izdaja, München: Beck, 2016, str. 597.

10 Sodišče EU, C-470/93, Mars, EU:C:1995:224, točka 24; C-210/96, Gut Springenheide in Tusky, EU:C:1998:369, točka 31; C-220/98, Estée Lauder, EU:C:2000:8, točka 30; C-356/04, Lidl Belgium, EU:C:2006:585, točka 78; C-446/07, Severi, EU:C:2009:530, točka 61; C-159/09, Lidl, EU:C:2010:696, točka 47, C-195/14, Teekanne, EU:C:2015:361, točka 36.

11 Splošno sodišče EU, T-256/04, Mundipharma proti UUNT – Altana Pharma (RESPICUR), ECLI:EU:T:2007:46, točka 42 in T-331/09, Novartis proti UUNT – TOLPOSAN, ECLI:EU:T:2010:520, točka 25.

12 Splošno sodišče EU T-331/09, Novartis proti UUNT – TOLPOSAN, ECLI:EU:T:2010:520, točka 26.

13 Uvodna izjava 18 Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) UL EU L 149, 11. 6. 2005, str. 22.

Zaradi evropskega pristopa pa je izredno pomembna vloga predpogodbenih informacij, ki se jih nudi potrošniku.¹⁴ To pa je informacija, ki je bistvenega pomena pri sestavi neposredno izvršljivega notarskega zapisa, ki je hkrati izvršilni naslov, saj spreminja vsebino 42. člena Zakona o notariatu¹⁵ in s tem neposredno vsebino javne listine, saj določa pogoje za nastanek izvršilnega naslova.

Pravo EU ne izhaja iz pojmovanja varstva potrošnika kot socialnega oziroma posebne oblike stečajnega prava. Tudi v našem pravu veljajo načela avtonomije volje (zasebna avtonomija), odgovornosti za lastna ravnanja in varstva šibkejšega. Vendar moderno pojmovanje, v skladu s katerim je treba varovati potrošnika pred podjetji, ki »so bolj izurjena v pravnem prometu in pogosto nastopajo pri sklepanju pogodb z močnejšim pogajalskim položajem«,¹⁶ ne pa pred lastnimi avtonomnimi odločitvami, ni sprejeto v novejši slovenski sodni praksi.

Pravo varstva potrošnikov ni socialno pravo, namenjeno je le izravnavi neravnovesij med potrošnikom in podjetnikom, evropsko pravo varstva potrošnikov omogoča le neizkrivljeno oblikovanje volje potrošnika, potrošnika pred čezmernimi posledicami pravnih poslov varuje le s stališča pravilnega oblikovanja volje. Evropsko pravo varstva potrošnika ne pomeni varstva pred posledicami lastnih neizkrivljenih odločitev, ki so bile sprejete brez vplivanja na voljo potrošnika, pa so vseeno imele hude socialne in gospodarske posledice za potrošnika.¹⁷ V tržnem gospodarstvu so pač pogodbene stranke odgovorne za izpolnitev sklenjene pogodbe.

Na koncu pa je treba omeniti, da se v primeru izvršbe sodnih odločb evropsko pravo varstva potrošnikov ne uporablja. Pri izvršbi npr. slovenske ali madžarske sodbe pravo varstva potrošnikov ne velja, saj se šteje, da je potrošnik imel možnost uveljavljanja prava varstva potrošnikov v predhodnem sodnem postopku. Izjema so zamudne sodbe, ki so bile izdane, ne da bi lahko potrošnik sodeloval v postopku (zlasti problematično pri pooblaščenih za vročanje). Druga izjema pa je, da sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine v pravu EU ni nujno sodna odločba. Na Hrvaškem tak sklep izda notar, po sodni praksi Sodišča EU pa notariji na Hrvaškem, ki delujejo v okviru pristojnosti, ki so jim v postopku izvršbe na podlagi verodostojne listine dodeljene z domačim pravom, niso zajeti v „sodišče“ po Uredbi 1215/2012.¹⁸

2.2 Nacionalna procesna avtonomija in načelo učinkovitosti

Pravo EU je kljub razvoju enotnega civilnega in kazenskega pravosodnega prostora v EU v večini primerov še danes predvsem materialno pravo. Iz tega prava izhajajo pravice posameznega potrošnika. Vendar prav tako kot v drugih delih mednarodnega prava to pravo slovenska sodišča izvajajo po lastnih procesnih

14 OPPERMANN, CLASSEN, NETTESHEIM, nav. delo, str. 597.

15 Zakon o notariatu, UL RS, št. 2/07.

16 KOZIOL, Helmut, WELSER, Rudolf, KLETEČKA, Andreas, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, 14. izdaja, Dunaj: Manz 2014, str. 12.

17 SLADIČ, Jorg, L'entente cordiale entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Réflexions sous l'angle de l'asymétrie informationnelle, Revue européenne de droit de la consommation /European journal of consumer law, str. 3 – 4/2010, str. 441.

18 Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL 2012, L 351, str. 1), sodišče EU, C-551/15, Pula Parking, ECLI:EU:C:2017:193.

predpisih (načelo procesne avtonomije držav članic EU). V pravu EU poznamo dve vrsti izvajanja prava EU, in sicer precej omejeno neposredno izvrševanje oziroma neposredno pravo, kjer institucije in organi EU sami izvajajo pravo EU, v Sloveniji smo npr. tak način izvajanja prava EU doživeli v primeru sklepov Evropske komisije o odobritvi državnih pomoči NLB d. d. V veliki večini primerov pa izvajanje prava EU poteka v obliki tako imenovanega posrednega izvajanja. Slovenska sodišča v primeru posrednega izvajanja prava EU uporabljajo uredbe in direktive prava EU. Glede direktiv je treba opozoriti, da slovenski zakonodajalec na podlagi 288. člena PDEU te direktive prenaša v domače pravo. Sodišče z uporabo zakona, ki temelji na prenosu direktive *de iure* uporablja direktivo. Če je vsebina direktive nepogojna, jasna in daje posamezniku pravice, ima taka direktiva prednost pred določbo zakona. Večinoma se uporaba prava EU pred sodišči omeji na upravni spor, a tudi v zasebnem pravu se redni sodniki zdaj že kar pogosto soočijo s pravom EU.¹⁹ Večinoma sicer pomeni izvajanje prava EU uporabo tega prava v kognicijskih postopkih (pravdni, nepravdni), a se pravo EU tudi dotika izvršilnih in stečajnih postopkov.²⁰

S stališča evropskega prava varstva potrošnikov ni razlike med položajem potrošnika v kognicijskih (pravdnih) in izvršilnih postopkih. Sodišče EU je tako v izvršilnih postopkih v Španiji, ki so potekali zaradi neplačila dolga, ki je bil zavarovan s hipoteko, ustanovljeno v obliki notarskega zapisa, ko je špansko izvršilno sodišče ob odločanju o pravnih sredstvih v izvršilnem postopku (ugovor) spraševalo, ali omejitev ugovornih razlogov (npr. na podlagi načela formalne zakonitosti), sprejetih v okviru postopka izvršbe na podlagi hipoteke, ustanovljene v obliki notarskega zapisa, postavilo vprašanje v predhodno odločanje, ugotovilo, da se taka ureditev »v bistvu nanaša na presojo, ali so pristojnosti sodišča, ki odloča o vsebini in je pristojno za presojo nedovoljenosti pogojev iz pogodbe v postopku v glavni stvari, iz katere izhaja dolg, ki se terja v okviru navedenega izvršilnega postopka, v skladu z direktivo 93/13«. ²¹ Slovensko sodišče mora namreč po uradni dolžnosti preizkusiti nedovoljenost vseh pogodbenih pogojev, ki spadajo na področje uporabe direktive, tudi če se to izrecno ne zahteva, in to takoj, ko ima vse potrebne pravne in dejanske elemente v zvezi s tem. ²² Sistem izvrševanja notarskih izvršilnih naslovov na stvareh, ki so predmet hipoteke in zastave, v katerem so omejene možnosti ugovorov zoper izvršbo, ni v skladu z Direktivo 93/13, če potrošnik niti v postopku izvršbe niti v ločenem sodnem postopku ne more uveljavljati učinkovitega pravnega varstva pravic, ki so mu zagotovljene z Direktivo 93/13, na primer tako, da lahko sodišče odredi začasno prekinitev izvršbe. ²³

Tudi v postopku za izdajo plačilnega naloga načelo učinkovitosti zahteva, da domače sodišče po uradni dolžnosti preveri nepoštenost pogodbenega pogoja

19 Glej analizo delitve med upravnim, kazenskim in civilnim sodstvom pri izvajanju prava EU v BLUMANN, Claude DUBOUISS, Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6. izdaja, Dalloz, Pariz 2016, tč. 694.

20 Glej npr. v slovenskih postopkih sklep Vrhovnega sodišča opr. št. Cpg 2/2018 (Agrokor) in v izvršilnih postopkih sklep Ustavnega sodišča RS št. U-I-169/10, ECLI:SI:USRS:2013:U.I.169.10 v zvezi z Direktivo 2011/7/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 2011 o boju proti zamudam pri plačilih v trgovinskih poslih (prenovitve) (UL L 48, 23. 2. 2011, str. 1).

21 Sodišče EU, C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, točka 38.

22 Sodišče EU, C-618/10, Banco Español de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, točka 43.

23 Sklepní predlogi generalne pravobranilke Kokott, C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2012:700, točka 58.

takoj, ko ima za to potrebne pravne in dejanske razloge.²⁴ Pri plačilnem nalogu pa ima glede izvršbe na podlagi verodostojne listine izvršilno sodišče (COVL) popolnoma enako vlogo kot redno sodišče pri izdaji plačilnega naloga.

Posebnost izvršilnih postopkov je seveda obstoj domačega ali tujega izvršilnega naslova, vendar je treba tudi v izvršilnih postopkih uporabljati pravo EU. Izvršilni naslov lahko na podlagi domačega prava omeji možnost vlaganja pravnih sredstev, prepove možnost navajanja novih dejstev in dokazov ter preskus izvršilnega naslova po temelju, zato je uporaba prava varstva potrošnikov pred izvršilnim sodiščem lahko drugačna kot v kognicijskih postopkih, ki se končajo z nastankom izvršilnega naslova. Države članice na podlagi nacionalne procesne avtonomije same določajo, kako potekajo postopki. Vendar pa je meja domače procesne avtonomije v načelih enakovrednosti in učinkovitosti.²⁵ »Kadar nacionalni mehanizmi za prisilno izterjavo niso usklajeni, pravila za izvajanje ugovornih razlogov, sprejetih v okviru postopka izvršbe na podlagi hipoteke in pooblastil, ki jih ima sodišče, ki odloča o vsebini in je pristojno za preučitev zakonitosti pogodbenih pogojev, na podlagi katerih se ugotovi izvršilni naslov, po načelu avtonomnosti postopka držav članic spadajo v njihov nacionalni pravni red, vendar pod pogojem, da niso manj ugodna od tistih, ki urejajo podobne položaje v nacionalnem pravu (načelo enakovrednosti), in da v praksi ne onemogočajo ali čezmerno otežujejo uresničevanja pravic, ki jih potrošniku podeljuje pravo Unije (načelo učinkovitosti)«. ²⁶

Ali iz tega izhaja tudi, da mora imeti potrošnik možnost ugovora glede nedovoljenosti pogojev neposredno v postopku izvršbe, in ne šele v ločenem postopku? Pri notarskem zapisu obstaja izvršilni naslov in je treba priznati interes upnika, da se izvršba opravi hitro. Cilj zakonodajalca, ki je dejanski postopek izvršbe formaliziral in obsežno izključil možnosti ugovorov, je, da je v postopku mogoče hitro izvršiti terjatve, za katere obstaja izvršilni naslov. Omejitve pravnega varstva potrošnika ni nujno treba vnaprej opredeliti kot pretirano otežitev, če mora ta s sprožitvijo postopka najprej ustvariti pogoje, da sodišče, pri katerem se sproži postopek, preizkusi pogodbenne pogoje.²⁷ Odločilno je samo, da načelo učinkovitosti zahteva, da mora sodnik v postopku imeti možnost, da postopek izvršbe začasno prekine, da prisilno dražbo zadrži, dokler se ne preizkusi nedovoljenost pogodbenega pogoja, in da se s tem prepreči, da bi s postopkom izvršbe v škodo potrošnika nastale posledice, ki jih bi bilo težko ali nemogoče odstraniti.²⁸

Po domače povedano, slovensko pravo lahko v izvršilnih postopkih omogoča vlaganje pravnih sredstev zaradi kršitev evropskega prava varstva potrošnikov tudi prvič v izvršilnem postopku pod enakimi pogoji kot ugovore iz domačega prava. Načelo učinkovitosti v izvršilnih postopkih zahteva le možnost odloga izvršbe,

24 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott, C-176/17, *Profi Credit Polska*, ECLI:EU:C:2018:293, točka 56.

25 Glej o teh dveh načelih v ÖHLINGER, Theo, POTACS, Michael, *EU-Recht und staatliches Recht*, 6. na novo predelana izdaja, Dunaj: LexisNexis, 2017, str. 137–138.

26 Sodišče EU, C-415/11, *Aziz*, ECLI:EU:C:2013:164, točka 50.

27 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi C-415/11, *Aziz*, ECLI:EU:C:2012:700, točka 55.

28 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi C-415/11, *Aziz*, ECLI:EU:C:2012:700, točka 57.

če potrošnik navaja npr. ničnost notarskega zapisa.²⁹ Seveda notarski zapis ni ničen, ničen je zavezovalni posel, ki je bil prevzet v notarski zapis. Bistvo načela učinkovitosti je možnost preskusa pravic iz evropskega prava varstva potrošnikov v sodnem postopku. V zadevah, v katerih »se zastavi vprašanje, ali neka nacionalna postopkovna določba v praksi onemogoča ali preveč otežuje uresničevanje pravic, ki jih imajo posamezniki na podlagi pravnega reda Unije, preizkusiti ob upoštevanju položaja zadevnih pravil v celotnem postopku ter poteka tega postopka in posebnosti teh pravil pred različnimi nacionalnimi organi.«³⁰

Vendar se lahko tudi potrošniku naloži določeno breme (eventualna maksima ni dovoljena), saj je s stališča načela učinkovitosti »s pravom Unije združljiva določitev razumnih prekluzivnih rokov za vložitev pravnih sredstev zaradi pravne varnosti zainteresirane osebe in zadevnega organa. Ti roki namreč dejansko ne onemogočajo ali čezmerno otežujejo uveljavljanja pravic, ki izhajajo iz pravnega reda Unije. V zvezi s tem je nacionalni triletni prekluzivni rok razumen.«³¹ Za izvršilne postopke pa je zlasti pomembno, da je »pravo Unije, zlasti načeli enakovrednosti in učinkovitosti, [...] treba razlagati tako, da ne nasprotuje položaju, v katerem nacionalno sodišče nima možnosti opraviti preskusa pravnomočne sodne odločbe, izdane na podlagi civilne tožbe, če se izkaže, da ta odločba ni v skladu z razlago prava Unije, ki jo je podalo Sodišče po tem, ko je navedena odločba postala pravnomočna.«³²

3 NAČELA IZVRŠILNEGA POSTOPKA IN EVROPSKO PRAVO VARSTVA POTROŠNIKOV

Evropsko pravo varstva potrošnikov je poseglo tudi v temeljna načela civilnega in s tem tudi izvršilnega postopka. Tako so izrecno poudarjeni materialno procesno vodstvo in preiskovalno načelo ter načelo pravnomočnosti.

3.1 Spremenjeno materialno procesno vodstvo v izvršilnem postopku

Na področju pravnega postopka je Sodišče EU v številnih zadevah zavzelo stališče, da tožbeni zahtevek v primeru potrošnika tožnika ni pomemben. To bo še posebej vplivalo na tožbe. Tako je treba Direktivo 1999/44³³ tako kot vse druge dele evropskega prava varstva potrošnikov (npr. Direktiva 2008/48³⁴) razlagati tako, da zahteva spremembe tožbenega zahtevka *ex officio*. Tako domače civilno procesno pravo, ki določa, da potrošnik, ki je upravičen do ustreznega znižanja kupnine za blago iz prodajne pogodbe, s tožbo lahko zahteva samo odstop od te pogodbe – čemur pa ni mogoče ugoditi, ker je neskladnost tega blaga manjšega pomena – domačemu sodišču, ki odloča o sporu, ne dopušča, da po uradni dolžnosti odobri

29 Ničnost ni sankcija, ki bi varovala potrošnika, saj je posledica ničnosti kondikcija.

30 Sodišče EU, C-69/14, *Târșia*, ECLI:EU:C:2015:662, točka 36.

31 Sodišče EU, C-542/08, *Barth*, ECLI:EU:C:2010:193, točka 28.

32 Sodišče EU, C-69/14, *Târșia*, ECLI:EU:C:2015:662, točka 35.

33 Direktiva 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij, UL EU L 171, 7. 7. 1999, str. 12.

34 Direktiva 2008/48/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. aprila 2008 o potrošniških kreditnih pogodbah in razveljavitvi Direktive Sveta 87/102/EGS, UL EU L 133, 22. 5. 2008, str. 66.

tako znižanje, tudi če navedeni potrošnik ne sme niti dopolniti prvotnega zahtevka niti vložiti nove tožbe v ta namen, ni v skladu s pravom EU.³⁵ »Iz tega sledi, da učinkovitega varstva potrošnikov ne bi bilo mogoče doseči, če nacionalno sodišče ne bi bilo zavezano, da po uradni dolžnosti preizkusi spoštovanje zahtev, ki na področju potrošniškega prava izhajajo iz določb Unije.«³⁶ »Poleg tega mora nacionalno sodišče, ki je po uradni dolžnosti ugotovilo kršitev npr. Direktive 2008/48, sprejeti vse ukrepe, ki v primeru take kršitve izhajajo iz nacionalnega prava, ne da bi čakalo, da potrošnik vloži predlog za to, pri čemer mora spoštovati načelo kontradiktornosti.«³⁷ Tako Sodišče EU zahteva prilagoditev tožbenega zahtevka v potrošniških sporih tako rekoč *ex officio*, vsebina tožbenega zahtevka oz. predloga za izvršbo se zaradi takega materialnega procesnega vodstva spreminja. Slovenska sodišča temu počasi sledijo.³⁸ Kljub spremenjenemu materialnemu procesnemu vodstvu, kjer je poudarjena aktivna vloga sodišča pri varstvu potrošnikov, pa ostajata vodilni načeli civilnega postopka še vedno načelo dispozitivnosti in razpravno načelo.³⁹

To s stališča izvršilnega postopka lahko pomeni, da bo moralo sodišče upnika v primeru izvršbe proti potrošniku opozoriti, naj uporabi tisto sredstvo izvršbe, ki je sorazmerno za poplačilo terjatve. Izvršilni postopek proti potrošniku se začne na podlagi zahteve upnika, saj velja načelo dispozitivnosti. Toda materialno procesno vodstvo zahteva, da kadar se proti potrošniku vodi izvršba na podlagi sodbe ali slovenske (oziroma hrvaške ali švicarske)⁴⁰ sodne poravnave, izvršilno sodišče na podlagi materialnega procesnega vodstva opozori na izbrana sredstva izvršbe, ki so predlagana v predlogu za izvršbo. Vendar pa pri notarskih zapisih nastane določena težava. Lastnost izvršilnega naslova je lahko notarskemu zapisu priznana le v obsegu danega soglasja. Glede na to, da je izrecno dano soglasje z ustanovitvijo zastavne pravice na nepremičninah, danega soglasja ni mogoče razširiti tudi na neposredno izvršljivost z drugimi izvršilnimi sredstvi.⁴¹ Zato sodišče ne more *ex officio* spreminjati sredstev izvršbe.

3.2 Načelo formalne zakonitosti

Načelo formalne zakonitosti je kljub evropskemu pravu varstva potrošnikov ostalo alfa in omega izvršilnega postopka. Izvršilno sodišče zavezuje načelo stroge formalne legalitete, zato ne sme presojeti pravilnosti in zakonitosti izvršilnega naslova, ki je podlaga za izvršbo.⁴²

V pravu EU najdemo tudi stališče, da ni združljivo z Direktivo 93/13, če pravnomočnost odločbe (plačilnega naloga in pri nas tudi sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine) potrošniku onemogoča, da bi tožbi prodajalca ali ponudnika iz kreditne pogodbe ugovarjal na podlagi nepoštenosti pogoja iz kreditne pogodbe.⁴³

35 Sodišče EU, C-32/12, *Duarte Hueros*, ECLI:EU:C:2013:637, izrek.

36 Sodišče EU, C-377/14, *Radlinger und Radlingerová*, ECLI:EU:C:2016:283, Rn. 66

37 Sodišče EU, C-377/14, *Radlinger und Radlingerová*, ECLI:EU:C:2016:283, Rn. 71.

38 Primerjaj VS II Ips 227/2016, ECLI:SI:VSRS:2017:II.IPS.227.2016.

39 ROTH, nav. delo, str. 85.

40 Sodne poravnave imajo samo v teh treh redih učinek materialne pravnomočnosti.

41 VSL, II Ip 5459/2013, ECLI:SI:VSLJ:2014:II.IP.5459.2013.

42 VSC, I Ip 1126/2007, ECLI:SI:VSC:2008:I.IP.1126.2007.

43 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott, C-176/17, *Profi Credit Polska*, ECLI:EU:C:2018:293, točka 65.

Če pravo države članice šteje sodno odločbo, ki jo je sprejel organ, ki mu je bil predložen predlog za izdajo plačilnega naloga, za pravnomočno in ji priznava učinke, ki so podobni učinkom sodne odločbe, takšna ureditev, ki se nanaša na pravila o izvajanju načela pravnomočnosti v okviru postopka za izdajo plačilnega naloga, ni v skladu z načelom učinkovitosti, ker v postopkih, ki jih sprožijo prodajalci ali ponudniki proti potrošnikom, onemogoča ali čezmerno otežuje uporabo varstva, ki se ga z Direktivo 93/13 želi zagotoviti potrošnikom.⁴⁴

Vendar pa je vsebina tega načela bolj jasno določena glede na vsebino 21. člena ZIZ. Izvršilni naslov je še naprej primeren za izvršbo, če so v njem navedeni upnik in dolжник ter predmet, vrsta, obseg in čas izpolnitve obveznosti, toda glede obsega izpolnitve obveznosti iz notarskega zapisa je bistvena pojasnilna dolžnost notarja, ki bo moralk preskusiti, ali zavezanec potrošnik ni izpostavljen nedovoljenim pogodbenim pogojem v notarskem zapisu. V pravu EU je popolnoma razvita teorija o polnem oziroma koristnem učinku (*effet utile*) prava EU. Izvršilno sodišče, ki mu je predložena zadeva, mora torej zagotoviti polni učinek varstva, ki ga zagotavljajo določbe direktiv o varstvu potrošnikov. Zato se vloga, ki jo pravo EU na zadevnem področju daje slovenskemu sodišču, ne omejuje le na možnost, izreči se o morebitni nedovoljenosti pogodbene določbe, ampak vsebuje tudi obveznost po uradni dolžnosti proučiti to vprašanje, če ima na voljo potrebne dejanske in pravne elemente, tudi ko že presoja svojo krajevno pristojnost.⁴⁵ Tudi izvršilno sodišče mora po uradni dolžnosti proučiti nedovoljenost pogodbenega pogoja, če ima na voljo potrebne dejanske in pravne elemente. To pomeni, da take pogoje preskuša le v primeru neposredno izvršljivega notarskega zapisa. Če tak pogoj šteje za nedovoljen, ga ne uporabi, razen če potrošnik temu nasprotuje. To obveznost ima domače sodišče tudi, ko preizkuša svojo krajevno pristojnost.⁴⁶

Vloga notarja se le približuje vlogi razpravnega sodnika, ko ta odobri sodno poravnavo. Notar pa ne more nadomestiti sodnika, saj v pravu EU sodni in notarski postopek nista enakovredna. Nepravdno sodstvo je pač temna luknja prava EU. V pravu EU namreč »izvršljivost javne listine ne daje notarjem pooblastil, ki so v neposredni in posebni zvezi z izvajanjem javne oblasti.« »Pogoj za izvršljivost notarskega zapisa je zlasti dolžnikovo soglasje, da se opravi morebitna prisilna izvršba tega akta brez uvedbe predhodnega postopka. Iz tega je razvidno, da notarski zapis ni izvršljiv brez soglasja dolžnika. Tako čeprav je dejansko zaradi notarskega zapisa izvršilne klavzule na javni listini ta izvršljiva, je ta izvršljivost posledica volje strank, da po tem, ko notar preveri skladnost nekega akta ali sporazuma z zakonom, ta akt ali sporazum sklenejo in da temu aktu ali sporazumu zagotovijo to izvršljivost.«⁴⁷ V pravu EU se izvršba na podlagi neposredno izvršljivega notarskega zapisa imenuje »poenostavljeni postopek notarske izvršbe« Če ima notarski postopek enake posledice kot sodni postopek, bi moral tudi notar imeti možnost po uradni dolžnosti presojati nepoštenost pogodbenih pogojev, če ima na voljo vse pravne in dejanske elemente za to. A Sodišče EU ni sprejelo te teorije, saj obstaja razlika med sodno in notarsko vlogo. Glede na bistvene razlike med

44 Sodišče EU, C-49/14, Finanzmarkt EFC, ECLI:EU:C:2016:98, točke 48–55.

45 Sodišče EU, C-243/08, Pannon GSM, ECLI:EU:C:2009:350, točka 32.

46 Sodišče EU, C-243/08, Pannon GSM, ECLI:EU:C:2009:350, točka 35.

47 Sodišče EU, C-53/08, Komisija proti Avstriji, ECLI:EU:C:2011:338, točka 103, podobno tudi v zadevi C-392/15, Komisija proti Madžarski, ECLI:EU:C:2017:73, točka 111.

sodno in notarsko vlogo v sodni praksi, ki je nastala na podlagi varstva potrošnikov v sodnih postopkih, ni mogoče uporabiti za notarsko funkcijo.⁴⁸ »Poleg tega je treba poudariti, da Direktiva 93/13 ne vsebuje nobene določbe v zvezi z vlogo, ki bi lahko pripadala notarju na področju preverjanja nepoštenih pogodbenih pogojev ali bi mu morala pripadati. Tako ta direktiva ne ureja vprašanja, ali je treba v okoliščinah, v katerih nacionalna zakonodaja notarju podeljuje pristojnost, da javno listino, ki se nanaša na pogodbo, opremi s potrdilom o izvršljivosti in nazadnje to potrdilo razveljavi, na notarja razširiti pooblastilo za izvajanje pristojnosti, ki so neposredno del sodne funkcije.«⁴⁹

Notarji bodo pač morali upoštevati, da se notarski zapisi, zlasti neposredno izvršljivi, v katerih je zavezanec potrošnik, vsebinsko preskusijo s stališča evropskega prava varstva potrošnikov, kar se ustrezno zaznamuje v notarskem zapisu. To je seveda morda določena vrsta formalizma, a se s sestavo ustreznega »zapisnika« v okviru notarskega zapisa pač izogne težavam z notarskim zapisom in se ohranijo vse njegove prednosti. Vendar tudi takšen formalizem vedno ne izpolni zahtev prava EU. »Tudi če bi sprejeli, da splošne informacije, ki jih je potrošnik prejel pred sklenitvijo pogodbe, izpolnjujejo zahteve po jasnosti in preglednosti, ki izhajajo iz 5. člena Direktive 93/13, ta okoliščina sama po sebi ne more izključiti nepoštenosti pogoja.«⁵⁰

Tudi če se uporabi pravo varstva potrošnikov glede prenosa direktiv ali celo uredb EU, slovensko izvršilno sodišče ni pristojno preskušati zakonitosti izvršilnega naslova. Pravo EU zahteva le, da se v primeru izpodbijanja zakonitosti obveznosti iz izvršilnega naslova iz npr. neposredno izvršljivega notarskega zapisa v izvršilnem postopku odloži izvršba (71. člen ZIZ⁵¹), vsebina neposredno izvršljive obveznosti, s katero se je dolжник kot zavezanec strinjal, pa se na podlagi domače procesne avtonomije ne more preskušati pred izvršilnim sodiščem. Tak preskus je mogoč v obliki ugotovitvene tožbe, da notarski zapis ni izvršljiv, nekateri lahko poskusijo celo s tožbo na ugotovitev ničnosti pravnega posla, ki je sestavljen v obliki notarskega zapisa, a s tem zelo pomagajo potrošniku, saj ničnost vodi do takojšnje kondikcije, potrošniku s tem odvzamejo pravno varnost in predvidljivost vračanja prejetega kredita. Med drugim tožba za ugotovitev ničnosti pravnega posla v notarskem zapisu ni ne opozicijska ne impugnacijska tožba. Pravo EU pa vodi do spremembe poslovanja izvršilnega sodišča, saj bo moralo na podlagi prava EU izvršilno sodišče ugovor, v katerem je potrošnik zatrjeval neveljavnost, npr. pravnega posla v notarskem zapisu, ker vsebuje nepošteno pogodbeno pogoje, obravnavati kot predlog za odlog izvršbe. Iz načela primarnosti in neposredne uporabnosti prava EU pa je treba tu restriktivne pogoje ZIZ za odlog izvršbe spregledati in odločati neposredno na podlagi prava EU. Nepopravljiva škoda nastane, če potrošniku rubijo stanovanje (torej nepremičnino, ki je bila dana za zavarovanje dolga s hipoteko), v drugih primerih pa je škodo težje dokazati. Stanovanje potrošnika, na katerem se vodi izvršba, pravo EU varuje. Brez možnosti odloga izvršbe bi namreč v vseh primerih, v katerih je izvršba s hipoteko obremenjene nepremičnine opravljena pred izdajo meritorne odločbe pravnega sodišča, s katero je bila ugotovljena

48 Sodišče EU, C-32/14, ERSTE Bank Hungary, ECLI:EU:C:2015:637, točki 46 in 47.

49 Sodišče EU, C-32/14, ERSTE Bank Hungary, ECLI:EU:C:2015:637, točka 48.

50 Sodišče EU, C-342/13, Sebestyén, ECLI:EU:C:2014:1857, točka 34.

51 Zakon o izvršbi in zavarovanju, UL RS 3/07 do 11/18.

nedovoljenost pogodbenega pogoja, ki je podlaga za hipoteko, in torej posledično razveljavitve sklepa o izvršbi in ustavitve izvršilnega postopka, ta meritorna odločba potrošniku zagotovila le naknadno odškodninsko varstvo, ki naj bi bilo nepopolno in nezadostno. Tako varstvo ne pomeni ne ustreznega ne učinkovitega sredstva za prenehanje uporabe nedovoljenega pogoja, kar je v nasprotju s tem, kar določa prvi odstavek 7. člena Direktive 93/13. To še bolj velja, kadar je nepremičnina, ki je predmet hipotekarnega zavarovanja, stanovanje oškodovanega potrošnika in njegove družine, saj sistem varstva potrošnikov, ki je omejen na odškodninski zahtevek, ne prepreči dokončne in nepreklicne izgube navedenega stanovanja. Tak postopkovni sistem pa lahko ogrozi učinkovitost varstva, ki se skuša zagotoviti z direktivo.⁵² Če slovensko sodišče ugotovi, da impugnacijskemu ugovoru, bi pravilno razumljeno materialno procesno vodstvo glede varstva potrošnikov zahtevalo celo, da se potrošnik vsaj obvesti, če že ne napoti, da mora vložiti impugnacijsko tožbo, s katero zahteva ugotovitev, da notarski zapis ni izvršljiv.

4 IZ PRAKSE ZA PRAKSO

Teoretični del prispevka je za izvršilne sodnike morda težje razumljiv, saj zahteva predznanje iz prava EU in mednarodnega javnega prava. Zato sta na koncu prispevka pregled zanimivejše sodne prakse in analiza njenega vpliva na izvršilne postopke.

4.1 Arbitražne in prorogacijske klavzule

Na vprašanje, ali je treba ob upoštevanju prvega odstavka 3. člena Direktive 93/13 pogodbeni pogoj iz notarskega zapisa o ustanovitvi zastavne pravice, v skladu s katerim je za reševanje vseh sporov v zvezi s posojilno pogodbo, sklenjeno med potrošnikom in banko, izključno pristojen senat, sestavljen iz treh arbitrov, šteti za nepošten, je Sodišče EU odgovorilo, da je treba ta člen in točko 1(q) priloge k Direktivi 93/13 razlagati tako, da mora tudi izvršilno sodišče ugotoviti, ali je treba pogoj iz pogodbe o hipotekarnem posojilu, sklenjene med potrošnikom in banko, v skladu s katero je za reševanje vseh sporov v zvezi s tem posojilom izključno pristojno arbitražno sodišče, zoper odločbe katerega po notranjem pravu ni mogoče vložiti pravnega sredstva, glede na vse okoliščine, ki so obstajale ob sklenitvi navedene pogodbe, šteti za nepošten.⁵³ Izvršilno sodišče mora v okviru te presoje zlasti preveriti, ali sta cilj ali učinek zadevnega pogoja izključiti ali omejiti potrošnikove pravice do sprožitve pravnega postopka ali drugega pravnega sredstva, in upoštevati dejstvo, da seznanitev potrošnika pred sklenitvijo zadevne pogodbe s splošnimi informacijami o razlikah med arbitražnim in rednim sodnim postopkom, sama po sebi ne more omogočiti, da se izključi nepoštenost tega pogoja.⁵⁴

V zvezi z določbo o pristojnosti sodišča, ki je bila vključena v pogodbo med potrošnikom in prodajalcem ali ponudnikom, ne da bi bila posamično dogovorjena,

52 Sodišče EU, C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, 38. in 59. do 64. točka ter izrek.

53 Sodišče EU, C-342/13, Sebestyén, ECLI:EU:C:2014:1857, izrek.

54 Sodišče EU, C-342/13, Sebestyén, ECLI:EU:C:2014:1857, izrek.

in ki določa izključno pristojnost sodišča, na čigar območju ima prodajalec ali ponudnik sedež, je treba tako določbo šteti za nedovoljeno po 3. členu Direktive 93/13, saj v nasprotju z zahtevami dobre vere vzpostavlja znatno neravnotežje med pogodbenimi pravicami in obveznostmi strank v škodo potrošnika.⁵⁵ Taka prorogacijska klavzula podobno kot določba, ki za vse spore v zvezi s pogodbo določa pristojnost sodišča, na čigar območju je sedež prodajalca ali ponudnika, potrošniku nalaga obveznost, da prizna izključno pristojnost sodišča, ki je od njegovega stalnega prebivališča morda zelo daleč, kar lahko oteži njegov prihod na sodišče. V sporih majhne vrednosti lahko stroški potrošnika za njegov prihod na sodišče delujejo odvračajoče in bi se lahko potrošnik zaradi njih odpovedal pravnemu sredstvu ali obrambi. Takšna določba tako spada v skupino določb, navedenih v točki 1(q) priloge k direktivi, katerih cilj ali učinek je, da je potrošnikova pravica do sprožitve pravnega postopka izključena ali omejena.⁵⁶

Prorogacijska klavzula (določba o izključni krajevni pristojnosti) podjetju omogoča, da združi vse spore, ki se nanašajo na njegovo poklicno dejavnost, pred enim sodiščem, ki ni sodišče na območju stalnega prebivališča potrošnika, kar hkrati olajšuje organizacijo prihoda navedenega prodajalca ali ponudnika in zmanjšuje s tem povezane stroške. Slovensko sodišče mora preskusiti, ali določba o izključni krajevni pristojnosti iz potrošniške pogodbe, ki je bila sklenjena med prodajalcem ali ponudnikom in potrošnikom, spada na področje uporabe Direktive 93/13, in če spada, po uradni dolžnosti presoditi morebitno nedovoljenost take določbe.⁵⁷

4.2 Pooblaščenca za vročanje in izvršba

V tuji bančni praksi se dogaja, da mora potrošnik s prebivališčem v tujini nujno imenovati pooblaščenca za vročanje v državi posojila. Večinoma to banke zahtevajo že v splošnih pogojih. Taka praksa se je razširila tudi na notarske zapise. Odobritev kredita torej pomeni, da mora tuji potrošnik pristati na imenovanje pooblaščenca za vročanje tudi v notarskem zapisu, s katerim je ustanovljena zastavna pravica na nepremičnini in zaznamovana neposredna izvršljivost. Taka določba pomeni, da se procesni akti v izvršilnem postopku vročajo pač samo takemu pooblaščenцу.

Vprašanje glede pooblaščenca za vročanje se izvršilno sodišče obravnava že v dovolilnem delu z vročitvijo sklepa o izvršbi. Če notarski zapis vsebuje pooblaščenca za vročanje tujega potrošnika, je taka določba enostavno nična, saj je v nasprotju s 24. členom ZVPoT. V škodo potrošnika se namreč s takšnim pogojem bodisi povzroči znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank, bodisi se omejijo potrošnikove pravice do pravnega varstva.

4.3 Izvršba na podlagi verodostojne listine

Sodna praksa Sodišča EU izvira iz vprašanja za predhodno določanje s sodišča v Pulju. Tuji nemški turist je namreč napačno parkiral in dobil kazen za takšno parkiranje. Podjetje Pula Parking je koncesionar za parkiranje v mestu in je po

55 Sodišče EU, C-137/08, Péruzgyi Lizing, ECLI:EU:C:2010:659, točka 53.

56 Sodišče EU, C-137/08, Péruzgyi Lizing, ECLI:EU:C:2010:659, točka 54.

57 Sodišče EU, C-137/08, Péruzgyi Lizing, ECLI:EU:C:2010:659, točki 55 in 56.

petih letih zahtevalo izdajo sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine. Na Hrvaškem take sklepe izdajajo notarji. Notar v Puli je sklep izdal. A Sodišče EU je presodilo, da tak sklep ni sodna odločba.⁵⁸ »Čeprav ima dolжник možnost podati ugovor zoper sklep o izvršbi, ki ga je izdal notar, in čeprav se zdi, da notar izvaja naloge, ki so mu dodeljene v okviru postopka izvršbe na podlagi „verodostojne listine“, pod nadzorom sodišča, ki mu mora notar posredovati morebitne ugovore, preučitev predloga za izdajo sklepa o izvršbi na taki podlagi, ki jo opravi notar na Hrvaškem, ni kontradiktorna.«⁵⁹

Opozoriti pa je treba, da ta sodna praksa ureja vprašanja mednarodne pristojnosti, ne pa vprašanja poenotenega ali usklajenega materialnega prava varstva potrošnikov.

4.4 Menična izvršba in potrošniki

Določbe Direktive 93/13 nasprotujejo procesnemu pravu države članice, če ta določa, da se plačilni nalog na podlagi z vidika obličnosti veljavne lastne menice, namenjene zavarovanju terjatev prodajalca ali ponudnika do potrošnika na podlagi kreditne pogodbe, izda brez preizkusa nepoštenosti pogojev iz te kreditne pogodbe, ter potrošniku čezmerno otežuje vložitev ugovora zoper plačilni nalog s tem, da sodišču dovoljuje preizkus nepoštenosti, samo če potrošnik navede ustrezen očitek, od potrošnika zahteva, da dejstva in dokaze, ki sodniku omogočajo ta preizkus, navede v dveh tednih od vročitve plačilnega naloga, ter potrošnika postavlja v slabši položaj, kar zadeva plačilo sodnih stroškov.⁶⁰

Tožeča stranka gospodarska družba Profi Credit Polska S.A. je sklenila kreditno pogodbo s toženo stranko, ki je potrošnik. Šlo je za vnaprej oblikovano tipsko pogodbo z določilom, ki kreditjemalca zavezuje, da predloži lastno menico za zavarovanje terjatev dajalca kredita iz kreditne pogodbe. V skladu s to obveznostjo je tožena stranka tožeči stranki izročila podpisano bianko menico. Tožena stranka nato ni vrnila kredita. Tožeča stranka je zato odpovedala kreditno pogodbo in v bianko menico vpisala dolgovani znesek. Tožeča stranka je predlagala, naj se na podlagi lastne menice proti toženi stranki izda plačilni nalog za ta znesek. Predlogu je priložila pravilno izpolnjeno in podpisano menico ter odpoved kreditne pogodbe, na pa tudi pogodbe. Plačilni nalog se toženi stranki vroči skupaj z začetnim procesnim aktom tožeče stranke in pravnim poukom o vložitvi ugovora. Če pa tožena stranka ne vloži ugovora, se plačilni nalog šteje kot izvršba v zavarovanje, gre za sodbo odločbo, ki je izvršljiva brez potrdila o izvršljivosti in je pravnomočna z vidika zavezujoče narave menice, ne pa z vidika pravice iz temeljnega pravnega posla.⁶¹ Vložitev ugovora prepreči, da bi plačilni nalog postal pravnomočen. Poljsko civilno procesno pravo določa hiter postopek za izdajo plačilnega naloga na podlagi lastne menice, pri katerem je domače sodišče omejeno na formalni preizkus lastne menice. Kadar je menica namenjena zavarovanju kreditne pogodbe, postopek za izdajo plačilnega

58 Sodišče EU, C-551/15, Pula Parking, ECLI:EU:C:2017:193.

59 Sodišče EU, C-551/15, Pula Parking, ECLI:EU:C:2017:193, točka 58.

60 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi C-176/17, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2018:293, izrek.

61 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi C-176/17, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2018:293, točke 19–23.

naloga izključuje preizkus temeljnega posla (kreditne pogodbe).⁶² Predmet spora pred domačim sodiščem je sicer na prvi stopnji samo lastna menica. Temeljni pravni posel postane predmet spora šele na drugi stopnji, ko potrošnik vloži ugovor. Ta pravila niso bistveno drugačna od našega postopka izvršbe na podlagi verodostojne listine, s to razliko, da je zaradi ugovora pri nas postopek še vedno na isti stopnji, samo preveden iz COVL v Ljubljani na pristojno prvostopenjsko sodišče. Opozoriti je treba, da tu ne gre za vprašanje 41. a člena ZIZ, saj gre za potrošnike.

Poljsko sodišče je Sodišče EU vprašalo, ali je treba Direktivo 93/13 in Direktivo o potrošniških kreditih 2008/48 razlagati tako, da nasprotujeta domači zakonodaji, v skladu s katero lahko domače sodišče v postopku za izdajo plačilnega naloga na podlagi lastne menice preizkuša samo upoštevanje obličnostnih zahtev, ki veljajo za menico, ne pa kreditne pogodbe, zavarovane z lastno menico. Prevedeno v slovenski ZIZ gre za vprašanje, ali se lahko izda sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine proti dolžniku potrošniku, če je verodostojna listina menica. Upniku v ZIZ v takem primeru ni treba predložiti temeljnega posla. O tem se odloča na podlagi ugovora dolžnika v pravnem postopku. Drugi pododstavek točke (n) prvega odstavka 5. člena Direktive o potrošniških kreditih v zvezi s poroštvi za kredite določa, da morajo predpogodbene informacije opredeljevati morebitna zahtevana poroštva.⁶³ Tako zavarovanje je lahko tudi menica. Tudi uporaba menice v postopkih zavarovanja posojil ni problematična sama po sebi. Pri izdaji plačilnega naloga pa sodišče ne preskuša temeljnega posla. »Kreditna pogodba, na kateri temelji menica, se sodišču ne predloži. Sodišče zato nima pravnih in dejanskih elementov, ki jih potrebuje za preverjanje, ali kreditna pogodba vsebuje nepošten pogoj.«⁶⁴ Na »drugi stopnji postopka, ki se začne z ugovorom potrošnika zoper plačilni nalog, pa sodišče preverja ugovore iz temeljnega pravnega posla. Šele na tej stopnji postopka ima sodišče za to potrebne pravne in dejanske elemente, [...] ki so potrebni za preizkus nepoštenosti kreditne pogodbe.«⁶⁵

Če je podjetje na podlagi plačilnega naloga izvedlo prisilno izvršbo, lahko potrošnik zlasti po načelih neupravičene obogatitve ali nadomestila škode od prodajalca ali ponudnika zahteva nazaj, kar je slednji pridobil z izvršilnimi ukrepi. Potrošnik lahko nato svoj zahtevek na podlagi neupravičene obogatitve ali odškodninski zahtevek utemelji s tem, da kreditna pogodba vsebuje nepošten pogoj. Pravnomočnost plačilnega naloga ne preprečuje take tožbe potrošnika, ker ne zajema ugovorov iz kreditne pogodbe.⁶⁶ Z Direktivo 93/13 je združljivo, da lahko potrošnik prepreči pravnomočnost plačilnega naloga tako, da vloži ugovor, oziroma v nasprotnem primeru nepoštenost kreditne pogodbe uveljavlja v okviru zahtevka na podlagi neupravičene obogatitve ali odškodninskega zahtevka.⁶⁷

62 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi C-176/17, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2018:293, točka 3.

63 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi C-176/17, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2018:293, točka 32.

64 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi C-176/17, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2018:293, točka 57.

65 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi C-176/17, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2018:293, točka 58.

66 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi C-176/17, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2018:293, točka 68.

67 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi C-176/17, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2018:293, točka 71.

Ugovor potrošnika zoper plačilni nalog je glavnega pomena za učinkovitost varstva potrošnika na podlagi Direktive 93/13.⁶⁸ Če mora potrošnik ob vložitvi ugovora navesti svoje očitke ter dejstva in dokaze in nositi sodne stroške, to samo po sebi ni v nasprotju s pravom EU, v nasprotju pa je, če sodišče ne izvede preskusa temeljnega posla po uradni dolžnosti. Poleg tega je poljski rok za vlaganje ugovora 14 dni tako kratek, da je še komaj v skladu s pravom EU. Omejitev obsega preizkusa izpodbijanega plačilnega naloga le na očitke, ki jih navede potrošnik, pa ni združljiva z Direktivo 93/13. Zato ugovorni postopek ni združljiv z Direktivo 93/13, ker potrošniku čezmerno otežuje vložitev ugovora zoper plačilni nalog, ki je bil izdan na podlagi lastne menice, s tem, da sodišču dovoljuje preizkus nepoštenosti, samo če potrošnik navede ustrezen očitek, od potrošnika zahteva, da dejstva in dokaze, ki sodišču omogočajo ta preizkus, navede v dveh tednih od vročitve plačilnega naloga, ter potrošnika postavlja v slabši položaj, kar zadeva plačilo sodnih stroškov.⁶⁹

5 NOVE NALOGE IZVRŠILNEGA SODIŠČA V DOVOLILNEM DELU

Samo ob robu naj omenim, da razen odloga izvršbe pravo varstva potrošnikov ne ureja izvršilnega dela. Za strogi izvršilni del, npr. za dražbo, pa pravo EU celo določa, da se za take dražbe pravo EU ne uporablja.

V dovolilnem delu izvršilnega postopka je v primeru izvršbe proti potrošniku, kjer je izvršilni naslov neposredno izvršljiva obveznost iz notarskega zapisa, na podlagi sodne prakse Sodišča EU po Direktivi 93/13 treba po uradni dolžnosti preskusiti, ali je notar, ki je sestavil tak zapis, zadostil svoji obveznosti iz 42. člena Zakona o notariatu. Notar mora namreč pred sestavo notarske listine strankam, če je ena od strank potrošnik, na razumljiv način ne samo opisati vsebino, pravne posledice nameravanega pravnega posla ali izjave volje, temveč jih mora izrecno opozoriti na znana in običajna tveganja v zvezi s sklenitvijo takšnega pravnega posla ali izjave volje. Če stranke pri svojih izjavah vztrajajo, jih mora vnesti v notarsko listino, ob tem pa navesti tudi opozorila, dana strankam v zvezi z njimi. V zvezi s tem mora po sodni praksi Sodišča EU notar, če je stranka pravnega posla, ki se povzame v notarski zapis, potrošnik, opozoriti tudi na prisilne predpise evropskega varstva potrošnikov. Če se omejimo samo na Direktivo 93/13/EGS oziroma njen prenos v slovenski pravni red ZVPoT (24. člen),⁷⁰ mora notar zavezanca izrecno opozoriti in to tudi zapisati v notarski zapis, da ne gre za nepoštene pogodbene pogoje.⁷¹

Slovensko izvršilno sodišče lahko zavrne impugnacijske in vse druge ugovore potrošnika zavezanca samo v primeru, če je bilo obema strankama (tako potrošniku kakor tudi podjetniku) na naroku za sestavo notarskega zapisa omogočeno, da se izjavita o vsebini tega zapisa, in jima je notar pojasnil vsebino pravnega posla, ki bo

68 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi C-176/17, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2018:293, točka 72.

69 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi C-176/17, Profi Credit Polska, ECLI:EU:C:2018:293, točke 72–82.

70 Zakon o varstvu potrošnikov, UL RS št. 98/04 – uradno prečiščeno besedilo, 114/06, 126/07, 86/09, 78/11, 38/14, 19/15 in 55/17.

71 24. člen ZVPoT.

sestavljen v obliki notarskega zapisa. V takem primeru sicer ni popolno zadoščeno sistemu sodnega varstva, ki ga uvaja Direktiva 93/13, saj ta temelji na zamisli, da je potrošnik v razmerju do prodajalca ali ponudnika v podrejenem položaju glede pogajalske sposobnosti in ravni obveščenosti, zaradi česar sprejme pogoje, ki jih je predhodno določil prodajalec ali ponudnik, ne da bi lahko vplival na njihovo vsebino.⁷² Sicer je notar po našem pravu organ nepravdnega sodstva. Vendar ostaja odprto vprašanje, ali sestava zapisa na naroku zadošča pravici do sodnega varstva in pravici do izjave ter kontradiktornemu postopku, ki ga zahteva pravo EU. »Direktiva 93/13 veliko bolj zahteva, da mora imeti potrošnik možnost učinkovitega pravnega sredstva za preizkus nedovoljenosti pogojev kreditne pogodbe in da se s tem lahko po potrebi prepreči izvršba.«⁷³ Nedvomno pa preskus nedovoljenosti pogodbenih pogojev pred notarjem in notarjevo opozorilo potrošniku izkazujeta neizkrivljeno potrošnikovo voljo.

Opozoriti pa velja na poglobljen pomen impugnacijskih ugovorov. Notarski zapis, ki ne izpolnjuje obličnostnih zahtev pri sestavi, se v Avstriji izpodbija z impugnacijsko tožbo,⁷⁴ torej pri nas najprej z impugnacijskim ugovorom, nato pa z impugnacijsko tožbo, ki jo sodna praksa dopušča na podlagi 59. člena ZIZ. Z nepravo opozicijsko oziroma impugnacijsko tožbo namreč tožnik – izvršilni zavezanec (dolžnik) uveljavlja, da v času, ko je bil vložen predlog za izvršbo, niso bili izpolnjeni pogoji za dovolitev izvršbe.⁷⁵ V impugnacijskih ugovorih se drugače kakor v opozicijskih ugovorih lahko uveljavljajo tudi dejstva in dokazi, ki so obstajali tako pred nastankom izvršilnega naslova kakor tudi po njegovem nastanku.⁷⁶ V okviru ugovornih razlogov po 2., 3. in 6. točki 55. člena ZIZ lahko zdaj potrošnik kot zavezanec v izvršbi podaja ugovore, da notarski zapis sploh ni izvršilni naslov, saj bodisi zapis zaradi opustitve preskusa nedopustnih pogodbenih pogojev sploh ni izvršilni naslov, bodisi zaradi opustitve notarja ni nastopil pogoj izvršljivosti, ki je pouk o preskusu pogodbenih pogojev v skladu z Direktivo 93/13 oziroma ZVPoT. Seveda se v takem primeru ne izpodbija izvršilni naslov, ampak dovolitev izvršbe, saj zanj ni zakonite podlage.⁷⁷ Pri tem je treba navesti, da se impugnacijski ugovor zaradi opustitve pojasnilne in raziskovalne dolžnosti notarja po 42. členu ZN v primeru dolžnika potrošnika zoper neposredno izvršljivi notarski zapis nanaša na take pomanjkljivosti, ki jih ob dovolitvi izvršbe izvršilno sodišče ni zaznalo. Ne more pa se uveljavljati razlog materialnopravne neveljavnosti notarskega zapisa.⁷⁸ Po zavrnitvi impugnacijskega ugovora sicer ni mogoče vložiti (prave) opozicijske tožbe po 59. členu ZIZ, je pa mogoča tako imenovana neprava opozicijska, torej impugnacijska tožba. Čeprav pravna teorija meni, da lahko dolžnik v tožbi za ugotovitev nedopustnosti izvršbe uveljavlja le opozicijske razloge, sodna praksa takšni (utesnjujoči) razlagi prvega odstavka 59. člena ZIZ nasprotuje in dopušča uveljavljanje impugnacijskih

72 Sodišče EU, C-137/08, Pénzügyi Lízing, ECLI:EU:C:2010:659, točka 46, stalna sodna praksa od združenih zadev C-240/98 do C-244/98, Océano Grupo Editorial in Salvat Editores, ECLI:EU:C:2000:346, točka 25.

73 Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2012:700, točka 53.

74 MINI, Harald, Exekutionsverfahren 4. Izdaja, Dunaj: Linde, 2017, str. 380.

75 JUHART, Jože, Civilno izvršilno pravo, Ljubljana: Pravna fakulteta, 1962, str. 50.

76 RECHBERGER, OBERHAMMER, nav. delo, str. 111.

77 JUHART, nav. delo, str. 49.

78 ANGST, Peter, JAKUSCH, Werner, PIMMER, Herbert, Exekutionsordnung, 15. izdaja, Dunaj: Manz, 2009, str. 16 in 17.

razlogov.⁷⁹ Tožba za nedopustnost izvršbe je dovoljena samo v povezavi z ugovornim postopkom, nanaša pa se na opozicijske in impugnacijske ugovore.⁸⁰ S tožbo zaradi nedopustnosti izvršbe, pa najsi bo opozicijska ali impugnacijska, pa ni mogoče posegati v izvršilni naslov.⁸¹ Seveda je potrebna v primeru prave impugnacijske tožbe napotitev na pravdo. Toda impugnacijska tožba kot negativna ugotovitvena tožba je dopustna tudi po prvem odstavku 181. člena ZPP. Tudi potrošnik ima pravni interes za tako ugotovitev. S tako impugnacijsko tožbo zoper neposredno izvršljivi notarski zapis se pač kot glavno vprašanje uveljavlja ugotovitev, da zaradi napake v notarskem zapisu ne obstaja pravno razmerje izvršilnega naslova (da notarski zapis ni izvršljiv). Tako negativno ugotovitveno tožbo pa po ugotovitvi impugnacijskemu ugovoru v izvršilnem postopku lahko vloži upnik in jo objektivno kumulira z dajatvenim zahtevkom za izpolnitev obveznosti iz pravnega posla v notarskem zapisu. V primeru napake pri sestavi notarskega zapisa pa ima upnik seveda tudi odškodninski zahtevek do notarja, ki jamči za napake v notarskem zapisu.

Če pa je z izjemo plačilnega naloga oziroma sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine izvršilni naslov pravnomočna sodba oziroma po našem pravu celo slovenska pravnomočna sodna poravnava, pa potrošnik ne more več podajati kakšnih ugovorov. Pravo EU temelji na načelu pravnomočnosti.⁸² To je pač tveganje, ki ga mora sprejeti tudi potrošnik.

6 SKLEP

Kot vsako mednarodno pravo, je pravo EU predvsem materialno pravo, ki ga nato izvajajo države članice v skladu s svojim internim procesnim pravom. Nacionalna procesna avtonomija je omejena tudi na področju izvršilnega prava, saj pravo EU posega tudi v takšne podrobnosti, kot sta prepoved eventualne maksime v ugovoru zoper plačilni nalog ali sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine. Pravo EU tako ne dovoljuje, da se omeji navajanje dejstev in dokazov kršitve prava EU v ugovor in da pozneje teh dokazov ni več mogoče vlagati.

Zaradi tega pravo EU posega tudi z načelom učinkovitosti varstva pravic iz materialnega prava varstva potrošnikov tudi v strukturo izvršilnega postopka in oži pomen načela formalne zakonitosti. Tako lahko potrošnik ugovarja oziroma podaja ugovore tudi zoper neposredno izvršljive notarske zapise in sklepe o izvršbi na podlagi verodostojne listine, saj ni nastopil pogoj izvršljivosti. Seveda so dovoljene tudi opozicijske tožbe, tožbe na ničnost izvršilnih naslovov ipd. Toda v takem primeru mora izvršilno sodišče le začasno odložiti izvršbo. Impugnacijski ugovori pa omogočajo, da se glede varstva potrošnikov v EU o spoštovanju zakonodaje EU o varstvu potrošnikov odloči neposredno v izvršilnem postopku, kar pa je navsezadnje tudi v skladu z učinkovitostjo sodnega varstva.

79 VS II Ips 250/2009, ECLI:SI:VSRS:2012:II.IPS.250.2009.

80 VS II Ips 221/2006, ECLI:SI:VSRS:2008:II.IPS.221.2006.

81 VS II Ips 524/2003, ECLI:SI:VSRS:2004:II.IPS.524.2003.

82 Sodišče EU, Tárşia, C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662, točka 38.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- ANGST, Peter, JAKUSCH, Werner, PIMMER, Herbert, Exekutionsordnung, 15. izdaja, Dunaj: Manz, 2009.
- BLUMANN Claude, DUBOUIS Louis, Droit institutionnel de l'Union européenne, 6. izdaja, Dalloz, Pariz 2016.
- JUHART, Jože, Civilno izvršilno pravo, Ljubljana: Pravna fakulteta, 1962.
- KOZIOL, Helmut, WELSER, Rudolf, KLETEČKA, Andreas, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, 14. izdaja, Dunaj: Manz 2014.
- MINI, Harald, Exekutionsverfahren, 4. izdaja, Dunaj: Linde, 2017.
- ÖHLINGER, Theo, POTACS, Michael, EU-Recht und staatliches Recht, 6. na novo predelana izdaja, Dunaj: LexisNexis, 2017.
- OPPERMANN, Thomas, CLASSEN, Claus Dieter, NETTESHEIM, Martin, Europarecht, 7. izdaja, München: Beck, 2016.
- RECHBERGER Walter H., OBERHAMMER Paul, Exekutionsrecht, 5. predelana izdaja, Dunaj: facultas.wuv, 2009.
- ROTH, Herbert, Empfiehlt sich ein Sonderprozessrecht für Verbraucher, v: BRUNS, Alexander, MÜNCH, Joachim, STADLER, Astrid, (ur.), Die Zukunft des Zivilprozesses, Tübingen: Mohr, 2014, str. 69–86.
- SLADIČ, Jorg, L'entente cordiale entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Réflexions sous l'angle de l'asymétrie informationnelle, Revue européenne de droit de la consommation /European journal of consumer law, str. 3 – 4/2010, str. 423–442.
- TRSTENJAK, Verica, KNEZ, Rajko, MOŽINA, Damjan, Evropsko pravo varstva potrošnikov, Ljubljana: GV Založba, 2005.

REDNA LIKVIDACIJA, ZAČETEK IN ZAKLJUČEK, IZBRIS IZ SODNEGA REGISTRA¹

Tadeja Zima Jenull
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani

1 UVOD

Pravna oseba, to so gospodarska družba, zadruga, zavod (zasebni in javni), gospodarsko interesno združenje, gospodarska zbornica, javni sklad in socialno podjetje, lahko preneha zaradi različnih vzrokov, ki so podrobno navedeni v matičnih zakonih, ki določajo njihove statusno pravne značilnosti. Z nastopom razloga prenehanja pravna oseba še ne preneha, temveč je treba izvesti poseben likvidacijski postopek, v katerem se dokončajo vsa obstoječa pravna razmerja in razdeli premoženje. Temu je namenjen postopek likvidacije.

Pri tem, na kakšen način in po katerem postopku lahko navedene oblike organiziranja pravnih oseb prenehajo, je treba upoštevati vse posebnosti pravno organizacijskih oblik, ki so določene v matičnih zakonih. Za nekatere med njimi namreč njihovi matični zakoni določajo, da se v vseh primerih, ko nastopijo razlogi za prenehanje, izvede postopek likvidacije. Pri uporabi izraza likvidacija pogosto ni jasne zakonske razmejitve ali je treba izpeljati redno, to je prostovoljno, ali sodno likvidacijo. Predvsem to velja za zavode, zadruge, javne sklade, javne agencije in gospodarske zbornice. Jasno je, da je mogoče postopek redne likvidacije izpeljati za gospodarske družbe in gospodarsko interesno združenje, kar bo obravnavano v prispevku. Slednje velja tudi za družbe za upravljanje, investicijske družbe po Zakonu o investicijskih skladih in družbah za upravljanje (ZISDU-3),² upravljavca alternativnih investicijskih skladov, posebne investicijske sklade po Zakonu o upravljavcih alternativnih investicijskih skladov (ZUAIS).³ Pri tem je treba smiselno uporabiti določbe ZGD-1 o redni likvidaciji pravnoorganizacijske oblike, v kateri je organizirana pravna oseba v ZISDU-3 in ZUAIS, ter posebne določbe o postopku redne likvidacije v navedenih zakonih.⁴ V nadaljevanju prispevka bo opozorjeno še na dileme, ali je mogoče tudi za ostale navedene pravne osebe izpeljati smiselno enak postopek.

Svojo pravno sposobnost vsi navedeni subjekti, ki se ukvarjajo s pridobitno ali in tudi nepridobitno dejavnostjo, pridobijo z vpisom v sodni register. Pri pravnih osebah, navedenih v 3. členu Zakona o sodnem registru (ZSReg),⁵ je vpis v sodni register konstitutiven.

1 Prispevek je bil predstavljen v Registrski šoli 2018 od 23. do 25. maja v Kranjski Gori, ki jo je organiziral Center za izobraževanje v pravosodju, in po razpravi dopolnjen za objavo.

2 Uradni list RS št. 31/2015, 81/2015 in 77/2016.

3 Uradni list RS, št. 32/15.

4 Več o statusnih lastnostih pravnih oseb po ZISDU-3 in ZUAIS glej: Novak Krajšek, nav. delo Statusne, str. 1–25.

5 Uradni list RS, št. 54/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 65/08, 49/09, 82/13 - ZGD-1H, 17/15 in 54/17).

Treba je opozoriti, da kljub vpisu v sodni register vsi ti subjekti niso pravne osebe, kakor so na primer podružnice⁶ in skupnosti zavodov.⁷

V prispevku bo prikazan le postopek redne likvidacije kot način prenehanja pravnih oseb iz sodnega registra, ki so v praksi najpogostejše oblike pravnih oseb, ki svojo pravno sposobnost izgubijo z izbrisom iz sodnega registra. Opozorjeno bo tudi na posebnosti prenehanja posameznih pravnoorganizacijskih oblik.⁸

2 REDNA LIKVIDACIJA GOSPODARSKIH DRUŽB IN GOSPODARSKEGA INTERESNEGA ZDRUŽENJA

Najprej bo obravnavan postopek prenehanja delniške družbe, ker se ZGD-1 pri prenehanju drugih oblik gospodarskih družb in gospodarskega interesnega združenja praviloma sklicuje na uporabo pravil o delniški družbi (pri družbi z neomejeno odgovornostjo drugi odstavek 118. člena ZGD-1, pri družbi z omejeno odgovornostjo 522. člen ZGD-1, pri gospodarskem interesnem združenju tretji odstavek 576. člena ZGD-1).

2.1 Redna likvidacija delniške družbe

ZGD-1 določa pravila oziroma postopek redne likvidacije (v nadaljevanju: likvidacija), ki jo v delniški družbi izvede likvidacijski upravitelj, ki ga imenuje skupščina družbe.⁹

Razlogi za sprejetje sklepa o prenehanju družbe in začetku likvidacije so določeni v prvi in drugi alineji prvega odstavka 402. člena ZGD-1. Likvidacijo lahko družba izvede, če je pretekel čas, za katerega je bila ustanovljena, in na podlagi sklepa skupščine, ki določi razloge za svoje prenehanje. Za primer iz prve alineje prvega odstavka 402. člena ZGD-1 gre tedaj, ko je že v statutu družbe izrecno določeno, da je ustanovljena za določen čas. Potek časa je lahko v statutu določen koledarsko ali kako drugače, na primer z nastankom določenega pravnega dejstva. Družba lahko v statutu določi, da se ustanavlja le za izvedbo določenega projekta. To je lahko tisto pravno dejstvo, nastanek katerega je pomemben in je časovno določeno obdobje, v katerem družba lahko posluje. Z iztekom projekta niso več podani razlogi za nadaljnje poslovanje družbe, ki preneha po postopku likvidacije. Če razlog prenehanja družbe ni določen v statutu, se ta določi s sklepom skupščine.

6 Primerjaj drugi odstavek 31. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1, Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 100/11 – skl. US, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15 in 15/17.

7 Primerjaj 52. člen Zakona o zavodih (ZZ), Uradni list RS – stari, št. 12/91, Uradni list RS/I, št. 17/91 – ZUDE, Uradni list RS, št. 55/92 – ZVDK, 13/93, 66/93, 66/93, 45/94 – odl. US, 8/96, 31/00 – ZP-L, 36/00 – ZPDZC in 127/06 – ZJZP.

8 To so po 3. členu ZSReg: družba z neomejeno odgovornostjo, komanditna družba, družba z omejeno odgovornostjo, delniška družba, komanditna delniška družba, evropska delniška družba, gospodarsko interesno združenje, evropsko gospodarsko interesno združenje, zadruga, evropska zadruga, zavod, skupnost zavodov, druge pravne osebe, za katere zakon določa, da se vpišejo v sodni register.

9 Prvi odstavek 405. člena ZGD-1.

2.1.1 Razlogi za prenehanje družbe

Če je bila družba ustanovljena za določen čas, lahko začnejo postopek za prenehanje organi družbe ali delničarji na skupščini. Materialna podlaga za odločanje o likvidaciji družbe je določena v statutu, v katerem so določena tudi merila za ugotavljanje časa prenehanja družbe. Odločitev o prenehanju družbe lahko sprejme kot organ družbe tudi uprava, nadzorni svet ali upravni odbor glede na določbe v statutu o tem, kateri med navedenimi organi družbe imajo pooblastila za sprejem sklepa o likvidaciji. Vendar pa v primerih iz prve in druge alineje prvega odstavka 402. člena ZGD-1 sprejme sklep o prenehanju in začetku likvidacije (sklep o likvidaciji) skupščina (prvi odstavek 403. člena ZGD-1).

Sklep skupščine o začetku likvidacije, ki je kot pravna podlaga za vložitev predloga za vpis začetka likvidacije (tretji odstavek 405. člena ZGD-1) naveden v 1. točki prvega odstavka 29. člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register (uredba),¹⁰ je mogoče zato uporabiti v primeru likvidacije družbe, ki je začeta po prvi in drugi alineji prvega odstavka 402. člena ZGD-1.

Če organi družbe ne bi hoteli začeti postopka likvidacije po preteku časa, za katerega je bila družba ustanovljena, je mogoče začetek likvidacije zahtevati tudi s tožbo. Tožbo lahko proti družbi vloži vsak delničar. Tedaj mora sodišče pravnomočno odločiti o začetku postopka likvidacije in sodna odločba nadomesti voljo delničarjev za začetek postopka likvidacije. To pomeni, da mora predlagatelj, to je organ, ki je sprejel sklep o likvidaciji (tretji odstavek 405. člena ZGD-1), namesto sklepa skupščine predlogu po 1. točki prvega odstavka 29. člena uredbe priložiti pravnomočno sodbo (okrožnega) sodišča, s katero je bilo odločeno o začetku postopka likvidacije.

Družba, ki je bila ustanovljena za določen čas, lahko s sklepom o spremembi statuta nadaljuje poslovanje za nedoločen čas. O nadaljevanju poslovanja mora biti sprejet sklep v obliki spremembe statuta družbe. Če se družba odloči za spremembo poslovanja iz določenega v nedoločen čas, pa ni več mogoče uporabiti kot razlog za njeno prenehanje prve alineje prvega odstavka 402. člena ZGD-1, ki je izrecna podlaga le za prenehanje družbe, ki je ustanovljena za določen čas.

V drugi alineji prvega odstavka 402. člena ZGD-1 je določena možnost prenehanja družbe s sklepom skupščine, kar pomeni, da delničarji na skupščini določijo razloge za prenehanje družbe. Skupščina torej sama določi svoje prenehanje. Pri tem gre za uresničitev pravice družbe do prenehanja. Za razliko od prenehanja družbe po prvi alineji prvega odstavka 402. člena ZGD-1, kjer je družba pravico do prenehanja že določila v statutu, v drugi alineji družba pravico do prenehanja z likvidacijo uresničuje s sklepom, ki ga lahko sprejme kadarkoli. Če družba preneha z voljo delničarjev, mora skupščina delničarjev sprejeti sklep s posebno, kvalificirano, najmanj tričetrtinsko večino zastopanega osnovnega kapitala. Vendar pa lahko statut določi tudi višjo večino in druge pogoje. Statut lahko določi, da je sklep o prenehanju mogoče sprejeti samo s soglasjem vseh delničarjev ali pa da je za veljavnost sklepa o prenehanju potrebno soglasje določenega odstotka delničarjev, ki so imetniki neglasovalnih delnic.

¹⁰ Uradni list RS, št. 43/07, 5/10, 25/14, 54/15 in 1/18.

Sklep o prenehanju družbe po drugi alineji prvega odstavka 402. člena ZGD-1 sprejme izključno skupščina. Ni dovoljeno, da bi se delničarji odrekli tej pravici in jo s statutom prenesli na primer na poslovodstvo. Kot je bilo že poudarjeno, mora biti sklep o prenehanju družbe sprejet z najmanj tričetrtinsko večino zastopanega osnovnega kapitala. Prenehanje družbe je tako kot ustanovitev družbe v pristojnosti delničarjev oziroma skupščine delničarjev. Pooblastilo skupščini, da odloča o prenehanju družbe, je kogentna norma. To pomeni, da se odločanje o prenehanju družbe s statutom ne more prenesti na noben drug organ družbe.

Vsebina sklepa skupščine o prenehanju družbe je odločitev skupščine, da družba preneha in preide v fazo likvidacije. Iz vsebine sklepa mora biti razvidna volja treh četrtin zastopanih delničarjev (ali višja, če je tako določeno v statutu), da družba preneha delovati in obstajati kot pravna oseba. Zakon ne predpisuje natančne vsebine takšnega sklepa. Sklep mora biti sprejet v notarski obliki (prvi odstavek 304. člena ZGD-1).¹¹ Zapisnik skupščinskega sklepa je treba poslati tudi sodnemu registru (peti odstavek 304. člena ZGD-1).¹²

Sklep o prenehanju družbe in začetku likvidacije je enoten sklep in pomeni ugotovitev nastanka razloga za prenehanje in začetek postopka likvidacije. Skupščina sprejme sklep vedno, kadar gre za vzroke, ki se nanašajo na družbo ali ki jih ta lahko obvlada.

Če družba preneha z iztekom določenega časa, je v drugem odstavku 403. člena ZGD-1 določeno, da mora ta sklep skupščina sprejeti v tridesetih dneh po preteku v statutu določenega časa za prenehanje družbe. Sklep nima materialnopravne narave, ker je bil sklep o prenehanju dejansko sprejet s sprejemom statuta, v katerem je določba o delovanju družbe za določen čas.

2.1.2 Začetek postopka redne likvidacije

ZGD-1 v prvem odstavku 404. člena določa, da postopek likvidacije izvaja družba sama, kadar je družba tudi materialnopravno odločila, da preneha, bodisi tako, da je najprej v statutu opredelila delovanje družbe za določen čas, bodisi da je skupščina sprejela sklep o prenehanju družbe. V teh določbah se kaže samostojnost družbe in avtonomija delničarjev, da odločajo o prenehanju družbe kot o pravici, ki izhaja iz upravljavskih upravičenj delničarjev.

Vsebina sklepa o likvidaciji je določena v 405. členu ZGD-1 in vsebuje naslednje obvezne podatke:

(1) firmo in sedež družbe, (2) organ, ki je sprejel sklep, (3) razlog za prenehanje, (4) rok za prijavo terjatev upnikov in delničarjev, ki imajo delnice na prinosnika; rok ne sme biti krajši od 30 dni od objave sklepa, ter (5) ime, priimek in prebivališče ali firmo in sedež likvidacijskega upravitelja. Po pravni naravi je sklep o likvidaciji meritorni (vsebinski) sklep, s katerim skupščina družbe odloči o obstoječem pravnem razmerju, to je o začetku likvidacijskega postopka za dokončno prenehanje družbe.

¹¹ Več o postopku sprejemanja skupščinskega sklepa o prenehanju družbe glej: Ivanjko, nav. delo, str. 614.

¹² Bohinc, nav. delo, str. 324–325.

Po drugem odstavku 405. člena ZGD-1 sklep o likvidaciji lahko vsebuje tudi neobvezne podatke, na primer o posebnostih družbe v likvidaciji, o pravicah določenih upnikov, pravnem položaju določenega premoženja in podobno.

Zakon v tretjem odstavku 405. člena določa, da organ, ki je sprejel sklep o likvidaciji, ta sklep pošlje registrskemu organu, da vpiše začetek likvidacije v register. V postopku likvidacije je to skupščina družbe. Menim pa, da je oseba, ki mora oziroma je upravičena na podlagi zakona po 24. členu ZSReg predlagati vpis začetka likvidacije po 29. členu uredbe v sodni register, likvidacijski upravitelj, ki je že določen v sklepu o likvidaciji, ali pa notar po drugem odstavku 24. člena ZSReg.

2.1.3 Postopek likvidacije

Po prvem odstavku 406. člena ZGD-1 se po vpisu sklepa o likvidaciji oziroma dosledneje začetku likvidacije lahko opravi postopek likvidacije. Likvidacija je postopek, v katerem se opravijo vsa dejanja za prenehanje družbe. Likvidacija družbe še ne pomeni uničenja podjetja. V likvidacijskem postopku se namreč podjetje kot funkcionalno organizirano premoženje, ki ga je družba prvotno uporabljala za svoje pridobitne cilje, proda po delih ali v celoti.

Družba je kot nosilec podjetništva le pojavna oblika podjetja. Podjetje se lahko v postopku likvidacije izroči enemu od delničarjev. Terminološko sicer zakon ne loči družbe od podjetja, vendar pa v likvidacijskem postopku ni nujno, da se podjetje kot organizirano premoženje in gospodarska enota popolnoma uniči. Po 413. členu ZGD-1 je namreč likvidacijski upravitelj upravičen nadaljevati dejavnost s sklepanjem novih poslov, vendar le s soglasjem organa, ki je sprejel sklep o likvidaciji. Lahko se izkaže, da je začasno nadaljevanje dejavnosti koristno za delničarje, ker je zaradi razmer na trgu mogoče povečati premoženje družbe. Če družba nadaljuje dejavnost z obstoječimi posli, ni treba sprejemati nobenih sklepov. Če pa želi likvidacijski upravitelj sklepati nove posle, za njihovo pravno veljavnost potrebuje pozitiven sklep organa, ki je sprejel sklep o likvidaciji. V nasprotnem primeru je likvidacijski upravitelj za svoje ravnanje odškodninsko odgovoren po splošnih pravilih o odškodninski odgovornosti.

Temeljni pogoj za vodenje likvidacijskega postopka je zadostno premoženje družbe, ki mora zadoščati za poplačilo obveznosti družbe. Če likvidacijski upravitelj na podlagi prijavljenih terjatev ugotovi, da premoženje družbe ne zadošča za poplačilo vseh terjatev upnikov v celoti z zakonskimi obrestmi, mora v skladu s 414. členom ZGD-1 nemudoma ustaviti postopek likvidacije in vložiti predlog za začetek stečajnega postopka. V praksi likvidacijski upravitelj sprejme sklep o ustavitvi likvidacijskega postopka in hkrati vложи predlog za začetek stečajnega postopa po 232. členu Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP).¹³ Sklep o ustavitvi likvidacijskega postopka bi moral biti vpisan v registru po drugi alineji 12. točke 4. člena ZSReg v podatkovni sklop Razno po 37. členu Uredbe o sodnem registru (uredba SR).¹⁴

13 Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo, 10/15 – popr., 10/15 – popr., 27/16, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US, 63/16 – ZD-C in 30/18 – ZPPDID).

14 Uradni list RS, št. 49/07, 98/07, 13/08, 49/09, 54/15 in 1/18).

Obvezna oznaka v firmi družbe, in sicer takoj po vpisu začetka likvidacijskega postopka v register, je oznaka „v likvidaciji.“ Namen določbe 407. člena ZGD-1, ki določa obveznost označevanja firme družbe s pristavkom „v likvidaciji“, je jasno razlikovanje družbe, ki je v likvidacijskem postopku, od drugih družb, in sporočilo javnosti, da ima družba spremenjene cilje in da družbo vodijo drugi organi. To je potrebno zaradi varnosti pravnega prometa in spoštovanja načela resničnosti in stvarnosti firmskega prava.

Uporaba omenjenega dostavka naj bi udeležencem na trgu pokazala, da družba ne posluje pridobitno.

2.1.4 Likvidacijski upravitelj kot organ likvidacijskega postopka

Po določbi 408. člena ZGD-1 likvidacijo opravi likvidacijski upravitelj ali več likvidacijskih upraviteljev. Likvidacijski upravitelji so praviloma člani posloводства, če statut, skupščina ali sklep o likvidaciji ne določajo drugače. Na predlog nadzornega sveta, upravnega odbora ali delničarjev, ki predstavljajo eno dvajsetino osnovnega kapitala, iz utemeljenih razlogov likvidacijskega upravitelja imenuje sodišče. Za odločanje likvidacijskih upraviteljev se smiselno uporabljajo določbe tega zakona in statuta, ki veljajo za odločanje posloводства, če s sklepom o likvidaciji ni določeno drugače.

Likvidacijskega postopka ni mogoče izvesti brez imenovanja likvidacijskih upraviteljev. Imenovanje teh je sestavni del sklepa o prenehanju in začetku likvidacije. Obvezna sestavina sklepa o likvidaciji je: ime, priimek in prebivališče ali firma in sedež likvidacijskega upravitelja. Skupščina za likvidacijske upravitelje lahko imenuje vse člane dosedanjega posloводства ali le del članov. Načeloma naj se ne bi spreminjala identiteta članov posloводства, ki so še naprej odgovorni za vodenje družbe. Likvidacijski upravitelji morajo v okviru svojih pooblastil uresničevati cilj likvidacijskega postopka. Družba lahko že v statutu uredi imenovanje posloводства ali drugih oseb kot morebitnih likvidacijskih upraviteljev. Če likvidacijski upravitelji v statutu niso določeni, jih lahko s sklepom določi skupščina družbe.

Vpis sklepa o likvidaciji in imenovanju likvidacijskih upraviteljev v register je deklaratornega pomena. Ti prevzamejo svojo funkcijo na dan sprejetja sklepa o likvidaciji. Kot je bilo že poudarjeno, likvidacijski upravitelj predlaga vpis začetka likvidacije v register.

Tudi če so likvidacijski upravitelji že določeni s statutom, jih mora imenovati skupščina.

Vendar pa ni samo skupščina tista, ki lahko imenuje likvidacijskega upravitelja. Če del delničarjev, ki predstavlja dvajsetino osnovnega kapitala, nadzorni svet ali upravni odbor meni, da bi bil likvidacijski upravitelj, ki bi ga imenovala skupščina, škodljiv ali da obstajajo drugi utemeljeni razlogi (na primer pravno nedopustno ravnanje poslovodje, ki mu je mogoče očitati škodljivo vodenje poslov), lahko sodišču predlagajo, da v nepravdnem postopku po tretji alineji prvega odstavka 50. člena ZGD-1 imenuje likvidacijskega upravitelja. Omenjeno zakonsko določilo glede zastopanja kapitala za vložitev predloga je prisilne narave in ga s statutom ne bi bilo mogoče zmanjšati ali povečati.

Če bi bil likvidacijski upravitelj določen v nepravdnem postopku, bi moralo biti njegovo imenovanje sodno določeno pred sprejetjem sklepa o prenehanju, ker so ime, priimek in prebivališče (ali firma in sedež) likvidacijskega upravitelja sestavina sklepa o likvidaciji družbe.

Če je imenovanih več likvidacijskih upraviteljev, sprejemajo odločitve v postopku enako kot poslovodstvo. To pomeni, da ima vsak od njih en glas in odločitve sprejemajo soglasno, razen če statut ne določa drugega načina odločanja.

Po 409. členu ZGD-1 se za likvidacijskega upravitelja lahko določi tudi pravna oseba (likvidacijsko podjetje). Praviloma je izključna ali dodatna dejavnost pravnih oseb (osebnih ali kapitalskih družb) vodenje likvidacijskih postopkov. Podlaga za vodenje likvidacijskega postopka je podjetniška pogodba. V teoriji je zastopano stališče, da je kot likvidacijski upravitelj lahko določen tudi samostojni podjetnik. Podjetnik posameznik opravlja posle likvidacijskega upravitelja na podlagi podjetne pogodbe. To delo pomeni opravljanje gospodarske dejavnosti.¹⁵

Po 410. členu ZGD-1 mora likvidacijski upravitelj pisno izjaviti, da bo vestno in pošteno opravljal vse naloge v zvezi z likvidacijo. Delo likvidacijskega upravitelja je odgovorno in morebitne napake imajo lahko hude posledice za vse udeležence v postopku. Z zakonom ni predvidena notarska ali sodna overitev podpisa. Izjava je tudi pisno soglasje likvidacijskega upravitelja, da prevzema to funkcijo. Sicer izjava ni pogoj za vpis začetka likvidacije v register, vendar je največkrat priložena sklepu skupščine o likvidaciji družbe.

Po 411. členu ZGD-1 lahko organ, ki je imenoval likvidacijskega upravitelja, tega kadarkoli in brez obrazložitve razreši.

Pravica do razrešitve likvidacijskega upravitelja je v izključni pristojnosti tistega, ki ga je imenoval. Skupščina torej ne more razrešiti likvidacijskega upravitelja, ki ga je imenovalo sodišče, in obratno.

Organ, ki je imenoval likvidacijskega upravitelja, tega razreši s sklepom o razrešitvi. Tak sklep mora biti zapisniško ugotovljen in notarsko overjen. Z dnem sprejema skupščinskega sklepa likvidacijskemu upravitelju njegova funkcija preneha, če je bil navzoč na skupščini. V praksi je v istem sklepu razrešen dotedanji likvidacijski upravitelj in imenovan novi. Zakon ne pozna institucije vršilca dolžnosti likvidacijskega upravitelja. Tudi če je likvidacijski upravitelj imenovan za začasnega likvidacijskega upravitelja, je imenovan z vsemi pooblastili.

Vpis razrešitve likvidacijskega upravitelja v registru je deklaratornega pomena. Tako kot velja za poslovodstvo, je tudi likvidacijskega upravitelja mogoče razrešiti brez obrazložitve. Če je likvidacijski upravitelj imenovan za določen čas, je razrešen s potekom časa, za katerega je bil imenovan. Skupščina ne sprejme sklepa o njegovi razrešitvi. Pri začasnem imenovanju pa je likvidacijski upravitelj razrešen z imenovanjem novega. Ne bi pa bilo dopustno, če bi bila razrešitev likvidacijskega upravitelja neutemeljena in bi mu nastala škoda. V pogodbi o vodenju likvidacijskega postopka je zato treba določiti pravne posledice takšne razrešitve.

¹⁵ Ivanjko, prav tam, str. 633.

2.1.5 Pooblastila likvidacijskega upravitelja

Vodenje likvidacijskega postopka je podjetniška naloga. Zakonodajalec se je z nomotehničnega vidika odločil 412. člen ZGD-1 nasloviti pooblastila likvidacijskega upravitelja. Ta po vsebini pravzaprav določa vsa opravila, ki jih mora likvidacijski upravitelj opraviti za uspešno izvedbo likvidacijskega postopka.

2.1.5.1 Zastopanje in predstavljanje družbe

Vrsta pooblastil likvidacijskega upravitelja se prekriva s pooblastili posloводства družbe. Njegov položaj je delno primerljiv tudi s položajem stečajnega upravitelja, čeprav gre za drugačen način prenehanja družbe v likvidacijskem postopku.

Likvidacijski upravitelj zastopa in predstavlja družbo. Gre za originarno zakonsko pooblastilo na podlagi prve alineje 412. člena ZGD-1. Zastopanje in predstavljanje je neomejeno, če v statutu ali sklepu o likvidaciji ni določeno drugače. Likvidacijski upravitelj lahko prenese del svojih pooblastil na svoje pooblaščenca. Lahko imenuje tudi prokurista. Seveda likvidacijski upravitelj zastopa in predstavlja družbo tudi pred sodiščem in drugimi državnimi organi.

2.1.5.2 Sestava začetne likvidacijske bilance

Ena od začetnih nalog likvidacijskega upravitelja, ki je tudi podlaga za nadaljnje delo, je sestava začetne likvidacijske bilance. Ta naloga ima tudi javnopravne značilnosti, saj se z likvidacijsko bilanco ne varujejo samo interesi delničarjev in upnikov, temveč tudi javni interesi. Začetna likvidacijska bilanca mora izkazovati podatke o sredstvih in obveznosti do virov sredstev ob začetku likvidacije. Zakon pa ne določa, da bi se podatki iz začetne likvidacijske bilance objavljali ali dostavljali organizaciji, pooblaščenici za obdelovanje in objavljane podatkov, kakor velja za letna poročila po 58. členu ZGD-1.

Začetna likvidacijska bilanca mora pokazati, s kakšnim premoženjem razpolaga družba in kakšne obveznosti ima. Začetna likvidacijska bilanca naj bi pokazala realno vrednost premoženja, to je vrednost celotne aktive, vključno s tihimi rezervami. Bilanca je podlaga za likvidacijski načrt,¹⁶ ki ga zakon sicer ne predvideva, vendar ga likvidacijski upravitelj dejansko izdelujejo, da bi zagotovili uspešno in organizirano izvedbo likvidacije.

2.1.5.3 Končanje začetih poslov

Ena bistvenih nalog likvidacijskega upravitelja je končati začete posle. Začetek likvidacijskega postopka namreč ne vpliva na obstoječa pravna razmerja. To pomeni, da družba v likvidaciji nadaljuje delo, vendar le s ciljem, da se posli končajo. V zvezi z dokončanjem poslov lahko likvidacijski upravitelj sklepa tudi nova pravna razmerja. Pri izpolnjevanju vseh svojih dolžnosti mora likvidacijski upravitelj ravnati kot dober gospodarstvenik.

¹⁶ V sodni praksi je bilo obravnavano vprašanje, ali je finančni načrt izvršilni naslov. Sodišče je zavzelo stališče, da ni, več v sodbi VSK Cpg 203/2015 z dne 3. 9. 2015.

2.1.5.4 Poplačilo terjatev upnikom

Upniki morajo biti v likvidacijskem postopku v celoti poplačani. Likvidacijski upravitelj mora plačati terjatve upnikom takoj, ko dospejo v plačilo. Določene terjatve upnikov so morda tudi sporne. Zato likvidacijski upravitelj lahko v okviru svojih pooblastil toži, sklepa poravnave, da zavarovanje za določene terjatve upnikov.

2.1.5.5 Objava poziva upnikom, naj likvidacijskemu upravitelju prijavijo svoje terjatve v roku, ki ne sme biti krajši od 30 dni od dneva objave

Poziv upnikom, da prijavijo svoje terjatve v navedenem roku, ni del sklepa o likvidaciji, ki ga objavi sodišče prek AJPESA v skladu z 11. členom ZGD-1. Likvidacijski upravitelj mora prek AJPESA in običajno tudi v drugih elektronskih medijih objaviti poseben poziv upnikom, da mu v določenem roku prijavijo svoje terjatve. Likvidacijski upravitelj si mora namreč prizadevati, da na kar najboljši način seznani upnike s pozivom, da pravočasno prijavijo svoje terjatve. Terjatve se prijavljajo likvidacijskemu upravitelju, in ne družbi. Rok za prijavo terjatev upnikov teče od objave na AJPESU, na kar mora likvidacijski upravitelj opozoriti upnike, kadar poziv objavi tudi v drugih medijih. Zamuda roka sicer ne vpliva na prenehanje zahteve za poplačilo upnikove terjatve, vendar pa vpliva na morebitno odškodninsko odgovornost likvidacijskega upravitelja, kar bo pojasnjeno v nadaljevanju.

2.1.5.6 Izterjava terjatev družbe

Začetek likvidacijskega postopka ne vpliva na zapadlost terjatev, ki jih ima družba v likvidaciji do svojih dolžnikov. Pri izterjavi terjatev do dolžnikov likvidacijski upravitelj unovči vsa sredstva zavarovanja in izterja vse terjatve, ki imajo premoženjsko vrednost. Če ima družba terjatve do svojih delničarjev, jih mora likvidacijski upravitelj prav tako izterjati. Vendar pa likvidacijski upravitelj ne sme od delničarjev terjati dodatnih vplačil, razen če bi bilo to nujno zaradi izvedbe likvidacijskega postopka in je bil o tem skupščina sprejela ustrezen sklep.

2.1.5.7 Unovčenje likvidacijske mase, če je to potrebno za poplačilo upnikov

Zakon določa obveznost likvidacijskega upravitelja, da unovči toliko likvidacijske mase, kolikor je treba za poplačilo upnikov, če terjatve ne more poplačati na drug način. Glede načina unovčevanja likvidacijske mase lahko skupščina v sklepu določi način prodaje, lahko pa tudi pooblasti določen organ, ki daje navodila likvidacijskemu upravitelju ali da soglasje za določen način prodaje. Likvidacijski upravitelj lahko namreč uporabi vse načine prodaje, to je javne dražbe, zbiranje ponudb in sklepanje neposrednih pogodb, vse s ciljem doseči najvišjo možno ceno glede na tržne razmere.

Unovčevanje likvidacijske mase lahko poteka po delih ali se proda celotno premoženje družbe oziroma podjetje. Sredstva od unovčenja premoženja družbe v likvidaciji gredo v likvidacijsko maso, ki je namenjena za poplačilo upnikov in razdelitev med delničarje ter za plačilo stroškov likvidacijskega postopka.

2.1.5.8 Priprava predloga poročila o poteku likvidacijskega postopka in razdelitvi premoženja

Priprava predlogov poročila o poteku likvidacijskega postopka in razdelitve premoženja sta bistveni dejanji likvidacijskega upravitelja. Skupščina mora sprejeti predlog poročila likvidacijskega upravitelja in predlog za razdelitev premoženja. Sodišče, ki v registrskem postopku opravlja kontrolno vlogo in odloča o izbrisu družbe iz sodnega registra zaradi končane likvidacije po 30. členu uredbe, mora opraviti materialnopravni preizkus predloga za izbris po 4. točki prvega odstavka 34. člena ZSReg.

Poročilo o poteku likvidacijskega postopka je vsebinsko povezano s predlogom o razdelitvi premoženja. Poročilo vsebuje zlasti podatke o načinu dokončanja začetih poslov, vrsti in načinu poplčila terjatev upnikom, izterjavi terjatev družbe in načinu unovčenja likvidacijske mase ter sredstvih, ki so bila dosežena z unovčenjem.

V predlogu so podatki o vseh delničarjih po razredih ter o načinu razdelitve in višini vrednosti premoženja, ki pripada posameznemu delničarju.

Predlog za razdelitev premoženja pa je poseben akt, v katerem upravitelj na podlagi rezultatov svojega dela predlaga, kako bi dosegli temeljna cilja likvidacijskega postopka, ki sta poplačilo vseh upnikov in izbris subjekta vpisa iz sodnega registra. Predlog razdelitve premoženja pomeni, da so vsa pravna razmerja v družbi razrešena tako proti upnikom kakor tudi delavcem in družbi ter da obstajajo samo še razmerja med delničarji. Pri izdelavi predloga razdelitve premoženja mora likvidacijski upravitelj upoštevati vsa morebitna določila statuta in sklep skupščine o načinu razdelitve.

Predloga poročila o poteku likvidacijskega postopka in razdelitve premoženja sta sicer lahko formalno sestavljena v enem aktu, vendar gre vsebinsko za dve različni zadevi.

2.1.5.9 Predlog za izbris družbe iz registra

Izbris družbe iz registra se predlaga po dokončanju likvidacijskega postopka in prenehanju družbe. Določba devete alineje 412. člena ZGD-1 je povezana z drugim odstavkom 418. člena ZGD-1 in vsebino predloga za izbris družbe iz registra. V postopku vpisa zaključka likvidacije je treba uporabiti 30. člen uredbe. Pravno je vpis izbrisa družbe iz registra konstitutivnega pomena. Družba preneha kot pravna oseba šele z izbrisom družbe iz registra.

2.1.5.10 Druge naloge v zvezi z likvidacijo, določene v zakonu, statutu ali sklepu o likvidaciji družbe

Likvidacijski upravitelj mora o svojem delu sproti obveščati delničarje, zlasti pa nadzorni svet, če je ta oblikovan pri dvotirnem upravljanju delniške družbe. Nadzorni svet je namreč lahko določen za spremljanje dela likvidacijskega upravitelja in dajanje navodil.

Zlasti pa mora urediti vsa pravna razmerja z delavci v družbi oziroma glede prenehanja delovnega razmerja. Sklep o likvidaciji namreč ne pomeni samodejnega prenehanja delovnega razmerja.

2.1.6 Poročilo likvidacijskega upravitelja o poteku postopka in razdelitev premoženja

Po 415. členu ZGD-1 po plačilu dolgov družbe likvidacijski upravitelj pripravi poročilo o poteku likvidacije in predlog za razdelitev premoženja, če v sklepu o likvidaciji ni določeno drugače. Navedena določba je po svoji pravni naravi napotitvena. Oba akta, ki sta med seboj vsebinsko povezana, likvidacijski upravitelj pripravi za skupščino. Po prvem odstavku 416. člena ZGD-1 o predlogu poročila o poteku likvidacijskega postopka in predlogu za razdelitev premoženja sklepa organ, ki je sprejel sklep o likvidaciji, če v njem ni določeno drugače. To je praviloma skupščina.

2.1.6.1 Poročilo o poteku postopka

Namen poročila o poteku postopka (v nadaljevanju: poročilo) je seznaniti skupščino o pravno pomembnih dejstvih likvidacijskega postopka, kot sta višina vrednosti premoženja in višina terjatev upnikov. V poročilu likvidacijski upravitelj opiše vse, kar je opravil, ter navede težave in vprašanja, na katera je moral odgovoriti. Zlasti pa likvidacijski upravitelj v poročilu analizira stroške likvidacijskega postopka, med drugim kritje njegovih stroškov in plačilo akontacij njegove nagrade.

V poročilu opiše način izterjave terjatev družbe in plačilo terjatev upnikom, potek nadaljevanja dejavnosti in možnosti za razdelitev premoženja.

Poročilo ima sestavine letnega poročila, ki ga poda poslovodstvo ob koncu poslovnega leta. Poročilo pomeni razreševanje mandatnega razmerja med skupščino in likvidacijskim upraviteljem in je podlaga za razrešitev likvidacijskega upravitelja. S poročilom se razrešijo odnosi med družbo in likvidacijskim upraviteljem. Likvidacijski upravitelj je namreč odgovoren za strokovno in pošteno vodenje likvidacijskega postopka.

Poročilo o poteku likvidacijskega postopka je listina, ki jo je treba priložiti predlogu za vpis zaključka redne likvidacije in izbris iz registra (drugi odstavek 30. člena uredbe). V sodni praksi je bilo glede vsebine poročila oblikovano naslednje stališče:

„Poročilo o poteku likvidacijskega postopka pripravi likvidacijski upravitelj po poplačilu dolgov družbe (415. člen ZGD-1). Iz poročila pa je razvidno, da dolжник svojega dolga do upnika v likvidacijskem postopku še ni poplačal (ker nima več premoženja). Ali je izjavo likvidacijske upraviteljice, da je upniku predlagala prevzem obveznosti s strani zastavitelja, sodišče prve stopnje štelo kot relevantno za zaključek, da je upnik privolil v prevzem dolga (427. člen Obligacijskega zakonika, OZ),¹⁷ iz razlogov izpodbijanega sklepa ni razvidno. Sodišče prve stopnje pa bi glede navedb v poročilu o neplačanem dolgu do upnika moralo presoјati in o tem navesti razloge, ali predlagani način

¹⁷ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18.

poravnave upnikove terjatve izpolnjuje materialnopravne predpostavke, ki jih za izbris subjekta po zaključku prostovoljne likvidacije določa zakon (4. točka prvega odstavka 34. člena ZSReg).“¹⁸

Likvidacijski upravitelj mora razrešiti tudi vsa razmerja z upniki. Če iz vsebine poročila izhaja, da likvidacijski upravitelj vseh razmerij z upniki ni razrešil, ni podana pravna podlaga za izbris družbe iz registra. To pomeni, da družbe ni mogoče izbrisati iz sodnega registra. O tem je bilo v sodni praksi oblikovano naslednje stališče:

„V končnem poročilu o poteku likvidacijskega postopka in predlogu za razdelitev premoženja, september 2017 (A1) je v točki 1.2.3 (izterjave terjatev in poplačilo obveznosti subjekta vpisa) upravitelj navedel, da nezaključeni zadevi ostajata dve reklamaciji do dobavitelja S., d. o. o. (upnik), in sicer (1) prva reklamacija se nanaša na njihov račun št. 1720101001645 v vrednosti 44.760,79 EUR oziroma 54.608,16 EUR z DDV. Gre za plošče vrste jekla P600HT, dimenzija 9,5 x 2.000 x 5850MM, količina 27 komadov. Razlog za reklamacijo je pokanje plošč pri končnem uporabniku Ultimate iz UAE. (2) Druga reklamacija (št. reklamacije 049P-PROTAC 600) se nanaša na njihov račun št. 16201011017772 v vrednosti 1.557,60 EUR oziroma 1.900,27 EUR z DDV. Gre za en kos pločevine 9,5 x 1500 x 606.000 MM, vrste jekla P60DHT. Izterjava terjatev iz naslova reklamacij do tega trenutka ni bila mogoča, zaradi neodzivnosti dobavitelja S. Kljub urgenci se stvari niso premaknile iz mrtve točke.“¹⁹

2.1.6.2 Razdelitev premoženja

Prva faza razdelitve premoženja je sestava predloga za razdelitev premoženja, ki je rezultat postopkov, ki jih je likvidacijski upravitelj opravil in opisal v poročilu. Predlog za razdelitev premoženja je namenjen informaciji in odločitvi o razdelitvi preostalega premoženja med delničarje. Pravno ta predlog pomeni oblikovanje volje delničarjev, ki bistveno vpliva na razmerje med delničarji v družbi. Predlog za razdelitev premoženja zadeva posamezne delničarje. Ker določbe o obravnavanju predloga za razdelitev premoženja niso prisilne narave, lahko ta predlog obravnava tudi drug organ, ne nujno skupščina družbe, ampak na primer nadzorni svet družbe. Po prvem odstavku 417. člena ZGD-1 na podlagi sklepa o razdelitvi premoženja likvidacijski upravitelj razdeli premoženje v 30 dneh. Pri tem je zaradi varstva upnikov treba upoštevati določbo prvega odstavka 421. člena ZGD-1, da premoženja ni mogoče razdeliti med delničarje pred potekom šestih mesecev od zadnje objave po 405. členu tega zakona. Zakonski šestmesečni rok iz prvega odstavka 421. člena ZGD-1 ni v nasprotju s prvim odstavkom 417. člena ZGD-1, ki določa tridesetdnevni rok za razdelitev premoženja po sprejetju sklepa o razdelitvi. Tudi če bi bil likvidacijski postopek končan prej kot v šestih mesecih in bi tudi skupščina sprejela sklep o razdelitvi, pred potekom šestmesečnega roka od zadnje objave sklepa o likvidaciji premoženja ne bi bilo mogoče razdeliti med delničarje. Pri odločanju o predlogu za vpis zaključka redne likvidacije mora registrsko sodišče

¹⁸ VSL sklep IV Cpg 1309/2010 z dne 24. 11. 2010.

¹⁹ Sklep VSL IV Cpg 43/2018 z dne 31. 1. 2018.

v okviru materialnopravne presoje utemeljenosti predloga po 4. točki prvega odstavka 34. člena ZSReg paziti na pravilno uporabo navedenih materialnopravnih določb ZGD-1.

Po prvem odstavku 418. člena ZGD-1 se po poplačilu vseh obveznosti družbe, kamor spada tudi nagrada likvidacijskemu upravitelju po 423. členu ZGD-1, preostalo premoženje razdeli med delničarje sorazmerno z njihovimi deleži. Še nevplačane deleže je treba pred razdelitvijo vplačati v skladu s statutom.

Po drugem odstavku 418. člena ZGD-1 po končani razdelitvi likvidacijski upravitelj izroči registrskemu organu na skupščini sprejeto poročilo o poteku likvidacijskega postopka in sklep skupščine o razdelitvi premoženja, izjavi, da je vse premoženje razdeljeno v skladu s sklepom o razdelitvi, in predlaga izbris družbe iz registra.

Razdelitev premoženja med delničarje je dejanje v zadnji fazi likvidacijskega postopka. Premoženje družbe se razdeli med delničarje praviloma v denarju. Da lahko likvidacijski upravitelj začne postopek razdelitve premoženja med delničarje, morajo torej biti po materialnem pravu izpolnjeni štirje pogoji: (1) poplačane morajo biti vse obveznosti družbe oziroma je likvidacijski upravitelj zagotovil ustrezno zavarovanje za poplačilo terjatev, ki še niso dospele, in znanih terjatev, ki jih upnik ni prijavil; (2) sprejet mora biti sklep o razdelitvi premoženja, zoper katerega ni vložena izpodbijna tožba, če je sklep sprejela skupščina; (3) delničarji so vplačali morebitne nevplačane deleže v likvidacijsko maso in (4) je poteklo najmanj šest mesecev od objave sklepa o likvidaciji in poziva upnikom, da prijavijo terjatve, in delničarjem, ki imajo delnice na prinosnika, da se prijavijo.

Registrsko sodišče pri odločanju o predlogu za vpis zaključka redne likvidacije po materialnem pravu preizkusi, ali so izpolnjeni materialnopravni pogoji, ki jih za vpis zaključka redne likvidacije po 30. členu uredbe določa drugi odstavek 418. člena ZGD-1. Zato mora likvidacijski upravitelj izvesti vsa opravila pred vložitvijo predloga za izbris družbe iz registra. Po izbrisu družbe iz registra namreč po prvem odstavku 419. člena ZGD-1 ni mogoče izpodbijati dejanj likvidacijskega upravitelja, lahko pa se od njega zahteva povrnitev škode. Zakon zagotavlja pravno varnost vseh pravic in obveznosti ter dokončnost vseh dejanj, ki so bila opravljena do izbrisa družbe iz registra.

V drugem odstavku 418. člena ZGD-1 je določeno, da po končani razdelitvi likvidacijski upravitelj „izroči registrskemu organu“ na skupščini sprejeto poročilo o poteku likvidacijskega postopka in sklep skupščine o razdelitvi premoženja, izjavi, da je vse premoženje razdeljeno v skladu s sklepom o razdelitvi, in predlaga izbris družbe iz registra.

Besedilo „izroči registrskemu organu,“ ki nomotehnično ni dosledno, je treba razumeti kot obveznost likvidacijskega upravitelja, da vloži predlog za izbris družbe v likvidaciji iz registra tako, kakor je določeno v drugem odstavku 30. člena uredbe. Priloge predloga za vpis zaključka redne likvidacije so: (1) na skupščini sprejeto poročilo o poteku likvidacijskega postopka, (2) sklep skupščine o razdelitvi premoženja, (3) izjava likvidacijskega upravitelja, da je premoženje razdeljeno v skladu s sklepom skupščine.

Pri delničarjih, ki so imetniki imenskih delnic in so vpisani v delniško knjigo, likvidacijski upravitelj preveri stanje na dan pravnomočnosti sklepa o razdelitvi. Delitev premoženja med delničarje na prinosnika je povezano z izročitvijo delnice na prinosnika likvidacijskemu upravitelju. Lastne delnice v razdelitvi premoženja ne sodelujejo.²⁰

V register se mora po 2. točki prvega odstavka 30. člena uredbe vpisati tudi podatke o tem, pri kom se hranijo poslovne knjige, knjigovodska dokumentacija in dokumentacija o likvidacijskem postopku. Pravna podlaga je določena v 424. členu ZGD-1 in je zadnje dejanje likvidacijskega upravitelja v zvezi z likvidacijskim postopkom.

2.1.7 Odškodninska odgovornost likvidacijskega upravitelja

Po drugem odstavku 419. člena ZGD-1 je likvidacijski upravitelj odgovoren za škodo, ki jo je med likvidacijskim postopkom povzročil upniku, do vrednosti petkratnega plačila, ki ga je prejel za svoje delo. Če to ne zadošča za poplačilo škode, so solidarno odgovorni vsi delničarji do višine izplačanih deležev iz likvidacijske mase. Ne šteje se za škodo, če upnik ni dobil poplačila svoje terjatve zato, ker je ni pravočasno prijavil, likvidacijskemu upravitelju pa ni bila niti ni mogla biti znana. V navedenem drugem odstavku 419. člena ZGD-1 je določena odškodninska odgovornost likvidacijskega upravitelja za škodo, ki jo povzroči kot organ družbe.²¹ V tretjem odstavku 419. člena ZGD-1 so določbe o odškodninski odgovornosti likvidacijskega upravitelja do delničarjev. Ta določa, da se določbe prejšnjega (to je drugega) odstavka ne uporabljajo za škodo, ki jo je likvidacijski upravitelj povzročil delničarjem. Za tako škodo je odgovoren likvidacijski upravitelj po splošnih pravilih o odškodninski odgovornosti. V okviru mandatnega razmerja z družbo, ki ga ima upravitelj z izdajo sklepa skupščine o njegovem imenovanju za likvidacijskega upravitelja, mora paziti na interese delničarjev (prvi odstavek 768. člena OZ).

Stroge zakonske določbe o odškodninski odgovornosti likvidacijskega upravitelja so delno omiljene s kratkimi zastaralnimi roki za uveljavitev škode. Po četrtem odstavku 419. člena ZGD-1 namreč odškodninska terjatev proti likvidacijskemu upravitelju zastara v enem letu od dneva izbrisa družbe iz registra.

2.1.8 Varstvo upnikov

V določbi drugega odstavka 421. člena ZGD-1 je urejen položaj, ko mora likvidacijski upravitelj zagotoviti ustrezno zavarovanje za poplačilo terjatev, ki še niso dospele, in znanih terjatev, ki jih upnik ni prijavil.

Treba je poudariti, da ne gre za sporne terjatve, ampak tiste, katerih temelj in višina nista sporna. Za plačilo teh terjatev pa ni izpolnjen le materialno pravni pogoj, tj. zapadlost terjatve ali prijava znanih terjatev. Ustreznega zavarovanja pa ni treba dati za neznane terjatve, če jih upnik ni prijavil ali pa jih je prijavil po izteku roka za prijavo terjatev.

²⁰ Več glej: Ivanjko, prav tam, str. 651.

²¹ Več o odškodninski odgovornosti likvidacijskega upravitelja do upnikov glej Ivanjko, prav tam, str. 655.

Likvidacijskemu upravitelju tudi ni treba dati zavarovanja za sporne terjatve. Vendar mora biti iz vsebine končnega poročila o poteku likvidacijskega postopka jasno, da je upravitelj razrešil vsa sporna razmerja z upnikom.²²

2.1.9 Nadaljevanje družbe

V sodni praksi nadaljevanja družbe po sprejetju sklepa o likvidaciji nisem našla. Zato je le na kratko obravnavana možnost nadaljevanja družbe.

Po prvem odstavku 422. člena ZGD-1 velja, da lahko skupščina v primeru, če je bil sprejet sklep o likvidaciji iz razlogov iz prve ali druge alineje prvega odstavka 402. člena tega zakona, pred začetkom delitve premoženja med delničarje z najmanj tričetrtinsko večino zastopanega osnovnega kapitala odloči, da družba deluje dalje. Po drugem odstavku 422. člena ZGD-1 mora likvidacijski upravitelj v takšnem primeru predlagati registru izbris vpisa začetka likvidacije in predlogu priložiti sklep skupščine.

Od dneva sprejetja sklepa o likvidaciji do izdelave in sprejetja predloga za razdelitev premoženja se lahko bistveno spremenijo okoliščine, zaradi katerih je prišlo do likvidacije družbe. Zato zakon omogoča, da skupščina družbe pred delitvijo premoženja med delničarje sprejme sklep o nadaljevanju družbe.

V 31. členu uredbe je določeno, da je treba s predlogom za izbris vpisa začetka likvidacije (drugi odstavek 422. člena ZGD-1) zahtevati, da se v sodni register vpiše:

(1) sklep skupščine o nadaljevanju družbe, (2) sprememba firme družbe zaradi izbrisa vpisa začetka redne likvidacije, (3) sprememba vrste zastopnika (likvidator ali likvidacijski upravitelj) in morebitna sprememba oseb, pooblaščenih za zastopanje. Predlogu za izbris vpisa začetka likvidacije je treba priložiti sklep skupščine o nadaljevanju družbe.

2.2 Smiselna uporaba določb ZGD-1 o likvidaciji delniške družbe za druge oblike gospodarskih družb in GIZ

Postopek prenehanja družbe z omejeno odgovornostjo je skoraj enak kot pri delniški družbi. Zato se po 522. členu ZGD-1 za postopek likvidacije smiselno uporabljajo določbe tega zakona o delniški družbi. Pri smiselni uporabi določb zakona je treba biti še zlasti previden. Pri smiselni uporabi določb, ki veljajo za eno obliko družbe, v konkretnem primeru za likvidacijo delniške družbe, ki jih je treba uporabiti za drugo obliko družbe, je treba vedno upoštevati značilnosti posamezne oblike družbe.

V nadaljevanju na kratko povzemam določbe 521. člena ZGD-1, ki določajo razloge za prenehanje družbe z omejeno odgovornostjo po postopku likvidacije.

²² V sklepu VSL IV Cpg 43/2018 z dne 31. 1. 2018 je sodišče druge stopnje v zvezi z ravnanjem upravitelja v položaju, ko ni mogel razrešiti spornega razmerja s svojim upnikom, zavzelo naslednje stališče: „Upravitelj ni dolžan zagotoviti ustreznega zavarovanja za sporne terjatve. Ker ne more prisiliti upnika, da vloži tožbo, lahko upravitelj vloži ugotovitveno tožbo z zahtevkom, naj sodišče ugotovi, da določena terjatev ne obstaja“.

Enako velja tudi za smiselno uporabo določb o delniški družbi za likvidacijo družbe z neomejeno odgovornostjo kot osebno družbo po drugem odstavku 118. člena ZGD-1. Vendar je treba poudariti, da so za družbo z neomejeno odgovornostjo razlogi za njeno prenehanje po 105. členu ZGD-1 in postopek likvidacije izčrpano urejeni v 5. oddelku od 118. do 132. člena ZGD-1.

Za prenehanje in likvidacijo gospodarskega interesnega združenja se prav tako po tretjem odstavku 576. člena ZGD-1 smiselno uporabljajo določbe o delniški družbi.

2.2.1 Redna likvidacija družbe z omejeno odgovornostjo

Po prvi in drugi alineji prvega odstavka 521. člena ZGD-1 družba preneha: (1) ko preteče čas, za katerega je ustanovljena, (2) če tako sklenejo družbeniki z vsaj tričetrtinsko večino glasov vseh družbenikov; družbena pogodba lahko določi višjo večino.

Po stališču teorije je likvidacijo treba primarno razumeti kot vrsto postopka, ki se izvede tedaj, kadar člane pravne osebe k sprejemu odločitve o prenehanju vodi interes razvezati družbeno razmerje z namenom poseči po premoženju, ki je do nastopa razloga za prenehanje pravno pripadlo pravni osebi, in na ta način pridobiti (stvarne) pravice na dotlej njej pripadajočem premoženju. Ker pa se v pravni osebi ne prepletajo le interesi njenih članov, ampak tudi interesi tretjih, smejo po tem premoženju kot celoti poseči in si ga razdeliti le pod pogojem, da pred tem pravno osebo „razpustijo“ in na ta način ustvarijo pogoje za razdelitev premoženja. Pri tem pa je bistveno, da morajo biti še pred tem, ko člani pravne osebe karkoli prejmejo iz naslova udeležbe pri delitvi likvidacijskega izkupička, v celoti uresničeni interesi upnikov oziroma oseb, ki nimajo statusa osebne strukture pravne osebe. Interes upnikov pravo varuje predvsem z določbami pravil o likvidaciji, po katerih morajo biti terjatve upnikov v celoti poplačane oziroma mora biti zanje zagotovljeno ustrezno zavarovanje (smiselna uporaba drugega odstavka 421. člena ZGD-1).²³

Posebnosti, na katere bi bilo treba opozoriti pri likvidaciji družbe z omejeno odgovornostjo v primerjavi z likvidacijo delniške družbe, nisem našla.

Po 50. členu uredbe se za predloge vpisov pri redni (prostovoljni) likvidaciji družbe z omejeno odgovornostjo smiselno uporabljajo določbe Uredbe o delniški družbi, to je 29. do 32. člen uredbe.

2.2.2 Redna likvidacija družbe z neomejeno odgovornostjo

Likvidacija družbe se po prvem odstavku 118. člena ZGD-1 opravi v vseh primerih iz 105. člena tega zakona, razen v primeru iz tretje alineje, tj. ko so podani razlogi za stečaj družbe. Razlogi za prenehanje družbe z likvidacijo, določeni v 105. členu ZGD-1, so:

1. potek časa, za katerega je bila ustanovljena;
2. sklep družbenikov;

²³ Prelič, nav. delo, str. 500–501.

3. smrt ali prenehanje družbenika, če družbena pogodba ne določa drugače;
4. odpoved;
5. sodna odločba;
6. zmanjšanje števila družbenikov pod dva, razen v primeru iz 115. člena tega zakona;
7. drugi razlogi v skladu z zakonom.

Pri likvidaciji te družbe je glede na osebno jamstvo družbenikov treba poudariti močno izraženo osebno naravo.

Imenovanje likvidacijskih upraviteljev je določeno v 119. členu ZGD-1. Likvidatorji so praviloma vsi družbeniki, ki nastopijo namesto prejšnjih poslovodij in zastopnikov. Tudi če so posle družbe vodili samo nekateri družbeniki, kot likvidatorji nastopijo praviloma vsi družbeniki. V primeru smrti družbenika kot likvidatorji nastopijo njegovi dediči. Družbeniki pa lahko za likvidatorje sporazumno imenujejo druge osebe, ki niso družbeniki, ali pa jih določi sodišče.

Likvidacijske upravitelje lahko po prvem odstavku 120. člena ZGD-1 družbeniki odpokličejo, po drugem odstavku 120. člena ZGD-1 jih lahko odpokliče sodišče, in sicer samo tiste, ki jih je samo imenovalo.

Naloga likvidacijskega upravitelja se ne razlikuje od naloge likvidacijskega upravitelja pri likvidaciji delniške družbe. Ker naloge likvidacijskega upravitelja praviloma opravljajo vsi družbeniki, za sklepanje novih poslov zaradi dokončanja nedokončanih poslov ne potrebujejo sklepa posebnega organa, ker so organ že oni sami.

Likvidatorji lahko načeloma poslujejo le skupno. Če naj posamezni likvidatorji nastopajo drugače, je treba to posebno pooblastilo likvidatorja vpisati v registru. Ne glede na to pa morajo biti imena vseh likvidatorjev vpisana v registru.

Po 125. členu ZGD-1 so omejitve pooblastil likvidacijskim upraviteljem proti tretjim osebam brez pravnega učinka. Za razliko od likvidacijskega upravitelja v delniški družbi likvidacijski upravitelj družbe z neomejeno odgovornostjo ne sme podeliti nove prokure, prejšnje prokure pa ugasnejo.

Po 126. členu ZGD-1 so likvidacijski upravitelji vezani na navodila, ki so jih glede vodenja poslov udeleženci soglasno sprejeli. To velja torej v primeru, ko vsi družbeniki niso likvidacijski upravitelji.

Glede firme in sestave likvidacijskega obračuna so posebne določbe v 127. in 128. členu ZGD-1.

Razdelitev premoženja med družbenike je zaradi posebnosti te oblike družbe urejena v 129. členu ZGD-1. Zakon razlikuje med aktivnim in pasivnim premoženjem. Po drugem odstavku 129. člena ZGD-1 se denar, ki med likvidacijo ni potreben, začasno razdeli, pri čemer je treba za pokritje še nedospelih ali spornih obveznosti kakor tudi za zavarovanje zneskov, ki pripadajo družbenikom ob končni razdelitvi, potrebni znesek zadržati. Med likvidacijo se ne uporabljajo določbe prvega odstavka

96. člena tega zakona, ki določa, da sme vsak družbenik v lastno breme dvigniti denar iz blagajne družbe do zneska 5 % svojega, v preteklem poslovnem letu ugotovljenega kapitalskega deleža in da lahko zahteva, razen če bi bilo to očitno v škodo družbe, tudi izplačilo svojega deleža pri dobičku v preteklem poslovnem letu, ki presega navedeni znesek.

V navedeni obliki družbe je po 130. členu ZGD-1 urejen tudi poračun med družbeniki.

Če je premoženje družbe pasivno in ne zadošča za poplačilo družbenih obveznosti, ga morajo vsi družbeniki dopolniti do izravnave pasiv po razmerju, v katerem po pogodbi ali zakonu delijo izgubo. Če posamezni družbeniki tega ne zmorejo, morajo to storiti drugi družbeniki po svojih medsebojnih razmerjih.

Tudi v času likvidacije obstajata dve vrsti razmerij. To so razmerja, ki se nanašajo na družbenike, ter pravna razmerja družbenikov do tretjih oseb. Katere določbe o družbi z neomejeno odgovornostjo je treba uporabiti za razmerja med družbeniki in do tretjih oseb, je določeno v 131. členu ZGD-1.²⁴

Ureditev prijave izbrisa in hranjenje poslovnih knjig družbe iz sodnega registra je podobna kot pri izbrisu delniške družbe. Tudi za predlog za vpis v zvezi z redno (prostovoljno) likvidacijo se po 58. členu uredbe smiselno uporabljajo določbe uredbe, ki veljajo za delniško družbo, tj. od 29. do 32. člena.

2.2.3 Redna likvidacija (evropskega) gospodarskega interesnega združenja (GIZ) in (EGIZ)

Poleg klasičnih razlogov prenehanja GIZ 575. in 576. člen ZGD-1 urejata tudi prenehanje zaradi prenehanja enega od članov združenja. Pri GIZ se domneva, da ob smrti ali prenehanju enega od članov združenja združenje obstaja še naprej. Člani združenja pa se v pogodbi lahko dogovorijo, da združenje v primeru prenehanja enega člana združenja preneha.

Drugače kakor glede prenehanja GIZ za člana evropskega združenja velja, da mu po drugem odstavku 578. člena ZGD-1 samodejno preneha članstvo v združenju z dnem začetka likvidacije. Pod pogoji in s smiselno uporabo 575. člena ZGD-1 lahko pride tudi do prenehanja EGIZ.

3 REDNA LIKVIDACIJA DRUGIH PRAVNIH OSEB (ZAVODI, ZADRUGE, JAVNE AGENCIJE, SOCIALNA PODJETJA)

3.1 Zavod, zadruga, javna agencija

Na dileme o tem, ali je za druge pravne osebe mogoče izvesti postopek likvidacije, je bilo že opozorjeno.²⁵ Avtorica se je spraševala, ali je zaradi odsotnosti določb

²⁴ 131. člen ZGD-1 glede razmerij med družbeniki napotuje na uporabo 2. oddelka poglavja o družbi z neomejeno odgovornostjo, glede razmerij s tretjimi osebami pa na določbo 3. oddelka istega poglavja.

²⁵ Novak Krajšek, nav. delo, str. 238.

matičnih zakonov o zadrugah, zavodih in javnih agencijah o tem, kdo in po kakšnem postopku izvede njihovo likvidacijo, sploh mogoča njihova redna likvidacija. Ali pa se morda zanje lahko izvede le sodna likvidacija? Ne le, da že ime „prisilna likvidacija“ nakazuje, da ne gre za prenehanje zaradi prostovoljne odločitve pristojnega organa pravne osebe, tudi 419. člen ZFPPIPP izrecno določa, da se pravila prisilne likvidacije uporabljajo le tedaj, kadar zakon določa, da likvidacijo izvede sodišče. Nobeden od matičnih zakonov, ki urejajo organizacijo in delovanje zadrug, zavodov in javnih agencij, pa ne določa, da likvidacijo izvede sodišče. ZZ in Zakon o javnih agencijah (ZJA)²⁶ določata le, da se likvidacija opravi v skladu z zakonom, medtem ko Zakon o zadrugah (ZZad)²⁷ glede postopka izvedbe likvidacije sploh nima nobene določbe. Kot že rečeno, pa sta zakona, ki urejata likvidacijo, dva: ZGD-1, ki ureja avtonomno oziroma redno likvidacijo, in ZFPPIPP, ki ureja sodno oziroma prisilno likvidacijo.²⁸

Vendar pa lahko ugotovimo, da je namen redne in prisilne likvidacije dejansko enak, tj. poplačilo vseh obveznosti pravne osebe, torej upnikov, razdelitev ostanka premoženja članom pravne osebe in izbris pravne osebe iz sodnega registra. Poleg tega se po izrecni določbi 1. točke 421. člena ZFPPIPP večina določb ZGD-1 o likvidaciji smiselno uporablja tudi za prisilno likvidacijo.

Starejša sodna praksa je bila odklonilna do smiselne uporabe določb o likvidaciji za zavode po ZGD-1.²⁹

Zavzeto je bilo namreč naslednje stališče:

„Po mnenju pritožbenega sodišča ZZ v XIII. poglavju, kjer je urejeno prenehanje zavoda, ne predvideva postopka prostovoljne (redne ali skrajšane oblike) likvidacije zavoda v skladu z določbami ZGD-1, kot to pravno zmotno razločuje pritožnik. ZZ namreč ni določil, da lahko zavod kot pravna oseba sam izvede postopek (prostovoljne) likvidacije, niti ni določil pravil oz. pogojev za izvedbo takšnega postopka. Ker omenjeni zakonski predpis ni določil, kdo izvede likvidacijo zavoda, jo mora izvesti sodišče po določbah ZPPSL.,“

Na argument v prid novejše sodne prakse je bilo že opozorjeno, in sicer zato,³⁰ ker se je po tretjem odstavku 1. člena Zakona o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (ZPPSL)³¹ sodni postopek prisilne likvidacije vedno opravil, kadar je zakon določal izvedbo likvidacije v skladu z zakonom, pa pri tem ni določil, kdo postopek izvede. Take določbe veljavni ZFPPIPP nima, pač pa v 419. členu določa, da se prisilna likvidacija izvede le tedaj, ko zakon določa, da jo izvede sodišče. Tega pa, kot že rečeno, ne določa nobeden od matičnih zakonov, ki urejajo zadruge, zavode in javne agencije.

26 Uradni list RS, št. 52/02, 51/04 – EZ-A in 33/11 – ZEKom-C.

27 Uradni list RS, št. 97/09 – uradno prečiščeno besedilo.

28 O primerjavi določb postopka redne likvidacije po ZGD-1 in sodne likvidacije po ZFPPIPP glej Novak Krajšek, prav tam, stran 240.

29 VSL Sklep Cpg 227/2007 z dne 20. 9. 2007.

30 Novak Krajšek, prav tam, str. 241.

31 Uradni list RS, št. 67/93, 45/94 – UZITUL-A, 74/94 – odl. US, 8/96 – odl. US, 25/97 – ZJSRS, 39/97, 1/99 – ZNIDC, 52/99, 101/01 – odl. US, 42/02 – ZDR, 58/03 – ZZK-1, 10/06 – odl. US in 126/07 – ZFPPIPP.

Novejša sodna praksa likvidacijo zavoda dopušča na podlagi smiselne uporabe določb ZGD-1 o prostovoljni likvidaciji.³²

Pri obravnavanju vprašanja načina prenehanja zavoda iz sodnega registra, kjer registrsko sodišče ni dovolilo izbrisa zavoda le na podlagi njegovega prenehanja brez izvedenega postopka likvidacije, je bilo glede možne izpeljave postopka likvidacije zavoda zavzeto naslednje stališče:

„Zakon o zavodih, kot edini način prenehanja zavoda na podlagi sklepa ustanoviteljev o prenehanju zavoda, predvideva prenehanje po opravljenem postopku likvidacije zavoda. Ker Zakon o zavodih v takšnem primeru ne predvideva izbrisa zavoda iz sodnega registra brez likvidacije, predlogu predlagatelja, da se ga izbriše iz sodnega registra na podlagi predloženega sklepa ustanoviteljev, ne da bi se izvajal kakršenkoli postopek likvidacije, ni mogoče slediti.“

3.2 Socialno podjetje

Status socialnega podjetja je opredeljen v 8. točki drugega člena Zakona o socialnem podjetništvu (ZSocP).³³ Socialno podjetje je nepridobitna pravna oseba, ki pridobi status socialnega podjetja in je lahko društvo, zavod, ustanova, gospodarska družba, zadruga, evropska zadruga ali druga pravna oseba zasebnega prava, ki ni ustanovljena izključno z namenom pridobivanja dobička, ter premoženja ne deli, prav tako ne deli ustvarjenega presežka prihodkov nad odhodki.

V 28. členu ZSocP je omenjena likvidacija socialnega podjetja, in sicer se ne glede na določbe drugih zakonov po končanem postopku likvidacije socialnega podjetja premoženje, ki je ostalo po poplačilu upnikov in vrnitvi morebitnih prostovoljnih in obveznih deležev, lahko prenese le na drugo socialno podjetje, nepridobitno pravno osebo ali občino.

Iz te določbe izhaja, da je zakon predvidel možnost likvidacije, pri čemer ni povsem jasno, ali gre za prostovoljno ali prisilno likvidacijo. Postopek likvidacije se določi glede na osnovne statusne organiziranosti socialnega podjetja, ki so navedene v 8. točki 2. člena ZSocP. Zato je treba vedno kot materialnopravno podlago za odločitev o tem, ali je mogoče izpeljati postopek redne likvidacije, uporabiti določbe matičnega zakona, po katerem je organizirano socialno podjetje. Če je po teh matičnih določbah mogoče tudi s smiselno uporabo določb ZGD-1 o redni likvidaciji izpeljati postopek redne likvidacije, ga je mogoče izpeljati tudi za socialno podjetje, pri čemer je treba upoštevati posebno določbo 28. člena ZSocP.

³² VSL Sklep IV Cpg 1616/2015 z dne 27. 1. 2016.

³³ Uradni list RS, št. 20/11, 90/14 – ZDU-11 in 13/18.

4 SKLEP

Postopek redne (prostovoljne) likvidacije je za delniško družbo podrobno določen v ZGD-1. Smiselno je mogoče te določbe uporabljati tudi za druge oblike gospodarskih družb in (evropsko) gospodarsko interesno združenje. Pri smiselni uporabi teh določb je treba upoštevati pomen in bistvene značilnosti vsake od njih v tistih delih, kjer se razlikujejo od delniške družbe.

Za druge pravne osebe in smiselno uporabo določb o redni likvidaciji delniških družb, na katero napotuje tudi uredba, pa je treba prav tako upoštevati njihove statusne značilnosti, bistvo in način njihovega delovanja.

Če je le mogoče priti do pozitivnega odgovora glede dileme o možni redni likvidaciji tudi drugih oblik pravnih oseb, bi bilo treba, kadar je to mogoče, izpeljati postopek redne likvidacije in se izogniti postopku pred sodiščem s prisilno likvidacijo po ZFPPIPP.

Vsem dilemam o smiselni uporabi postopka redne likvidacije bi se lahko izognili z določbami v matičnih zakonih, kjer bi bila ta vrsta prenehanja v zakonu izrecno predvidena in bi bile upoštevane tudi vse posebnosti njihovih pojavnih oblik.

VIRI IN LITERATURA:

- Bohinc, Rado. V: Veliki komentar zakona o gospodarskih družbah, 2., dopolnjena izdaja z novelami ZGD-1A do ZGD-1H, 2. knjiga, Ljubljana, IUS SOFTWARE GV Založba, red. Marijan Kocbek, str. 324–325.
- Ivanjko, Šime. V: Veliki komentar zakona o gospodarskih družbah, 2., dopolnjena izdaja z novelami ZGD-1A do ZGD-1H, 2. knjiga, Ljubljana, IUS SOFTWARE GV Založba, red. Marijan Kocbek, str. 614.
- Novak Krajšek, Darja. Postopek in pravne posledice prenehanja pravnih oseb z likvidacijo in brez likvidacije, Podjetje in delo, št. 2, leto 2011, str. 238–246.
- Novak Krajšek, Darja. Statusne lastnosti in posebnosti pravnih oseb iz ZISDU-3, ZUAIS in ZKUASP, str. 1–25., še neobjavljeno, predstavljeno na Registrski šoli, 23.–25. 5. 2018
- Prelič, Saša., Zabel, Bojan., Ivanjko, Šime., Podgorelec, Peter., Kobal, Aleš. Družba z omejeno odgovornostjo, Ljubljana, GV založba, 2009, str. 500–501.

STATUSNA PREOBLIKOVANJA GOSPODARSKIH DRUŽB TER PRENOS IN STATUSNO PREOBLIKOVANJE S. P.

dr. Jerneja PROSTOR
univ. diplomirana pravnica
asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru

1 UVOD

V prispevku bo najprej nekaj pozornosti namenjeno splošnemu prikazu ureditve statusnih preoblikovanj v Republiki Sloveniji, pa tudi ureditvi na ravni EU. Širši pogled na problematiko in načela posameznega pravnega področja¹ ter upoštevanje funkcionalne ekvivalence² so lahko namreč v veliko pomoč pri iskanju odgovorov na posamezna podrobna pravna vprašanja, ki se zastavljajo v poslovni in sodni praksi, pa odgovori nanje v zakonu niso opredeljeni. Glede na cilj tega prispevka, tj. podrobnejšo obravnavo statusnega preoblikovanja samostojnega podjetnika, bodo med statusnimi preoblikovanji natančneje obravnavana materialna statusna preoblikovanja. Samostojni podjetnik se namreč pojmovno ne more formalno statusno preoblikovati. Kot fizična oseba se lahko podjetniško udejestuje samo v edini za to predvideni pravni obliki, tj. kot samostojni podjetnik, in ne more postati gospodarska družba, ki je pravna oseba.³

Premoženje fizične osebe, ki opravlja pridobitno dejavnost kot samostojni podjetnik, s pravnega vidika tvori enovito celoto. Praktično sicer lahko ločujemo med podjetnikovim zasebnim premoženjem in premoženjem, ki je podjetniško vpeto, vendar je ne glede na sfero, v kateri je podjetnik prevzel obveznost (podjetniška ali zasebna sfera), za njeno izpolnitev odgovoren z vsem svojim premoženjem. Podjetniško organizirano premoženje (podjetje) torej ni na razpolago samo upnikom podjetja, temveč vsem upnikom te fizične osebe. Podjetnik pa lahko svoje podjetniško premoženje natančno opredeli in ga pravno loči tako, da ga prenese bodisi na drugo fizično osebo bodisi na gospodarsko družbo.

Možnost prenosa podjetja samostojnega podjetnika na drugo fizično osebo je zakonodajalec zakonsko uredil z novelo Zakona o gospodarskih družbah – ZGD-1G,⁴ razširil pa jo je z novelo ZGD-1I.⁵ Še pred tem pa je ob noveliranju Zakona o gospodarskih družbah, torej ob sprejemu ZGD-1⁶, uredil posebno

1 Pravo statusnih preoblikovanj se je razvilo v posebno pravno vejo – pravo preoblikovanj. Prelič v Ivanjko, Kocbek, Prelič, nav. delo, str. 1019.

2 Pomeni »identičen režim pravnega varstva imetnikov deležev in upnikov pred vsebinsko primerljivimi tveganji /.../«. Kocbek, Prelič, nav. delo, 2006, str. 148.

3 Pri prenosu podjetnikovega podjetja na novo ali prevzemno kapitalsko družbo torej ne gre za formalno statusno preoblikovanje iz s. p. v npr. d. o. o. in s tem za fikcijo preoblikovanja fizične osebe v pravno osebo, kot je to napačno utemeljeval tudi predlagatelj ZGD-1. Prav tam, str. 156.

4 Ur. l. RS, št. 57/12.

5 Ur. l. RS, št. 55/15.

6 Ur. l. RS, št. 42/06.

možnost za materialno statusno preoblikovanje samostojnega podjetnika, na podlagi katere lahko ta svoje podjetniško organizirano premoženje prenese na gospodarsko družbo. S tem je zakonodajalec uzakonil novo obliko materialnih statusnih preoblikovanj, tj. izčlenitev, saj obstoječe oblike niso bile uporabne za prenos podjetnikovega podjetja na gospodarsko družbo.

Samostojni podjetnik se torej lahko preoblikuje le v eni od oblik materialnih statusnih preoblikovanj. Kot vse druge gospodarske družbe je sicer tudi samostojni podjetnik gospodarski subjekt, vendar zanj v primerjavi z gospodarskimi družbami velja posebnost, da nima oblikovane članske strukture. Kot fizična oseba se torej v bistvenem loči od gospodarskih družb, ki so pravne osebe in morajo imeti svojega ustanovitelja, tj. gospodarja njihove pravne usode, kakor ustanovitelje oziroma družbenike gospodarskih družb imenuje Kocbek.⁷ V gospodarskih družbah fizične in pravne osebe uresničujejo korporacijske pravice (premoženjske in članske pravice), ki so jim zagotovljene s pridobitvijo udeležbe v družbi, kar pri samostojnem podjetniku pojmovno ni mogoče. Za gospodarske družbe so zato mogoče tudi druge oblike materialnega statusnega preoblikovanja, pri katerih imetniki deležev v razpolagalcu prejmejo nasprotno izpolnitev za preneseno podjetje v obliki udeležbe in s tem korporacijskih pravic v pridobitelju prenesenega podjetja. Pri samostojnem podjetniku to ni mogoče, saj je kot fizična oseba edini gospodar svojega življenja in s tem tudi odločitve o podjetniškem udejstvovanju ter načinu opravljanja pridobitne dejavnosti. Če se odloči, da želi svoje podjetje prenesti na gospodarsko družbo, mu zakonodaja omogoča takšno prestrukturiranje opraviti na poenostavljen način. V nadaljevanju prispevka bo obravnavano statusno preoblikovanje podjetnika s prenosom podjetja bodisi na novo kapitalsko družbo bodisi na prevzemno družbo, skupaj z vpisi v sodni register, povezanimi s tem preoblikovanjem. Pojasnjena pa bo tudi razlika med temi postopki in prenosom podjetja podjetnika na drugo fizično osebo – podjetnika prevzemnika.

2 STATUSNA PREOBLIKOVANJA GOSPODARSKIH DRUŽB

Družbeniki gospodarskih družb lahko svoje zamisli o prestrukturiranju družbinega premoženja ali njeni podreditvi pravilom o drugi pravnoorganizacijski obliki dosežejo ob uporabi splošnih pravil o prenehanju in ustanavljanju družb ter zmanjšanju in povečanju osnovnega kapitala družbe. Pravo pa jim omogoča, da tovrstne cilje dosežejo po enostavnejši in praviloma tudi hitrejši poti, in sicer ob uporabi pravil o statusnih preoblikovanjih. Gospodarske družbe se lahko formalno in materialno statusno preoblikujejo, pri čemer gre pri formalnih statusnih preoblikovanjih za spremembo pravnoorganizacijske oblike družbe, pri materialnih statusnih preoblikovanjih pa za interes podjetniškega prestrukturiranja podjetja.

Če se gospodarska družba preoblikuje npr. iz d. o. o. v d. d., gre za formalno statusno preoblikovanje.⁸ Po naši pravni ureditvi ob tem d. o. o. ne preneha in tudi d. d. se ne ustanovi na novo, temveč je d. o. o. od učinkovanja statusnega preoblikovanja naprej d. d., ki je ista pravna oseba, kot je bila prej d. o. o. Formalna statusna

⁷ Kocbek v Kocbek (redaktor), nav. delo, 1. knjiga, 2014, str. 825.

⁸ Glej 652. člen ZGD-1 in nasl.

preoblikovanja se torej opravijo po načelu ohranjanja identitete družbe, s čimer se omogoči neprekinjeno poslovanje gospodarske družbe, ki je ključnega pomena v primerjavi z uresničevanjem tega cilja po splošnih pravilih prava družb. Če bi morali družbeniki z namenom, da bi medsebojna razmerja in razmerja družbenikov do gospodarske družbe uredili na način, ki velja za d. d., uporabiti splošno ureditev, bi morali najprej s kvalificirano večino sprejeti sklep o prenehanju družbe,⁹ nato bi morali izvesti prostovoljno likvidacijo. Po poplačilu vseh upnikov oziroma zagotovitvi zavarovanja za njihove terjatve bi si smeli razdeliti preostalo premoženje družbe, vendar bi lahko to storili šele pod pogojem, da je od objave sklepa o likvidaciji preteklo najmanj šest mesecev.¹⁰ Rok je namenjen varstvu upnikov gospodarske družbe, da se seznani z likvidacijskim postopkom svojega dolžnika in zagotovijo uveljavitev svoje terjatve do njega. S premoženjem, ki bi si ga družbeniki smeli razdeliti, bi lahko potem ob zadostni višini osnovnega kapitala in izpolnjevanju drugih pogojev ustanovili novo gospodarsko družbo v pravnoorganizacijski obliki d. d. Na podlagi opisanega ni težko zagotoviti, da bi postopek spremembe pravne oblike pravnega nosilca podjetja ob uporabi splošnih pravil lahko uničil podjetje kot delujočo celoto, predvsem pa gospodarski družbi ne bi zagotavljal neprekinjenega poslovanja. S ciljem spremembe pravnoorganizacijske oblike družbe je likvidacijski postopek nezdružljiv, saj z dnem sprejema sklepa o prenehanju družba ne deluje več z namenom pridobivanja dobička in njena podjetniška dejavnost preneha (preneha v širšem pomenu),¹¹ namen likvidacije pa je le še v razrešitvi pravnih razmerij v družbi. Drugače kot to velja za interese v likvidacijskem postopku, je ob spremembi pravnoorganizacijske oblike družbe družbi seveda v interesu, da ves čas posluje z namenom pridobivanja dobička. Ker naše pravo omogoča spremembo nosilca podjetja s formalnim (oblikovnim)¹² statusnim preoblikovanjem, ki se izvede po načelu ohranjanja identitete družbe, v tem postopku drugače kakor v likvidacijskem postopku ni treba posebej varovati upnikov (njihov dolžnik namreč le spremeni pravnoorganizacijsko obliko) in se lahko postopek že zato precej skrajša. Formalna statusna preoblikovanja na ravni EU niso usklajena, zato se zakonodajne rešitve med posameznimi državami članicami zelo razlikujejo.¹³ Iz pravne literature izhaja, da sprejetja direktive na tem področju niti ni pričakovati.¹⁴ Ureditev formalnih statusnih preoblikovanj v slovenskem in nemškem pravu,¹⁵ pa tudi v Uredbi o statutu evropske delniške družbe (SE)¹⁶ temelji na načelu ohranjanja identitete, vendar pa vsi pravni redi ne dopuščajo preoblikovanj na tem temelju. Enake učinke dosegajo z uporabo drugih pravnih institutov, predvsem v povezavi s prenašanjem pravic, obveznosti in pravnih razmerij nosilca podjetja, ki se preoblikuje, po poti bodisi univerzalne (npr. Madžarska) bodisi singularne sukcesije, v povezavi z njegovim prenehanjem.¹⁷ Četudi na ravni EU ni prišlo do uskladitve formalnega statusnega preoblikovanja po pravu ene države članice, pa (vsaj zdaj) bolje kaže usklajevanju

9 Glej drugo alinejo prvega odstavka 521. člena ZGD-1.

10 Glej 522. člen ZGD-1 v povezavi s 421. členom ZGD-1.

11 O prenehanju družbe v širšem in ožjem pomenu Plavšak, Prelič v Plavšak (redaktorica), nav. delo, str. 604.

12 Prelič v Ivanjko, Kocbek, Prelič, nav. delo, str. 1025.

13 Več Prelič v Kocbek (redaktor), nav. delo, 2007, str. 837–859.

14 Prav tam, str. 836.

15 Več prav tam, str. 848–857.

16 Glej preoblikovanje obstoječe d. d. v SE in preoblikovanje SE v d. d. (37. in 66. člen Uredbe Sveta (ES) št. 2157/2001 z dne 8. 10. 2001 o statutu evropske družbe (SE), Ur. l. EU, L 294, 10. 11. 2001, str. 1–21).

17 Prelič v Kocbek (redaktor), nav. delo, 2007, str. 837.

transakcije čezmejnega statusnega preoblikovanja. Pri tem gre pravzaprav za preoblikovanje, ki se je prej imenovalo čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe,¹⁸ pri katerem se torej gospodarska družba seli v drugo državo članico in se ob tem vpiše v register države članice gostiteljice kot njena družba, s čimer prevzame tudi eno od predvidenih pravnoorganizacijskih oblik te države članice. Evropska komisija je 25. 4. 2018 pripravila predlog o spremembi Direktive (EU) 2017/1132 Evropskega parlamenta in Sveta o določenih vidikih prava družb¹⁹ (v nadaljevanju Direktiva 2017/1132), ki vključuje tudi predlog ureditve tega čezmejnega preoblikovanja.²⁰ Ta je oblikovan po smernicah, ki jih je oblikovalo Sodišče EU s svojimi odločitvami v zadevah s področja pravice do svobodnega ustanavljanja. Zadnja med njimi je zadeva *Polbud*,²¹ v kateri je Sodišče EU odločilo, da zakonska zahteva države članice ustanovitve po likvidaciji gospodarske družbe, ki se želi preseliti v drugo državo članico in prevzeti pravnoorganizacijsko obliko družbe po pravu države članice gostiteljice, pomeni omejitev svobode ustanavljanja, saj se takšna zahteva ovira ali celo preprečuje čezmejno preoblikovanje družbe.²² Če tudi direktiva še ni sprejeta, je treba čezmejna formalna statusna preoblikovanja dopuščati na podlagi 49. in 54. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU),²³ zato bi bilo treba to za zagotavljanje pravne varnosti čim prej urediti v domači zakonodaji, in sicer ne glede na sprejem predlaganih sprememb Direktive 2017/1132.

Drugače kot pri formalnih statusnih preoblikovanjih pa se pri materialnih statusnih preoblikovanjih spremembe dogajajo v premoženjski (materialni) strukturi nosilca podjetja, zato jih imenujemo tudi prenosna preoblikovanja.²⁴ Izvedejo se z univerzalnim pravnim nasledstvom in ob upoštevanju načela prepovedi poslabšanja premoženjskega položaja družbenikov in upnikov udeleženih družb. Tudi cilje družbenikov pri materialnih statusnih preoblikovanjih je po daljši in kompleksnejši poti mogoče doseči ob uporabi splošnih pravil prava družb. Če bi se npr. družba želela pripojiti k prevzemni družbi, bi namesto pravil o pripojitvi kot obliki materialnega statusnega preoblikovanja lahko uporabili pravila o prenehanju družbe in povečanju osnovnega kapitala prevzemne družbe. Vendar ob tem trčimo na enako težavo kot pri prenehanju d. o. o. v zgornjem primeru, ki se je želela formalno statusno preoblikovati – postopek se po nepotrebnem podaljša, predvsem pa se lahko s namenom poplačila vseh upnikov družbe, zaradi česar je treba unovčiti premoženje družbe, uniči podjetje kot organizirana delujoča celota. Prav tako se zelo negativno izrazi prekinitev poslovanja družbe in s tem izguba posla v vmesnem obdobju (ki lahko traja najmanj pol leta, običajno pa še več časa). Če bi želela družba del svojega premoženja oddeliti na drugo družbo z materialnim statusnim preoblikovanjem, bi lahko ta cilj prav tako dosegla ob uporabi splošnih pravil, in sicer zmanjšanja osnovnega kapitala pri prenosni družbi in povečanju osnovnega kapitala pri prevzemni družbi. Vendar je tudi pri rednem zmanjšanju osnovnega kapitala treba varovati interese upnikov

18 Prenos sedeža družbe naj bi urejala Štirinajsta direktiva, kakor je bilo predlagano že leta 1997 (glej Szydło, nav. delo, str. 441), vendar ta uredba doslej še ni bila sprejeta.

19 Direktiva (EU) 2017/1132 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. 6. 2017 o določenih vidikih prava družb, UL L 169, 30. 6. 2017, str. 46–127.

20 Glej dokument COM (2018) 241 final.

21 *Polbud – Wykonawstwo*, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, z dne 25. 10. 2017.

22 Več Prostor, nav. delo, 2018. Glej tudi Prostor, 2016, str. 22–23.

23 Prečiščena različica Pogodbe o delovanju Evropske unije, Ur. l. EU, C 83, 30. 3. 2010, str. 47.

24 Prelič v Ivanjko, Kocbek, Prelič, nav. delo, str. 1025.

na primerljiv način kot v likvidacijskem postopku, kar je zakonodajalec upošteval v ureditvi d. d. v drugem odstavku 375. člena ZGD-1 (nekoliko se od zagotavljanja funkcionalne ekvivalence razlikuje določilo tretjega odstavka 520. člena ZGD-1, ki za zmanjšanje osnovnega kapitala d. o. o. zaradi varstva upnikov določa rok enega leta, kar je več kot v likvidacijskem postopku). Transakcija je lahko neuspešna, če bi bilo npr. za prenosno družbo ključnega pomena, da na drugo družbo skupaj z določenim premoženjem prenese tudi s tem premoženjem povezane obveznosti, upniki katerih pa ne bi soglašali s tem, da bi imeli drugega dolžnika. V tem primeru namen prestrukturiranja ni dosežen zaradi praktičnih, ne pravnih preprek.²⁵

Poudariti velja, da je ureditev statusnih preoblikovanj urejena z namenom poenostavitve dosega cilja, tj. bodisi spremembe pravnoorganizacijske oblike nosilca gospodarske dejavnosti bodisi prestrukturiranja njegovega premoženja, zato preoblikovanja nikoli ne bi smela biti težavnejša od postopkov, ki bi s tem ciljem potekali ob uporabi splošnih pravil.

3 MATERIALNA STATUSNA PREOBLIKOVANJA DRUŽB

V Republiki Sloveniji se lahko gospodarske družbe v skladu s prvim odstavkom 579. člena ZGD-1 materialno statusno preoblikujejo:

- z združitvijo (s spojitvijo ali pripojitvijo),
- z delitvijo (razdelitvijo, oddelitvijo ali izčlenitvijo) ter
- s prenosom premoženja kapitalске družbe na Republiko Slovenijo ali samoupravno lokalno skupnost v Republiki Sloveniji.²⁶

Za vse te oblike prenosa premoženja na drugega nosilca je značilno, da se premoženje prenese z univerzalnim pravnim nasledstvom, ki je tako zelo drugačen od splošnih režimov prenosa premoženja, da je za to potrebna izrecna zakonska podlaga.²⁷ Vse premoženje (npr. pri združitvah in prenosu premoženja) se na drugega nosilca prenese na podlagi enega samega akta (*unu actu*),²⁸ to je vpisa materialnega statusnega preoblikovanja v sodni register. Vpis v sodni register je torej konstitutivnega pomena za učinkovanje materialnega statusnega preoblikovanja in z njim preidejo na pridobitelja vse premoženje ter pravice in obveznosti razpolagalca. Pridobitelj premoženja kot univerzalni pravni naslednik vstopi v vsa pravna razmerja, subjekt katerih je bil razpolagalec. Pri delitvah in prenosu dela premoženja²⁹ pa se uporablja delna univerzalna sukcesija, saj se na pridobitelja prenese le natančno opredeljeno premoženje kot zaokrožena celota, ki pa ne predstavlja vsega premoženja razpolagalca.³⁰

25 Glej tudi pri Prelič v Ivanjko, Kocbek, Prelič, nav. delo, str. 1021–1022.

26 Glej 640. člen ZGD-1.

27 Prelič v Kocbek (redaktor), nav. delo, 3. knjiga, 2014, str. 466.

28 Prav tam, str. 468.

29 Prelič v Ivanjko, Kocbek, Prelič, nav. delo, str. 1062. O dopustnosti prenosa le dela premoženja več Prostor, nav. delo, 2008, str. 276–277.

30 Prelič v Kocbek (redaktor), 3. knjiga, 2014, str. 468–469.

Pri tistih oblikah materialnih statusnih preoblikovanj, pri katerih se prenaša celotno premoženje razpolagalca, razpolagalec kot pravna oseba preneha, pri čemer se za njegovo prenehanje ne izvede poseben pravni postopek, saj pravnih razmerij v razpolagalcu ni treba razrešiti z namenom, da bi ta lahko prenehal. Vsa pravna razmerja, ki se sicer z namenom prenehanja gospodarske družbe kot pravne osebe razrešijo v likvidacijskem (ali stečajnem) postopku, se namreč pri materialnih statusnih preoblikovanjih nadaljujejo pri univerzalnem pravnem nasledniku (pridobitelju premoženja). Zato je za materialna statusna preoblikovanja značilno, da se v primeru prenosa vsega premoženja in s tem prenehanja razpolagalca likvidacijski postopek ne izvede.

Združitve in delitve so na ravni EU usklajene, saj je bilo treba združitve urediti v skladu s Tretjo direktivo o združitvi delniških družb,³¹ delitve pa, če se jih je država članica odločila dopuščati, v skladu s Šesto direktivo o delitvi delniških družb.³² V državah članicah so usklajene tudi ureditve čezmejnih združitvev kapitalskih družb, saj je bilo treba v domače zakonodaje prenesti Deseto direktivo o čezmejnih združitvah kapitalskih družb.³³ Vse omenjene direktive je nadomestila Direktiva 2017/1132, ki bo morda kmalu dopolnjena s poglavjem o čezmejnih delitvah, ki na ravni EU še niso usklajene. Evropska komisija je namreč v predlog o spremembi Direktive 2017/1132 z dne 25. 4. 2018 vključila tudi predlog ureditve čezmejnih delitev, ki ga je glede funkcionalne ekvivalence snovala na podlagi ureditve delitev delniških družb in čezmejnih združitvev.³⁴

Združitve so v ZGD-1 nomotehnično urejene tako, da je substančno urejena pripojitev, tj. združitve s prevzemom (581. do 615. člen ZGD-1), spojitve kot združitve z ustanovitvijo nove družbe pa je urejena v enem samem (616.) členu ZGD-1, pri čemer se zakon sklicuje na določbe o pripojitvi. Enako urejanje je določil evropski zakonodajalec v Direktivi 2017/1132. Delitve so urejene drugače (tudi drugače kot v Direktivi 2017/1132), in sicer je substančno urejena delitev z ustanovitvijo nove družbe (624. do 637. člen ZGD-1), pri delitvi s prevzemom pa se zakonodajalec v enem členu sklicuje na ureditev pri delitvi z ustanovitvijo (638. člen ZGD-1). Pri tem je tako delitev z ustanovitvijo nove družbe kot tudi delitev s prevzemom mogoče izpeljati v vseh treh oblikah delitev (razdelitev, oddelitev in izčlenitev).

V Direktivi 2017/1132 kot oblika delitve izčlenitev ni predvidena. Tudi naš zakonodajalec jo je uredil šele z ZGD-1, in sicer takrat samo kot obliko materialnega statusnega preoblikovanja za samostojne podjetnike, z novelo ZGD-1B³⁵ pa je to obliko delitve dopustil tudi za gospodarske družbe. Izčlenitev se kot druge oblike materialnih statusnih preoblikovanj izvede z univerzalno sukcesijo, je pa zanjo značilna vzpostavitev le dvostranskega pravnega razmerja med razpolgalcem s premoženjem in njegovim pridobiteljem. Prenosna družba namreč sama prejme neposredno v svoje premoženje nasprotno izpolnitev za preneseno premoženje v

31 Tretja direktiva Sveta 78/855/EGS z dne 9. 10. 1978 o združitvi delniških družb v državah članicah, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe, Ur. l. EU, L 295, 20. 10. 1978, str. 36–43.

32 Šesta direktiva Sveta 82/891/EGS z dne 17. 12. 1982 o delitvi delniških družb, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe, Ur. l. EU, L 387, 31. 12. 1982, str. 47–54.

33 Deseta direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/56/ES z dne 26. 10. 2005 o čezmejnih združitvah kapitalskih družb, Ur. l. EU, L 310, 25. 11. 2005, str. 1–9.

34 Glej dokument COM (2018) 241 final.

35 Ur. l. RS, št. 68/08.

obliki udeležbe v pridobitelju izčlenjenega premoženja, medtem ko pri drugih oblikah materialnih statusnih preoblikovanj nasprotno izpolnitev za preneseno premoženje prejmejo imetniki deležev prenosne (prevzete) družbe. Kot je bilo že pojasnjeno, samostojni podjetnik nima oblikovane članske strukture, zato se ne more materialno statusno preoblikovati drugače kot z izčlenitvijo, torej tako, da kot nasprotno izpolnitev za preneseno premoženje neposredno prejme udeležbo v prevzemni ali novonastali družbi.

Na podlagi ureditve materialnega statusnega preoblikovanja z izčlenitvijo za samostojne podjetnike se je zagovarjalo stališče, da bi zakonodajalec po vzoru nemške ureditve to obliko preoblikovanja lahko dopustil tudi za gospodarske družbe,³⁶ kar je bilo potem uresničeno z novelo ZGD-1B. Pri izčlenitvi prenosna družba torej ne preneha, temveč se preoblikovanje pri njej odrazi v spremenjeni strukturi premoženja družbe – namesto izčlenjenega premoženja je v aktivni njene bilance stanja navedena udeležba v prevzemni ali novi družbi (pridobitelju premoženja). Za to obliko preoblikovanja je značilno, da se med udeleženi družbami ne vzpostavlja odnos družb sester, kar je sicer značilno za preoblikovanja z razdelitvijo in oddelitvijo (ki ohranjajo kapitalska razmerja), temveč se med prenosno in prevzemno družbo (pri izčlenitvi s prevzemom ob izpolnjevanju pogoja pridobitve zadostne kapitalske udeležbe v prevzemni družbi) vzpostavi koncernsko razmerje mati – hči.³⁷ S prenosom premoženja na drugega pravnega nosilca prenosna družba, ki je pred preoblikovanjem na izčlenjenem premoženju uresničevala stvarnopravna upravičenja, ta upravičenja izgubi in lahko preneseno premoženje upravlja le še posredno prek uresničevanja korporacijskih pravic v prevzemni ali novoustanovljeni družbi.³⁸

4 STATUSNO PREOBLIKOVANJE PODJETNIKA

V skladu z drugim odstavkom 579. člena ZGD-1 se lahko podjetnik preoblikuje v kapitalsko družbo. Že iz tega določila lahko zaznamo namen, zakaj bi podjetnik sploh hotel izpeljati preoblikovanje. S prenosom premoženja na kapitalsko družbo namreč omeji svoje podjetniško tveganje na izčlenjeno premoženje, tega pa ne bi mogel doseči, če bi premoženje prenesel na osebno družbo. V tej bi bil enako kot pri opravljanju pridobitne dejavnosti kot samostojni podjetnik še naprej odgovoren za prevzete obveznosti z vsem svojim premoženjem. Ko je pred mnogimi leti takšno transakcijo – prenos podjetniško organiziranega premoženja na kapitalsko družbo z namenom omejitve tveganja – izvedel londonski podjetnik Aron Salomon, je bilo njegovo ravnanje še zelo sporno. Takrat poenostavitve s statusnim preoblikovanjem zakonsko seveda niso bile predvidene. Spor med upniki in tem podjetnikom kot družbenikom (pozneje) insolventne družbe, ki je prejela podjetnikovo podjetje, je bil za podjetnika ugodno rešen šele na zadnji instanci (*House of Lords*) leta 1897, ko so sodniki na podlagi temeljnega načela prava družb o ločenosti premoženja družbe od premoženja njenih družbenikov odločili, da Aron Salomon upnikom družbe ni odgovoren s svojim osebnim premoženjem.³⁹

³⁶ Več Prostor, nav. delo, 2008, str. 277–278.

³⁷ Glej Kocbek, Prelič, nav. delo, 2006, str. 157.

³⁸ Prim. prav tam, str. 155–156.

³⁹ Več o primeru *Salomon v. A Salomon & Co Ltd* Hudson, nav. delo, str. 23–25, 29–30. Avtor odločitev v tem primeru opredeljuje kot rojstvo modernega kapitalizma. Prim. prav tam, str. 28.

Za statusno preoblikovanje samostojnega podjetnika s prenosom njegovega podjetja na kapitalsko družbo velja vse, kar sicer velja za izčlenitve (in je navedeno v prejšnjem poglavju). Na tem mestu je zato smiselno navesti le posebnost statusnega preoblikovanja samostojnega podjetnika v primerjavi z izčlenitvijo, ki jo izvede gospodarska družba. Pri preoblikovanju samostojnega podjetnika, ki torej nima oblikovane članske strukture, ni treba posebej varovati interesov družbenikov, ki se sicer varujejo pri preoblikovanju z izčlenitvijo. Trditev v celoti velja za prenos podjetnikovega premoženja na novoustanovljeno kapitalsko družbo, pri prenosu na prevzemno družbo pa so družbeniki prevzemne družbe varovani smiselno enako kot pri vsaki drugi delitvi s prevzemom.

Z nomotehničnega vidika je ureditev materialnega statusnega preoblikovanja samostojnega podjetnika urejena enako, kot so urejene delitve. Substančno je urejen prenos podjetnikovega podjetniško organiziranega premoženja na novo kapitalsko družbo,⁴⁰ prenos podjetja na obstoječo (prevzemno) družbo pa je urejen v enem (673.) členu ZGD-1, v katerem se zakonodajalec sklicuje na ureditev prenosa podjetja na novo družbo.⁴¹

4.1 Prenos podjetja na novo kapitalsko družbo

Pri preoblikovanju podjetnika s prenosom podjetja na novo kapitalsko družbo nastanejo primerljiva tveganja kakor pri vsaki drugi delitvi z ustanovitvijo nove družbe in s tem tudi tveganja ob ustanavljanju kapitalske družbe. V primeru materialnega statusnega preoblikovanja podjetnika mora podjetnik svoje podjetniško vpeto premoženje, ki ga namerava prenesti na novoustanovljeno družbo, natančno opredeliti v sklepu o prenosu podjetja. Zakonodajalec dopušča, da se lahko pri tem z namenom olajšanja individualizacije premoženja sklicuje na dokumentacijo družbe, iz katere sta razvidna to premoženje in njegova vrednost.⁴² Opredeljeno premoženje pomeni stvarni vložek v novo kapitalsko družbo in z vpisom družbe v sodni register spremeni svojega pravnega nosilca.⁴³ Zaradi primerljivih tveganj kot pri vsaki drugi ustanovitvi kapitalske družbe se v tem primeru smiselno uporabljajo vsa pravila o zagotovitvi osnovnega kapitala družbe.⁴⁴ Zakonodajalec je za ta primer posebej ločil položaja, ko se s prenosom podjetnikovega podjetja ustanavlja d. d. in ko se ustanavlja d. o. o.

V skladu s prvim odstavkom 669. člena ZGD-1 je za d. d. izrecno izvzel določbo o ustanavljanju d. d. z obveznim minimalnim tretjinskim denarnim vložkom,⁴⁵ saj se družba zaradi prenosa podjetja v postopku materialnega statusnega preoblikovanja podjetnika lahko ustanovi samo z zagotovitvijo podjetja kot stvarnega vložka. V drugem odstavku 669. člena ZGD-1 pa je za ustanavljanje d. o. o. v postopku materialnega statusnega preoblikovanja podjetnika v skladu s splošno ureditvijo pri ustanavljanju d. o. o. določil, da ustanovitvena revizija ni potrebna, če vrednost

40 V določbah od 668. do 672. člena ZGD-1; prim. delitev z ustanovitvijo nove družbe (624. do 637. člen ZGD-1).

41 Prim. delitev s prevzemom (638. člen ZGD-1).

42 Glej tretjo alinejo drugega odstavka 668. člena ZGD-1.

43 Kocbek, Prelič, nav. delo, 2006, str. 160.

44 Prav tam, str. 161.

45 Glej drugi odstavek 191. člena ZGD-1.

prenesenega podjetja ne presega 100.000 evrov.⁴⁶ Takšno ureditev upoštevajo tudi določbe Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register.⁴⁷ Pri vpisu nove družbe je treba v register vpisati, da je družba nastala s prenosom podjetja podjetnika,⁴⁸ z vpisom pa podjetnik postane imetnik deležev nove družbe.⁴⁹

Samostojni podjetniki se ne vpisujejo v sodni register, temveč v Poslovni register Slovenije, ki ga vodi Agencija za javnopravne evidence in storitve (AJPES).⁵⁰ Temu ustrezno ga AJPES v primeru prenosa vsega podjetniško organiziranega premoženja na kapitalsko družbo in s tem prenehanja opravljanja pridobitne dejavnosti po obvestilu registrskega organa o vpisu prenosa podjetja izbriše iz Poslovnega registra Slovenije.⁵¹ Zakonodajalec je z novelo ZGD-1B tudi izrecno dopustil prenos le dela premoženja podjetja,⁵² posledica katerega seveda ni prenehanje podjetniškega udejstvovanja podjetnika, ki se zato ne izbriše iz Poslovnega registra Slovenije.⁵³ V vsakem primeru je po vpisu statusnega preoblikovanja podjetnika v sodni register podjetnik še naprej z vsem svojim premoženjem (= neomejeno) subsidiarno in solidarno odgovoren za obveznosti, ki jih je skupaj s premoženjem kot zaključeno celoto prenesel na kapitalsko družbo, če družba teh obveznosti ne izpolni, in sicer praviloma še pet let po vpisu nove kapitalske družbe v sodni register.⁵⁴

4.2 Prenos podjetja na prevzemno kapitalsko družbo

Smiselno enako, kot smo navedli pri prenosu podjetja na novoustanovljeno družbo v prejšnjem poglavju, velja tudi za materialno statusno preoblikovanje podjetnika s prenosom podjetja na že obstoječo – prevzemno družbo, le da je podlaga za prenos namesto sklepa o prenosu podjetja pogodba o prenosu podjetja,⁵⁵ sklenjena v obliki notarskega zapisa. Kadar je pridobitelj podjetja kapitalska družba, ki že ima svoje premoženje, je posebnost tudi to, da ima oblikovano člansko strukturo in upnike.⁵⁶ Na premoženju prevzemne družbe bodo po prenosu podjetja konkurirali obstoječi upniki družbe kot tudi podjetnikovi upniki, terjatve katerih so bile prenesene skupaj s premoženjem podjetnika kot zaključena celota. Tveganja ob preoblikovanju

46 Glej četrti odstavek 476. člena ZGD-1.

47 Ur. l. RS, št. 43/07, 5/10, 25/14, 54/15 in 1/18. Glej drugi odstavek 133. člena uredbe, ki se sklicuje na določbe o predlogu za vpis ustanovitve družbe, organizirane v enaki pravnoorganizacijski obliki kot nova kapitalska družba, ki nastane s prenosom podjetja. To pomeni uporabo 35. člena uredbe, po katerem je treba predlogu priložiti tudi poročilo o stvarnih vložkih, poročilo o reviziji stvarnih vložkov pa je treba predložiti samo, če mora revizor oceniti stvarne vložke v skladu s četrtem odstavkom 476. člena ZGD-1. Smiselno enako je glede zagotavljanja funkcionalne ekvivalence določeno tudi v 112. členu uredbe, ki ureja vpise pri novih družbah, ki nastanejo zaradi spojitve ali delitve z ustanovitvijo novih družb.

48 Glej prvi odstavek 671. člena ZGD-1.

49 Glej drugi odstavek 671. člena ZGD-1.

50 Glej prvi odstavek 74. člena ZGD-1.

51 Glej tretji odstavek 671. člena ZGD-1.

52 Glej 673. a člen ZGD-1.

53 Več Prelič v Kocbek (redaktor), nav. delo, 3. knjiga, 2014, str. 755–757. Glej tudi pri Prostor, nav. delo, 2008, str. 271–275.

54 Glej 672. člen ZGD-1 v povezavi s 133. in 134. členom ZGD-1. Glej tudi sklep VSL II Ip 3042/2012 z dne 4. 12. 2012 in sodbo VSL II Cpg 840/2015 z dne 11. 6. 2015.

55 Kar je razumljivo, saj ima podjetnik v tem primeru drugače kot pri prenosu podjetja na novo kapitalsko družbo nasprotno pogodbeno stranko, tj. poslovodstvo prevzemne družbe (prvi odstavek 673. člena ZGD-1).

56 Kocbek, Prelič, nav. delo, 2006, str. 165.

podjetnika s prenosom podjetja na prevzemno družbo so torej primerljiva s tveganji, ki so značilna za druga preoblikovanja, pri katerih se kombinirajo delitve in pripojitve, s tem pa tudi s tveganji, ki nastanejo v primeru povečanja osnovnega kapitala družbe.

Povečanje osnovnega kapitala sicer pri tej transakciji ni obvezno, če pa se izvede, je treba po napotilu zakonodajalca v drugem odstavku 673. člena ZGD-1 smiselno uporabiti določbe 588. člena ZGD-1. Pri tem torej zakonodajalec (drugače kot pri prenosu podjetja na novo družbo) ni ločil položaja, ko je lahko prevzemna družba organizirana v pravnoorganizacijski obliki d. d. ali d. o. o. S tem pa tudi ni upošteval poenostavitve, ki je sicer določena za revizijo stvarnih vložkov v d. o. o. do 100.000 evrov. Prav tako tega zakonodajalec ni upošteval v ureditvi delitve gospodarske družbe s prevzemom.⁵⁷ Poenostavitev pa je upoštevana v poglavju o združitvi d. o. o., saj je za primer povečanja osnovnega kapitala prevzemne d. o. o. zaradi pripojitve po 622. členu ZGD-1 izključena uporaba nekaterih določb o povečanju osnovnega kapitala v d. o. o., pri čemer med njimi ni naveden 518. člen ZGD-1. Posledično pri združitvah d. o. o. stvarnega vložka ni treba revidirati, če ne presega 100.000 evrov. Ni razloga, zakaj zakonodajalec te poenostavitve ne bi upošteval tudi pri prenosu podjetja samostojnega podjetnika na prevzemno d. o. o. Zanimivo je, da je ta predvidena po določbah uredbe, in sicer tako pri statusnem preoblikovanju podjetnika kakor tudi pri delitvi s prevzemom,⁵⁸ upoštevala naj bi jo tudi praksa registrskih sodišč.

5 PRENOS PODJETJA NA PODJETNIKA PREVZEMNIKA

Materialno statusno preoblikovanje samostojnega podjetnika, obravnavano v prejšnjem poglavju, je treba ločiti od instituta prenosa podjetja na podjetnika prevzemnika, urejenega v 72. a in 72. b členu ZGD-1. Ureditev prenosa podjetja na fizično osebo je zakonodajalec vnesel z novelo ZGD-1G, s katero je kot možne prevzemnike podjetja določil podjetnikove ožje družinske člane, z novelo ZGD-1I pa je krog prevzemnikov razširil na vse fizične osebe. Pravni temelj prenosa podjetja je pogodba o prenosu podjetja, sklenjena v obliki notarskega zapisa,⁵⁹ v kateri se podobno kot v sklepu o prenosu podjetja pri prenosu podjetja s statusnim preoblikovanjem podjetniško premoženje natančno opredeli, pri čemer se lahko podjetnik za poenostavljeno individualizacijo premoženja sklicuje na poslovno dokumentacijo družbe.⁶⁰ S prenosom preidejo na podjetnika prevzemnika podjetje prevzemnika ter vse pravice in obveznosti podjetnika v zvezi s podjetjem. Enako kot pri materialnem statusnem preoblikovanju podjetnika je tudi za prenos podjetja na podjetnika prevzemnika ključnega pomena, da se ta izvede z univerzalno sukcesijo, kar pomeni, da podjetnik prevzemnik vstopi v vsa pravna razmerja v

⁵⁷ Glej drugi odstavek 638. člena ZGD-1.

⁵⁸ Glej tretji odstavek 135. člena uredbe, ki napotuje na smiselno uporabo 37. člena uredbe, po katerem je treba predlogu priložiti tudi poročilo o stvarnih vložkih, poročilo o reviziji stvarnih vložkov pa je treba predložiti samo, če mora revizor oceniti stvarne vloške v skladu s četrtem odstavkom 476. člena ZGD-1. Smiselno enako je glede zagotavljanja funkcionalne ekvivalence določeno tudi v 113. členu uredbe, ki ureja vpise pri prevzemni družbi v zvezi s pripojitvijo ali delitvijo s prevzemom.

⁵⁹ Glej drugi odstavek 72. a člena ZGD-1.

⁶⁰ Glej tretji odstavek 72. a člena ZGD-1 in ga primerjaj z drugim odstavkom 668. člena ZGD-1.

zvezi s prenesenim podjetjem prevzemnika.⁶¹ Premoženje torej na podjetnika prevzemnika preide z njegovim vpisom v Poslovni register Slovenije, če ta še ni vpisan, in sočasnim vpisom prenosa podjetja, ob tem pa se opravi tudi izbris podjetnika prenosnika iz registra (če seveda ne gre za prenos le dela premoženja v skladu z 72. b členom ZGD-1). Glede funkcionalne ekvivalence je tudi za primer neplačila terjatev upnikov po prenosu podjetja za njihovo plačilo še naprej subsidiarno, solidarno in neomejeno odgovorna fizična oseba, ki je prenesla svoje podjetje, in sicer praviloma še pet let po prenosu podjetja.⁶²

Sicer se v pravni teoriji navaja, da pri tej transakciji ne gre za statusno preoblikovanje samostojnega podjetnika, saj se fizična oseba s prenosom celotnega podjetniško organiziranega premoženja umakne iz podjetništva⁶³ in kot nasprotno izpolnitev za preneseno premoženje tudi ne prejme udeležbe v prevzemniku.⁶⁴ Kljub temu pa je zakonodajalec določil, da se podjetje na podjetnika prevzemnika prenese z univerzalnim pravnim nasledstvom z vpisom prenosa podjetja v Poslovni register Slovenije, zato se vprašanja v zvezi s prenosom premoženja rešujejo enako kot pri materialnih statusnih preoblikovanjih.⁶⁵

6 SKLEP

Čeprav se lahko cilji, ki se želijo doseči s statusnimi preoblikovanji, dosežejo tudi ob uporabi splošnih določil prava družb, je naš zakonodajalec gospodarskim družbam in samostojnim podjetnikom omogočil, da se preoblikujejo po poenostavljenih postopkih. V skladu z v naš pravni red prenesenimi direktivami EU se lahko pri nas gospodarske družbe materialno statusno preoblikujejo z združitvijo, čezmejno združitvijo, razdelitvijo in oddelitvijo. Za gospodarske družbe se prav tako predvidevajo možnosti izčlenitve, prenosa premoženja na Republiko Slovenijo ali samoupravno lokalno skupnost v Republiki Sloveniji in formalnega statusnega preoblikovanja. Na ravni EU je predlagana ureditev čezmejnih delitev in čezmejnih preoblikovanj (čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe), ki jih je v skladu s sodno prakso Sodišča EU o svobodi ustanavljanja treba dopuščati že zdaj, in sicer na podlagi določb PDEU. Zaradi zagotavljanja pravne varnosti je predlog sprememb in dopolnitev Direktive 2017/1132, ki ureja omenjeni obliki čezmejnih statusnih preoblikovanj, dobrodošel.

61 Glej prvi odstavek 72. a člena ZGD-1.

62 Glej osmi odstavek 72. a člena ZGD-1 v povezavi s 133. in 134. členom ZGD-1. Prim. 672. člen ZGD-1 in odločbi, navedeni v opombi 54.

63 Kocbek, Prelič, nav. delo, 2015, str. 119.

64 To bi bilo pojmovno nemogoče, saj prevzemnik podjetja kot fizična oseba nima oblikovane članske strukture. Sicer pa se prenos podjetnikovega podjetja na podjetnika prevzemnika z vidika prenosnika v bistvenem ne razlikuje od prenosa premoženja po 640. členu ZGD-1 kot oblike materialnega statusnega preoblikovanja, zato bi lahko sprejeli stališče, da gre tudi v primeru prenosa podjetnikovega podjetja na drugo fizično osebo za materialno statusno preoblikovanje, pri katerem je prav univerzalna sukcesija bistvenega pomena za prenos premoženja.

65 Tako tudi Kocbek, Prelič, nav. delo, 2015, str. 118: »Institut torej omogoča prehod premoženja z univerzalnim pravnim nasledstvom na enak način, kot je predvideno pri materialnih statusnih preoblikovanjih.« Drugače sklep VSK CDn 357/2017 z dne 3. 4. 2018.

Postopki materialnega statusnega preoblikovanja podjetnika na ravni EU niso usklajeni, naš zakonodajalec pa je podjetnikom omogočil prenos podjetja z univerzalno sukcesijo na novo ali prevzemno kapitalsko družbo kot tudi na drugo fizično osebo. Glede zagotavljanja funkcionalne ekvivalence v teh ureditvah v primerjavi s splošno ureditvijo materialnih statusnih preoblikovanj ni ugotovljenih večjih razlik.

SEZNAM VIROV IN LITERATURE:

- ALASTAIR, Hudson. *Understanding Company Law*. Abingdon, Oxon, New York: Routledge, 2012.
- IVANJKO, Šime, KOCBEK, Marijan, PRELIČ, Saša. *Korporacijsko pravo: pravni položaj gospodarskih subjektov, Druga, dopolnjena in predelana izdaja*. Ljubljana: GV Založba, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 2009.
- KOCBEK, Marijan, PRELIČ, Saša. *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1) z novelo ZGD-1I, Uvodna pojasnila*. Ljubljana: IUS Software, GV Založba, 2015.
- KOCBEK, Marijan (redaktor). *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 2., dopolnjena izdaja z novelami ZGD-1A do ZGD-1H, 1. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2014.
- KOCBEK, Marijan (redaktor). *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 2., dopolnjena izdaja z novelami ZGD-1A do ZGD-1H, 3. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2014.
- KOCBEK, Marijan (redaktor). *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1), 3. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2007.
- KOCBEK, Marijan, PRELIČ, Saša. *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1)*. Ljubljana: GV Založba, 2006.
- PLAVŠAK, Nina (redaktorica). *Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (ZPPSL) s komentarjem; Zakon o finančnem poslovanju podjetij (ZFPPod) s komentarjem*. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 2000.
- PROSTOR, Jerneja. Sodišče EU o prenosu statutarnega sedeža družbe – od zadeve Cartesio do *Polbud*. Članek je sprejet v objavo pri reviji *Podjetje in delo*, 2018.
- PROSTOR, Jerneja. Slovenska družba se je preselila v Italijo: prenos statutarnega sedeža gospodarske družbe v drugo državo članico EU. *Pravna praksa*, 2016, let. 35, št. 36–37, str. 22–23.
- PROSTOR, Jerneja. Delna izčlenitev podjetja podjetnika in morebitna vpeljava izčlenitve pri gospodarskih družbah. *Podjetje in delo*, 2008, let. 34, št. 2, str. 260–284.
- SZYDŁO, Marek. The Right of Companies to Cross-Border Conversion under the TFEU Rules on Freedom of Establishment. *European Company and Financial Law Review*, 2010, št. 3, str. 414–443.

ODVZEM OTROKA

Frida BURKELC, univ. dipl. prav., višja sodnica na Okrožnem sodišču v Celju
Lina BURKELC JURAS, mag. prav., odvetniška pripravnica v Odvetniški pisarni dr.
Mihe Šošiča in doktorska študentka na PF UM

1 UVOD

Po veljavni razdelitvi stvarne pristojnosti med sodišča in centre za socialno delo (CSD) sodniki redkeje obravnavajo odvzem otroka, to pa se bo bistveno spremenilo z začetkom uporabe Družinskega zakonika (DZ),¹ saj bodo za izrekanje in izvršitev ukrepov za varstvo koristi otrok pristojna sodišča. Ker gre za zelo boleč poseg v otrokov svet, ki ga lahko zaznamuje za celo življenje, se je treba nanj pripraviti z vso odgovornostjo.

2 TEORETIČNI VIDIKI

Po Zakonu o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR)² je otrok tako mladoletni otrok kakor tudi otrok, za katerega je staršem podaljšana roditeljska pravica,³ po novem pa bo opredelitev nekoliko spremenjena, saj je v DZ sprejeta opredelitev iz 1. člena Konvencije Združenih narodov o otrokovih pravicah (KOP),⁴ po kateri je otrok *“vsako človeško bitje, mlajše od 18 let, razen če zakon, ki se uporablja za otroka, ne določa, da se polnoletnost doseže že prej.”* DZ torej otroka opredeljuje kot osebo, ki še ni dopolnila 18 let, razen če je že prej pridobila poslovno sposobnost.⁵

Pravna ureditev ukrepov države za varstvo koristi otroka temelji na načelu, da so za otrokovo varstvo in vzgojo odgovorni predvsem otrokovi starši, in na izhodišču preambule KOP, da mora otrok za poln in skladen razvoj svoje osebnosti odraščati

¹ Uradni list RS, št. 15/2017, DZ je začel veljati 15. 4. 2017, uporabljati pa se bo v celoti začel 15. 4. 2019.

² Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR), Uradni list SRS, št. 15/1976, 30/1986 – ZNP, 1/1989, 14/1989, Uradni list RS, št. 13/1994 – ZN, 82/1994 – ZN-B, 29/1995 – ZPDF, 26/1999 – ZPP, 60/1999 – odl. US, 70/2000 – ZZNPB, 64/2001, 110/2002 – ZIRD, 42/2003 – odl. US, 16/2004, 101/2007 – odl. US, 90/2011 – odl. US, 84/2012 – odl. US, 82/2015 – odl. US, je pri rabi pojma otrok terminološko nedosleden, zato je pri določanju vsebine treba izhajati iz pomena posamezne določbe. Podrobneje o tem glej: Novak, *Družinski zakonik*, str. 42.

³ Primerjaj tudi 406. člen Zakona o pravdnem postopku (ZPP), Uradni list RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US in 10/17.

⁴ Konvencija Združenih narodov o otrokovih pravicah – KOP, Zakon o ratifikaciji konvencije ZN o otrokovih pravicah, Uradni list SFRJ-MP, št. 15/90, v zvezi z Aktom o notifikaciji nasledstva glede konvencij OZN, Uradni list RS-MP, št. 9/92, 3-2/93, 9-50/93, 5-7/99, Uradni list RS, št. 35/92, 13/93, 28/93 in 20/99.

⁵ Glej 5. člen DZ.

v družinskem okolju.⁶ Tudi Ustava Republike Slovenije (URS)⁷ starševstvo opredeljuje kot temeljno človekovo pravico, ki jo je staršem dopustno omejiti ali odvzeti samo na podlagi zakona, po vnaprej določenem postopku in le iz vnaprej določenih razlogov, če starši ne izvajajo starševskih obveznosti. Država pa mora, na drugi strani, v primerih, ko starši ne delajo v korist otroka, ukrepati.⁸

ZZZDR vrst ukrepov za varstvo koristi otrok ne ureja sistematično, saj se ukrepi izrekajo v različnih postopkih,⁹ njihovo izrekanje pa je v pristojnosti različnih organov, kar ne zagotavlja najboljšega varstva otrokovih koristi in lahko pride celo do tega, da sta o isti stvari lahko hkrati izdani dve vsebinsko nasprotni odločbi.¹⁰

Po veljavni materialnopravni ureditvi se pojem "odvzem otroka" uporablja, kadar govorimo o posebnem pooblastilu CSD v 120. členu ZZZDR¹¹ in o izvršilnem sredstvu neposredne izročitve po 238. e členu Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ),¹² s katerim se srečamo tako pri izvajanju začasnih odredb glede izročitve oziroma odvzema otroka ter pri prisilni izvršitvi sodnih odločb glede zaupanja otrok v varstvo in vzgojo, četudi se izreki teh ne nanašajo na izročitev otroka. V tem prispevku ne bova obravnavali protipravnih odvzemov otrok (npr. kaznivo dejanje odvzema mladoletne osebe po 190. členu Kazenskega zakonika (KZ-1) ali po Konvenciji o civilnopravnih vidikih mednarodnega protipravnega odvzema otrok (MKCVMUO)).

Ko se bo začel v celoti uporabljati DZ, torej tudi določila o ukrepih za varstvo koristi otrok, bodo sodišča odločala o začasnih odredbah po 168. členu DZ (po izvedbi nujnega odvzema otroka s strani CSD), o začasnih odredbah po 162. členu DZ, povsem na novo pa se bomo odločali o ukrepih trajnejšega značaja. Eden med njimi je tudi odvzem otroka staršem, opredeljen v 174. členu DZ. Odvzem otroka bo kot doslej še vedno dejanski prvi del izvršilnega dejanja izvršilnega sredstva neposredne izročitve po 238. e členu ZIZ,¹³ s katerim bodo izvedene začasne

6 KOP v prvem odstavku 9. člena posebej priznava staršem pravico do skupnega življenja z otrokom in določa, da se lahko otrok loči od staršev proti njihovi volji samo, če to zahteva korist otroka ali če je to nujno zato, ker starši ne živijo skupaj. Konvencija izrecno pravi tudi, da ima otrok pravico, da starši zanj skrbijo (prvi odstavek 7. člena). Predlog za javno razpravo o Družinskem zakoniku z dne 31. 5. 2016, str. 271.

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

8 Glej 54. in 56. člen URS.

9 Predlog za javno razpravo o Družinskem zakoniku z dne 31. 5. 2016, str. 271.

10 Novak, Odvzem otroka, str. 328 in nasl.

11 120. člen ZZZDR določa: (1) Center za socialno delo sme odvzeti otroka staršem in ga dati v vzgojo in varstvo drugi osebi ali zavodu, če so starši zanemarili otrokovo vzgojo in varstvo ali če je to iz drugih pomembnih razlogov v otrokovo korist. (2) S tem odvzemom ne prenehajo druge dolžnosti in pravice staršev do otroka. (3) Center za socialno delo spremlja izvajanje ukrepa iz prvega odstavka tega člena.

12 Zakon o izvršbi in zavarovanju (ZIZ), Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15, 76/15 – odl. US in 11/18.

13 238. e člen ZIZ: (1) Če izvršba na način, določen v prejšnjem členu ni uspešna, v posebej utemeljenih primerih pa takoj, lahko sodišče odloči, da se izvršba opravi tako, da se otrok odvzame osebi, pri kateri je otrok v času opravljanja izvršbe, ter ga izroči osebi, kateri je otrok zaupan v vzgojo in varstvo. (2) Izvršbo opravi izvršitelj ob navzočnosti strokovno usposobljenega delavca, ki ga določi sodišče. (3) Izvršitelj lahko glede na okoliščine primera zahteva pomoč policije pri opravi izvršbe. (4) O času in kraju oprave izvršbe z odvzemom otroka se obvesti oseba, kateri je otrok zaupan v vzgojo in varstvo, ter se ji omogoči

odredbe za odvzem otroka in druge sodne odločbe v zvezi z dodelitvijo otrok v varstvo in vzgojo, na novo pa tudi prisilna izvršitev ukrepa trajnejšega značaja odvzema otroka staršem.

Ne glede na pravno podlago konkretne odločbe, s katero je treba izvršiti odvzem otroka, je nemogoče prezreti, da je bistvena težava v načinu izvajanja tega stresnega in bolečega posega v dotedanji način otrokovega življenja. Otroci, četudi iz sodnih ali upravnih odločb izhajajo, da so podane okoliščine, ki izkazujejo, da se jim v dosedanjih družinskih razmerah slabo godi, da njihovi starši ne zmorejo ustrezno skrbeti zanje in da so njihove koristi v takih življenjskih okoliščinah tudi dolgoročno ogrožene, svojih staršev ne doživljajo nujno na takšen način. Skupno življenje z njimi je namreč zanje ves otroku poznan in domač svet in večina otrok sploh nima uvida v potrebnost sprememb, kaj šele v kakršnekoli možnosti rešitev zatečenega stanja. Pogosto si otrok sprememb tudi ne želi, saj je intenzivno čustveno vpet v odnose svoje vsakodnevne realnosti.¹⁴

2.1 Odvzem otroka, ki ga CSD izvede po 120. členu ZZZDR

ZZZDR ukrep odvzema otroka, ki ga izvede CSD, ureja zelo skopo. 119. člen ZZZDR najprej daje splošno pooblastilo CSD za posebne ukrepe, ki jih zahtevata vzgoja in varstvo otroka ali varstvo njegovih premoženjskih ter drugih pravic in koristi. Pri tem splošnem pooblastilu gre v praksi za svetovalno vlogo, opominjanje staršev, pomoč pri urejanju življenjskih razmer, predlaganje začasnih odredb sodišču za zavarovanje otrokove koristi. CSD mora pri izbiri ukrepov upoštevati načelo najmilejšega ukrepa – izbrati mora torej ukrep, s katerim je mogoče doseči cilj varovanja otrokove koristi, pri tem pa vendarle najmanj prizadeti starše. Posebno pooblastilo CSD za odvzem otroka pa izhaja iz 120. člena ZZZDR, v katerem je predvideno dopustno ukrepanje, da CSD otroka odvzame staršem in ga da v vzgojo in varstvo drugi osebi ali zavodu, če so starši zanemarili otrokovo vzgojo in varstvo otroka ali če je to iz drugih pomembnih razlogov v otrokovo korist. Zaradi pestrosti življenjskih situacij vseh možnih ravnanj staršev, ki bi lahko ogrožala otroka, ni mogoče natančneje opredeliti. Zadošča dejstvo, da sta vzgoja in varstvo otroka zanemarjena (otrok je prepuščen sam sebi, je neprimerno oblečen glede na letni čas, starši zaradi bolezni ali odvisnosti pozabljajo nanj, ga mogoče bolezensko nadzirajo, mu omejujejo gibanje, nad njim izvajajo psihično (zmerjanje, žalitve ipd.), spolno ali fizično nasilje v katerikoli obliki).¹⁵ Dolžnost staršev je namreč skrbeti za otroka in ga varovati, za odvzem pa zadostuje tudi, da starši ogrožanje otrokove koristi dopuščajo ali da ga izpostavljajo okolju, v katerem je ogrožena njegova korist, in ga ne zmorejo zaščititi. Starši zaradi bolezenskih težav ali sprememb morda sploh niso krivi za svoje starševske primanjkljaje, lahko da svojih težav in omejitev dejansko niso sposobni uvideti in tako njihova

prisotnost pri izvršbi. (5) Če je s sklepom o izvršbi določeno, da je otroka treba izročiti takoj, se sklep o izvršbi zavezanec vroči ob opravi prvega izvršilnega dejanja. Če tedaj zavezanec ni prisoten, se mu sklep o izvršbi vroči naknadno. (6) Odsotnost osebe, kateri je treba odvzeti otroka, ni ovira za opravo izvršbe. (7) Če je otrok v času oprave izvršbe pri osebi, ki v sklepu o izvršbi ni navedena, se ji ob opravi izvršbe vroči sklep o izvršbi ter zapisnik o opravljeni izvršbi.

14 Priporočava branje A. Mikuš Kos, nav. delo, str. 68 in nasl. Avtorica v tem delu razumljivo in izčrpno opisuje značilnosti in vedenje otrok, ki so bili izpostavljeni travmatičnim izkušnjam.

15 Primerjaj sodbo Upravnega sodišča RS X Ips 477/2004 z dne 3. 4. 2008.

krivda sploh ni potrebna, niti ni pogoj, da ima njihovo ravnanje (aktivno dejanje ali hotena/nehotena opustitev) znake kaznivega dejanja, saj odvzem otroka nima namena kaznovanja staršev, ampak je namenjen varovanju koristi konkretnega otroka. CSD zato z ukrepanjem ni treba čakati na izid morebitnega kazenskega postopka.¹⁶ Prav tako ni treba, da je ravnanje staršev, s katerim ti ogrožajo otroka, otroku že povzročilo škodo, zadostuje, da stanje oziroma okolje, v katerem je otrok, ogroža njegov zdravi razvoj in s tem njegovo korist.¹⁷

Natančnejših pravil in postopka, po katerem naj postopa CSD, ZZZDR ne določa.¹⁸ CSD o tem ukrepu odloča po pravilih rednega upravnega postopka, urejenega v Zakonu o upravnem postopku (ZUP).¹⁹ Pred končno odločitvijo je treba razpisati ustno obravnavo in pridobiti mnenje posebne strokovne komisije, kot izhaja iz 88. člena Zakona o socialnem varstvu (ZSV).²⁰ ZZZDR v upravnem postopku tudi ne določa nujnih ukrepov, o dopustnosti izvedbe skrajšanega postopka v primeru odvzema otrok pa se je sodna praksa spreminjala.²¹ Strokovni delavci CSD se pri izreku in izvršitvi začasnega ukrepa zavarovanja obveznosti še pred izdajo končne odločbe opirajo na 221. člen ZUP v zvezi s 144. in 211. členom ZUP, ki dajejo podlago za izvedbo skrajšanega postopka zavarovanja in v izjemnih primerih odločitev celo le z izrekom ustne odločbe, po kateri se izda pisna odločba, če jo stranka zahteva. To seveda ne prispeva k pravni varnosti, zato je treba tudi pri tovrstnih nujnih začasnih ukrepih vedno izdati pisno odločbo.²² Odvzem otroka CSD izvede po pravilih upravne izvršbe, opredeljene v 289. členu ZUP, pri čemer iz četrtega odstavka navedenega člena izhaja tudi dolžnost policije, da organu, pristojnemu za izvršbo (upravno izvršbo izvaja organ, ki je o zadevi odločil na prvi stopnji), na njegovo zahtevo pomaga pri izvršbi. Iz tretjega odstavka istega člena izhaja tudi možnost, da neposredna dejanja izvršbe in zavarovanja lahko izvajajo tudi izvršitelji, imenovani na podlagi ZIZ. Strokovni delavci namreč v zvezi z uresničitvijo svoje odločbe za odvzem ogroženega otroka nimajo pravice vstopiti v zaprte prostore,²³ kar lahko oteži izvedbo odvzema.

V preteklosti je bilo v teoriji o vsebini in obsegu nalog policije pri nudenju asistenc pri odvzemih otrok razbrati različna stališča.²⁴ Policisti svoje ravnanje ob asistenci zdaj usklajujejo z Zakonom o nalogah in pooblastilih policije (ZNPPol),²⁵ ki skupaj z internimi akti, ki jim dajejo podrobnejše usmeritve, daje ustrezno pravno podlago

16 Natančneje o tem: Novak, Družinsko pravo, str. 251 in nasl.

17 O tem tudi: Zupančič, nav. delo, str. 35, in sodba Upravnega sodišča RS I U 1084/2017 z dne 11. 7. 2017.

18 Glej Končina Peternel, Varstvo koristi otrok, str. 8 - 13.

19 Zakon o upravnem sporu (ZUP), Uradni list RS, št. 105/06, 107/09 – odl. US, 62/10, 98/11 – odl. US, 109/12 in 10/17 – ZPP-E.

20 Zakon o socialnem varstvu (ZSV), Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 23/07 – popr., 41/07 – popr., 61/10 – ZSVarPre, 62/10 – ZUPJS, 57/12, 39/16, 52/16 – ZPPreb-1, 15/17 – DZ, 29/17, 54/17, 21/18 – ZNOrg in 31/18 – ZOA-A.

21 Podrobneje: Križnik, nav. delo, str. 23–24.

22 Po izdaji ustne odločbe o odvzemu otroka, ki pomeni hud poseg v starševstvo (varovano v 54. členu URS) in v praksi največkrat ne vsebuje pravnega pouka in bi lahko tako vodila do kršitve posameznikove pravice do sodnega varstva iz 25. člena URS, bi moral organ ne glede na to, ali stranka to v skladu s tretjim odstavkom 211. člena ZUP zahteva ali ne, izdati pisno odločbo o nujnem ukrepu. Le s pisno odločbo o ukrepu CSD zagotovi zakonitost in ustavnost svojega dela (Končina Peternel, Pristojnosti centrov, str. 12–13).

23 36. člen URS.

24 O tem podrobneje: Končina Peternel, Pristojnosti centrov, str. 12–13 in Ribaš, nav. delo, str. 14.

25 Zakon o nalogah in pooblastilih policije (ZNPPol), Uradni list RS št. 15/2013, 2372015 – popr. 10/2017.

za morebitni poseg v ustavno varovano pravico nedotakljivosti stanovanja staršev oziroma tretjih oseb, če je otrok pri njih. Prvi odstavek 53. člena ZNPol je zakonska podlaga za posege policistov, saj določa, kdaj smejo policisti brez naloga sodišča vstopiti v tuje stanovanje in druge prostore – 5. alineja prvega odstavka tega določila daje pooblastilo policistom v primerih, ko je to nujno za zavarovanje ljudi ali premoženja. Dejansko podlago pa pomeni ogroženost konkretnega otroka, zaradi katere se je CSD odločil za izvedbo svojega ukrepa. Ta omogoča policiji, da v konkretnem primeru samostojno presodi, ali so izpolnjeni pogoji za vstop v stanovanje proti volji staršev. V praksi lahko sicer strokovni delavci asistenco policistov potrebujejo tudi zaradi varovanja pred ravnanji staršev (morebitno ogrožanje, upiranje, nasilništvo ipd.), pogosto namreč že navzočnost policistov prepreči večje izgrede in umiri situacijo, da je odvzem otroka staršem zanj čim manj stresen.

Odvzem otroka, ki ga izvede CSD, pa ima tudi svoje vsebinske pomanjkljivosti, saj ima CSD dvojno vlogo.²⁶ Področje strokovnega dela jasno izhaja iz Kataloga javnih pooblastil, nalog po zakonu in storitev, ki jih izvaja CSD.²⁷ Opredeljeni namen nalog CSD je varstvo otroka z odvzemom, kadar v domačem okolju zanj ni primerno poskrbljeno. Iz aktualnega kataloga, ki prikazuje strategijo dela CSD, je tako mogoče razbrati, da CSD izvaja ugotovitveni postopek za odvzem otroka, hkrati pa preizkuša vse možnosti preprečitve odvzema. Nato izda odločbo, iz katere morata biti razvidni začasnost ukrepa in opredelitev nalog staršem, da se lahko odpravijo težave in okoliščine, ki so bile vzrok za odvzem otroka. Nadaljnje delo CSD po odvzemu otroka je usmerjeno v sodelovanje in pomoč staršem, sodelovanje z rejniško družino, da se vzpostavijo boljše razmere, da bi bila mogoča otrokova vrnitev v domače okolje. Ko je otrok fizično ločen od staršev, mora CSD odločiti tudi o njegovi namestitvi, bodisi k drugi osebi oziroma v rejništvo, ki je najbolj podobno skrbi staršev, če obstajajo posebne okoliščine pri otroku, pa se ga namesti v ustrezni zavod. Kadar gre za začasno odločbo, je mogoča tudi začasna namestitve v krizni center.

Ob odvzemu otroka se pokaže vsa dejanska in pravna večplastnost roditeljske pravice, ki staršem še vedno pripada, četudi jim je bil otrok odvzet.²⁸ Staršem sta bili namreč odvzeti le pravica in dolžnost neposredne skrbi za otroka, še vedno pa obstaja njihova pravica, da zastopajo otroka. Če starši niso sposobni s primerno skrbnostjo varovati otrokovih koristi, jim je treba omejiti pravico do zastopanja otroka in v skladu z 201. členom ZZZDR otroku postaviti skrbnika za zastopanje v zadevah, v katerih je pravica staršev omejena. Po odvzemu otroka imajo starši tudi pravico do stikov z otrokom, za ureditev katerih je pristojno sodišče, predlog za njihovo ureditev pa lahko poda tudi CSD.²⁹ Staršem imajo tudi še naprej dolžnost preživljanja otroka. Pogosto CSD s staršema doseže dogovor o preživljanju, ki ga sodišče potrdi v nepravdnem postopku, v katerem otroka zastopa skrbnik, če je ta že določen. Za vložitev preživninske tožbe proti staršem je treba otroku sicer postaviti kolizijskega skrbnika po 213. členu ZZZDR.

²⁶ Glej Končina Peternel, Družinska razmerja, str. 25–27.

²⁷ Dostopno na spletni strani Skupnosti CSD Slovenije, str. 59–62: < <https://www.scsd.si/katalogi/katalog-javnih-pooblastil/> (27. 6. 2018).

²⁸ Podrobneje: Končina Peternel, Zaupanje otroka, str. 185 in nasl.

²⁹ Več o tem: Caharijaz Ferme, nav. delo, str. 14–16.

Iz navedenega je mogoče povzeti, da strokovne osebe, ki sodelujejo v postopku in pri izvedbi odvzema otroka, že dobro poznajo družino, način njenega funkcioniranja, seznanjene so s težavami in pomanjkljivostmi staršev, ter vedo tudi, katere so druge pomembne osebe v socialni mreži konkretne družine. Otrok strokovne osebe pozna, saj so mu že med postopkom skušale pomagati, seznanjene so tudi z življenjskim okoljem, v katerem otrok živi, z njegovim načinom življenja, dnevnimi navadami in obveznostmi, kar jim daje pomembno prednost, da lahko ukrep izvedejo tako, da je otrok čim manj pretresen in prizadet.

Zanimivi so podatki o odvzemih otrok, ki sva jih za zadnja tri leta uspeli pridobiti pri osmih CSD s celjskega območja. Tako so CSD po začasnih ali končnih odločbah v letu 2015 izvedli 12 odvzemov otrok, v letu 2016 prav toliko, bistveno povečano število na področju odvzema otrok pa je bilo v letu 2017, ko je bilo teh kar 24. V letu 2018, do sredine meseca maja, so izvedli že 9 odvzemov otrok. Najpogostejše so bili prisilni odvzemi izvedeni v šoli, vrtcu, porodnišnici, tudi na domu, nekaj staršev pa je upoštevalo odločbo CSD in so otroke sami pripeljali na CSD. Večino odvzemov otrok so strokovni delavci CSD izvedli brez asistencije policije, le v eni zadevi je sodeloval izvršitelj. Eden izmed CSD je opozoril, da so pri pripravi za izvršitev odločbe o oddaji otroka v zavod naleteli na veliko težavo – niso našli izvršitelja, ki bi bil pripravljen prevzeti primer. Kot razlog za odklonitev so izvršitelji navedli, da nimajo tovrstnih izkušenj. Vse predstavnice CSD pa so poudarile, da je treba urediti tudi odnos s šolo, saj so zaznale težave, ker te ne želijo sodelovati pri izvršitvi ukrepa.

2.2 Začasne odredbe in drugi ukrepi za varstvo koristi otroka

V tem prispevku bova le primerjalno omenili tudi začasne odredbe po merilih za zavarovanje nederarne terjatve, izdanih na podlagi 272. člena ZIZ.³⁰ Z začetkom veljavnosti DZ se pristojnosti za odločanje o ukrepih za varstvo otrok v celoti prenašajo na sodišča,³¹ kar vodi tudi k večji sistematičnosti in enotnosti določb.³² Še vedno so poudarjene primarna pravica in obveznost staršev, da zagotovijo varovanje pravic in koristi svojega otroka, ter izjemnost in omejenost poseganja države v starševsko skrb, ki je dopustna le v primeru, ko starši svoje pravice in obveznosti ne izvajajo ali je ne izvajajo v korist otroka.³³

DZ med ukrepi za varstvo koristi otroka opredeljuje začasne odredbe (ZO), nujni odvzem otroka in ukrepe trajnejšega značaja.³⁴ CSD je po novi ureditvi pristojen le za izvedbo nujnega odvzema otroka po 167. členu DZ. Ker so ZO vrsta ukrepov za varstvo koristi otrok, se zanje uporabljajo tudi splošne³⁵ in skupne³⁶ določbe DZ, ki veljajo za vse druge ukrepe za varstvo koristi otroka. Vrste ZO so v 162. členu DZ navedene s primeri, vendar lahko sodišče izreče tudi druge, če je tako mogoče učinkovito začasno zavarovati otrokove koristi. ZO bo sodišče izreklo, če

30 Več o tem: Orož, nav. delo, str. 207–219. Glej tudi: Končina Peternel, Nekatera vprašanja, str. 29–33.

31 Glej tudi: Marolt, 2018, str. 58, 59.

32 Podrobneje o tem: Čujović, 2018 in Novak, Barbara, Družinski zakonik, str. 150 in nasl.

33 Prvi odstavek 154. člena DZ.

34 159. člen DZ.

35 153. do 160. člen DZ.

36 177. do 182. člen DZ.

bo verjetno izkazano, da je otrok ogrožen,³⁷ kar je temeljno merilo. Sodišče tako ne bo več ugotavljalo obstoja pogojev za izdajo začasne odredbe za zavarovanje nedenarne terjatve po ZIZ kakor doslej.

DZ pojem otrokove ogroženosti tudi okvirno opredeljuje. Določa, da je otrok ogrožen, če je že utrpel škodo ali če je zelo verjetno, da bo utrpel škodo in da je škoda oziroma verjetnost njenega nastanka posledica storitve ali opustitve staršev ali posledica otrokovih psihosocialnih težav, ki se kažejo kot vedenjske, čustvene, učne ali druge težave v njegovem odraščanju, pri čemer navaja tudi osnovne smernice za opredelitev pravnega pojma škode.³⁸ Uzakonjeno je *načelo najmilejšega ukrepa*,³⁹ ki sodišču nalaga izbiro takšnega ukrepa, s katerim bodo starši čim manj obremenjeni pri izvajanju starševske skrbi in s katerim se otrok staršem ne odvzame, seveda le v primeru, da bo tudi na tak način otrokova korist zadostno zavarovana. Sodišče bo lahko hkrati izdalo tudi več (različnih) ukrepov (npr. začasno uredilo stike, preživljanje, obenem izreklo tudi ukrep trajnejšega značaja odvzem otroka staršem). Izvajanje ukrepa in njegovo ustreznost bo CSD, ki mu bo sodišče pravnomočno odločbo o izrečenem ukrepu v ta namen tudi poslalo, ves čas spremljal.⁴⁰ Upošteva dinamiko družinskega življenja in morebiti spremenjene potrebe otroka, bo mogoče ukrepe pozneje tudi spremeniti, če bo s tem bolje zagotovljena otrokova blaginja. Velja omeniti, da DZ tudi pri odločanju o ukrepih za varstvo otrokovih koristi sodišču nalaga, da pridobi in upošteva otrokovo mnenje, vendar pa zaradi nujnosti hitrega zavarovanja otrokovih koristi dopušča, da sodišče izda ZO tudi brez predhodne pridobitve otrokovega mnenja.⁴¹ Zaradi varstva koristi otroka DZ omogoča, da se lahko omeji vpogled staršev v odločbo o namestitvi in se starši ne seznani z namestitvijo otroka.⁴²

Kot druge ukrepe bo ZO kot doslej mogoče izdajati tako na predlog kot tudi po uradni dolžnosti,⁴³ in to tako pred kakor tudi med sodnim postopkom. Pri tem je treba poudariti pomembno razliko glede časovnega učinkovanja izrečene ZO: kadar bo ta izdana pred uvedbo sodnega postopka (npr. o varstvu in vzgoji),⁴⁴ bo moral biti takšen postopek uveden v sedmih dneh od njene izdaje, sicer bo sodišče ustavilo postopek zavarovanja in po potrebi razveljavilo opravljena izvršilna dejanja.⁴⁵ Načeloma velja, da sodišče ob izdaji ukrepa določi tudi njegovo trajanje. ZO kot vsi drugi ukrepi za varstvo koristi otroka preneha veljati s potekom časa, za katerega je izrečena, če ni predloga za njeno podaljšanje, za tovrstno prenehanje pa v DZ ni predvidena izdaja posebnega sklepa.⁴⁶

37 161. člen DZ.

38 157. člen DZ.

39 156. člen DZ.

40 160. člen DZ.

41 158. člen DZ.

42 178. člen DZ.

43 Prvi odstavek 160. člena DZ.

44 Predlog Zakona o nepravdnem postopku (ZNP-1) z dne 4. 4. 2018 (delovno gradivo) predvideva, da bodo postopki sodnega odločanja v zadevah iz družinskih razmerij vodeni po pravilih nepravdnega postopka.

45 166. člen DZ in podrobneje Novak, Družinski zakonik, str. 154.

46 Tretji odstavek 160. člena DZ.

2.2.1 Začasna odredba po 168. členu DZ

Sodišče bo o ZO odločalo, ko bo predhodno CSD na podlagi 167. člena DZ otroka že odvzel staršem, kajti edini ukrep za varstvo koristi otroka, ki ga po DZ še izvaja CSD, je nujni odvzem otroka, ki dejansko pomeni *nujno dejanje* za zaščito otroka, ki ga opravi CSD v primerih, ko je izkazana tako huda ogroženost otroka, da je njegove koristi mogoče zavarovati le z njegovim takojšnjim odvzemom staršem. CSD lahko v teh primerih odloča na podlagi verjetno izkazanih dejstev, da je otrok ogrožen.⁴⁷

Pri dejanju takojšnjega odvzema otroka staršem CSD nudi pomoč tudi policija,⁴⁸ zoper odločbo CSD o nujnem odvzemu otroka pa zakon ne predvideva pritožbe, saj CSD ob namestitvi otroka izpolni le obrazec, ki ga med drugim vroči tudi staršem in osebi, ki ji je bil otrok odvzet. Ker gre za akutno ogroženost, mora CSD otroka po odvzemu tudi namestiti k drugi osebi, v krizni center, rejništvo ali zavod, pri čemer mora tudi pri izbiri namestitve upoštevati blaginjo otroka. Najpogosteje gre za kratkotrajno namestitev v krizni center, o dolgoročnejši namestitvi otroka pa odloči sodišče ob izreku ZO o odvzemu otroka staršem.

Ker ta ukrep pomeni hud poseg v pravico do družinskega življenja posameznika, je časovno omejen in mora CSD nato v 12 urah po odvzemu otroka sodišču predlagati izdajo začasne odredbe o odvzemu otroka, o kateri mora sodišče odločiti takoj, najpozneje pa v 24 urah. Če CSD v določenem roku ne predlaga izdaje začasne odredbe ali če sodišče ne odloči o njej v 24 urah od prejetega predloga, se otrok takoj vrne k staršem.⁴⁹ Sodišče o tako predlagani začasni odredbi za odvzem otroka odloča po enakih merilih kot o drugih ZO, predvidenih v 162. členu DZ. Ker bo šlo praviloma za ZO, izdano pred uvedbo sodnega postopka, bo zanj veljalo tudi, da jo je treba v sedmih dneh po njeni izdaji upravičiti z uvedbo postopka (morda celo po uradni dolžnosti).⁵⁰ Glede ureditve pravnih sredstev zoper takšno ZO in postopek izvršitve veljajo pravila ZIZ, morebitna prisilna uresničitev pa bo v pristojnosti okrožnega sodišča, torej predvidoma družinskega sodnika, ki jo bo izdal.

Primer izreka sklepa:

1. Mladoletni (osebno ime, naslov in identifikacijski podatki) se takoj začasno odvzame staršem/zakonitim zastopnikom oziroma drugi osebi, pri kateri je otrok _____ (osebno ime, naslov in identifikacijski podatki), in se ga namesti k drugi osebi/v krizni center/v rejništvo/v zavod _____ (osebno ime/naziv, naslov, identifikacijski podatki).⁵¹ 2. Ugovor zoper to začasno odredbo ne zadrži njene izvršitve. 3. Upnik _____ (ime, naslov, identifikacijski podatki) mora v sedmih dneh od izdaje te začasne odredbe predlagati uvedbo postopka za izdajo sodne odločbe

⁴⁷ DZ je materialna podlaga za odločanje na podlagi verjetnosti, 144. člen ZUP v zvezi z 8. členom ZUP pa je podlaga procesne narave. Smiselno bo CSD uporabljal možnost izdaje ustne odločbe (211. člen ZUP) in odločitev o nesuspendivnem učinku vložene pritožbe (drugi odstavek 236. člena ZUP) (predlog za javno razpravo o Družinskem zakoniku z dne 31. 5. 2016, str. 273).

⁴⁸ 167. člen DZ, glej tudi 53. člen ZNPPol.

⁴⁹ 168. člen DZ.

⁵⁰ Prvi odstavek 160. člena DZ.

⁵¹ Če je zaradi varstva otroka potrebna omejitev vpogleda staršem ali enemu izmed njih o namestitvi otroka, je treba to posebej izpostaviti in sodišče ukrepa po 178. členu DZ.

o varstvu, vzgoji in preživljanju oziroma o izvajanju starševske skrbi/ali predlagati ukrep trajnejšega značaja odvzema otroka staršem. 4. Ta začasna odredba velja do drugačne odločitve sodišča oziroma do pravnomočnega konca sodnega postopka o varstvu, vzgoji in preživljanju oziroma o izvajanju starševske skrbi oziroma sodnega postopka za izrek ukrepa trajnejšega značaja oziroma sedem dni, če ustrezni predlog ne bo vložen.

2.2.2 Začasna odredba po 162. členu DZ

Odvzem otroka staršem in namestitev k drugi osebi, v krizni center, rejništvo ali zavod je ena izmed v zakonu navedenih ZO, ki jih lahko izreče sodišče, da začasno zavaruje otrokovo korist. Pogoj za izrek tega ukrepa je prav tako otrokova ogroženost - če ta ni verjetno izkazana, je treba predlog za izdajo začasne odredbe zavrniti. Vsebinsko se ta ZO lahko prekriva z ukrepom trajnejšega značaja odvzema otroka staršem po 174. členu DZ, ki bo predstavljen v nadaljevanju. V sklepu mora sodišče opredeliti tudi čas trajanja ZO. V času veljavnosti začasne ureditve družinskopravnega razmerja z ZO mora sodišče ob pomoči CSD tudi spremljati izvajanje izrečenega ukrepa in ZO po potrebi spremeniti, zamenjati z drugo, odločiti o njenem prenehanju. Tudi pri tem je treba poudariti, da je vse to mogoče le ob dobrem sodelovanju s CSD.

Poleg tega mora sodišče ob odločitvi o odvzemu otroka določiti tudi osebo, ustanovo, rejnika ali zavod, pri katerem bo otrok nameščen po izvrstitvi ZO. Tega sodišče seveda ne bo moglo določiti brez sodelovanja s CSD ter izčrpnih poročil in predlogov strokovnih delavcev, pri čemer je ključnega pomena, da sodišče tudi po uradni dolžnosti pazi, da ne bi namestilo otroka k osebi ali v institucijo, če bi bilo to v nasprotju z otrokovo koristjo, zato mora biti dobro seznanjeno s potrebami konkretnega otroka, v življenje katerega bo poseglo.⁵² DZ določa omejitve glede tega, h komu otrok ne sme biti nameščen (k osebi, ki ne more biti skrbnik),⁵³ in se glede druge osebe, h kateri je otrok nameščen, in nadzora nad otrokovo namestitvijo sklicuje na smiselno uporabo določil Zakona o izvajanju rejniške dejavnosti (ZIRD).⁵⁴

Sklep o začasni odredbi ima naravo sklepa o izvršbi, zato mora imeti tudi vse sestavine, ki jih določa ZIZ.⁵⁵ Za njegovo izvršitev je pristojno sodišče, ki ga je izdalo, torej okrožno sodišče, postopek pa bo vodil družinski sodnik.

Primer izreka sklepa:

1. Mladoletni (osebno ime, naslov in identifikacijski podatki) se takoj začasno odvzame staršem/zakonitim zastopnikom oziroma drugi osebi, pri kateri je otrok _____ (osebno ime, naslov, in identifikacijski podatki), in se ga namesti k drugi osebi/v krizni center/v rejništvo/v zavod _____ (osebno ime/naziv, naslov, identifikacijski podatki).⁵⁶ 2. Za izvršitelja se določi _____ (ime in priimek, sedež

⁵² Glej Murgel, nav. delo, str. 1066.

⁵³ 241. člen DZ.

⁵⁴ Zakon o izvajanju rejniške dejavnosti (ZIRD), Uradni list RS, št. 110/02, 56/06 – odl. US, 114/06 – ZUTPG, 96/12 – ZPIZ-2 in 109/12).

⁵⁵ 44. člen v zvezi z 268. členom ZIZ.

⁵⁶ Glej opombo 51.

izvršitelja). 3. Izvršitev obveznosti iz točke 1. tega sklepa bo opravil izvršitelj v navzočnosti strokovnega delavca CSD _____ (ime in priimek). 4. Če bo treba izvršilno dejanje opraviti v zaklenjenem prostoru, pa dolжник ni navzoč ali prostora noče odpreti, ga lahko na podlagi tega sklepa nasilno odpre izvršitelj v navzočnosti dveh polnoletnih oseb. 5. Ugovor zoper to začasno odredbo ne zadrži njene izvršitve. 6. Upnik _____ (osebno ime/naziv, naslov, identifikacijski podatki) mora v sedmih dneh od izdaje te začasne odredbe predlagati uvedbo postopka za izdajo sodne odločbe o varstvu, vzgoji in preživljanju oziroma izvajanju starševske skrbi/ ali predlagati ukrep trajnejšega značaja odvzema otroka staršem.⁵⁷ 7. Ta začasna odredba velja do drugačne odločitve sodišča oziroma do pravnomočnega konca sodnega postopka o varstvu, vzgoji in preživljanju oziroma izvajanju starševske skrbi oziroma sodnega postopka za izrek ukrepa trajnejšega značaja, oziroma sedem dni, če ustrezni predlog ne bo vložen.⁵⁸

2.2.3 Ukrep trajnejšega značaja – odvzem otroka staršem po 174. členu DZ

DZ kot novost uvaja možnost izrekanja ukrepov za varstvo koristi otrok trajnejšega značaja.⁵⁹ Sodišče pri izreku takega ukrepa upošteva mnenje CSD, ki izdela načrt pomoči družini in otroku⁶⁰ ter staršem odvzame otroka in ga namesti k drugi osebi, v rejništvo ali zavod, če je otrok ogrožen in je mogoče le z odvzemom v zadostno zavarovati njegove koristi ter okoliščine primera kažejo, da bodo starši po določenem času lahko znova prevzeli skrb za otrokovo vzgojo in varstvo. Ta ukrep spada med hujše ukrepe za varstvo koristi otroka, saj sodišče otroka z njim za dalj časa izloči iz družinskega okolja, v katerem je ogrožen. Zadošča navadna ogroženost, ni treba, da gre za hujšo (kot pri nujnem odvzemu otroka) ali dlje trajajočo ogroženost.⁶¹ Tako bo izrek tega ukrepa primeren, kadar bo sodišče ugotovilo, da starši ne izpolnjujejo pogojev za normalni otrokov psihofizični razvoj.⁶² Konkretno okoliščine ogrožanja so pestre – kakor življenje samo. Ni nujno, da so starši krivi oziroma odgovorni za nastop okoliščin, ki ogrožajo otroka oziroma mu povzročajo škodo. Njihovo ravnanje je lahko aktivno (npr. izvajanje nasilja) ali pasivno (npr. opuščanje nadzora nad otrokom, zanemarjanje vsakdanje oskrbe). Bistveno pa je, da so vir otrokove ogroženosti starši.

Tudi pri izreku tega ukrepa za varstvo koristi otroka je treba upoštevati načelo najmilejšega posega. Nadaljnji pogoj za njegov izrek je pozitivna napoved oziroma obstoj realnih možnosti, da se bo otrok lahko vrnil v matično družino k staršem, ki jim je bil odvzet. To mora sodišče prepričljivo oceniti. Če v času trajanja ukrepa ni mogoče pričakovati pozitivnih sprememb pri starših, ki bi kazale, da se bo lahko otrok vrnil v družino, potem je primernejše izreči hujši ukrep (odvzem starševske skrbi), saj bo le na tak način zagotovljena trajnost nadomestne skrbi in čustvena stabilnost, ki se pomembno odraža tudi v telesnem in duševnem razvoju otroka.⁶³

57 Ta točka izreka sklepa se doda le v primeru, če je bila začasna odredba izdana pred uvedbo postopka.

58 Čas učinkovanja izrečene začasne odredbe je treba določno opredeliti.

59 Glej tudi: Marolt, 2018, str. 60, 61.

60 169. in 170. člen DZ.

61 Glej tudi: Čujović, 2018.

62 Glej sodbo Vrhovnega sodišča RS I Up 196/2001 z dne 2. 12. 2004, sodbo Vrhovnega sodišča RS I Up 1139/2005 z dne 16. 11. 2005 in sodbo Vrhovnega sodišča RS X Ips 477/2004 z dne 3. 4. 2008.

63 Podrobneje primerjaj Sklep Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 161/2013 z dne 11. 7. 2013 – zbirka lus-info.

Ukrep odvzema otroka staršem lahko sodišče izreče za največ tri leta,⁶⁴ izjemoma je mogoče njegovo trajanje podaljšati, vendar ne, če pri starših ni napredka oziroma ta ni bistven.⁶⁵ Časovna omejitev je določena tudi zaradi varovanja koristi otroka, da ne bo v nedogled negotov glede možnosti svoje vrnitve v družinsko okolje k staršem, obenem pa tudi staršem določen čas trajanja ukrepa omogoči, da lahko odpravijo pomanjkljivosti in izboljšajo kakovost svojega starševstva. Sodišče mora zato v odločbi, s katero izreče ukrep odvzema otroka staršem, jasno opredeliti ugotovljene pomanjkljivosti starševske skrbi, zaradi katerih je otroku nastala škoda oziroma je ogrožen, ter ob upoštevanju načrta pomoči družini, ki ga pripravi CSD, določno pojasniti pričakovanja do staršev, da bi se lahko otrok po izteku veljavnosti ukrepa vrnil k njim. V odločbi mora sodišče staršem jasno pojasniti tudi posledice, če navodil oziroma pričakovanih sodišča ne bodo izpolnili. Ker bo sodišče s pomočjo CSD spremljalo izvajanje ukrepa in bo sodišču enkrat letno poslalo poročilo CSD o izvajanju načrta pomoči,⁶⁶ se bo lahko trajanje ukrepa tudi skrajšalo.

Zaradi izreka ukrepa druge obveznosti in pravice staršev glede otroka ne bodo prenehale. Sodišče sicer lahko hkrati z ukrepom odloči tudi o omejitvi starševske skrbi,⁶⁷ vendar mora, če se odloči za odvzem posameznih upravičenj staršem, v tem obsegu otroku postaviti skrbnika. Četudi je otrok odvzet staršem, imajo ti še vedno pravico do stikov z njim, če so stiki otroku v korist, zato mora sodišče v odločbi urediti tudi stike otroka s starši, pri čemer lahko (začasno) stike tudi prepove ali omeji, glede na okoliščine konkretnega primera pa lahko pravico do stikov tudi odvzame.⁶⁸ Kljub odvzemu otroka imajo starši še vedno obveznost preživljanja otroka, zato mora sodišče ob odvzemu otroka odločiti tudi o preživninski obveznosti staršev.⁶⁹

O ukrepu trajnejšega značaja odvzema otroka staršem bo lahko sodišče v nepravdnem postopku odločalo samostojno, mogoče pa ga bo izreči tudi v postopku odločanja o varstvu in vzgoji otroka, če bo sodišče ugotovilo, da zaradi ogroženosti otroka ni ustrezna nobena oblika izvajanja starševske skrbi.⁷⁰ Ker bo z odvzemu staršem otrok vzet iz dosedanjega družinskega okolja, je treba ob upoštevanju njegove potrebe in osebnostnih lastnosti tudi skrbno oceniti, kam ga namestiti. V zvezi s tem je pričakovati, da bo CSD pripravil izčrpna poročila o ugotovljenih dejanskih okoliščinah in posebnih potrebah posameznega otroka ter ob upoštevanju ugotovljenega pripravil primeren predlog namestitve. Pri namestitvi otroka k drugi osebi, ki je otrokov sorodnik, bo treba posebej preveriti, ali bo v takšnih okoliščinah zagotovljen učinek ukrepa. Tudi izbira rejnika mora biti v korist otroka, zato bo treba izbrati rejnika, ki bo otroku zmožl pomagati in mu nuditi ustrezno vzgojo in oskrbo in ki bo znal sodelovati tudi s starši in CSD.⁷¹ V primerih, ko bi bilo otroka treba namestiti v zavod, je pri odločanju treba izhajati iz posebnih potreb konkretnega otroka, torej upoštevati otrokove psihosocialne

64 174. člen DZ.

65 Glej podrobneje: Novak, Družinski zakonik, str. 163, str. 167–169.

66 Prvi in drugi odstavek 160. člena in 170. člen DZ.

67 171. člen DZ.

68 Tretji odstavek 174. člena v zvezi s 173. in 163. členom DZ.

69 Peti odstavek 174. člena DZ v zvezi s 184. členom DZ.

70 138. člen DZ.

71 O oceni primernosti rejniške družine za posameznega otroka glej sodbo Upravnega sodišča RS 1619/2016 z dne 10. 1. 2017. Glej tudi: Murgel, nav. delo, str. 1066.

težave,⁷² zaradi katerih je ogrožen on sam ali pa drugi otroci v njegovi matični družini, ter mu zagotoviti bivanje v takšnem zavodu, v katerem mu bo lahko nudena najustreznejša strokovna pomoč, in upoštevati usmeritve Zavoda RS za šolstvo.

Primer izreka sklepa:

1. Mladoletni ____ (osebno ime, naslov in identifikacijski podatki) se odvzame staršem/zakonitim zastopnikom ____ (osebno ime, naslov in identifikacijski podatki) in se ga namesti k drugi osebi/v rejništvo/v zavod ____ (osebno ime/naziv, naslov, identifikacijski podatki).⁷³ **2. Nasprotni udeleženec** ____ (osebno ime, identifikacijski podatki) mora od dne ____ dalje plačevati za preživljanje mladoletnega ____ (osebno ime, naslov, identifikacijski podatki) mesečno preživnino v znesku ____ EUR, do vsakega ____ (npr. 15. dne) dne v mesecu za tekoči mesec, v primeru zamude pa skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od dneva zapadlosti posamezne mesečne preživnine do dneva plačila. Zneske preživnine, ki bodo v plačilo zapadli do pravnomočnosti tega sklepa, mora ____ plačati v 15 dneh, v primeru zamude pa skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo do dneva plačila. Mesečno preživnino v višini določeni s tem sklepom mora ____ plačevati do prve uskladitve preživnin z indeksom rasti cen življenjskih potrebščin v Republiki Sloveniji, nato pa v višini, določeni v vsakokratnem obvestilu pristojnega CSD o uskladitvi preživnin. Preživninsko obveznost mora ____ izpolnjevati na račun ____ (osebno ime/naziv, naslov, identifikacijski podatki), št. ____ (SI56 ...), odprt pri ____ (navedba banke).

Po potrebi se tudi omeji starševska skrb:

3. Nasprotnemu udeležencu ____ (osebno ime, naslov, identifikacijski podatki), se prepove mld. otroka ____ (osebno ime, naslov, identifikacijski podatki) npr. izpisati iz ____ ipd. **in/ali** **4. Nasprotnemu udeležencu** ____ (osebno ime, naslov, identifikacijski podatki), se: – prepove upravljanje denarnih sredstev otroka in razpolaganje z njimi ____ (osebno ime, naslov prebivališča, identifikacijski podatki), navedba računa in banke, pri kateri je odprt; **in/ali** – prepoveduje odtujitev in obremenitev premičnin otroka ____ (osebno ime, naslov prebivališča, identifikacijski podatki) (ter vpis prepovedi v register iz tretjega odstavka 81. člena ZIZ, če se ta vodi); **in/ali** – prepoveduje odtujitev in obremenitev nepremičnin otroka ____ (osebno ime, naslov, identifikacijski podatki) ter identifikacijski znak za nepremičnino z zaznambo prepovedi v zemljiški knjigi. **5. Mld.** ____ (osebno ime, naslov, identifikacijski podatki) se za zastopanje v obsegu zgoraj navedenih omejitev starševske skrbi staršu/ema ____ (osebno ime, naslov, identifikacijski podatki) postavi skrbništvo in se mu imenuje skrbnika ____ (osebno ime, naslov, identifikacijski podatki).

Po potrebi ase odvzame ali omeji tudi pravica do stikov z otrokom:

6. A) Nasprotnemu udeležencu ____ (osebno ime, naslov, identifikacijski podatki) se odvzame pravica do stikov z mladoletnim ____ (osebno ime, naslov, identifikacijski podatki), ki so bili doslej urejeni s ____ (navesti izvršilni naslov, s katerim so bili doslej urejeni stiki nasprotnega udeleženca z otrokom); **oziroma** **6. B) Nasprotnemu udeležencu** ____ (osebno ime, naslov, identifikacijski podatki) se omeji pravica do stikov z mladoletnim ____ (osebno ime, naslov, identifikacijski podatki), ki so bili doslej urejeni s ____ (navesti izvršilni naslov, s katerim so bili doslej urejeni stiki

⁷² 175. člen DZ.

⁷³ Glej opombo 51.

nasprotnega udeleženca z otrokom), in bodo ti stiki odslej potekali ____ (vpisati odločitev o ureditvi načina in obsega izvajanja stikov nasprotnega udeleženca z otrokom v prihodnje). 7. Ta ukrep traja ____ (največ tri leta).

3 IZVRŠILNO SREDSTVO NEPOSREDNE IZROČITVE PO 238. E ČLENU ZIZ

Pravne posledice izvršilnega naslova se v resničnem življenju uresničijo šele z njegovo izvršitvijo, ali drugače povedano: »abstrakten« izvršilni naslov postane resničen šele v izvršbi.⁷⁴ Ker so izvršilna dejanja neposredne izvršbe za otroke lahko še posebej stresna in zanje ogrožajoča, si je treba z vso odgovornostjo prizadevati, da ne pride do dramatičnih prizorov trganja otrok iz rok staršev ali uporabe prisilnih sredstev nad starši pred otrokom, in preprečiti medijsko spremljanje in pompozno poročanje o dogajanju s kraja samega ter tako izvesti izvršbo na čim manj stresen način, da otrok ne bo dolgoročno travmatiziran in v okolju še dodatno zaznamovan.⁷⁵ Prikazati želiva težave v praksi, ki se nanašajo na prisilno izvršitev sodne odločbe za odvzem otroka in izročitev otroka upniku, ko so že izčrpane možnosti za primarno – posredno izvršbo z izrekanjem denarnih kazni (238. d v zvezi z 226. členom ZIZ), ali ko se je v posebej utemeljenih primerih treba zanj odločiti takoj. Pričakovati je, da bosta veljavna ureditev postopka izvršbe in zavarovanja in oprava prisilne izvršitve z izvršilnim sredstvom neposredne izročitve ostala aktualna tudi v prihodnje tako pri uresničevanju ZO kakor tudi končnih odločb sodišča.⁷⁶

V postopkih iz družinskih razmerij je javnost izključena,⁷⁷ zato je tendenciozno poročanje v rumenem tisku neprimerno, še zlasti, če bi bilo otroka mogoče prepoznati.⁷⁸ V skladu z določili Zakona o sodiščih (ZS)⁷⁹ so poleg postopkov v zadevah zavarovanja in nepravdnih postopkov nujni tudi izvršilni postopki v razmerjih med starši in otroci. Da mora sodišče v postopku izvršbe in zavarovanja postopati hitro ter da je zaradi narave terjatve mogoče odstopiti od siceršnje dolžnosti reševanja zadev po vrstnem redu, pa izhaja tudi iz ZIZ.⁸⁰ Poudariti je treba, da nujnost hitrega postopanja pogosto pomeni dodatno težo in hudo obremenitev vseh udeleženih v postopku izvršitve sodne odločbe. Kljub temu in čeprav je odvzem otroka hud poseg v dotedanji način izvrševanja roditeljske pravice oziroma starševske skrbi, je treba posebno pozornost nameniti otroku, ki je dejansko pogosto potisnjen v vlogo "objekta" izvršilnih dejanj.⁸¹ Tako je treba tudi

⁷⁴ Podrobneje: Marolt, 2015, str. 91 in nasl.

⁷⁵ Glej tudi Žemva, nav. delo, str. 62–63 in Horvat Zec, nav. delo, str. 37.

⁷⁶ Ker bodo sodni postopki vodeni po pravilih nepravdnega postopka, bo tudi takšna končna odločba sklep. Podrobneje o tem: Čujović, 2017, str. 2 in nasl.

⁷⁷ Glej 406. in 407. člen ZPP.

⁷⁸ Npr.: „Poln avtobus otrok v solzah, 11-letnika odpeljali pod pretezo“ v Slovenskih novicah dne 15. 9. 2017.

⁷⁹ Glej 2. in 3. točko drugega odstavka 83. člena Zakona o sodiščih (ZS) Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08, 96/09, 86/10 – ZJNepS, 33/11, 75/12 – ZSPDLS-A, 63/13, 17/15 in 23/17 – ZSSve.

⁸⁰ Prvi in drugi odstavek 11. člena ZIZ.

⁸¹ Glej: Marolt, 2015, str. 104 in nasl.

v postopku izvršbe in zavarovanja v skladu z določilom 15. člena ZIZ⁸² smiselno uporabiti določbe ZPP, ki otroku omogočajo, da sodeluje v postopku, da se mu določi posebni zastopnik in da se sliši njegovo mnenje.⁸³ Takšno otrokovo vlogo in vpliv je treba omogočiti, saj ne le, da se v postopku odloča o njegovih pravicah in koristih, ampak se z izvršbo tudi dejansko korenito poseže v njegovo življenje. To je še zlasti pomembno, ko je od izdaje izvršilnega naslova do izvedbe preteklo že več časa, ko je otrok že dopolnil 15 let, ko v postopku pred izdajo izvršilnega naslova sploh ni bilo pridobljeno njegovo mnenje, ali ko je sodišče seznanjeno, da so se bistveno spremenile življenjske okoliščine otroka in podobno, saj bi seznanitev izvršilnega sodišča z novimi okoliščinami zagotovo omogočila lažjo presojo morebitnih predlogov o odlogu izvršbe in zagotovila večjo možnost upoštevanja otrokovega aktualnega stališča. Na nujnost seznanitve z otrokovim mnenjem in pomen njegovega upoštevanja pri odločitvah sodišča posebej opozarja tudi Ustavno sodišče RS.⁸⁴

Odločitev o predlogu za izvršbo in izvršbo na podlagi končne odločbe za izročitev otroka (sodba, sodna poravnava, sklep, tudi sklep o ukrepu za odvzem otroka staršem) je v pristojnosti okrajnega sodišča, na območju katerega ima stalno ali začasno bivališče oseba, ki ji je otrok zaupan v vzgojo in varstvo, ali sodišče, na območju katerega ima stalno ali začasno prebivališče oseba, proti kateri je predlog za izvršbo vložen.⁸⁵ Začasne odredbe v zakonskih sporih in postopkih iz razmerij med starši in otroki pa izrekajo in o njihovi izvršitvi odločajo okrožna sodišča,⁸⁶ kar bo veljalo tudi v prihodnje.⁸⁷ Sklep o začasni odredbi, izdan v pravnem ali nepravdnem postopku, ima učinek sklepa o izvršbi.⁸⁸ Na navedeno opozarja, ker bo postopek izvršitve sodne odločbe z odvzemom otroka v nadaljevanju opisan enovito in pri tem ne bova posebej opozarjali, ali gre za izvršbo ali zavarovanje, saj se tudi za ta postopek smiselno uporabljajo določila, ki urejajo izvršilni postopek,⁸⁹ za izvedbo postopka pa tudi ni pomembno, pred katerim "izvršilnim" sodiščem se vodi, okrajnim ali okrožnim. V vsakem primeru je treba z vso skrbnostjo zagotoviti uresničitev (bodisi začasne bodisi končne) sodne odločbe na način, ki bo za otroka čim manj obremenjujoč, saj je koristi otroka treba upoštevati v vseh fazah sodnih postopkov,⁹⁰ ne le v sodnem postopku do izdaje izvršilnega naslova.⁹¹

Izvršilno sodišče je zaradi načela formalne legalitete vezano na vsebino izvršilnega naslova in v postopku izvršitve, zlasti končne sodne odločbe, ni več mogoče presojati resničnosti dejstev glede terjatve ter materialnopravne pravilnosti in zakonitosti izvršilnega naslova. Tako se izvršilno sodišče ne more več opredeljevati, ali je odločitev sodišča o dodelitvi otroka, ki je vsebovana v izvršilnem naslovu, res

82 15. člen ZIZ: V postopku izvršbe in zavarovanja se smiselno uporabljajo določbe zakona o pravnem postopku, če ni v tem ali v kakšnem drugem zakonu drugače določeno.

83 409. in 410. člen ZPP.

84 Glej: D. Wedam Lukič, nav. delo.

85 238. a in 238. e člen ZIZ

86 Drugi in četrti odstavek 266. člena ZIZ.

87 Glej tudi: Novak, Družinski zakonik, str. 154, 155.

88 268. člen ZIZ. Podrobneje: Orož, nav. delo, str. 207–219.

89 239. člen ZIZ

90 Rijavec, nav. delo, str. 321 in nasl.

91 Primerjaj tudi sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Ip 2926/2017 z dne 11. 10. 2017 in sklep Višjega sodišča v Ljubljani IV Cp 786/2006 z dne 22. 3. 2006.

v največjo otrokovo korist.⁹² V sodni praksi je jasno zavzeto stališče, da izjema, predvidena v četrtem, petem in šestem odstavku 238. f člena ZIZ, ki omogoča odlog izvršbe v postopku izvršitve odločbe o stikih, za postopek izvršitve sodne odločbe glede varstva in vzgoje ne velja. Tako lahko sodišče o odlogu izvršbe odloča le po splošnih določbah ZIZ o odlogu.⁹³ Varovanje koristi otroka je v ZIZ posebej zagotovljeno zlasti v okviru posameznih določb v poglavju "Izvršba v zadevah glede varstva in vzgoje otrok ter glede osebnih stikov z otroki",⁹⁴ in sicer z določbami, ki omogočajo možnost izbire krajevne pristojnosti izvršilnega sodišča⁹⁵ in določajo nevezanost izvršilnega sodišča na predlagano izvršilno sredstvo upnika, saj lahko to svoj pravnomočni sklep celo spremeni in določi drugo izvršilno sredstvo, torej lahko sodišče ob upoštevanju konkretne okoliščine primera s svojimi uradnimi pooblastili izbere najprimernejše izvršilno sredstvo (izrekanje denarnih kazni osebi, ki ji je naložena izpolnitev obveznosti,⁹⁶ ali odvzem otroka in izročitev osebi, ki ji je zaupan v varstvo in vzgojo).⁹⁷ Posebno je tudi določilo, ki omogoča, da se lahko izvrši tudi sodna odločba, katere izrek ne določa izpolnitve obveznosti (oblikovalna)⁹⁸ in torej ne vsebuje izrecnega naloga določeni osebi, da mora izpolniti obveznost, tj. izročiti otroka, pa tudi ne opredeljuje roka za izvedbo določene izpolnitve.⁹⁹ Otroku v korist je nedvomno tudi učinkovanje sklepa o izvršbi *erga omnes*, saj se obveznost izročitve otroka naloži tako dolžniku, torej osebi, na katero se nanaša izvršilni naslov, osebi, ki lahko vpliva na izročitev otroka, kot tudi osebi, pri kateri je otrok v času izvršbe, pogosto so to stari starši, drugi sorodniki, vzgojitelji, učitelji ipd., pri čemer ni treba posebej poimensko navesti teh oseb, saj njihova dolžnost upoštevanja in ravnanja v skladu z izvršilnim naslovom izvira le iz dejanske okoliščine, da je otrok takrat skupaj z njimi.¹⁰⁰ S tako ureditvijo so presežene dileme glede subjektivnih meja pravnomočnosti sodnega sklepa. Izrednega pomena je možnost takojšnje uresničitve izvršilnega sklepa,¹⁰¹ kadar je dolžniku naložena takojšnja izpolnitev obveznosti, saj se sklep o izvršbi vroča ob opravi prvega izvršilnega dejanja, če zavezanec ni navzoč, pa celo naknadno, in odsotnost osebe, ki ji je treba odvzeti otroka, ni ovira za opravo izvršbe.¹⁰²

Očitno je, da mora "izvršilni sodnik", ki vodi postopek izvršitve, čim bolj poznati dejanske okoliščine otrokovega življenja in njegove posebne potrebe, lastnosti in vsakodnevne navade ter načrtovati izvršilna dejanja tako, da bo zagotovljena učinkovitost dovoljenega izvršilnega sredstva¹⁰³ in seveda kolikor je mogoče varovana korist otroka. Primarno izvršilno sredstvo bo vedno, ko je to le mogoče, posredna izročitev z izrekanjem denarne kazni, opredeljena v 238. d členu ZIZ, ki se izvršuje v skladu z 226. členom ZIZ. Le v posebej utemeljenih primerih in

92 Glej sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1765/2015 z dne 7. 10. 2015 in sklep Višjega sodišča v Ljubljani I lp 4449/2010 z dne 19. 1. 2011.

93 71., 72., 74., 75., 76. člen ZIZ.

94 Dvajseto a poglavje ZIZ.

95 238. a člen ZIZ.

96 Glej tudi Jelovšek, 2011, str. 26. Avtorica komentira sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP), št. 45082/05, S. I. proti Sloveniji, z dne 13. 10. 2011.

97 Tretji in četrty odstavek 238. b člena ZIZ.

98 Vsebuje na primer: »da se otrok dodeli v varstvo in vzgojo ...«.

99 Prvi in drugi odstavek 238. b člena ZIZ.

100 238. c člen ZIZ.

101 238. e člen ZIZ.

102 Glej tudi sklep Višjega sodišča v Ljubljani I lp 4449/2010 z dne 19. 1. 2011.

103 238. e v zvezi z 238. d členom ZIZ.

seveda, ko takšna primarna izvršitev ni uspešna, bo sodišče poseglo po skrajnem izvršilnem sredstvu neposredne izvršitve.¹⁰⁴ Takšen utemeljeni primer je v praksi huda ogroženost otroka, ko je treba otroka zaradi njegove zaščite takoj izločiti iz okolja. Tako bo sodišče že v sklepu o dovolitvi izvršbe odločilo, da se otrok odvzame staršu oziroma drugi osebi, pri kateri je, ter da se otrok izroči osebi, ki ji je s sodno odločbo zaupan v varstvo in vzgojo.¹⁰⁵ Sodišče bo v sklepu določilo tudi izvršitelja, ki mu bo zaupana oprava neposrednih izvršilnih dejanj,¹⁰⁶ določilo strokovno usposobljeno osebo, ki bo navzoča ob izvršbi (v praksi so to največkrat strokovni delavci pristojnega CSD), in z odredbo takoj pooblastilo izvršitelja, da lahko vstopi v zaprte prostore.¹⁰⁷

Okvirne določbe o imenovanju in poslovanju izvršiteljev vsebuje ZIZ v 26. poglavju,¹⁰⁸ podrobneje pa delovanje izvršiteljev opredeljuje Pravilnik o opravljanju službe izvršitelja (v nadaljnjem besedilu: pravilnik).¹⁰⁹ Med opravili izvršitelja v zadevah izvršbe in zavarovanja, ki jih določa pravilnik, je v 23. točki 38. člena opredeljen tudi »odvzem otroka in njegova izročitev upniku (238. e in 238. f člen ZIZ)« ter v 28. točki istega člena posebej še dejanja v zvezi z izvršitvijo začasnih odredb.

Po tem, ko izvršilno sodišče uspe izvršitelju vročiti izvršilni sklep, nastopi njegova faza neposredne oprave dejanj izvršbe. V tem delu se pokažejo vsa izvršiteljeva strokovna izkušnost, osebna iznajdljivost, pronicljivost, sposobnost predvidevanja morebitnih zapletov in zmožnost koordiniranja izvršilnih dejanj s strokovnim sodelavcem CSD, ki ga je sodišče določilo, da je navzoč ob opravi izvršbe. Glede na okoliščine primera, kadar je potrebna asistenca, tudi sposobnost usklajenega načrtovanja in izvajanja aktivnosti s policisti, ključavničarji, gasilci, po potrebi tudi z reševalci. Opozoriti je treba, da izbira izvršitelja ni preprosta, saj mora biti izkustveno in strokovno kos zaupani nalogi, da bo zmožel in znal zadostiti temeljnemu pričakovanju in zahtevam o varovanju otrokovih koristi. Težava nastane pri vročanju sklepov v zvezi z nujnimi ZO, saj izvršitelji nimajo organiziranih dežurstev in se zastavlja vprašanje, kako zagotoviti opravo neposredne izvršitve sodne odločbe v času večdnednih praznikov, ob koncih tedna ipd. Z začetkom uporabe DZ bodo bistveno več takih in podobnih dilem morali reševati družinski sodniki, saj bo CSD izvedel nujni odvzem otroka le v primeru hude ogroženosti, ki bo zahtevala takojšnje ukrepanje. V vseh drugih primerih ogroženosti otroka in potrebe po njegovi izločitvi iz zanj škodljivega domačega okolja pa bo treba izdati ZO (na predlog ali po uradni dolžnosti) in tudi nujno zagotoviti za njeno realizacijo.

Iz splošnih določil pravilnika je mogoče povzeti, kako si lahko delovni čas določi izvršitelj sam,¹¹⁰ to pa lahko povzroči težave pri vročanju sodnih pisanj. V času modernih komunikacijskih tehnologij bo verjetno mogoče priti v stik z izvršiteljem

104 Glej tudi: Jelovšek, 2013.

105 Glej: Orož, nav. delo, str. 207–219.

106 44. a člen ZIZ

107 Tretji odstavek 49. člena ZIZ.

108 280. člen ZIZ in nasi.

109 Pravilnik o opravljanju službe izvršitelja (v nadaljnjem besedilu: pravilnik), Uradni list RS, št. 18/2003, 83/2006, 59/2011, 35/2016.

110 18. člen pravilnika.

po mobilnem telefonu ali e-pošti, pa vendar se ob takšni organiziranosti lahko zgodi tudi, da sodišče v času neuradnih ur ne bo uspelo vročiti sodne odločbe določenemu izvršitelju ali da bodo morda pri izvršitelju kakšni zadržki, zaradi katerih ne bo mogel takoj prevzeti oz opraviti svojega dela. V pravilniku ni posebej opredeljeno, za katere primere velja obveznost izvršitelja, da določi začasnega namestnika,¹¹¹ če velja to v le času dopustov ali daljših odsotnosti iz zdravstvenih razlogov, kot to določa ZIZ, koliko časa mora trajati taka odsotnost, niti kako se seznaniti s takimi okoliščinami,¹¹² saj obvestilo pred poslovnim prostorom izvršitelja, predvideno v 19. členu pravilnika, najverjetneje ne bo zadoščalo in je vprašljivo, če bo sodišče z njim seznanjeno.

Na opisane možne težave pri vročanju sodnih pisanj izvršiteljev opozarjava, ker je od trenutka izvršiteljevega prejema sklepa o določitvi izvršitelja, ki mu mora biti priložen tudi sklep izvršbi oz. o zavarovanju in druge morebitne listine, ki so izvršitelju potrebne za opravo izvršbe, odvisen začetek opravljanja neposrednih dejanj izvršbe in zavarovanja.¹¹³ Pri tem prav tako ni nepomembno, da je potrebno izvršitelju posredovati tudi odpravke sklepov in druge listine in pisanja, kadar mu naložimo, da jih je ob opravljanju izvršilnih dejanj dolžan vročiti strankam ali drugim udeležencem postopka. Glede na navedeno je tako nujno najti zanesljive možnosti, da bo sodišče lahko prišlo v kontakt z izvršiteljem in da mu bo mogoče zanesljivo in varno predati tudi vse potrebne sodne odločbe in druga pisanja. Dodaten zastoj lahko povzroča tudi možnost izločitve izvršitelja na predlog strank ali samega izvršitelja, poleg tega pa ZIZ določa tudi izločitvene razloge, v primeru obstoja katerih izvršitelj ne sme opravljati neposrednih dejanj izvršbe, saj sicer izvršiteljevo dejanje nima pravnih učinkov.¹¹⁴ Tudi izvršiteljevo delo mora potekati po vrstnem redu, pri čemer je izvršitev sodnih odločb, izdanih v družinskih zadevah, nedvomno prednostna.

Pravilnik v 5. poglavju, ko opredeljuje dejanja izvršitelja v zadevah glede varstva in vzgoje otrok ter glede osebnih stikov z otroki,¹¹⁵ vsebuje nekatere specialne določbe o načinu izvršitve odločb o varstvu otroka in konkretnije opredeljuje izvršiteljeve naloge in način postopanja. Izvršitelj mora vzpostaviti kontakt s strokovno osebo in v sodelovanju z njo določiti kraj in čas odvzema otroka, pri katerem mora biti ta tudi navzoča. Pravilnik mu nalaga tudi dolžnost prizadevanja, da bodo koristi otroka čimbolj varovane, zaradi česar izvršitelju omogoča, da lahko pridobiva podatke, potrebne za ugotovitev najprimernejšega časa in kraja odvzema otroka. Pravilnik posebej določa, da se otrok, ki obiskuje vzgojno varstveno ali vzgojno izobraževalno ustanovo, odvzame ob koncu dnevnega programa v tej ustanovi, razen če je zaradi koristi otroka potreben drugačen odvoz, o primernosti takega odvzema pa obstajajo pomisleki.¹¹⁶ Oprava izvršilnega dejanja mora biti hitra, brez

111 19. člen pravilnika: Obvestilo o določitvi začasnega namestnika mora izvršitelj, začasni namestnik ali predsednik Zbornice izvršiteljev izobesiti na vidnem mestu v poslovnem prostoru izvršitelja ali pred njim. Na obvestilu morajo biti navedeni ime, priimek in sedež začasnega namestnika.

112 294. c člen ZIZ.

113 31. člen pravilnika.

114 44. a v zvezi z 288. člen ZIZ.

115 128. do 134. člen pravilnika.

116 Varuh človekovih pravic meni, da šola ni primeren prostor za izvedbo izvršbe, če obstaja možnost izvršbe drugod in to ni v škodo otroku. Poudarja, da bi morala biti izvršba izpeljana brez navzočnosti drugih otrok. Glej: Prisilni odvoz otroka na osnovni šoli < <http://www.varuh-rs.si/o-instituciji/podrocja-dela-varuha/>

vednosti zavezanca, kateremu je treba odvzeti otroka, ali druge osebe, pri kateri bi moral biti otrok. Izvršitelj mora najmanj 24 ur pred opravo izvršilnega dejanja, v izjemnih primerih pa tudi v krajšem času, o kraju in času obvestiti osebo, ki ji je treba izročiti otroka, in tej osebi tudi omogočiti navzočnost pri odvzemu, pri tem pa upoštevati varstvo koristi otroka.¹¹⁷ Pravilnik izrecno določa prepoved vnaprejšnje obvestitve dolžnika oz. zavezanca pred odhodom na kraj oprave izvršilnih dejanj,¹¹⁸ po drugi strani pa mora izvršitelj v primeru oprave izvršilnih dejanj v zvezi z izvršitvijo začasnih odredb in v zvezi z odvzemom otroka in izročitvijo upniku, vedno o kraju in času oprave izvršilnih dejanj obvestiti upnika,¹¹⁹ ga seznanimi s pravico, da je navzoč pri neposredni izvršbi in ga seznanimi s posledicami njegove odsotnosti, ki v nekaterih primerih lahko povzroči tudi odložitev oprave izvršilnih dejanj, če v primeru obvezne udeležbe upnika izvršitelj ne pridobi pravočasno nadaljnjih ustnih navodil sodišča.¹²⁰ Praktično to pomeni, da je za učinkovito izvršitev sodne odločbe potrebno, da je tudi sodnik, ki je izdal odločbo, ves čas seznanim z načrtovanim potekom izvedbe neposrednih izvršilnih dejanj, da je dosegljiv in da sodeluje z izvršiteljem.

Meniva, da bi k hitrosti in učinkovitosti izvršbe ter varovanju koristi otroka bistveno pripomoglo, če sodišče izvršitelju sporoči čim več podatkov, ki jih ima na voljo, ker jih je pridobilo že med postopkom (npr. o bivalnem okolju, družinskih razmerah, socialni mreži otroka, morebitnih psihofizičnih omejitvah, zdravstvenih težavah, osebnostnih lastnostih staršev ali otroka, ki bi bile morda pomembne za uspešno izvedbo izvršilnih dejanj, ipd.). Prav tako ne bi bila odveč seznanitev izvršitelja z morebitnimi dnevnimi navadami otroka (zaposlitev staršev, organizacija varstva oziroma šole otroka, priložnosti aktivnosti otroka ipd.).

Poleg tega opozarjava, da ni nemogoče, da bo treba posamezna dejanja neposredne izvršbe izvajati tudi ob nedeljah, dela prostih dneh ali ponoči (med 22. in 6. uro), kar sicer kot možnost predvideva tudi pravilnik, vendar le v primeru, če to sodišče oziroma drug organ posebej odredi ali to predlaga izvršitelj.¹²¹ Izvršitelj za nasilni vstop v zaklenjeni prostor, ko dolžnik ni navzoč ali pa noče odpreti prostora, potrebuje posebno odredbo sodišča, ki jo sodišče izda skupaj z določitvijo izvršitelja. Izvršitelj lahko sam odpre zaprta vrata in tudi sam zamenja uničeno ključavnico, lahko pa pritegne k opravi dejanj tudi za to usposobljenega strokovnjaka ustrezne stroke in je za pravilno izbiro ustreznega strokovnjaka tudi odgovoren.¹²² Pri opravi izvršilnih dejanj si mora izvršitelj prizadevati za zagotovitev reda in miru, pri čemer lahko celo odredi odstranitev oseb, ki motijo opravo izvršilnih dejanj ali se nedostojno obnašajo, četudi so to stranke oziroma udeleženci v postopku izvršbe. Izvršitelj lahko pri opravi izvršilnih dejanj zagotovi tudi prisotnost in pomoč policije, vendar tudi v tem primeru »ostane odgovorni vodja izvršilnega dejanja«.¹²³

varstvo-otrokovih-pravic/novice/detajl/prisilni-odvzem-otroka-na-osnovni-soli/?cHash=0e948921dd913c15f3b05d6b60528e49> (25. 6. 2018).

117 129. člen pravilnika.

118 48. člen in tretji odstavek 129. člena pravilnika.

119 Četrty odstavek 238. e člena ZIZ.

120 Člen 49 in četrty odstavek 129. člena pravilnika.

121 41. člen pravilnika.

122 44. člen pravilnika.

123 45. člen pravilnika.

Posebna ureditev načina odvzema otroka v 130. členu pravilnika konkretizira določilo 238. e člena ZIZ in omogoča, da lahko izvršitelj otroka odvzame vsaki osebi, pri kateri je v času oprave izvršilnega dejanja, tudi če ni poimensko navedena v odločbi, pri čemer ni nujno, da je zavezanec v času odvzema sploh prisoten. Kadar je v sodni odločbi določeno, da je treba otroka izročiti takoj, bo izvršitelj tudi sklep o izvršbi s prilogami vročil zavezancu ali osebi, pri kateri je otrok, neposredno ob opravi izvršilnega dejanja odvzema. Če otroka ni na kraju, kjer naj bi se izvedel odvzem otroka, skuša izvršitelj takoj ugotoviti, kje otrok je in odvzem opraviti tam.¹²⁴ Neuspešnost oprave dejanja lahko pomeni ponavljanje izvršilnih dejanj, izvršitelj mora opraviti poizvedbe in če ne more takoj ugotoviti, kje je otrok, določi nov kraj in čas odvzema otroka.

Izvršitelj mora o vsakem dejanju napraviti zapisnik, če odvzem in izročitev otroka ne potekata hkrati, pa mora zagotoviti, da se izročitev opravi čim prej in upniku ob opravi dejanja izdati potrdilo o izročitvi otroka. Po opravi vseh izvršilnih dejanj v posamezni zadevi mora izvršitelj sodišču in upniku poslati tudi pisno poročilo v osmih dneh o načinu in pomembnih dogajanjih med njihovo opravo.¹²⁵

Po dosednji ureditvi se izvršitelji ne srečujejo tako pogosto z izvršitvijo odločb z odvzemom otroka, kot se bodo v prihodnje. Iz aktualnega Pravilnika o programu in načinu opravljanja izpita za izvršitelja¹²⁶ tudi ni razvidno, da bi bila v zvezi s tovrstnimi nalogami, ki zahtevajo varovanje otrokovih koristi, predvidena zanje posebna znanja ali posebne izkušnje, razen preverjanja znanj iz osnov družinskega prava oziroma opredelitev in razumevanje pojmov družinskega prava.¹²⁷ Tudi Pravilnik o programu, pogojih in načinu opravljanja dodatnega izpita za izvršitelja¹²⁸ ne vsebuje določb o tem. Kljub temu, zanimivo, pravilnik izvršitelju omogoča, da odstopi od izvršitve odločbe sodišča, vendar pa je to predvideno le za odločbo o osebnih stikih, ki naj bi se le v izjemnih primerih izvajala z neposredno izročitvijo,¹²⁹ in to v primeru otrokovega nasprotovanja stikom, pri izvrševanju odločb o odvzemu pa takšen odstop ni predviden in je tudi odlog izvršbe mogoč izjemoma.¹³⁰

3 PRAKTIČNI VIDIKI

Na Okrožnem sodišču v Celju so v zadnjih štirih letih izvršili tri ZO glede varstva in vzgoje otrok z neposredno izročitvijo po 238. e členu ZIZ. V dveh primerih je sodišče v postopku zavarovanja najprej odločilo, da se izvršba opravi s posredno izročitvijo, torej izrekanjem denarne kazni dolžniku. Šele po neuspešnosti primamo določenega izvršilnega sredstva je odločilo, da se izvršba opravi z odvzemom in izročitvijo otroka, v tretjem primeru pa je staršema določilo kratek rok za prostovoljno

124 Glej sklep Višjega sodišča v Mariboru I lp 950/2011 z dne 7. 10. 2011 (sodišče se v njem opredeljuje glede pravilnosti ravnanja izvršitelja po neuspelem odvzemu otroka).

125 53.–60. člen in 131. člen pravilnika.

126 Pravilnik o programu in načinu opravljanja izpita za izvršitelja, Uradni list RS, št. 12/2007.

127 Glej 4. člen Pravilnika o programu in načinu opravljanja izpita za izvršitelja, ki določa področja preverjanja znanj v okviru programa izpita za izvršitelja.

128 Pravilnik o programu, pogojih in načinu opravljanja dodatnega izpita za izvršitelja, Uradni list RS, št. 15/2003.

129 Glej: Jelovšek, 2013 in Keresteš, nav. delo.

130 Po merilih iz 71. člena ZIZ in nasl.

izročitev otroka in takoj določilo izvršilno sredstvo neposredne izročitve v primeru prostovoljne neizpolnitve obveznosti. Vse ZO so bile uresničene z izvršiteljem, v vseh primerih ob navzočnosti strokovnih delavk CSD, ki so otroka in starše zaradi predhodnega dela z družino že poznale.

V dveh primerih so bili odvzemi otroka izvršeni v šoli oziroma ob sodelovanju šole. V prvem primeru je odvzem potekal v šoli po pouku in brez asistence policije. V drugem primeru pa na poti, ob vračanju otroka iz šole v naravi, bila pa je potrebna tudi asistenca policije, ko je izvršitelj staršu po odvzemu otroka izročal izvršilne listine. V tretjem primeru je bilo treba izvršiti ZO z neposredno izročitvijo in odvzeti otroka staršema na domu. V tem primeru sta bili asistenca in aktivna pomoč policistov pri celotnem načrtovanju izvršitve ZO ključnega pomena za njeno uspešnost in izvršitev brez nasilnega vstopa v stanovanje. Policisti so glede na svoje predhodno poznavanje družine izvršitelju pomagali predvideti možnosti zapletov pri izvršilnem dejanju, zaradi katerih bi bil lahko otrok ogrožen in zaradi njegove zaščite, pa tudi zaradi zagotovitve varnosti članov njegove družine in udeležencev postopka izvršitve, aktivno so usmerjali izvršitelja, da je poleg strokovnih delavk CSD, s katerimi je usklajeval potek postopka, zagotovil tudi navzočnost ekipe nujne medicinske pomoči, gasilcev s ponjavo oziroma gasilsko lestvijo in ključavničarja. Predstavniki policije so zagotovili, da so bili poleg komandirja in njegovega pomočnika navzoči tudi drugi policisti, kriminalistična tehnika in policisti kriminalisti ter celo policijski pogajalec. Sleherni udeleženec je imel dodeljeno skrbno načrtovano vlogo, naloga je potekala po predvidenem načrtu, izjemno pa se je izkazal policijski pogajalec, ki je uspel prepričati starša, da sta končno sama izročila otroka.

4 SKLEP

Strokovni delavci CSD imajo včasih težave z izvršitvami svojih upravnih odločb (upravna izvršba), ker ne morejo vstopati v zaprte prostore, če jim tega starši ne dovolijo. Lahko si zagotovijo asistenco policije, vendar je ta do nasilnih vstopov v zaprte prostore zadržana. Strokovni delavci CSD se zato pri izbiri kraja in časa odvzema otroka zanašajo na lastno iznajdljivost, saj poseben protokol za odvzem otrok ne obstaja. Najpogosteje odvzeme otrok opravijo v šoli, vrtcu ali bolnišnici. Odvzemi otrok v šoli ali vrtcu so deležni kritik in pomislekov (varuh človekovih pravic, šolniki), zato je treba s strokovnjaki obravnavati problematičnost takšnih odvzemov otrok in najti rešitve, ki bodo zmanjšale neugodne dejavnike.

Z začetkom uporabe DZ bodo sodišča izrekala več ukrepov za varstvo koristi otrok. Pričakovati je veliko povečanje izvršilnih postopkov, zlasti pa postopkov zavarovanja z odvzemi otrok, pri katerih bo treba zagotoviti sodelovanje izvršiteljev. Tudi izvršitelji nimajo natančnejšega protokola o izvajanju dejanj neposredne izvršbe oziroma zavarovanja glede odvzemov otrok, kar zna biti težavno. Prepuščeni so lastnim izkušnjam, iznajdljivosti in interesu za dodatna usposabljanja. Pri tem velja posebej poudariti, da posebnih strokovnih usposabljanj in znanj ter dodatnih preizkusov usposobljenosti za opravljanje neposrednih izvršilnih dejanj v družinskih zadevah glede ravnanja v korist otroka izvršitelji nimajo. Zato pogosto tudi nimajo dovolj izkušenj za to zahtevno in posebno nalogo. Meniva, da bo izvršiteljem treba

omogočiti specializacijo ali vsaj večji obseg izobraževanj in usposabljanj. Izkušeni in strokovno usposobljeni izvršitelj mora namreč biti odgovorni vodja izvršilnega dejanja kljub navzočnosti oziroma asistenci policije. Policija mora nuditi le asistenco izvršitelju, pametno pa bi bilo v kritičnih primerih zagotoviti pomoč njihovih posebej usposobljenih strokovnjakov (npr. pogajalcev), zaradi česar je načelno in v vsakem posameznem primeru opravljanja neposrednih izvršilnih dejanj treba jasno določiti naloge ter uskladiti vloge in pričakovanja vseh deležnikov, vključno s strokovnimi delavci CSD. Zagotoviti bo treba dostopnost izvršiteljev, morda tudi dežurstvo za "družinsko izvršbo" usposobljenih izvršiteljev na ravni države. Vzpostaviti je treba varno komunikacijsko pot med sodišči in izvršiteljem za vročanje izvršilnih pisanj izvršiteljem, sodišče pa mora izvršitelju, ki ga določi za opravo neposrednih izvršilnih dejanj, dati tudi čim več informacij o starših in otroku, ki jih v postopku že ima.

Odvzem otroka je boleč poseg za starše in otroka in je čustveno in strokovno izredno zahtevna naloga za vse udeležene v postopku uresničitve sodne odločbe, ki jo dostikrat otežujejo še mediji, nevladne organizacije, tudi odvetniki. Treba je sistemsko urediti primeren način seznanjanja javnosti in si prizadevati za dvig njihove kulture poročanja z vidika varovanja koristi otrok ter zagotoviti tudi primerne oblike za pričakovane pogostejše stike z javnostjo. Koristno bi bilo tudi na primeren način seznaniti nevladne organizacije, da sta delovanje sodišč in strokovno prizadevanje sodnikov usmerjeni v zaščito ogroženega otroka in da ni namen sodišča neutemeljeno posegati v ustavno varovane pravice staršev.

Nujna so skupna usposabljanja vseh deležnikov (sodnikov, izvršiteljev, strokovnih delavcev CSD in policistov), ki sodelujejo pri skupni nalogi odvzema otroka zaradi prenosa znanj in izmenjave informacij o dosedanjih dobrih in slabih izkušnjah, analize dobrih praks, izdelave osnovnih smernic usklajenega delovanja in vsestranskega strokovnega sodelovanja ter določnejše opredelitve medsebojnih pričakovanj, vse za lažje, hitrejše in učinkovite izvedbe izvršbe in varovanje otrokove dobrobiti pri tem najhujšem ukrepu.

Dobro sodelovanje sodnika, ki vodi izvršbo oziroma postopek zavarovanja, in vseh drugih udeleženih v postopku neposredne izvršitve (CSD, izvršitelj, policija) ter strokovna usposobljenost, praktična izkušnost in usklajeno medsebojno delovanje so pogoj za manj improvizacij in ravnanja po "zakonskem robu", ki se jim je treba v situacijah, v katerih gre za dobrobit otroka, izogniti.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- CAHARIJAZ FERME, Nada. Rejništvo in stiki. *Pravna praksa*, 2017, št. 19, str. 14–16.
- ČUJOVIČ, Matej. Novi izzivi v civilnem procesnem pravu, uporaba Zakona o pravnem postopku v nepravdnih postopkih. *Podjetje in delo*, 2017, št. 6–7, str. 2.

- ČUJOVIČ, Matej. *Ukrepi za varstvo koristi otrok*. Delovno gradivo za Civilnopravno sodniško šolo. Portorož 2018.
- HORVAT ZEC, Branka. Otrok v postopku izvršbe. *Zbornik referatov in razprav, Otrok v vrtincu odločitev institucij*, 2009, št. 1, str. 37.
- JELOVŠEK, Tadeja. Pravno varstvo in uveljavljanje pravice do stikov. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 2013.
- JELOVŠEK, Tadeja. Uveljavljanje načela otrokovih koristi ne sme voditi v arbitrarnost. *Pravna praksa*, 2011, št. 43, str. 26.
- KERESTESŠ, Tomaž. Kazni in sodni penali v izvršilnem postopku. *Podjetje in delo*, 2008, št. 6–7.
- KONČINA PETERNEL, Mateja. Družinska razmerja. *Pravna praksa*, 1994, št. 8, str. 25–27.
- KONČINAPETERNEL, Mateja. Nekatera vprašanja v zvezi z družinskopravnimi spori. *Pravosodni bilten*, 2005, št. 1, str. 29–33.
- KONČINA PETERNEL, Mateja. Pristojnosti centrov za socialno delo – odvzem ogroženega otroka. *Pravna praksa*, 1997, št. 16, str. 12–13.
- KONČINA PETERNEL, Mateja. Varstvo koristi otrok – ukrepi in postopek centrov za socialno delo. *Pravna praksa*, 1997, št. 3, str. 8–13.
- KONČINA PETERNEL, Mateja. Zaupanje otroka drugi osebi – aktualni problemi. *Pravni letopis, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani*, 2009, str. 185.
- KRIŽNIK, Alenka. Začasna odločba o odvzemu otroka. *Pravna praksa*, 2016, št. 29–30, str. 23–24.
- MAROLT, Nadja. Ukrepi za varstvo otrokove koristi po Družinskem zakoniku. *Odvetnik*, 2018, št. 85, str. 60.
- MAROLT, Nadja. Varstvo otrokove koristi v postopku izvršbe in zavarovanja v zadevah glede varstva in vzgoje otrok ter osebnih stikov z otroki. *Pravnik*, 2015, št. 1–2, str. 91.
- MIKUŠ KOS, Anica. *Duševno zdravje otrok današnjega časa*. Radovljica: Založba Didakta, 2017.
- MURGEL, Sendi. Postopek posvojitve in najboljša korist otroka. *Podjetje in delo*, letn. 2016, št. 6–7, str. 1066.
- NOVAK, Barbara. *Družinski zakonik z uvodnimi pojasnili*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017.
- NOVAK, Barbara. *Družinsko pravo, 2. spremenjena in dopolnjena izdaja*. Ljubljana: Uradni list RS, 2017.
- NOVAK, Barbara. Odvzem otroka v sodnem ali upravnem postopku. *Pravnik*, 2009, št. 5–6, str. 328.
- OROŽ, Damjan. Izvršilni del začasnih odredb, izdanih v sporih iz razmerij med starši in otroki. *Pravosodni bilten*, 2013, št. 4, str. 207–219.

- Predlog za javno razpravo o Družinskem zakoniku, 31. 5. 2016.
- Predlog Zakona o nepravdnem postopku (ZNP-1) z dne 4. 4. 2018 (delovno gradivo).
- RIBAŠ, Drago. *K "Pristojnosti centrov za socialno delo - odvzem ogroženega otroka"*. Pravna praksa, letn. 1997, št. 20, str. 14.
- RIJAVEC, Vesna. *Civilno izvršilno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- WEDAM LUKIČ, Dragica. Ustavnopravni vidiki razmerja med starši in otroki. *Zbornik v čast Karla Zupančiča: družinsko in dedno pravo pred izzivi prihodnosti: zbornik znanstvenih razprav v čast 80. rojstnega dne zaslužnega profesorja dr. Karla Zupančiča*, Pravna fakulteta Ljubljana, 2014.
- ŽEMVA, Barbara. Izkušnje psihologinje pri delu z otroki. Strokovni posvet ob evropskem dnevu civilnega sodstva, 2008, str. 62–63.
- ZUPANČIČ, Karel. *Družinsko pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 1999.

Sodna praksa:

- Sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Ip 4449/2010 z dne 19. 1. 2011.
- Sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Ip 4449/2010 z dne 19. 1. 2011.
- Sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Ip 2926/2017 z dne 11. 10. 2017.
- Sklep Višjega sodišča v Ljubljani IV Cp 786/2006 z dne 22. 3. 2006.
- Sklep Višjega sodišča v Mariboru I Ip 950/2011 z dne 7. 10. 2011.
- Sklep Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 161/2013 z dne 11. 7. 2013
- Sodba Upravnega sodišča RS I U 1084/2017 z dne 11. 7. 2017.
- Sodba Upravnega sodišča RS X Ips 477/2004 z dne 3. 4. 2008.
- Sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1765/2015 z dne 7. 10. 2015.
- Sodba Vrhovnega sodišča RS I Up 1139/2005 z dne 16. 11. 2005.
- Sodba Vrhovnega sodišča RS I Up 196/2001 z dne 2. 12. 2004.
- Sodba Vrhovnega sodišča RS X Ips 477/2004 z dne 3. 4. 2008.

Spletni viri:

- Katalog javnih pooblastil, nalog po zakonu in storitev, ki jih izvajajo CSD <<https://www.scsd.si/katalogi/katalog-javnih-pooblastil/>> (27. 6. 2018).
- Prisilni odvzem otroka na osnovni šoli < <http://www.varuh-rs.si/o-instituciji/podrocja-dela-varuha/varstvo-otrokovih-pravic/novice/detajl/prisilni-odvzem-otroka-na-osnovni-soli/?cHash=0e948921dd913c15f3b05d6b60528e49>> (25. 6. 2018).

PRAVNE IN DEJANSKE OVIRE PREGONA STORILCEV KAZNIVIH DEJANJ V ZVEZI S PONAREJENIMI ZDRAVILI

Sedin Kičin, višji pravosodni svetovalec, Okrožno državno tožilstvo v Mariboru
mag. Jasmina A. Tabaković, višja pravosodna svetovalka, Vrhovno državno
tožilstvo RS

1 UVOD

Ponarejena zdravila na evropskem in svetovnem trgu kažejo na razsežnost problematike¹ in resno ogrožajo javno zdravje, škodujejo pacientom, povzročajo izgube v proračunih in olajšujejo širjenje drugih oblik organiziranega kriminala. Taka zdravila so problematična z vidika farmacevtske in medicinske stroke, pravic intelektualne lastnine, pa tudi odkrivanja, pregona in dokazovanja kaznivega dejanja, kar onemogoča predvsem prodaja prek spleta, ki toksičnim zdravilom olajša vstop na trg. Internet je danes del vsakodnevne komunikacije, zato spletna prodaja narašča. Podatek o številu spletnih strani s prodajo zdravil v Evropski uniji (EU) kaže, da gre v 97 % od 30.000 spletnih strani s prodajo zdravil za prodajo ponarejenih zdravil.²

V Sloveniji je zakonita dobavna veriga dobro urejena na podlagi prenosa evropske zakonodaje,³ vendar javno zdravje lahko ogrožajo tudi ponarejena zdravila, ki do pacientov ne pridejo po urejenih poteh. Po svetu naj bi bilo kar 10 % zdravil ponarejenih, zaradi njihovega uživanja pa dnevno umre več tisoč ljudi, še posebej v afriških državah in državah brez stroge kontrole. Tam zaradi teh zdravil letno umre okoli milijon ljudi.⁴ Razsežnost ponarejenih zdravil se kaže tudi v dobičkonosnosti. Posel s ponarejenimi zdravili naj bi bil vreden več milijard dolarjev, pri čemer se ocene gibljejo od 40 do 200 milijard dolarjev⁵ in je tako donosnejši od posla s prepovedanimi drogami.

Ker so ponarejena zdravila nevarna za človekovo zdravje in življenje, saj so izdelana v skritih in nečistih okoljih, brez pravih sestavin oziroma s škodljivimi in nevarnimi sestavinami, prav tako se neustrezno skladiščijo in prevažajo, je nujno potrebno ustrezno ukrepanje državnih organov. Obseg problematike se odraža

1 V letih 2012 in 2014 sta Europol in Interpol v okviru operacij Pangea, Vigorali in Tribulus odkrila mednarodne verige za razširjanje ponarejenih zdravil, vir: <https://www.interpol.int/Crime-areas/Pharmaceutical-crime/Operations/Operation-Pangea> (28. 9. 2018).

2 Farmacevtski kriminal razkriva, da so najpogostejše ponarejena zdravila za zdravljenje raka, aidsa, malarije, tuberkuloze, erektilne motnje in drugih bolezenskih stanj, in sicer v obliki cepiv, poživil, dopolnil in tudi ponarejenih medicinskih pripomočkov.

3 Resolucija Evropskega parlamenta z dne 23. oktobra 2013 o organiziranem kriminalu, korupciji in pranju denarja in Poročilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu o prenosu 118. a člena Direktive 2001/83/ES z dne 8. junija 2011, COM(2018) 49, končna z dne 26. 1. 2018.

4 Growing threat from counterfeit medicine, vir <http://www.who.int/bulletin/volumes/88/4/10-020410/en/> (28. 9. 2018).

5 Povzeto 20 Shocking Counterfeit Drug Statistics, vir <https://healthresearchfunding.org/20-shocking-counterfeit-drugs-statistics> (29. 9. 2018).

tudi v analizi državnotožilske prakse, ki nudi podatke o (ne)učinkovitosti pregona storilcev kaznivih dejanj in odpira vprašanje o primernosti obstoječe inkriminacije.

2 PРАВNA UREDITEV PONAREJENIH ZDRAVIL

Farmacevtski kriminal, kamor spadajo tudi ponarejena zdravila, je zelo škodljivo za človekovo zdravje in življenje. Pot ponarejenega zdravila do pacienta, ki želi ozdraveti, je preprosta, saj pacient iz različnih razlogov velikokrat sam poišče zdravilo. EU in mednarodne institucije ugotavljajo, da državni ukrepi niso učinkoviti proti farmacevtskemu kriminalu, ki uspešno vstopa na trg zdravil, prodaja prek spleta pa omogoča njegov razcvet, zato so v boju proti ponarejenim zdravilom sprejele akte, med katerimi je temeljni dokument Konvencija o ponarejanju medicinskih izdelkov in podobnih kaznivih dejanjih, ki ogrožajo javno zdravje, t. i. »Medicrime konvencija«,⁶ zelo pomembni za pravne rede držav članic EU pa sta tudi Direktiva 2011/62 o ponarejenih zdravilih,⁷ in t. i. Izvedbena uredba 699/2014.⁸

2.1 Mednarodni in evropski predpisi

»Medicrime konvencija« je prva in edina mednarodna pogodba, ki se ukvarja s problemom ponarejanja medicinskih izdelkov in ponarejenih zdravil. Sprejeta je bila leta 2011 v Moskvi, veljati pa je začela leta 2016. Konvencija je podlaga za pregon naslednjih kriminalnih dejanj: ponarejanje medicinskih izdelkov, promet s ponarejenimi medicinskimi izdelki, ponarejanje dokumentov, izdelava, promet na debelo in drobno, posredovanje pri dobavi ali dajanju v promet zdravil brez ustreznih dovoljenj in medicinskih pripomočkov, ki ne izpolnjujejo zahtev o skladnosti, ter nezakonita uporaba dokumentov.

Konvencijo je ratificiralo 11 držav, 16 držav jo je podpisalo, tudi naše sosednje države Hrvaška, Italija, Avstrija in Madžarska. Slovenija in EU konvencije še nista podpisali.

V okviru *evropskega pravnega reda* je zelo pomembna Direktiva 2011/62 o ponarejenih zdravilih. Ta direktiva, ki je spremenila Direktivo 2001/83, je bila sprejeta leta 2011 kot odziv na naraščajočo ogroženost zaradi ponarejenih zdravil.

Direktiva 2011/62 določa zahteve, ki jih morajo izpolnjevati tako proizvajalci zdravil kakor tudi trgovci na debelo, vzporedni trgovci in posredniki. Te zahteve vključujejo obveznosti namestitve zaščitnih elementov in preverjanja avtentičnosti posamezne enote zdravila. Uvedla je strožja pravila za uvoz zdravilnih učinkovin in okrepila nadzor ter inšpekcije proizvajalcev zdravilnih učinkovin. Uvedla je tudi dodatne

6 Konvencija Sveta Evrope o ponarejanju medicinskih izdelkov in podobnih kaznivih dejanjih, ki ogrožajo javno zdravje (»Medicrime konvencija«), Moskva, 28. 10. 2011.

7 Direktiva 2011/62/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2011 o spremembi Direktive 2001/83/ES o zakoniku Skupnosti o zdravilih za uporabo v humani medicini glede preprečevanja vstopa ponarejenih zdravil v zakonito dobavno verigo, Uradni list L 174/74 z dne 1. 7. 2011.

8 Izvedbena uredba Komisije (EU) št. 699/2014 z dne 24. junija 2014 o zasnovi skupnega logotipa za identifikacijo oseb, ki ponujajo zdravila v prodajo javnosti na daljavo, ter o tehničnih, elektronskih in kriptografskih zahtevah za preverjanje avtentičnosti, Uradni list št. L 184, 25. 6. 2014.

varnostne zahteve pri prodaji zdravil prek spleta. Z namenom preprečevanja vdora ponarejenih zdravil v zakonito dobavno verigo se je z njo tudi vzpostavila obveznost namestitve zaščitnih elementov na vsa zdravila, ki se izdajajo na recept.⁹

Pomembna je tudi t. i. Izvedbena uredba 699/2014 o zasnovi skupnega logotipa, ki je podlaga za logotip, na podlagi katerega lahko potrošniki pri nakupu zdravila prek spleta preverijo, ali spletišče deluje zakonito.

2.2 Domači predpisi

Krovni zakon, ki je v slovenski pravni red prenesel določbe iz direktive o vzpostavitvi zaščitnih elementov za zdravila, izdana na recept, je Zakon o zdravilih (ZZdr-2). Ta vsebuje določbe o zdravilih za uporabo v humani in veterinarski medicini, določa pogoje in ukrepe za zagotavljanje njihove ustrezne kakovosti, varnosti in učinkovitosti, pogoje in postopke za njihovo preskušanje, proizvodnjo, promet in porabo zdravil ter naloge in pristojnosti Javne agencije Republike Slovenije za zdravila in medicinske pripomočke (JAZMP).¹⁰

Zakon je v slovenski pravni red prenesel določbo 118. a člena Direktive 2001/83,¹¹ ki državam članicam nalaga, da vpeljejo pravila direktive o ponarejenih zdravilih v nacionalni pravni red tako, da sprejmejo vse potrebne ukrepe za zagotovitev izvrševanja kazni, ki morajo biti učinkovite, sorazmerne in odvračilne, pri čemer se upošteva tveganje za javno zdravje.¹²

Čeprav se zakonodajalec kljub pozivom stroke in mednarodnih organizacij ni odločil, da bi posegel v materialnopravno normo, je ZZdr-2 določil pravila za proizvodnjo zdravil, učinkovin in pomožnih snovi ter med drugim tudi dodal določbe glede prekrškovnih sankcij, tj. glob, če je dokazano, da so zdravila neustrezna glede kakovosti, varnosti in učinkovitosti. Zakonodajalec je predpisal globe v razponu od 8.000 EUR do 120.000 EUR.¹³

Podlaga za kazenski pregon ponarejenih zdravil kot škodljivih sredstev za zdravljenje je določena v 183. členu Kazenskega zakonika (KZ-1),¹⁴ v okviru katerega kaznivega dejanja gre omeniti tudi Zakon o preskrbi s krvjo¹⁵ kot blanketni predpis za kazenskopravno obravnavo.

⁹ 209. člen Zakona o zdravilih (Uradni list RS št. 17/2014; ZZdr-2).

¹⁰ Javna agencija za zdravila in medicinske pripomočke je državni inšpekcijski organ, ki je pristojen za izvajanje pooblastil na podlagi ZZdr-2 in obravnavo zdravil.

¹¹ Direktiva 2001/83/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. novembra 2001 o zakoniku Skupnosti o zdravilih za uporabo v humani medicini (UL L 311, str. 67).

¹² 118. a člen direktive določa, da naj bi zakonodajalec na tak način uredil proizvodnjo, distribucijo, posredovanje, uvoz in izvoz ponarejenih zdravil ter prodajo ponarejenih zdravil na daljavo prek storitev informacijske družbe; neskladnost z določbami te direktive o proizvodnji, distribuciji, uvozu in izvozu zdravilnih učinkovin; neskladnost z določbami direktive o uporabi pomožnih snovi.

¹³ 191. do 193. člen ZZdr-2.

¹⁴ Kazenski zakonik (Uradni list RS, št. 55/08).

¹⁵ Zakon o preskrbi s krvjo (Uradni list RS, št. 104/06).

2.2.1 Zgodovinski razvoj določbe 183. člena KZ-1

Slovenski zakonodajalec se je ves čas zavedal problematike ponarejenih zdravil, zato je v Kazenskem zakoniku (KZ)¹⁶ ohranil kaznivo dejanje, ki je bilo opredeljeno v zakoniku prejšnje države v 206. členu kot kaznivo dejanje *pripravljanje in prodajanje navideznih škodljivih zdravil*. Določal je, da lahko dejanje stori, kdor pod videzom zdravila prodaja ali pripravlja za prodajo sredstva, ki so nevarna za človekovo zdravje.¹⁷

KZ iz leta 1994 je določal kaznivo dejanje v 193. členu kot kaznivo dejanje *proizvodnja in promet zdravju škodljivih snovi*, v katerega je zakonodajalec posegel le enkrat v letu 2008, ko je kaznivo dejanje iz 194. člena KZ opredelil v 183. členu Kazenskega zakonika (KZ-1). Pri tem je spremenil le kaznovalni okvir s tem, da je predpisal višje kazni,¹⁸ kar nedvomno kaže na to, da se je zavedal škodljivosti ponarejenih zdravil za zdravje ljudi.

Temeljna oblika kaznivega dejanja po prvem odstavku 183. člena KZ-1 določa dve izvršitveni obliki, in sicer proizvodnjo zdravila ali drugega sredstva za zdravljenje, ki je zdravju škodljivo, in dajanje takšnega zdravila ali sredstva za zdravljenje v promet s prodajo ali na kak drug način.¹⁹

V drugem odstavku je kot predmet kaznivega dejanja opredeljena kri ali drugo tkivo ali iz tega izdelana snov za zdravljenje. Kot izvršitvena ravnanja so opredeljena pridobivanje, predelovanje in razpečevanje, pri čemer pa je te izvršitvene oblike mogoče uvrstiti med že omenjeni osnovni izvršitveni obliki.²⁰ Navedeno pomeni, da ta določba izvršitvenih oblik v primerjavi s prvim odstavkom ne razširja, temveč jih le prilagaja posebnostim predmeta kaznivega dejanja.

Po prvem odstavku 183. člena KZ-1 ni predvidena prepovedana posledica, medtem ko je za kvalificirani obliki, kot sta opredeljeni v četrtem in petem odstavku tega člena, določen nastanek (prepovedanih) posledic hude ali posebno hude telesne poškodbe ali okvare zdravja ene ali več oseb oziroma smrt ene ali več oseb. Kazenski zakonik za kvalificirane oblike predpisuje višje kazni zapora.²¹

3 PRAVNE IN DEJANSKE OVIRE ZA KAZENSKI PREGON

3.1 Tožilski vidik pregona storilcev kaznivih dejanj

Z vidika farmacije so ponarejena zdravila tista, ki nimajo aktivnih učinkovin, imajo napačne učinkovine (manjši/večji odmerek učinkovin), so brez učinkovin ali pa

16 Kazenski zakonik (Uradni list RS, št. 63/94 – uradno prečiščeno besedilo).

17 Kazenski zakonik, Uradni list LRS Ljubljana, 1960, str. 300.

18 Zakonodajalec je dvignil kaznovalni okvir pri temeljni obliki s tri na osem let, razen za dejanje, storjeno iz malomarnosti, je ohranil kazensko sankcijo zapora do enega leta.

19 Za drugo obliko dajanja v promet se štejeta npr. menjava, darilo ipd.

20 Pridobivanje in predelovanje se uvrščata pod proizvodnjo, razpečevanje pa pod dajanje v promet.

21 Pri temeljni obliki je za dejanje, storjeno z naklepom, predpisana kazenska sankcija zapora do osem let, pri kvalificirani do deset let oziroma od enega do petnajst let. Za dejanje, storjeno iz malomarnosti, je v temeljni obliki predpisana kazen zapora do enega leta, za kvalificirano obliko pa od enega do deset let.

gre za kopije, za zdravila z visokim odstotkom nečistoč, s ponarejenimi vhodnimi surovinami (zmleti kamni, borova kislina, barva za označevanje cest).²²

Čeprav ponarejena zdravila posegajo tudi v pravice intelektualne lastnine, se tožilstvo pri obravnavi kaznivega dejanja v zvezi s ponarejenimi zdravili ne ukvarja predvsem s kršitvijo teh pravic, ampak presoja izpolnjenost biti kaznivega dejanja po 183. členu KZ-1. Ključna je izpolnitev zakonskega znaka **škodljivosti za zdravje ljudi**, ki se ugotavlja na podlagi analiz in izvedenskih mnenj strokovnjakov farmacevtske stroke, najpogosteje izvedencev toksikologije. Tožilec ob ugotovitvi krivde storilca; ali je dejanje storjeno naklepoma ali iz malomarnosti, presoja tudi zakonsko določena izvršitvena ravnanja **proizvodnje, prodaje ali drugačnega načina dajanja v promet** zdravil ali drugih sredstev za zdravljenje, ki so za zdravje škodljiva.

Tožilstvo je v letih od 2005 do 2018 v zvezi s ponarejenimi zdravili obravnavalo manj kot deset primerov.²³ Z vidika teh primerov bi lahko ponarejena zdravila opredelili kot zdravila, ki se od izvirnih razlikujejo tako po kakovosti kakor tudi po količini aktivnih učinkovin ali po serijski številki in datumu uporabnosti. Na njihovo ponarejenost lahko kaže tudi dejstvo, da niso registrirana.

V večini primerov tožilstva niso začela kazenskega pregona, ampak so na podlagi določbe 161. člena Zakona o kazenskem postopku (ZKP)²⁴ zavrgla kazenske ovadbe, ker niso bili podani zakonski znaki kaznivega dejanja ali ker ni bil podan utemeljen sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje ali ker so bile podane okoliščine, ki izključujejo kazenski pregon z naslednjimi utemeljitvami: ker hramba škodljivih sredstev za zdravljenje ni kazniva, ker ni mogoče dokazati, da je osumljeni farmacevtska sredstva proizvajal, prodajal ali jih kako drugače dajal v promet, ker zasežena količina farmacevtskih sredstev ni kazala na nadaljnjo prodajo, ker ni bila ugotovljena škodljivost zdravil ali ker je kazenski pregon zastaral.

Malo obravnavanih zadev in empirične ugotovitve ne potrjujejo, da na slovenskem trgu ni zaznave ali prisotnosti ponarejenih zdravil, ampak kažejo na neustrezno kazenskopravno zakonodajo in na problematiko kaznivih dejanj v zvezi s ponarejenimi zdravili, ki jo zakonodajalec kljub pozivom strokovne javnosti²⁵ in veljavne mednarodne in evropske zakonodaje do danes ni ustrezno dopolnil.

3.1.1 Primer tožilske prakse

Okrožno državno tožilstvo v Mariboru je preganjalo storilca kaznivega dejanja proizvodnje in prometa škodljivih sredstev za zdravljenje po 183. členu KZ-1, pri čemer se je postopek pred sodiščem zaključil z obsodilno sodbo.²⁶ Kot primer dobre prakse je to edina pravnomočna obsodilna sodna odločba v zvezi s ponarejenimi zdravili.²⁷

22 SLAK, Boštjan, Posvet Ponarejena zdravila: se res zavedamo njihovih posledic?, str. 484–486, vir https://www.fvv.um.si/rv/arhiv/2015-4/05_P_Slak_rv_2015-4.pdf in <https://www.jazmp.si/nadzor/ponarejena-zdravila/> (28. 9. 2018).

23 V teh primerih so bila praviloma zasežena ponarejena zdravila proti erektilni motnji, kot so Viagra, Cialis in gel Kamagra.

24 Zakon o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 32/12).

25 JENULL, Hinko, Predlogi državnega tožilstva za boljše inkriminacije, Pravna praksa, 2016, letn. 35, št. 2.

26 Sodba Višjega sodišča v Mariboru, opr. št. II Kp 3198/2010 z dne 10. 1. 2013.

27 Upoštevani podatki od 1. 1. 2005 do 1. 1. 2018.

JAZMP je zaradi kršitve delovnopravne zakonodaje, in sicer prodaje zdravil na črno, storilcu v plačilo naložila plačilo globe. Po ponovnem pregledu prodaje zdravil je s predhodno analizo ugotovila, da so zdravila, ki jih je isti storilec prodajal prek spleta, ponarejena, zato je na tožilstvo podala ovadbo, na podlagi katere je bila osumljencu očitana spletna prodaja ponarejenega zdravila za zdravljenje erektilne motnje.

Tožilstvo je na podlagi pobud policije predlagalo izdajo sodnih odredb za preiskavo hiše in avtomobila, pregled telefonov in računalnika ter pridobitev bančnih podatkov. Osumljencu je bilo zaseženih več škatlic ponarejenih zdravil in želejev, potrdil o oddaji pošiljk, gotovina v znesku 25.500,00 EUR in kopije navodil o uporabi zdravila Viagra in Cialis. S pregledom zaseženih mobilnih telefonov in računalnika je bilo ugotovljeno, da je osumljenec beležil kupce. Ob tem so bile najdene datoteke, s katerimi so bile izdelane spletne strani v hrvaškem in nemškem jeziku, kar je kazalo na njegovo delovanje tudi na tujem trgu. Na podlagi pridobljenih bančnih podatkov je bilo ugotovljeno, da je prodajal zdravila najmanj 19 kupcem, čeprav je bilo najdenih več tisoč naslovov, na katere je poslal pakete.

JAZMP je opravila izredno kontrolo kakovosti zaseženih zdravil in ugotovila, da pri zdravilu Cialis 20 mg vsebnost učinkovine ne ustreza deklarirani vsebnosti, saj je zdravilo vsebovalo 25 % manj tadalafila. Pri zdravilu Cialis 25 mg je bilo ugotovljeno, da zdravila ne ustrezajo zahtevam izvirnega zdravila glede čistoče in kvantitativnih določitev ter mase, vsebnost tadalafila pa je znašala 136 % glede na deklarirano vrednost, torej je zdravilo vsebovalo 36 % več tadalafila. Analiza je pokazala, da ponarejena zdravila lahko resno ogrozijo zdravje in življenje ljudi ter da so bila zasežena zdravila nedvomno ponaredki, saj so se od izvirnih razlikovala tako po kakovosti kot tudi količini aktivnih učinkovin ter po serijski številki in datumu uporabnosti.

Šest mesecev pozneje je tožilstvo prejelo kazensko ovadbo policije, ki je izvajala ukrep tajnega opazovanja zoper drugo osebo, pri kateri je bil tega dne osumljenec, ki ga je policija ustavila in izvedla kontrolo. Zaseženo mu je bilo: dve škatlici tablet Cialis 20 mg, škatlica zdravila Tadalafil SX20, škatlica zdravila Viagra in 18 poštnih sporočil različnim osebam.

Tožilstvo je na pristojno sodišče po dveh izvedenih preiskavah vložilo obtožnico, ki ju je sodišče zaradi enotne obravnave združilo in vodilo enotni postopek zoper obdolženega zaradi kaznivega dejanja po 183. členu KZ-1. Očitano mu je bilo, da je prek spleta prodajal zdravila proti erektilni motnji (Viagra, Cialis po ceni 54,00 EUR), ki se lahko izdajajo samo na recept in ki so se razlikovala od izvirnih zdravil po količini in kakovosti aktivnih učinkovin, ter da je s tem ogrozil zdravje najmanj 27 kupcev, ki so se odzvali na njegovo ponudbo.

Sodna izvedenka toksikologinja je v mnenju zapisala, da lahko jemanje zdravil za erektilno motnjo z aktivnima učinkovinama sildenafil in tadalafil po lastni presoji brez zdravniškega nadzora resno ogrozi zdravje uporabnika, še posebej, kadar gre za nepravilno odmerjanje zdravila in neupoštevanje kontraindikacij zdravila v primeru nekaterih bolezni ter medsebojnega delovanja z drugimi zdravili. V primeru rabe ponarejenih zdravil pa je tveganje še bistveno večje.

Okrožno sodišče v Mariboru je obdolženega spoznalo za krivega storitve očitane mu kaznivega dejanja in mu izreklo pogojno obsodbo, s katero mu je določilo sedem mesecev zapora s preizkusno dobo dve leti in mu odvzelo zasežene tablete ter protipravno premoženjsko korist.

Tožilstvo se je pritožilo zoper odločbo o kazenski sankciji, saj sankcija opominjevalne narave glede na povzročeno nevarnost ni bila primerna. Opozorilo je tudi na težo kaznivega dejanja, na katero je kazala nevarnost jemanja ponarejenih zdravil, čemur je zagovornik obdolženega ugovarjal z utemeljitvijo, da so ponaredki vsebovali manj škodljivih snovi kot izvirna zdravila.

Po pritožbi tožilstva je Višje sodišče v Mariboru kazensko sankcijo opominjevalne narave spremenilo tako, da je obsojenemu izreklo kazen zapora sedem mesecev. Svojo odločitev je utemeljilo z dejstvom, da lahko tovrstna zdravila predpiše samo zdravnik, ki ustreznost jemanja zdravil presodi glede na zdravstveno stanje pacienta, da zdravila lahko izda samo farmacevt na zdravniški recept in da nevarnost za zdravje ljudi povzroča predvsem nekontrolirano jemanje teh zdravil, ne pa le njihova sestava, četudi z manjšo vsebnostjo aktivnih učinkovin.²⁸

Kljub obsodilni sodbi ta primer opozarja na omejene možnosti pregona, saj je tožilstvo ob ugotovljeni obsežni kriminalni količini (oglaševanje ponarejenih zdravil, njihova hramba itd.) v skladu z veljavno zakonodajo lahko obdolžencu očitalo le prodajo ponarejenih zdravil (prek spleta) najmanj 27 kupcem, kolikor jih je bilo na podlagi zbranih dokazov mogoče ugotoviti.

3.2. Kritične točke pregona

Pregledani in analizirani primeri, ki so jih obravnavala tožilstva, kažejo, kaj onemogoča učinkovit pregon oseb, ki so udeležene pri proizvodnji ponarejenih zdravil in njihovem dajanju v promet.

Kot skupni imenovalec je treba izpostaviti več praktičnih ovir in neustrezno inkriminacijo 183. člena KZ-1, ob tem pa tudi nekatera teoretična izhodišča, med katerimi izstopa stališče, da gre pri tem kaznivem dejanju za *delicta propria*, torej za kaznivo dejanje, ki ga lahko storijo le določene osebe.

3.2.1 Praktične ovire

Družbeni in tehnološki razvoj, ki se kaže v neizmerni moči spleta, omogočata dostop do ponarejenih zdravil vsakemu pacientu že »iz naslonjača«. Neskončna možnost nakupa teh zdravil daje tudi nešteto možnosti za nastanek tovrstnega kriminala, ki ga je prav zaradi mednarodne razsežnosti težko odkriti in preganjati.

Ker je za dokazovanje storitve tega kaznivega dejanja potrebno dosledno zbiranje informacij tako v zvezi s storilci kaznivega dejanja kakor tudi njegovimi zakonskimi znaki, je kot prvo oviro treba izpostaviti dolgotrajne in drage postopke pridobivanja dokazov. V teh primerih je lahko potrebna mednarodna pravna pomoč, kar

²⁸ Sodba Višjega sodišča v Mariboru, opr. št. II Kp 3198/2010 z dne 10. 1. 2013.

pomeni, da potek predkazenskega in kazenskega postopka ni odvisen od organa, ki obravnava kaznivo dejanje, temveč tudi od postopkov, ki jih izvajajo pristojni organi zaprosenih držav. Če je z državami v EU sodelovanje solidno urejeno, je za države tretjega sveta, kjer se ponarejena zdravila praviloma izdelujejo, to skoraj nemogoče trditi.

Postopek podražijo in upočasnijo tudi analize ponarejenih zdravil, pri čemer so te za dokazovanje kaznivega dejanja ključne. Le s takšnimi analizami je mogoče ugotoviti, ali so ponarejena zdravila oziroma druga sredstva za zdravljenje dejansko zdravju škodljiva.

Prodaja prek spleta omogoča tudi anonimnost pacientov pri nakupu zdravil, kar je nadaljnja ovira pri preiskovanju kaznivih dejanj v zvezi s ponarejenimi zdravili. Glede dokazovanja izvršitvene oblike »prodaje« je namreč ugotavljanje kupcev lahko ključno, saj je v posameznih primerih le tako mogoče dokazati ponudbo in njen sprejem (dogovor o količini in ceni),²⁹ pri čemer prav zaradi želje po anonimnosti kupci ne želijo naznaniti kaznivega dejanja, tudi če imajo zdravstvene težave. Tudi to je razlog za nizko stopnjo zaznave kaznivih dejanj.

Navedeni podatki mednarodnih raziskav kažejo alarmantno povečanje prisotnosti ponarejenih zdravil tudi v Evropi, pri čemer si ne glede na dejstvo o majhnem številu obravnavanih zadev ne kaže zatiskati oči, da so ponarejena zdravila velik problem tudi v Sloveniji. Pri tem je treba upoštevati, da je Slovenija tranzitna država, prek katere so potekale mnoge »narko« poti, tako da ni mogoče izključiti dejstva, da prek nje ne vodijo tudi poti preprodajalcev ponarejenih zdravil.

3.2.2 Neustrezna inkriminacija

Predhodno izpostavljene ovire niso edine, ki onemogočajo ali otežujejo pregon storilcev kaznivih dejanj v zvezi s ponarejenimi zdravili. Nemožnost pregona je nemalokrat posledica pomanjkljivih inkriminacij.

Veljavni 183. člen KZ-1 omogoča le pregon oseb, ki proizvajajo, prodajajo oziroma drugače dajejo v promet zdravju škodljiva zdravila in druga sredstva za zdravljenje, ne pa tudi pregona drugih oseb v verigi, ki prispevajo k temu, da takšno zdravilo pride od proizvajalca do dajalca v promet in nato do pacienta.

Kljub temu, da je bilo v predstavljenem primeru dobre tožilske prakse ugotovljeno, da je obdolženec oglaševal prodajo takšnih zdravil, jih torej ponujal naprodaj, mu tega ni bilo mogoče očitati oziroma je bilo mogoče to okoliščino upoštevati le kot dokaz, da je opravil v očitku opredeljene konkretne prodaje. Kriminalna količina dejanj, opisanih v izreku obtožnice, je tako bila precej manjša, kot bi bila, če bi mu bilo mogoče očitati tudi dejavnosti, ki so bile nujno potrebne, da je ponarejeno zdravilo prišlo do pacientov.

²⁹ Pri izvršitveni obliki prodaje je dejanje dokončano, ko je med kupcem in prodajalcem sklenjen dogovor glede blaga in cene, pri tem pa ni potrebno, da je blago kupcu tudi izročeno. DEISINGER, Mitja, Kazenski zakonik 2017 posebni del – s komentarjem, sodno prakso in literaturo, PZ MB 2017, Maribor, str. 337.

Veljavni člen med drugim ne omogoča niti pregona oseb, ki hranijo in prevažajo ponarejena zdravila, tudi če je jasno, da vse to počnejo zato, da ta zdravju škodljiva zdravila pridejo do pacientov.

Glede na pojasnjeno je treba najti podlago za pregon teh oseb v drugih določbah kazenskega zakonika, kar je lahko povezano z dodatnimi težavami pri dokazovanju.

Ob vpogledu v določbe splošnega dela KZ-1 se je treba ustaviti pri določbah o udeležbi, in sicer pri 38. členu, ki opredeljuje pomoč. Pomagač je tisti, ki naklepoma pomaga storilcu pri naklepem kaznivem dejanju, kar pomeni, da bi bilo mogoče vse osebe, ki so proizvajalcu ponarejenih zdravil pomagale, da ta pridejo do dajalca v promet (npr. skladiščniki, avtoprevozniki, posredniki), in vse osebe, ki dajalcu v promet pomagajo zdravila spraviti do kupcev (npr. oglaševalci, dobavitelji), preganjati kot pomagače, vendar pa je to v praksi lahko zelo težavno ali celo nemogoče. Pomoč je namreč akcesorna oblika udeležbe, kar pomeni, da je vezana na dokazljivost osnovnega kaznivega dejanja. Če ni mogoče odkriti in preganjati prodajalca in dajalca v promet, kar se zaradi mednarodne razsežnosti lahko pogosto zgodi, je v praksi praviloma nemogoče preganjati tudi pomagača.

Nekaj rešitev je mogoče najti še v določbah posebnega dela KZ-1, vendar je tudi to le odraz nemoči pristojnih organov, da osebe, ki kako drugače kot s proizvodnjo in dajanjem v promet sodelujejo pri obravnavani kriminalni dejavnosti, preganjajo za osnovno kaznivo dejanje po 183. členu KZ-1.

Glede na širši razpon izvršitvenih oblik je te osebe mogoče preganjati npr. za kaznivi dejanji neupravičene proizvodnje in prometa s prepovedanimi drogami, nedovoljenimi snovmi v športu in predhodnimi sestavinami za izdelavo prepovedanih drog po 186. členu KZ-1 in omogočanja uživanja prepovedanih drog ali nedovoljenih snovi v športu po 187. členu KZ-1, vendar le če ponarejena zdravila vsebujejo prepovedane droge, kot so te opredeljene v Uredbi o razvrstitvi prepovedanih drog, oziroma če vsebujejo prepovedane snovi v športu,³⁰ navedene v vsakokratnem seznamu prepovedanih snovi in postopkov, ki ga vsako leto pripravi Svetovna protidopinška agencija (WADA).³¹

Uporabljive bi lahko bile tudi nekatere druge opredelitve, kot so prikrivanje po 217. členu KZ-1 (npr. za osebe, ki skrivajo ponarejena zdravila ali jih kupijo ali drugače pridobivajo za nadaljnjo prodajo), tihotapstvo po 250. členu KZ-1 (npr. za osebe, ki prenašajo ponarejena zdravila čez mejo ali prek države), neupravičena uporaba tuje oznake ali modela po 233. členu KZ-1 in neupravičena uporaba tujega izuma ali topografije po 234. členu KZ-1 (s katerima se varujejo pravice do intelektualne lastnine), vendar je očitno, da se s temi kaznivimi dejanji neposredno ne varuje pravica ljudi do zdravja, čemur je sicer namenjena določba 183. člena KZ-1.

Navedenih je le nekaj ugotovitev, ki kažejo, da veljavno besedilo 183. člena KZ-1 nikakor ne obsega celotne kriminalne dejavnosti vseh vpletenih v verigi, da pridejo

30 Uredba o razvrstitvi prepovedanih drog (Uradni list RS, št. 45/14, 22/16 in 14/17).

31 Lista prepovedanih snovi in postopkov za leto 2018 je objavljena na spletni strani Slovenske antidoping organizacije (SLOADO): www.sloado.si/kategorija/lista-kaj_je_lista (28. 9. 2018).

ponarejena zdravila do končnih uporabnikov, čeprav bi jih bilo nujno treba pod to pravno opredelitvijo obravnavati skupaj s proizvajalci ponarejenih zdravil in njihovimi dajalci v promet. Druge pomanjkljivosti tega člena so prikazane v predlogu za njegovo spremembo.

3.2.3 *Delicta propria*?

Ne glede na omenjene pomanjkljivosti 183. člena KZ-1 je mogoče ugotoviti, da je ta povsem jasen pri opredelitvi, kdo je lahko storilec tega kaznivega dejanja. Kljub temu obstajajo stališča z drugačno razlago, kot jo omogoča zapis navedenega člena.

Tako nekateri menijo, da to kaznivo dejanje lahko stori vsakdo, ki je pooblaščen za proizvodnjo, prodajo ali kakšno drugo razpolaganje z zdravili oziroma drugimi sredstvi za zdravljenje.³² To pomeni, da bi bilo za to kaznivo dejanje mogoče preganjati le osebe, ki delujejo v zakoniti proizvodni, dobavni in prodajni verigi, medtem ko storilcev, ki delujejo na sivem trgu, torej oseb, ki omenjenih pooblastil nimajo, po tej določbi ne bi bilo mogoče preganjati.

Takšnemu stališču, ki kaznivo dejanje opredeljuje kot *delicta propria*, ni mogoče pritrditi. Določba 183. člena KZ-1 le splošno določa, da kaznivo dejanje stori, »kdor proizvaja, prodaja ali kako drugače daje v promet zdravila ali druga sredstva za zdravljenje, ki so škodljiva za zdravje«, kar pomeni, da ga lahko stori tako oseba, ki je pooblaščen za njihovo proizvodnjo in dajanje v promet, kakor tudi tista, ki za to ni pooblaščen. V nasprotnem primeru bi zakonodajalec izrecno pripisal, da kaznivo dejanje lahko storijo le prvonavedene osebe. Pregled določb KZ-1 namreč kaže, da zakonodajalec v primerih, ko gre za *delictum proprium*, torej za kaznivo dejanje, ki ga lahko storijo le osebe s posebnimi lastnostmi, pravicami in položajem, to izrecno zapiše, česar pa v 183. členu KZ-1 ni storil.

Da izpostavljenemu teoretičnemu stališču ni mogoče pritrditi, potrjuje tudi predhodno prikazani primer dobre prakse. V opisanem primeru je bil namreč za kaznivo dejanje po 183. členu KZ-1 obsojen storilec, ki ni imel nikakršnega pooblastila ali dovoljenja za proizvodnjo in dajanje v promet zdravil oziroma sredstev za zdravljenje.

Ne glede na vse pojasnjeno bi bilo tudi sicer nesmiselno preganjati le osebe, ki so pooblaščen za proizvodnjo zdravil in njihovo dajanje v promet, torej osebe, ki so tako ali tako pod strogim nadzorom pristojnih organov (tudi JAZMP), medtem ko ta dejavnost bistveno bolj cveti na neurejenem »črnem« trgu. Stališče o tem, da gre za *delicta propria*, tako ne vzdrži niti v skladu z namensko razlago.

32 DEISINGER, Mitja, Kazenski zakonik 2017 posebni del – s komentarjem, sodno prakso in literaturo, PZ MB 2017, Maribor, str. 329.

4 PREDLOGI ZA UČINKOVITEJŠI KAZENSKI PREGON

Vse zgoraj navedene ovire so spodbuda za iskanje ustreznih rešitev za učinkovitejše odkrivanje ponarejevalcev zdravil in oseb, ki pri tem sodelujejo, tudi tistih, ki sodelujejo pri njihovem prevozu, hrambi, oglaševanju, prodaji in drugih aktivnostih, ki so nujno potrebne, da ponarejeno zdravilo pride do uporabnika.

Pregled obravnavanih zadev je pokazal, da je v tej smeri najprej treba najti ustrezno zakonodajno rešitev v obliki spremembe določbe 183. člena KZ-1, ki bo omogočala pregon najširšega možnega kroga pri tej kriminalni dejavnosti sodelujočih oseb, nato pa oblikovati politiko pregona (na državni ravni, medinstitucionalno in v sodelovanju z drugimi državami in mednarodnimi institucijami), ki bo v praksi omogočala doseganje zastavljenega cilja.

4.1 Sprememba določbe 183. člena KZ-1

Veljavna določba 183. člena KZ-1, ki v prvem odstavku predvideva dve izvršitveni obliki, tj. **proizvodnjo** in **dajanje v promet** zdravila ali drugega sredstva za zdravljenje, ki je škodljivo za zdravje, in v drugem odstavku ob upoštevanju posebnosti predmeta kaznivega dejanja **pridobivanje, predelovanje in razpečevanje okužene** krvi ali drugega tkiva ali iz tega izdelano snov za zdravljenje, ne omogoča pregona drugih oseb, ki so aktivno vključene v to dejavnost in brez katerih ponarejeno zdravilo, snov ali sredstvo za zdravljenje ne bi prišlo do pacientov.

Zato bi bilo treba 183. člen KZ-1 dopolniti tako, da bi se prvi in drugi odstavek glasila:

1. *Kdor proizvaja, prodaja ali kako drugače daje v promet zdravila ali druga sredstva za zdravljenje, ki so škodljiva za zdravje, **ali kdor takšna zdravila in sredstva za zdravljenje ponuja naprodaj ali jih zaradi prodaje ali dajanja v promet kupuje ali kako drugače pridobiva, hrani ali prenaša ali posreduje pri njihovi prodaji ali nakupu**, se kaznuje z zaporom do osmih let.*
2. *Enako se kaznuje, kdor pridobiva, predeluje, razpečava okuženo kri ali drugo tkivo ali iz tega izdelano snov za zdravljenje, **ali kdor takšno kri ali drugo tkivo ali iz tega izdelano snov za zdravljenje ponuja naprodaj, zaradi prodaje ali dajanja v promet kupuje ali kako drugače pridobiva, hrani ali prenaša, ali posreduje pri njeni oziroma njegovi prodaji ali nakupu**.*

Ključna smernica pri oblikovanju takšne določbe, ki obsega širši krog izvršitvenih ravnanj, je 186. člen KZ-1.³³ Ker je narava tega kaznivega dejanja in kaznivega dejanja po 183. členu KZ-1 z vidika varovane dobrine enaka, je v slednje navedeno določbo smiselno umestiti dobre rešitve, ki jih vsebuje 186. člen KZ-1, saj bodo prav te omogočale učinkovitejši pregon najširšega možnega kroga storilcev.

³³ Kaznivo dejanje neupravičene proizvodnje in prometa s prepovedanimi drogami, nedovoljenimi snovmi v športu in predhodnimi sestavinami za izdelavo prepovedanih drog.

Ob navedenem je z namenom preprečitve nadaljnje kriminalne dejavnosti v 183. člen KZ-1 treba zapisati še nov šesti odstavek:

6. Zdravila ter druga sredstva in druge snovi za zdravljenje, opredeljene v prvem in drugem odstavku, ter sredstva za njihovo izdelovaje se vzamejo.

Res je sicer, da KZ-1 v prvem in drugem odstavku 73. člena že vsebuje podlago za odvzem teh snovi in predmetov, vendar gre za neobvezni ukrep (predmeti ... »se *smejo vzeti*«), pri čemer je zaradi nevarnosti kaznivega dejanja in možnih negativnih posledic zaužitja teh snovi treba uzakoniti njihov obvezni odvzem,³⁴ tako kot je to smiselno enako urejeno v 184.³⁵ in že omenjenem 186. členu KZ-1.

4.2 Smernice za hitrejši in učinkovitejši pregon

Sprememba določbe 183. člena KZ-1 bi omogočila dodatne možnosti za pregon oseb, ki sodelujejo pri obravnavani kriminalni dejavnosti, a kljub temu sama po sebi brez ustreznih sistemskih rešitev ne bo mogla doseči želenega učinka, tj. čim večje možne odprave problema.

Zato je bistveno na ravni države ob sodelovanju vseh organov in institucij, ki obravnavajo področje ponarejenih zdravil in preprečevanja prometa z njimi, sprejeti ukrepe, ki bodo omogočali hitrejši in učinkovitejši pregon storilcev kaznivega dejanja.

Že v preteklosti se je prav sodelovanje različnih institucij izkazalo kot ključno za kakovosten potek predkazenskega in kazenskega postopka. Pri izpostavljenem primeru dobre tožilske prakse se je tožilstvo na protipravno ravnanje storilca lahko odzvalo prav zaradi zavzetega ravnanja JAZMP in nadaljnjega kakovostnega sodelovanja tožilcev s policisti, ki je temeljilo na hitrem ukrepanju in pravočasnem pridobivanju dokazov, tudi z ukrepi, za izvedbo katerih je tožilec predlagal izdajo odredbe sodišču. Na takšnem sodelovanju je potrebo graditi tudi prihodnje primere, hkrati pa zagotoviti, da si bodo lahko institucije, ki obravnavajo ponarejena zdravila (poleg že navedenih institucij tudi FURS), izmenjevale statistične in operativne podatke, ki bodo nedvomno v pomoč pri razumevanju problematike ponarejenih zdravil in trgovanja z njimi. Ob navedenem ne kaže zanemariti še vloge farmacevtskih družb, ki lahko glede na razpoložljivi kader, znanje in tehnologijo, sploh kadar je podan sum, da je ponarejeno njihovo zdravilo, hitro opravijo analize ter tako organom odkrivanja in pregona ne le pridobijo čas, ampak tudi zagotovijo podatke, ki so lahko podlaga za vse nadaljnje ukrepe.

Doslej je bilo premalo narejeno tudi za ozaveščanje splošne javnosti o nevarnosti zaužitja ponarejenih zdravil. Na škodljivost teh bi bilo treba opozarjati že v okviru pedagoških procesov v šolah, saj so prav mladi tisti, ki so zaradi nenehne uporabe spleta bistveno bolj izpostavljeni tržnim manipulacijam, hkrati pa pripravljeni eksperimentirati. Medtem ko v medijih redno opozarjajo na učinke alkohola in cigaret, tudi ni razloga, da ne bi opozarjali na izjemno nevarna ponarejena zdravila.

³⁴ Podlaga za to je tretji odstavek 73. člena KZ-1.

³⁵ Kaznivo dejanje proizvodnje in prometa zdravju škodljivih živil in drugih izdelkov.

Ozaveščenost splošne javnosti bi nedvomno pripevala tudi k višji stopnji zaznave kaznivih dejanj, saj je prav zavedanje problema tisto, ki ljudi opogumi, da na določene nevarnosti opozorijo.

Poleg splošne je treba ozaveščati in izobraževati tudi strokovno javnost. Redna izobraževanja in posveti, na katerih stroka – zdravstvena, farmacevtska, pravna in varstvoslovna – izmenjuje informacije o njihovi zaznavi problema, je izjemno pomembna, saj v tem primeru velja rek »*več glav več ve*«, dodatno znanje pa nudi uvid v bistvo problema in nas, predvsem policijo in tožilstva, opozori na posebnosti, ki so lahko ključne pri pridobivanju in analizi dokazov, potrebnih za nadaljnji kazenski postopek.

5 SKLEP

Vpliv globalizacije se kaže tudi na področju proizvodnje in prodaje ponarejenih zdravil. Ob odsotnosti ustreznih predpisov v različnih državah so ponarejena zdravila lahko dostopna ne le v klasičnih lekarnah, pač tudi v trafikah, drogerijah in na spletu, kar omogoča dobička željnim kriminalcem, da prikrijejo svojo identiteto ter v neurejenih razmerah proizvajajo zdravila z uporabo cenenih, napačnih in človekovemu zdravju nevarnih ter celo smrtonosnih snovi.

Da bi kriminalcem preprečili to dejavnost, ki se praviloma izvaja na sivem trgu, lahko pa tudi v zakoniti dobavni verigi, je treba sprejeti ukrepe, ki bodo omogočili učinkovit kazenski postopek.

Z vidika pravnih in dejanskih ovir pregona storilcev na že tlakovani poti evropskih in mednarodnih organizacij v boju proti ponarejenim zdravilom predlagano spremembo inkriminacije 183. člena KZ-1 narekuje ravno nezmožnost pregona vseh sodelujočih oseb pri obravnavani kriminalni dejavnosti. Zato je treba ta člen ustrezno spremeniti tako, da bo omogočen pregon tudi tistih oseb, ki zdravju škodljiva sredstva za zdravljenje ponujajo naprodaj ali jih zaradi prodaje ali dajanja v promet kupujejo ali kako drugače pridobivajo ali hranijo ali prenašajo ali posredujejo pri njihovi prodaji ali nakupu.

Tudi praktične težave, ki se zaradi mednarodne razsežnosti problematike praviloma kažejo v dolgotrajnih in dragih postopkih zbiranja dokazov, otežujejo kazenski pregon. Na ravni države je treba zagotoviti ustrezno medsebojno sodelovanje organov in institucij, ki obravnavajo problematiko ponarejenih zdravil.

Ponarejanje zdravil je nemoralna oblika ponarejanja, zaradi te kriminalne dejavnosti pa so ogrožena življenja milijonov ljudi po svetu.³⁶ Ob upoštevanju dejstva, da je Slovenija tranzitna država, meniva, da je le na podlagi v prispevku izpostavljenih rešitev in z ozaveščanjem potrošnikov o nevarnosti ponarejenih zdravil mogoče zamejiti ali kolikor je mogoče odpraviti problem ponarejenih zdravil na našem trgu.

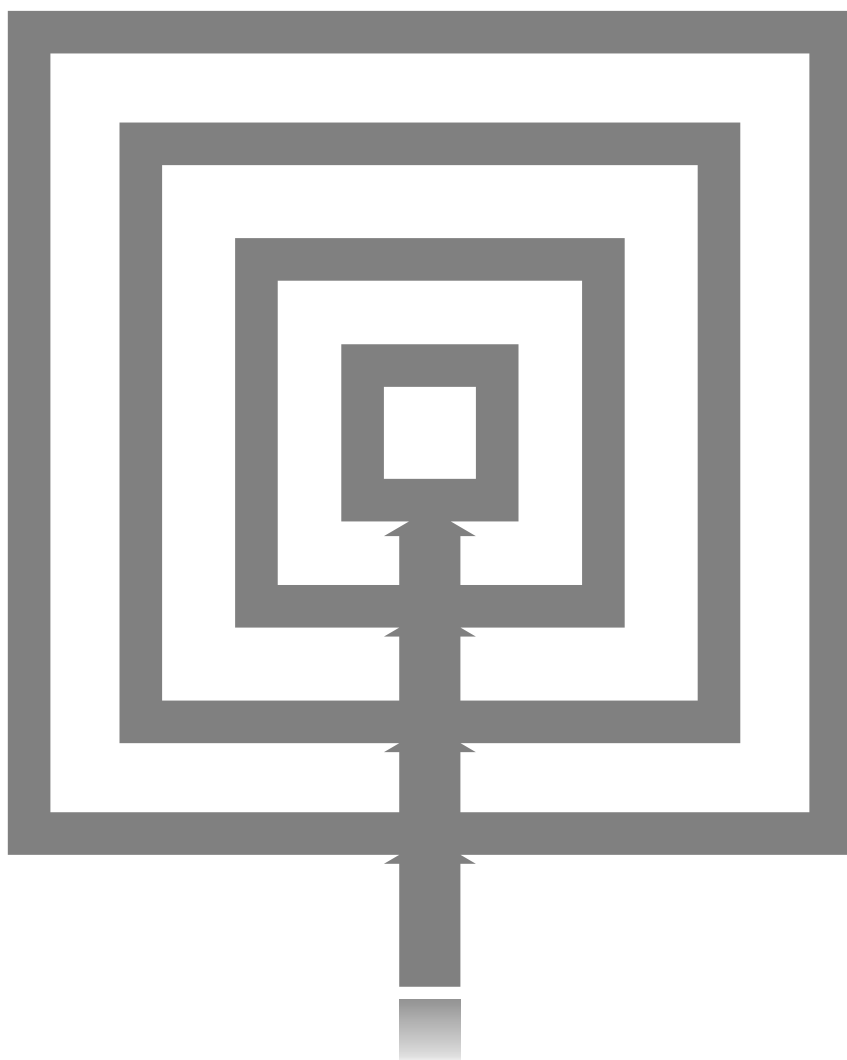
36 Izjava Tierryja Cornilleta o mednarodnem kaznovanju ponarejanja zdravil z dne 3. 7. 2006, št. 0053/2006.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- CLEWLOW, R. R., Carsharing and sustainable travel behavior: Results from the San Francisco, Bay Area. Transport Policy, 2016.
- DEISINGER, Mitja, Kazenski zakonik, Posebni del: s komentarjem, sodno prakso in literaturo, Poslovna založba Maribor, 2017.
- JENULL, Hinko, Predlogi državnega tožilstva za boljše inkriminacije, Pravna praksa 2016/2.
- Direktiva 2011/62/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2011 o spremembi Direktive 2001/83/ES o zakoniku Skupnosti o zdravilih za uporabo v humani medicini glede preprečevanja vstopa ponarejenih zdravil v zakonito dobavno verigo, Uradni list L 174/74 z dne 1. 7. 2011.
- Izvedbena uredba Komisije (EU) št. 699/2014 z dne 24. junija 2014 o zasnovi skupnega logotipa za identifikacijo oseb, ki ponujajo zdravila v prodajo javnosti na daljavo, ter o tehničnih, elektronskih in kriptografskih zahtevah za preverjanje avtentičnosti. Besedilo velja za EGP, OJ L 184, 25. 6. 2014.
- Kazenski zakonik (Uradni list RS, št. 63/94 – uradno prečiščeno besedilo).
- Kazenski zakonik (Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16-popr., 54/15, 38/16 in 27/17).
- Konvencija Sveta Evrope o ponarejanju medicinskih izdelkov in podobnih kaznivih dejanjih, ki ogrožajo javno zdravje (Medicrime konvencija), Moskva, 28. 10. 2011.
- Poročilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu o prenosu 118. a člena Direktive 2001/83/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. novembra 2001 o zakoniku Skupnosti o zdravilih za uporabo v humani medicini, ki so jo države članice spremenile z Direktivo 2011/62/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2011, Bruselj COM(2018) 49, končna z dne 26. 1. 2018.
- Predlog kazenskega zakonika (KZ-1), EVA: 2007-2011-0012, Številka: 00720-34/2007/22, Ljubljana, 17. 1. 2008.
- Resolucija Evropskega parlamenta z dne 23. oktobra 2013 o organiziranem kriminalu, korupciji in pranju denarja: priporočila za ukrepe in pobude, ki bi jih bilo treba sprejeti (končno poročilo) (2013/2107(INI)).
- Uredba o razvrstitvi prepovedanih drog (Uradni list RS, št. 45/14, 22/16, 14/17).
- Sodba Višjega sodišča v Mariboru, opr. št. II Kp 3198/2010 z dne 10. 1. 2013.
- Zakon o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US, 65/16 – odl. US in 66/17 – ORZKP153,154).
- Zakon o zdravilih (Uradni list RS, št. 17/1).
- Zakon o preskrbi s krvjo (Uradni list RS, št. 104/06).
- Kazenski zakonik, uradno prečiščeno besedilo, Uradni list LRS Ljubljana, 1960.

SPLETNI VIRI:

- 20 Shocking Counterfeit Drug Statistics, <https://healthresearchfunding.org/20-shocking-counterfeit-drugs-statistics> (28. 9. 2018),
- Slovenska antidoping organizacija SLOADO, www.sloado.si
- Growing threat from counterfeit medicine, <http://www.who.int/bulletin/volumes/88/4/10-020410/en/> (28. 9. 2018)
- Slak, B., Posvet Ponarejena zdravila: se res zavedamo njihovih posledic?, str. 484 – 486, vir: https://www.fvv.um.si/rv/arhiv/2015-4/05_P_Slak_rV_2015-4.pdf. (28. 9. 2018).
- JAZMP, <https://www.jazmp.si/nadzor/ponarejena-zdravila/> (28. 9. 2018).
- <https://www.interpol.int/Crime-areas/Pharmaceutical-crime/Operations/Operation-Pangea> (28. 9. 2018).



IZ PRAKSE ZA PRAKSO

OTROCI – ŽRTVE V KAZENSKEM POSTOPKU (PRIKAZ PRIMERA)

Barbara Jenkole Žigante
višja državna tožilka
Okrožno državno tožilstvo v Krškem

1 UVOD

V prispevku¹ je nazorno prikazan primer prepleta zanemarjanja otrok in psihičnega nasilja nad otroki s spolnim nasiljem. Gre za tri otroke, pri čemer je bil najmlajši fantek, veliko manj zlorabljen kot njegovi starejši sestrici. Največja žrtev zlorab je bila najstarejša deklica, ki je pred zlorabo želela zaščititi mlajšo sestrico. So pa bili otroci najprej izpostavljeni družinskemu nasilju, zanemarjanju, psihičnemu nasilju, kar je ustvarilo razmere za nadaljnje spolno nasilje in s tem povezanimi izdelavo in razširjanjem pornografskega gradiva.

Kazenska zadeva, nazorno prikazana v nadaljevanju, se nanaša na disfunkcionalno družino, starše, ki niso znali ustrezno skrbeti za svoje otroke, jih zaščititi in potem, ko je družina razpadla, v družino vstopi nov mamin partner, ki je te ranljive otroke spolno zlorabil in to zlorabo izkoristil za izdelavo in razširjanje pornografskega gradiva. Prikazano je (kar je v praksi pogosto), da je hčerka zaupala mami, da jo očim otipava, pa mama zaradi lastnega ugodja in finančne varnosti kljub temu vedenju svojih otrok pred očimom ni ustrezno zaščitila in mu jih je še naprej pogosto prepuščala v varstvo, s čimer je omogočila še hujšo spolno zlorabo. V zvezi s spolno zlorabo otrok v družini je pogosto ugotovljeno tudi, da so ti otroci imeli svojo mamo in tudi očima zelo radi in so ju v zvezi razkritja skušali zaščititi, čeprav so si zelo želeli, da bi zloraba prenehala. Ko sta deklici spregovorili o zlorabi in so bili potem otroci takoj izločeni iz družine, sta zlasti deklici imeli hude občutke krivde, zlasti do mame, ker sta ji na ta način odvzeli zaročenca, pa tudi do obdolženega zato, ker je bil do njiju prijazen (kar je bila drugačna izkušnja kot z očetom, ki mu je bila zaradi nasilja v družini izrečena zaporna kazen).

S primerom skušam prikazati dejanske in pravne dileme in pomanjkljivosti pri obravnavi kaznivih dejanj, kjer so žrtve otroci.

2 OPIS PRIMERA²

Odkrivanje kaznivih dejanj, ki bodo v nadaljevanju natančneje prikazana, se je začelo, ko je serviser, ki je popravljaval prenosni računalnik, naletel na posnetke, ki so prikazovali pornografske predstave z otroki. Računalnik je prinesla v popravilo mama lastnika računalnika. Ta isti računalnik je uporabljal tudi lastnikov svak, ki je

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice na Izobraževalnih dnevih državnih tožilcev – ITD 2017, ki so potekali v Portorožu 4. in 5. 12. 2017.

2 Kt 21160/2014 (Okrožno državno tožilstvo v Krškem).

prek lažnih profilov s svojo fotografijo dostopal do internetnih naslovov z otroško pornografijo. O najdbi teh posnetkov je serviser obvestil policijo. Ker identiteta osebe, ki je dostopala do internetnih strani z otroško pornografijo, ni bila sporna, je bila pri tej osebi opravljena hišna preiskava. Pri hišni preiskavi so policisti na drugem prenosnem računalniku prav tako našli posnetke s pornografsko vsebino otrok, med njimi dva posnetka s prikazom spolne zlorabe deklic, kjer je bilo slišati, da storilec z deklicama govori slovensko. Na podlagi teh dveh posnetkov so bile izdelane fotografije deklic. Zoper osumljenega, čigar računalniki so bili že preiskani in so bile zavarovane datoteke s posnetki s pornografskimi predstavami otrok, je bila vložena kazenska ovadba zaradi utemeljenega suma storitve kaznivega dejanja prikazovanje, izdelava, posest in posredovanje pornografskega gradiva po 176. členu KZ-1B³, saj je bilo najdeno 941 slikovnih in 109 video datotek. Navedeni storilec je bil obsojen zaradi kaznivega dejanja prikazovanje, izdelava, posest in posredovanje pornografskega gradiva po tretjem odstavku 176. člena KZ-1B ter mu je bila izrečena kazen 8 (osem) mesecev zapora, na podlagi petega odstavka 176. člena KZ-1B pa so mu bili odvzeti trdi diski in USB-ključki.

Na podlagi fotografij deklic, izdelanih iz posnetkov prikaza spolne zlorabe, je policija izdelala načrt iskanja zlorabljenih deklic in storilca. Iz zavarovanih posnetkov so policisti ugotovili, da ima storilec telesna znamenja in da se delno vidijo prostori, kjer je bila zloraba storjena. Policisti so tako po šolah začeli iskati deklice na podlagi fotografij. Glede na govorico iz posnetkov so se usmerili na šole s tega jezikovnega območja, kjer so potem na dveh šolah deklici prepoznali. Ko so policisti prišli do podatka o žrtvah, so začeli prek centrov za socialno delo zbirati podatke o družini, v kateri sta deklici živeli. Ugotovili so, da deklici živita skupaj z mlajšim bratcem, mamo in očimom, oče deklic pa je v zaporu zaradi prestajanja zaporne kazni zaradi nasilja v družini. Po zbranih informacijah je družino pred prihodom očima občasno obiskoval tudi prijatelj od očeta otrok. Na podlagi teh informacij so policisti zožili krog na tri potencialne storilce, to je očeta, očima in prijatelja od očeta. Ker se je družina v vmesnem času selila, so zbrali informacije glede otrok tudi iz druge šole in vrtca, pa tudi od sosedov. Ugotovili so, da je družina pred selitvijo živela zelo zaprto, sosedje so navajali, da so imeli v tej družini v stanovanju okna zatemnjena, zaprta tudi podnevi, in da se otroci niso igrali na igrišču ob bloku. Policisti so opravili ogled stanovanja, kjer družina ni več živela, in ob ogledu ugotovili, da se ozadje stanovanja na posnetkih ujema s stanovanjem, kjer sta deklici z očimom najprej živeli. Za potrebe nadaljnjega postopka je bil opravljen razgovor z obema deklicama, ki naj bi bili zlorabljeni. Starejša deklica je bila ob razgovoru stara deset let, mlajša pa sedem. Razgovor z deklicama je opravila kriminalistka, ki je bila usposobljena za razgovore z otroki. Kriminalistka se je na razgovor dobro pripravila, tako da se je že s svojo neformalno zunanjo podobo lahko otroku približala, ter je pri razgovoru uporabljala jezik, ki ga je prilagodila starosti otroka, in uporabila strukturo razgovora, ki se uporablja pri razgovor z otrokom. Razgovor je bil opravljen na šoli, ki sta jo deklici obiskovali. Pri razgovoru je bila v povezanem prostoru prisotna predstavica centra za socialno delo. Najprej je bil opravljen razgovor s starejšo deklico, nato pa z mlajšo. Starejša deklica je potrebovala veliko časa, da se je odprla in spregovorila o zlorabi ter podala manj podrobnosti o načinu storitve kot mlajša deklica. Obe deklici sta družino v opisih

3 Kazenski zakonik (KZ-1, Uradni list, št. 55/2008, 66/2008, 39/2009, 91/2011, 50/2012 UPB...).

idealizirali in opisali očima kot prijaznega ter navedli, da ga imata radi. Obe deklici sta imeli hude občutke krivde, ker sta spregovorili o zlorabi, občutke krivde sta imeli zaradi mame, ker je bil očim njen zaročenec. Je pa starejša deklica na koncu izrazila veliko olajšanje, ker je končno povedala, kaj se je dogajalo. Starejša deklica je navedla, da se je mami enkrat zaupala, da jo očim otipava, in potem nekaj mesecev ni bilo zlorabe. Samo mlajša deklica je pri razgovoru opisala tudi drugega storilca in njegovo izrazito telesno značilnost ter navedla kraj, kjer živi, zaradi česar so ga policisti potem z lahkoto identificirali. Mlajša deklica je opisala tudi dogodek, ko je bil v spolno zlorabo vključen tudi mlajši bratec. Takoj po razgovoru kriminalistke z deklicama, to je istega dne, so bile pridobljene sodne odredbe za opravo hišnih preiskav pri obeh storilcih in tudi odredbe za opravo osebnih preiskav obeh storilcev. Podlaga za hišne in osebne preiskave so bili zavarovana video posnetka, prepis razgovora iz videoposnetka, izdelane fotografije deklic, zapisnik o ogledu stanovanja, kjer je družina z očimom najprej živela, zbrana obvestila od učiteljic, ki so deklice prepoznale, zbrana obvestila od centrov za socialno delo, ki so družino obravnavali, ter zbrana obvestila od obeh deklic. Z osebno preiskavo se je ugotovilo, da ima telesna znamenja očim. Obema storilcema je bilo zaseženo večje število računalnikov (očimu 9, njegovemu prijatelju 6), veliko USB-ključev, trdih diskov, prek tristo CD- in DVD-jev, fotoaparatom in kamera. Zasežena računalniška oprema je bila izredno zmogljiva. Zaradi potrditve spolne zlorabe sta bili deklici odpeljani h ginekologinji na pregled, ki sta se ji deklici samoiniciativno zaupali o zlorabi. Z ginekološkim pregledom je bila spolna zloraba potrjena samo pri starejši deklici.

Oba storilca sta bila privedena k preiskovalnemu sodniku, kjer sta podala svoj zagovor. Oba sta dejanja delno priznala, ga minimalizirala. Preiskovalni sodnik je iz razlogov po 2. in 3. točki prvega odstavka 201. člena ZKP⁴ zoper očima odredil pripor, zoper drugega storilca pa ukrep prepovedi približanja obema deklicama.

Zoper oba obdolženca je bila podana zahteva za preiskavo. Zoper očima je bila podana zahteva za preiskavo zaradi treh kaznivih dejanj spolnega napada na osebo, mlajšo od petnajst let, po tretjem odstavku 173. člena KZ-1B in zaradi dveh kaznivih dejanj prikazovanje, izdelava, posest in posredovanje pornografskega gradiva po drugem in tretjem odstavku 176. člena KZ-1B, pri čemer sta mu bila očitana izdelava in posredovanje dveh videoposnetkov, ki sta bila zasežena pri tretji osebi, saj druga računalniška oprema še ni bila v tej fazi zavarovana in pregledana. Zoper drugega storilca je bila podana zahteva za preiskavo zaradi dveh kaznivih dejanj spolnega napada na osebo, mlajšo od petnajst let, po prvem odstavku 173. člena KZ-1B.

Sodišče je ugodilo zahtevi za preiskavo in s sklepom uvedlo preiskavo za zgoraj navedena kazniva dejanja. V preiskavi sta bili deklici ponovno zaslišani, in sicer v prijazni sobi za zaslišanje otrok ob prisotnosti izvedenke psihiatrične stroke. Njuno zaslišanje je bilo avdio in video posneto. Deklici sta bili poučeni o pravni dobroti v skladu z 236. členom ZKP in sta pričali, čeprav sta bili pri opisih dejanj skromni. Na podlagi odredbe preiskovalnega sodnika je bilo pridobljeno psihiatrično izvedensko mnenje o duševnem stanju obeh deklic, iz katerega izhaja, da sta bili deklici vzgojno

4 Zakon o kazenskem postopku, Uradni list RS, št. 32/12 – UPB, 47/13, 87/14.

in čustveno zanemarjeni, spolno zlorabljeni ter da je pri obeh pričakovati hude težave in posledice. Zaslišane kot priče so bile učiteljice, ki so deklici prepoznale na podlagi fotografij. Med preiskavo je bila vsa zasežena računalniška oprema zavarovana in pregledana, pri čemer sta oba obdolženca soglašala s preiskavo elektronskih naprav. Zaslišana sta bila kriminalista, ki sta zavarovane slikovne in video datoteke analizirala in vrednotila. Zaradi obsežnosti preiskave elektronskih naprav in nosilcev ob dejstvu, da so kriminalisti in kriminalistični tehniki te preiskave opravljali na zastareli in zelo slabo zmogljivi računalniški opremi, je bil podan predlog, da Vrhovno sodišče Republike Slovenije očimu podaljša pripor po drugem odstavku 205. člena ZKP za devetdeset (90) dni, drugemu storilcu pa v skladu s petim odstavkom 195. b člena ZKP podaljša ukrep prepovedi približanja za 90 dni. Vrhovno sodišče je obema storilcema pripor oziroma ukrep prepovedi približanja podaljšalo za 90 dni.

Obtožba je bila vložena zoper očima za dve kaznivi dejanji spolnega napada na osebo, mlajšo od petnajst let, po tretjem odstavku 173. člena Kazenskega zakonika KZ-1B in eno kaznivo dejanje spolnega napada na osebo, mlajšo od petnajst let, po četrtem in tretjem odstavku 173. člena KZ-1B, za dve kaznivi dejanji prikazovanje, izdelava, posest in posredovanje pornografskega gradiva po drugem odstavku 176. člena KZ-1B ter za kaznivo dejanje prikazovanje, izdelava, posest in posredovanje pornografskega gradiva po tretjem odstavku 176. člena KZ-1B. Za drugega storilca je bila obtožba vložena zaradi storitve dveh kaznivih dejanj spolnega napada na osebo, mlajšo od petnajst let, po prvem odstavku 173. člena KZ-1B in kaznivega dejanja prikazovanje, izdelava, posest in posredovanje pornografskega gradiva po tretjem odstavku 176. člena KZ-1B. Očimu je bil tako očitán spolni napad na vse tri otroke. Glede kaznivih dejanj po 176. členu KZ-1 se je očimu očitálo, da je izdelal 370 video in foto datotek z deklicama od partnerke. Poleg izdelave se je očimu očitálo, da je hranil najmanj 119.920 video in foto datotek s prikazom spolne zlorabe otrok. Navedene datoteke si je večinoma pridobil prek interneta s programom eMule, ki deluje po protokolu P2P (angl. peer to peer), in je tako prek interneta te datoteke prenašal k sebi in jih hkrati ponujal drugim. Drugemu storilcu je bil očitán spolni napad na obe deklici, ki ju je zlorabil skupaj z očimom. Tudi njemu je bila očitána posest 4.102 slikovnih in 149 video datotek s prikazom spolne zlorabe otrok.

Na pobudo zagovornikov obeh obdolžencev je bil izveden postopek pogajanj za sklenitev sporazuma o priznanju krivde za kazniva dejanja po obtožbi. S prvim obdolženim, tj. očimom, je bil sklenjen sporazum o priznanju krivde za vsa kazniva dejanja po obtožbi, in sicer za izrek enotne kazni 23 (triindvajset) let zaporá. Z drugim obdolžencem sporazum o priznanju krivde ni bil sklenjen.

Na predobravnavalnem naroku je bil sporazum o priznanju krivde in kazni za prvega obdolženca sprejet, drugi obdolženec pa je krivdo priznal ob enaki ponujeni kazni kot med pogajanjí. Izrečena je bila obsodilna sodba,⁵ in sicer je bila prvemu obdolžencu (očimu) izrečena enotna kazen 23 let zaporá, drugemu obdolžencu pa je bila izrečena enotna kazen 4 leta in 4 mesece zaporá. Sodišče je s sklepom obema obdolžencema odvzelo računalniško opremo, računalnike, gradivo s pornografsko in seksualno vsebino ter onemogočilo uporabo gradiva.

5 IK 42732/2014 (Okrožno sodišče v Krškem v zvezi s sodbo Višjega sodišča v Ljubljani).

2.a Dejanske in pravne dileme ob upoštevanju načela največje koristi otroka

Dejanske dileme

Največ dilem je bilo v predkazenskem postopku. Prva dilema je bila, kako zaščititi deklici, za kateri se je iz zavarovanih dveh posnetkov vedelo, da sta bili spolno zlorabljeni. Nadalje je bila dilema, kako izmed treh osumljenih oseb, to je izmed očeta, očima in prijatelja očeta, izločiti storilca. Po podatkih šole deklici v šoli nista izražali stiske, odnos do očima je bil po ocenah šole dober, razen ene opazke, da je starejša deklica ob slovesu pred šolo očima poljubila na usta. Po informacijah centrov za socialno delo je družina, kjer sta deklici živeli z očimom, živela precej zaprto. Tehtalo se je med odločitvijo, ali je z zbranimi informacijami prek šole in centrov za socialno delo dovolj podlage za osebno preiskavo vseh treh potencialnih osumljencev, da bi s tem ugotovili, kdo izmed teh treh ima telesna znamenja. Na koncu je bila sprejeta odločitev, da se pred osebno preiskavo storilca opravi razgovor z obema deklicama. Zastavljalo se je vprašanje v zvezi s tem, da deklici morda ne bosta spregovorili o zlorabi. Zaradi te bojazni je bilo dogovorjeno, da bo razgovor z deklicama opravila kriminalistka, ki ima največ izkušenj z razgovori z otroki. Glede na navedeno in glede na obseg zadeve je bila za opravo razgovora določena kriminalistka prek Generalne policijske uprave, ki je je med najbolj usposobljenimi kriminalisti za opravo razgovora z otrokom. Razgovor je potekal v šoli brez vednosti mame, za katero je že obstajal sum storitve kaznivega dejanja zanemarjanja mladoletne osebe in surovega ravnanja po 192. členu KZ-1, zaradi česar je center za socialno delo v skladu z 213. členom ZZZDR⁶ postavil osebo za zagotovitev pravic in koristi otrok. Vse je bilo organizirano tako, da se po opravljenih razgovorih storilcu odvzame prostost ter se opravi hišna in osebna preiskava. Odločitev, da razgovor z deklicama opravi kriminalistka, ki ima izkušnje z razgovori z otroki, se je izkazala kot zelo dobra, saj se deklici ne bi odprli in spregovorili o zlorabi, če ne bi bil razgovor opravljen na strokovno. Z razgovorom z mlajšo deklico je bil odkrit še drugi storilec, za katerega se pred tem ni vedelo. V razgovorih z deklicama se je razkrilo, da se je starejša deklica zaupala mami in ji povedala, da jo očim otipava, pa ga je ta samo opozorila, on pa ji je obljubil, da tega ne bo več počel, zato je bila zloraba samo začasno prekinjena, potem pa je očim zlorabo nadaljeval in jo še intenziviral. Mama svojih otrok ni zaščitila in jih je veliko prepuščala v varstvo očimu, ker je bila na ta način razbremenjena te skrbi, kar je očim izkoristil za zadovoljevanje svojih spolnih potreb.

Zaradi zaščite deklic pred očimom, njegovim prijateljem in mamo je bilo odločeno, da je bila pri razgovoru z deklicama prisotna predstavnica centra za socialno delo (v skladu s prvim odstavkom 213. člena ZZZDR), po razgovoru in vnaprej zastavljenem načrtu pa je center za socialno delo začel postopek ugotovitve ogroženosti otrok in je s soglasjem mame otroke tudi odvezl. Obstajala je bojazen, da bi mama skušala vplivati na deklici, da bi med postopkom spremenili svojo izjavo, ki sta jo podali kriminalistki. Deklici in bratec so bili nameščeni v krizni center, stiki z mamo so se za nekaj časa omejili oziroma jih ni bilo. Zlasti mlajša deklica je mamo zelo pogrešala, imela je občutke krivde, tako da je vsako jutro po prihodu

⁶ Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR); Uradni list RS, št. 69/04 – UPB1; 101/07 – odl. US; 90/11 – odl. US; 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US.

v šolo deklico najprej obravnavala psihologinja šole, da je deklico razbremenila teh občutkov. Na ta način so bili otroci zaščiteni pred disfunkcionalnim družinskim okoljem in morebitnim vplivom na pričanje.

Glede pričanja deklic na sodišču pa je obstajal strah, da deklici ne bi razumeli pravne dobrote po 236. členu ZKP oziroma ne bi želeli pričati. Deklici sta bili med preiskavo zaslišani v prijazni sobi za otroke ob prisotnosti izvedenke, ki je potrdila, da sta deklici sposobni za zaslišanje, in je tudi, da sta razumeli pravni pouk po 236. členu ZKP. Izvedenka je ob tej priložnosti za potrebe izdelave izvedenskega mnenja tudi sama opravila razgovor z deklicama. Strah, da deklici ne bi pričali, je bil prisoten zato, ker sta bila podlaga za odredbo za hišno in osebno preiskavo obeh osumljencev tudi uradna zaznamka o opravljenih razgovorih z obema deklicama. Če deklici ne bi pričali, bi lahko bili izločeni dokazi, ki so bili pridobljeni pri hišni preiskavi, teh pa je bilo veliko, pa tudi za drugega osumljenca se je izvedelo v razgovoru z mlajšo deklico. Če deklici ne bi opisali dejanj drugega obdolženca, spolne zlorabe zanj ne bi mogli dokazati.

Pravne dileme

Glede na to, da je očim spolno zlorabo deklic posnel, da je izdelal iz teh posnetkov različne in številne video in foto datoteke, kar je hranil na različnih trdih diskih, računalnikih, USB-ključih, DVD- in CD-jih, in je te posnetke razširjal tudi drugim, je bila izpostavljena dilema, ali že spolna zloraba konzumira izdelavo video in foto datotek, na katerih sta razvidni deklici v položajih, ko sta morali storilca spolno zadovoljevati. Stališče tožilstva je bilo, da je spolna zloraba življenjsko ločeno dejanje in ima že sama po sebi posledice za žrtve zaradi zlorabe. Naknadna izdelava foto in video datotek s prikazom te spolne zlorabe z istimi žrtvami naredi tem žrtvam dodatno škodo, saj je s tem dejanjem spolna zloraba zabeležena in je potem lahko dostopna tudi tretjim osebam. Za to dejanje je potrebno dodatno ravnanje storilca, zato ni mogoče govoriti o idealnem steku. S tem pa, ko so bile datoteke s prikazom spolne zlorabe deklic shranjene na različni računalniški opremi in so bili ti posnetki poslani tudi drugim osebam, je bila storjena še dodatna škoda za deklici. Tudi za to dejanje hrambe in razširjanje je bilo potrebno dodatno ravnanje storilca, zato je bilo to ravnanje treba obravnavati kot drugo dejanje, ki je zlorabljenima deklicama naredilo dodatno škodo, saj se je z razširjanjem teh posnetkov izgubil nadzor nad posnetki in nikoli več ne bo mogoče teh posnetkov izbrisati v celoti. Hramba in razširjanje posnetkov s pornografsko vsebino otrok sta bila prvemu obdolžencu očitana za posnetke, ki jih je sam izdelal, in za posnetke, ki jih je pridobil prek interneta. Treba je vedeti, da če se ti posnetki ponujajo prek črnega interneta, ostanejo vedno nekje shranjeni in dostopni ter vse več uporabnikov teh strani te posnetke odpira, hrani, širi in gleda nedolžne žrtve – spolno zlorabljene otroke. Na podlagi te analize je bila prvemu obdolžencu poleg spolne zlorabe po 173. členu KZ-1B očitana izdelava video in foto datotek kot posebno kaznivo dejanje po drugem odstavku 176. člena KZ-1B, saj so bile te datoteke izdelane pod različnimi imeni. Posebej pa sta bila prvemu obdolžencu očitana posest in razširjanje video in foto datotek s pornografsko vsebino, to je tistih, ki jih je sam izdelal, in tistih, ki jih je pridobil prek interneta, kar je bilo opredeljeno kot kaznivo dejanje po tretjem odstavku 176. člena KZ-1B.

Upoštevanje načela največje koristi otroka – dileme

Po Konvenciji Združenih narodov o otrokovih pravicah⁷ (v nadaljevanju KOP) iz leta 1989 so otrokove koristi eno temeljnih načel KOP. Iz prvega odstavka 3. člena KOP izhaja, da morajo biti pri vseh dejavnostih v zvezi z otroki, ki jih vodijo zasebne ali državne ustanove za socialno varstvo, sodišča, upravni organi ali zakonodajna telesa, otrokove koristi glavno vodilo. To načelo je najpomembnejše pri izvajanju vseh določb KOP. Glede na to, da se KOP v skladu z Ustavo RS⁸ uporablja neposredno, je treba v vsakem postopku posebej ugotavljati otrokovo največjo korist. Pozneje je Odbor za otrokove pravice pri Združenih narodih sprejel še splošni komentar št. 14⁹ o pravici otroka, da se predvsem upošteva njegova največja korist. Da bi morale biti otrokove koristi na prvem mestu v vseh zadevah, v katerih so udeleženi otroci, izhaja tudi iz Smernic Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje¹⁰.

Glede na zgoraj opredeljeno pravno podlago in zavezo oziroma osnovno načelo KOP bi morali zlasti v kazenskih postopkih načelo največje koristi otroka veliko bolj upoštevati. Največjo korist otroka je treba bolj upoštevati tudi pri prednostni obravnavi teh postopkov ter zagotoviti, da v teh postopkih sodelujejo samo posebej usposobljeni uslužbenci, sodniki, tožilci in odvetniki ter da se žrtvam takoj zagotovi pomoč.¹¹ Vse premalo se v postopkih, kjer so žrtve otroci, tehta med največjo koristjo otroka in pravico obdolženega do obrambe. Postopki, razen v pripornih zadevah, so predolgi, pravica otroka, da poda izjavo, je omejena z določbo tretjega odstavka 236. člena ZKP. V skladu s KOP (12. člen)¹² ima otrok pravico svobodno izoblikovati lastna mnenja in ga izražati ter biti zaslišan v katerem koli sodnem ali upravnem postopku, v skladu s svojo starostjo in zrelostjo. Zato določba tretjega odstavka 236. člena ZKP ni v skladu s KOP, Direktivo 2011/92/EU¹³ in smernicami Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje.¹⁴ Če otrok ne razume pravnega pouka, je pa že toliko star, da lahko poda izjavo, se mu pravica, da poda izjavo, omeji le (ob upoštevanju mednarodnih aktov), če bi bile ogrožene njegove koristi. Treba se je zavedati, da je otrokova izjava, ko je ta zlorabljen,

7 Konvencija Združenih narodov o otrokovih pravicah (KOP): Uradni list RS-MP št. 9/92.

8 Ustava RS, Uradni list 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.

9 General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), Adopted by the Committee on the Rights of the children, sixty-second session (14 January–1 February 2013).

10 Smernice Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje, ki jih je sprejel Odbor ministrov Sveta Evrope dne 17. novembra 2010; obrazložitevni memorandum B Otrokove koristi.

11 14. Smernice Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje, 5. člen Konvencije Sveta Evrope o zaščiti otrok pred spolnim izkoriščanjem in spolno zlorabo (Lanzarotska konvencija), 61. člen Direktive 2012/29 EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. 10. 2012 o določitvi minimalnih standardov na področju pravic, podpore in zaščite žrtev kaznivih dejanj ter o nadomestitvi Okvirnega sklepa Sveta 2001/220/PNZ.

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

13 Direktiva 2011/92/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. 12. 2011 o boju proti spolni zlorabi in spolnemu izkoriščanju otrok ter otroški pornografiji in nadomestitvi Okvirnega sklepa Sveta 2004/68/PNZ; 30. točka.

14 Smernice Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje, obrazložitevni memorandum, III. Temeljna načela – B. Otrokove koristi, 36. in 37. točka.

potrebna zaradi odkrivanja in dokazovanja kaznivega dejanja in otrokove zaščite. Ko se tehta določba tretjega odstavka 236. člena ZKP, tako kot je zapisana, iz nje izhaja, da gre v tem primeru za dajanje prednosti pravici do obrambe oziroma zaščiti družinskega življenja in doslej se v sodni praksi s koristjo otroka v povezavi s to določbo sodišče ob neposredni uporabi KOP ni ukvarjalo. Dilema, ki bi jo bilo treba končno razrešiti, je, ali je ta določba o oprostitvi pričanja neposredno povezana s pravico do obrambe, in ali ima pravica, da se zaščiti družinsko življenje, prednost pred pravico, da se zaščiti otrok. Za družinsko življenje sta predvsem odgovorna starša, ki sta polno opravilno sposobna in imata roditeljsko pravico, medtem ko otrok do 18. leta še ne more samostojno odločati in nastopati ter skrbeti za svoje koristi. Pretehtati bi bilo treba, kateri pravici je treba dati prednost, pravici do družinskega življenja, kjer se dogaja zloraba otroka, ali pravici, da se otrok zaščiti pred vsemi vrstami zlorabe. Glede na Konvencijo o otrokovih pravicah, Direktivo 2012/29 EU in Smernice Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje bi moral biti odgovor popolnoma jasen, torej da imata korist otroka in njegova zaščita pred zlorabami absolutno prednost pred zaščito družinskega življenja, kjer se zloraba dogaja. Zato bi morala biti kazniva dejanja iz 192. člena KZ-1B in poglavja zoper spolno nedotakljivost, ko so žrtve otroci, izjema od pouka po 236. člena ZKP, kar je mogoče že na podlagi zgoraj navedenih konvencij, direktiv in smernic.

Kakor izhaja iz mednarodno sprejetih dokumentov, bi morala biti določba o odpovedi pričanja za bližnje sorodnike in druge strokovne delavce omejena v primerih, ko je otrok žrtev spolne zlorabe ali kakšne druge zlorabe. Navedeno je v skladu z določbo Smernic Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje tč. 73/6, iz katere izhaja, da izjave in dokazi otrok ne bi smeli nikoli veljati za neveljavne ali nezanesljive samo zaradi otrokove starosti, kar je v skladu z že zgoraj navedeno določbo 12. člena KOP.

2.b Pojavnost stockholmskega sindroma

Stockholmski sindrom¹⁵ se razvije zaradi velikega strahu za osebno varnost, zaradi samoobtoževanja in depresivnega vedenja, fizičnega in psihičnega preživetja, preprečevanja bolečine in strahu ipd. Gre za obrambni mehanizem, strategijo preživetja v ekstremnih situacijah, strahu, izolaciji. Žrtev se v teh primerih identificira s pozitivnimi lastnostmi in ravnanji nasilnika in mu želi ugajati, pridobiti njegovo odobravanje, s čimer izgublja lastno identiteto, saj gre tudi za zavestno manipulacijo nasilnika z žrtvijo.

V opisanem primeru je šlo za ta sindrom pri obeh deklicah. Npr. starejša deklica je v svojih izjavah zelo skromno opisala zlorabe ter je opisovala očima kot vzornega starša in poudarila, da ga ima rada. Če ne bi bilo posnetkov, ne bi nikoli izvedeli za širino in intenzivnost zlorab, katerim je bila deklica izpostavljena. Obe deklici sta idealizirali družino oziroma mamo in očima (očeta ne) in imeli hude občutke krivde

15 »Stockholmski sindrom« izhaja iz primera, v katerem so opazili nenavadno navezanost med ugrabiteljem in žrtvijo. Gre za primer roba in ugrabitve v Stockholmu v času od 23. do 28. avgusta 1973. Prvi, ki je opredelil ta sindrom, je bil psihiater Frank Ochberg. Njegova opredelitev je, da je stockholmski sindrom identifikacija z agresorjem. Gre za psihološki fenomen, ko žrtev razvije čustveno navezanost na ugrabitelja. Ime je uvedel kriminolog in psihiater Nils Bejrot, ko je ugotovil čustveno navezanost med ugrabitelji in talci, ki v kazenskem postopku niso želeli veliko govoriti o ugrabitvi.

zaradi razkritja dejanja. Mlajša deklica je mami napisala, da se počuti, kot da je zdaj ona vsega kriva.

Vse te okoliščine kažejo na pojav stockholmskega sindroma pri navedenih deklicah, saj ne glede na to, kaj sta jima očim in mama s svojimi ravnanji storila, sta se obe deklici identificirali z njunimi pozitivnimi lastnostmi, jima želeli ugajati, dobiti njuno odobravanje. Vse to tudi kaže na zavestno manipulacijo s strani očima in mame, kar vse je značilno za ta sindrom.

2.c Poročanje medijev

Novinarji in uredniki morajo pri objavi novinarskih prispevkov, v katerih so udeleženi otroci, upoštevati največjo korist otroka. Novinarji morajo pri poročanju o otrocih upoštevati Ustavo Republike Slovenije, Konvencijo o otrokovih pravicah, Zakon o varstvu osebnih podatkov, novinarski kodeks itd. Pri poročanju o nasilju, spolnih zlorabah, samomorih in družinskih tragedijah morajo novinarji paziti, da ne objavijo otrokovih osebnih in drugih podatkov (imena šole, vrtca ipd.), ki bi omogočili razkritje otrokove identitete, da ne objavijo podatkov o starših ali skrbnikih tako, da bi bilo mogoče identificirati otroka, ter da z objavo fotografij in drugega zvočnega in slikovnega gradiva ne razkrijejo otrokove identitete¹⁶.

Žal pa novinarji zaradi večje gledanosti navedenega ne upoštevajo in pri poročanju včasih pozabijo na največjo korist otroka. Tudi v opisanem primeru je bilo tako. Komercialna televizija je pri pripravi prispevka o navedenem primeru posnela stavbo, kjer je družina nazadnje živela. Sostanovalci, ki so videli, kje se je opravljala hišna preiskava, so ugotovili, za katero družino oziroma katere otroke gre. Za navedeno so izvedeli tudi otroci iz tega bloka, ki so povedali drugim in deklicama, zlasti mlajši, so se nato v šoli posmehovali, saj je bil javno objavljen podatek, da so bili zlorabljeni otroci izločeni iz družine. Vodstvo šole je bilo zgroženo nad poročanjem medijev, zaradi česar je ukrepalo in se obrnilo na številne institucije, tudi na predsednika države. Vendar ko je enkrat takšna škoda narejena, je noben poznejši postopek ne popravi, saj so bile deklice zaradi takšne objave dodatno stigmatizirane in travmatizirane.

2.d Zanemarjanje kot primarno kaznivo dejanje

Ločeno od postopka, povezanega s spolno zlorabo, je bil uveden tudi kazenski postopek zoper mamo zlorabljenih otrok zaradi kaznivega dejanja zanemarjanje mladoletne osebe in surovo ravnanje po prvem odstavku 192. člena KZ-1B. Očitki mami so med drugim bili, da je zapirala otroke v stanovanje, da se z otroki ni ukvarjala in jim ni izkazovala ljubezni, da je zlasti starejšo hčer obremenila z delom, ki ni bilo primerno njeni starosti, in da otrok ni zaščitila ne pred nasiljem očeta, ne pred otipavanjem njenega partnerja, za kar je izvedela od hčerke, zaradi česar so bili otroci prikrajšani pri svojih temeljnih čustvenih, vzgojnih in socialnih potrebah oziroma na vseh področjih razvoja. Mami je bila izrečena pogojna obsodba z varstvenim nadzorstvom in navodilom, da se udeleži terapije za pridobivanje starševskih veščin. Vsi otroci so bili med postopkom v rejniški družini brez

¹⁶ Novinarski kodeks, 22. točka.

prepotrebne takojšnje podpore in pomoči njim in rejnici, ki je v oskrbo dobila zelo čustveno podhranjene in travmatizirane otroke. Mama je pozneje začela z otroki navezovati stike s pismi in določeni so ji bili osebni stiki enkrat mesečno, ki pa jih ni redno izvajala.

Poudariti velja, da če bi mama ustrezno opravila svojo vlogo starša, bi bil to bistveni varovalni dejavnik, da očim in soobdolženi ne bi spolno zlorabljali otrok v vseh zgoraj opisanih pojavnih oblikah. Ker pa so bili ti otroci čustveno podhranjeni, ranljivi, ker niso bile izpolnjene njihove primarne potrebe, so bili zato lahke žrtve za vse oblike zlorab.

Glede na ugotovitve izvedenke, zlasti pri deklicah, deklici verjetno nikoli ali pa ob velikem, večletnem trudu s strokovno pomočjo ne bosta povsem normalno živeli. Med številnimi težavami kot posledicami zlorabe pri eni deklici obstaja velika verjetnost, da bo ona zlorabljala druge, pri drugi deklici pa je velika verjetnost samopoškodovalnega vedenja. Izvedenska mnenja, ki so bila pridobljena glede zlorab in zanemarjanja otrok, je tožilstvo poslalo centru za socialno delo, ki je potem na njihovi podlagi še dodatno ukrepal, vendar je bilo to narejeno s prevelikim časovnim zamikom, kajti otroci bi morali prejeti pomoč takoj, da bi se zmanjšala njihova travmatiziranost. Tako pa so bili otroci iztrgani iz okolja in od oseb, ki so jih kljub temu, da so jih zlorabile, imeli zelo radi. Otroci so bili najprej nameščeni v krizni center, nato v rejniško družino, v popolnoma drugo okolje. Zlasti mlajša deklica je zelo hrepenela po mami, ne glede na vse, kar se je zgodilo v družini.

3 ZASLIŠANJE OTROKA V KAZENSKEM POSTOPKU

Kot izhaja iz zgoraj prikazanega primera, je v primeru hudih zlorab otrok, velikega pomena za nadaljnji postopek, izjava otroka. V skladu z 12. členom KOP ima vsak otrok, ki je sposoben izoblikovati lastno mnenje, pravico do svobodnega izražanja lastnega mnenja. V ta namen je Odbor Združenih narodov sprejel splošni komentar št. 5¹⁷ v zvezi z ukrepi iz 12. člena KOP. V Direktivi 2012/29 EU (točka 14) je tudi opredeljeno, da ko so žrtve otroci, bi bilo treba upoštevati in obravnavati otroke kot polne nosilce pravic in bi jim moralo biti omogočeno te pravice uresničevati ustrezno njihovi zmožnosti oblikovanja lastnega stališča. V Smernicah Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje¹⁸ pa je natančno opredeljeno, kdo naj bi opravljal razgovore z otrokom, kako naj se ti razgovori opravljajo, opredeljena je potreba po oblikovanju protokolov za razgovore, opredeljeno je, naj bi se ti razgovori opravljali v otroku prijaznih prostorih in okolju ter da je treba razgovore posneti in jih treba opraviti čim manj. Da bi se morali vsi strokovnjaki in uslužbenci, ki so vključeni v postopek, kjer je žrtev otrok, še posebej usposabljeni, ne izhaja samo iz Smernic Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno

17 General comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), Adopted by the Committee on the Rights of the child, Thirty-fourth session, 19. September–3 October 2003).

18 Smernice Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje: D. Otrokom prijazno pravosodje med sodnim postopkom 6. Dokazi/izjave otrok.

pravosodje, ampak tudi iz 5. člena Konvencije Sveta Evrope o zaščiti otrok pred spolnim izkoriščanjem in spolno zlorabo (Lanzarotska konvencija) ter iz Direktive 2012/29 EU.¹⁹

Vendar se ne glede na vso pravno podlago glede zaslišanja otrok žrtev v praksi zaslišanja izvajajo, ne da bi se upoštevale pravice otrok po prej navedenih mednarodnih dokumentih. Še vedno je velika razlika med deklaratorno ravno in prakso. Napredek je glede tega, da so na vseh okrožnih sodiščih zagotovljene prijazne sobe za zaslišanje otrok in je zagotovljena avdiovizualna povezava z razpravno dvorano, kjer lahko druge stranke spremljajo zaslišanje. Razgovor se avdiovizualno posname. Velika pomanjkljivost pa je, da večkrat opravijo zaslišanje otrok osebe, ki za to niso bile predhodno posebej strokovno usposobljene in za to nimajo posebnega strokovnega znanja, saj v naši državi še ni bil sprejet poseben protokol za opravo razgovora z otrokom. Največja pomanjkljivost pa je, da se te sobe za potrebe sodnih postopkov premalo uporabljajo.

3.a Protokol za zaslišanje otroka

V Smernicah Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje je opredeljeno, da bi bilo treba oblikovati protokole, ki upoštevajo različne stopnje otrokovega razvoja, in jih nato uporabljati tako, da podprejo veljavnost pričanja otrok²⁰. Obstaja že kar nekaj mednarodno uveljavljenih protokolov. Najbolj uveljavljen med njimi je NICH²¹, po vzoru katerega so npr. v Republiki Hrvaški sprejeli protokol za razgovor z otrokom.

Tudi druge evropske države, zlasti skandinavske, imajo dobro izdelane sisteme zaščite otrok in natančno opredeljene postopke razgovorov z otroki oziroma forenzičnih intervjujev.

V Republiki Sloveniji glede oprave forenzičnih intervjujev zaostajamo, saj še ni sprejetega protokola za opravo razgovora z otrokom, nimamo usposobljenih strokovnjakov za opravo forenzičnih intervjujev, niti se v praksi ne izvaja, da bi razgovore z otroki opravljali samo tisti policisti, izvedenci, sodniki, ki so se za to

19 Direktiva 2012/29: »(61) Vsak javni uslužbenec, vključen v kazenskem postopku, za katerega je verjetno, da bo prišel v osebni stik z žrtvijo, mora imeti dostop in prejeti ustrezno začetno in nadaljevalno usposabljanje do ravni, ki je potrebna za njegov stik z žrtvami, da lahko identificira žrtve in njihove potrebe ter jih obravnava na spoštljiv, uvideven, strokoven in nediskriminatoren način. Za osebe, za katere je verjetno, da bodo sodelovale pri individualni presoji za ugotavljanje posebnih zaščitnih potreb žrtev in posebnih zaščitnih ukrepov, ki jih potrebujejo, bi moral pripraviti posebno usposabljanje o izvedbi takšne presoje. Države članice bi morale zagotoviti takšno usposabljanje policije in sodnega osebja. Prav tako bi bilo treba spodbujati usposabljanje odvetnikov, tožilcev in sodnikov ter javnih uslužbencev, ki zagotavljajo podporo žrtvam ali storitve poravnalne pravičnosti. Ta zahteva bi morala vključevati izobraževanje o posebnih službah za podporo, na katere bi bilo treba napotiti žrtve, ali specialistično usposabljanje. Če je pri njihovem delu poudarek na žrtvah s posebnimi potrebami, in po potrebi posebno usposabljanje iz psihologije. Če je to ustrezno, bi bilo treba pri takšnem usposabljanju upoštevati vidik spola. Ukrepe držav članic na področju usposabljanja bi morale dopolnjevati smernice, priporočila in izmenjava najboljših praks v skladu s časovnim načrtom iz Budimpešte.«

20 Smernice Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje: D. Otrokom prijazno pravosodje med sodnim postopkom 6.7/1 »Protokole razgovorov, ki upoštevajo različne stopnje otrokovega razvoja, bi bilo treba oblikovati in uporabljati tako, da podprejo veljavnost pričanja otrok. Pri tem bi se bilo treba izogibati sugestivnim vprašanjem ter tako povečati zanesljivost.«

21 The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol: Interview Guide.

posebej usposobili. V praksi ni izvedeno, da bi v postopkih, kjer so žrtve otroci, sodelovali samo tisti uslužbenci, ki so se za to posebej usposobili in imajo tudi znanje iz psihologije otroka.

4 SKLEP

V prispevku sem želela prikazati povezanost zanemarjanja in psihičnega nasilja na eni strani ter spolnega nasilja na drugi strani. Zelo pogosto se je v praksi zgodilo, enako kot v prikazanem primeru, da je mama zaradi lastnega ugodja in ekonomske varnosti raje spregledala spolno zlorabo nad otrokom, kakor pa bi svojega otroka ustrezno zaščitila pred storilcem.

V prispevku sem na podlagi opisanega primera želela opozoriti tudi na sistemske pomanjkljivosti, kljub sprejetim mednarodnim konvencijam in evropskim direktivam. Še vedno v postopkih, kjer so otroci žrtve, otrokove koristi niso glavno vodilo, oziroma se v postopkih vse premalo tehta med pravico do obrambe obdolženca in med otrokovo koristjo. Vse premalo se v praksi zavedamo, kaj nam omogoča neposredna uporaba mednarodnih konvencij. To tehtanje bi moralo biti zlasti povezano s pričevanjem otrok v kazenskih postopkih, ko otroci še ne razumejo določila po 236. členu ZKP, tj. t. i. pravne dobrote.

Poudarjena je bila potreba, da se v naši državi sprejme protokol za razgovor z otrokom, da razgovori ne bi bili opravljeni nestrokovno. S tem povezano je tudi obvezno usposabljanje strokovnjakov za opravo razgovorov z otroki.

Opozoriti velja tudi na potrebo, da se zaslišanje otrok opravi takoj, da se posname in da to zaslišanje opravi oseba, ki je posebej usposobljena za forenzični intervju. Pri tem je treba upoštevati priporočila in pravice otrok, da v postopkih sodelujejo le tisti sodniki, tožilci in odvetniki, ki imajo pridobljeno posebno dodatno znanje iz psihologije otrok, in tudi, da poznajo pravila forenzičnega intervjuja ter pravice otrok, ki izhajajo iz KOP, direktiv, smernic itd.

Da zlorabljeni otrok dobi takojšnjo pomoč potem, ko se ugotovi, da je bil zlorabljen, je za odpravo škode pri otroku izrednega pomena.

Nazadnje bi rada poudarila še to, da bi morali povečati nadzor nad obsojenimi osebami zaradi spolne zlorabe otrok ter uvesti njihovo obvezno zdravljenje t. i. pedofilije in odvisnosti od internetnih strani. V Veliki Britaniji in Nemčiji imajo zakonsko opredeljeno, da se poleg zaporne kazni pri določeni višini izrečene zaporne kazni izreče obvezno zdravljenje teh storilcev. V Veliki Britaniji imajo nekateri storilci sodno odrejen nadzor v obliki elektronskih zapestnic, odvzamejo jim potne liste oziroma se obvesti druga policija, če se oseba preseli, omeji pa sem jim tudi uporaba računalnikov oziroma dostop do določenih internetnih strani. Kaj pa pri nas?

LITERATURA:

- Sarah Šmid; zaključna naloga: Stockholmski sindrom ter povezava s psihološko travmo in disociacijo, Univerza na Primorskem, Fakulteta za matematiko, naravoslovje in informacijske tehnologije, 2016.
- Gordana Jekić-Bradajić, zamenik apelacionog javnog tužioca u Beogradu; prispevek: Stockholmski sindrom; posvet Družinski odnosi v medosebni odvisnosti, Brdo 2018.

IZVRŠBA NA PREMIČNINE

dr. Anja Drev
okrajna sodnica
Okrajno sodišče v Mariboru

1 UVOD

Čeprav je izvršba na premičnine eno od najpogostejših sredstev izvršbe, je njena zakonska ureditev pomanjkljiva, nejasna in neusklajena, zaradi česar se prav na področju izvršbe na premičnine odpirajo številna vprašanja. Tako v praksi sodišč kot izvršiteljev, ki opravljajo neposredna dejanja izvršbe na premičnine, je razlaga določb Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ)¹ in podzakonskih aktov zelo različna,² kar vnaša negotovost in zmanjšuje pravno varnost. Nova vprašanja pa odpirajo tudi spremembe, ki jih je prinesel Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ-L).³ V preteklosti vprašanja s področja izvršbe na premičnine niso bila v ospredju. Zato je zelo dobrodošlo, da so bile v program letošnje izvršilne šole uvrščene tudi teme s tega področja.

V tem prispevku ne bo mogoče obravnavati vseh vprašanj v zvezi z izvršbo na premičnine. Opozorila pa bom na nekatera, ki se mi zdijo bistvena, in predstavila svoje razmišljanje v zvezi z njimi. Posebno pozornost bom namenila spremembam in novostim, ki jih je v izvršbo na premičnine vnesla novela ZIZ-L.

2 RUBEŽ PREMIČNIN

V zvezi z rubežem premičnin se odpira več vprašanj, in sicer tako v zvezi z načinom oprave rubeža kot tudi s pravnimi posledicami oprave rubeža.

Bistvena vprašanja in podvprašanja, ki bodo obravnavana v tem prispevku, so:

1. Kdaj se rubež opravi kot fizični rubež in kdaj z vpisom v register neposestnih zastavnih pravic in zarubljenih premičnin (v nadaljevanju: register) ter kdaj je pridobljena zastavna pravica (primer: rubež opreme stanovanja, opreme poslovnih prostorov)?

1 Uradni list RS, št. 51/98, 72/98 – skl. US, 11/99 – odl. US, 89/99 – ZPPLPS, 11/01 – ZRacS-1, 75/02, 87/02 – SPZ, 70/03 – odl. US, 16/04, 40/04 – uradno prečiščeno besedilo, 132/04 – odl. US, 46/05 – odl. US, 96/05 – odl. US, 17/06, 44/06 – uradno prečiščeno besedilo, 30/06 – odl. US, 69/06, 110/06 – uradno prečiščeno besedilo, 115/06, 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 121/07, 45/08 – ZArbit, 37/08 – ZST-1, 28/09, 51/10, 26/11, 14/12, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 58/14 – odl. US, 53/14, 50/15, 54/15, 76/15 – odl. US in 11/18.

2 Zlasti Pravilnika o opravljanju službe izvršitelja (Uradni list RS, št. 18/03, 83/06, 59/11 in 35/16) in Pravilnika o tarifi za plačilo dela izvršiteljev in o povračilu stroškov v zvezi z njihovim delom, Uradni list RS, št. 18/03, 35/13 in 11/18.

3 Uradni list RS, št. 11/18.

- Ali je pri rubežu opreme vpis v register obvezen?
 - Ali se zastavna pravica na opremi pridobi že s fizičnim rubežem ali šele z vpisom?
 - Kateri upnik se lahko poplača iz premičnine in v kakšnem vrstnem redu, če je v korist enega opravljen le fizični rubež, v korist drugega pa je rubež iste premičnine vpisan tudi v registru?
 - Kakšen je vrstni red upnikov, če je v korist prvega upnika fizični rubež iste premičnine opravljen prej, v registru pa je rubež vpisan za rubežem v korist drugega upnika?
 - Kako se ugotavlja identiteta zarubljenih premičnin, katerih enolični identifikacijski znak (v nadaljevanju: ID-znak) je vezan na prostor, kjer so bile zarubljene (če se dolжник preseli, so iste premičnine zarubljene z različnimi ID-znaki, ker so bile ob rubežu v drugi nepremičnini)?
2. Kako se opravi rubež premičnin, ki imajo lastni ID-znak (identifikacijsko številko, s katero so vpisane v referenčnem registru⁴) in se rubijo z vpisom v register (npr. avtomobili)?
- Ali se rubež opravi le z vpisom v register, ali je potreben tudi fizični rubež?
 - Ali je dopustno zarubiti avtomobil, ki je v referenčnem registru vpisan kot last dolžnika, a je dejansko v posesti tretjega (npr. družinskega člana dolžnika, ki je v prometnem dovoljenju vpisan tudi kot uporabnik)?
 - Kdaj je rubež v tem primeru opravljen – z vpisom v register ali s fizičnim rubežem?
 - Ali je dopustno prodajati avtomobil, ki ga izvršitelj ni tudi fizično zarubil?
 - Kako doseči izročitev zarubljenega avtomobila, ki ni v posesti dolžnika?
 - Ali je dopusten rubež premičnin, ki so v posesti dolžnika, a (po podatkih prometnega dovoljenja in evidence registriranih vozil) v lasti tretjih (npr. dolжник je lizingojemalec; dolжник uporablja avtomobil, ki je v lasti njegovega družinskega člana)?
 - Problematika rubeža premičnin, ki so v skupni lasti zakoncev.

2.1 Pravna podlaga

Da bi lahko odgovorili na zgornja vprašanja, je treba najprej preučiti pravila o rubežu in njegovih pravnih posledicah. Ta določata ZIZ in Pravilnik o opravljanju službe izvršitelja (v nadaljevanju: pravilnik), medtem ko pravila o vpisu rubeža v register določa Uredba o registru neposestnih zastavnih pravic in zarubljenih premičnin (v nadaljevanju: uredba).⁵

V prvem odstavku 78. člena pravilnika je določeno, da se rubež stvari opravi tako, da jih izvršitelj vidno označi, da so zarubljene, o njih sestavi rubežni zapisnik in odvzame listine, s katerimi se dokazuje lastništvo zarubljene premičnine, in registrske označbe za to premičnino, če jih najde oziroma če je to mogoče opraviti brez večjih stroškov. V ZIZ način fizičnega rubeža ni izrecno urejen (v tretjem

⁴ Referenčni registri so uradni registri, ki so temeljna evidenca podatkov, ki se hkrati vpisujejo tudi v register neposestnih zastavnih pravic in zarubljenih premičnin (5. točka prvega odstavka 4. člena uredbe).

⁵ Uradni list RS, št. 23/2004, 66/2006, 16/2008, 62/2011, 87/2015 in 42/2016.

odstavku 81. člena ZIZ je urejen le rubež z vpisom v register), v drugem odstavku 85. člena ZIZ, ki ureja hrambo zarubljenih stvari, pa je določeno, da je na zarubljenih stvareh treba vidno označiti, da so zarubljene. Rubež, opravljen na način iz prvega odstavka 78. člena pravilnika, za potrebe tega prispevka imenujem »fizični rubež«.

Od Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju ZIZ-J⁶ dalje veljajo posebna pravila v zvezi z rubežem premočnin, ki se vpisujejo v register. V tretjem odstavku 81. člena ZIZ (ki v skladu s prehodno določbo prvega odstavka 76. člena ZIZ-L velja še do 31. 12. 2019) je določeno, da se rubež premočnin, ki se vpisujejo v register, opravi z vpisom sklepa o izvršbi v ta register. Organ, ki vodi register, vpiše rubež in prepoved razpolaganja na zahtevo izvršitelja. Če je v zahtevi izvršitelja naveden enolični identifikacijski znak premočnine, se vpis opravi na podlagi sklepa o izvršbi, sicer pa na podlagi sklepa o izvršbi in rubežnega zapisnika. Kot izhaja iz predloga ZIZ-J⁷, je bila taka ureditev sprejeta z namenom pospešitve premočninske izvršbe, saj se rubež registrske premočnine opravi že takoj z vpisom v register, ne da bi izvršitelj pred tem moral opraviti fizični rubež premočnine.⁸

Podrobnejša pravila o takem rubežu vsebuje pravilnik, ki v drugem odstavku 78. člena določa, da se, če je v zahtevi izvršitelja za vpis rubeža v register določen enolični identifikacijski znak premočnine, vpis rubeža v register opravi na podlagi sklepa o izvršbi, nato pa izvršitelj opravi dejanja iz prvega odstavka 78. člena pravilnika, torej fizični rubež. Če pa v zahtevi izvršitelja ni naveden identifikacijski znak premočnine, se vpis opravi na podlagi sklepa o izvršbi in rubežnega zapisnika. V tem primeru je torej vpis rubeža mogoč šele po predhodno opravljenem fizičnem rubežu, o katerem je sestavljen rubežni zapisnik.

Katere premočnine se vpisujejo v register, je določeno v uredbi. V 8. členu uredbe je tako določeno, da se v register vpisujejo:

1. zaloge,
2. oprema,
3. motorna in tirna vozila, motorna kolesa ter prikolice in polprikolice ter
4. živali.

Posamezni izrazi, ki označujejo premočnine, ki se vpisujejo v register (oprema, zaloge), v uredbi niso opredeljeni.

Premočnine se v register vpisujejo z enoličnim identifikacijskim znakom, v obsegu, ki ga omogočajo tehnična sredstva, pa se lahko pri posamezni premočnini vpišejo tudi drugi podatki, namenjeni njeni identifikaciji (prvi in drugi odstavek 9. člena uredbe).

Enolični identifikacijski znak zalog in opreme so oznake prostora, v katerem zaloge oziroma oprema so, in sicer:

6 Uradni list RS, št. 53/14.

7 Poročevalec DZ z dne 8. 5. 2014.

8 Predlog ZIZ-J, str. 16–17.

1. parcelna številka nepremičnine in oznaka katastrske občine, v kateri so, kot je vpisana v zemljiškem katastru;
2. identifikacijska številka objekta ali dela objekta, kot je vpisana v katastru stavb, če pa se objekt v ta kataster ne vpisuje, drug enolični identifikacijski znak, s katerim je ta objekt vpisan v uradni evidenci takih objektov;
3. ulica, hišna številka, kraj in pošta, kjer se je objekt.

Če zaloge oziroma oprema niso v objektu, se kot enolični identifikacijski znak navedejo samo podatki iz prve točke. Pri vpisu zalog je treba navesti tudi vrsto zalog in njihovo minimalno količino oziroma vrednost. Pri vpisu opreme je treba navesti tudi vrsto opreme, lahko pa se navedejo tudi leto izdelave, ime proizvajalca, namen uporabe, število kosov in vrednost opreme (10. in 11. člen uredbe).

Enolični identifikacijski znak motornih in tirnih vozil, motornih koles ter prikolic in polprikolic (v nadaljevanju: vozila) je identifikacijska številka vozila (številka šasije). Poleg tega podatka se lahko vpišejo tudi:

1. registrska označba, s katero so vozila vpisana v referenčnem registru;
2. znamka;
3. vrsta in kategorija ter komercialna oznaka;
4. leto izdelave;
5. datum prve registracije (12. člen uredbe).

Enolični identifikacijski znak goveda so:

1. identifikacijska številka, s katero je žival vpisana v referenčnem registru;
2. spol;
3. pasma;
4. datum rojstva (prvi odstavek 13. člena uredbe).

Enolični identifikacijski znak kopitarjev sta:

1. identifikacijska številka, s katero je žival vpisana v referenčnem registru;
2. spol (drugi odstavek 13. člena uredbe).

V skladu s 17. členom uredbe se rubež v register vpiše tako, da se navedejo naslednji podatki:

1. datum in kraj oprave rubeža;
2. označba spisa pri izvršitelju oziroma drugem pristojnem organu;
3. ime, priimek in sedež izvršitelja oziroma drugega pristojnega organa;
4. opravilna številka sklepa o izvršbi ali zavarovanju oziroma druge odločbe;
5. datum izdaje sklepa o izvršbi ali zavarovanju oziroma druge odločbe;
6. naslov sodišča oziroma pristojnega organa, ki je izdal sklep o izvršbi ali zavarovanju oziroma drugo odločbo.

Če se po rubežu opravi izvršba na že zarubljene stvari za poplačilo kakšne druge terjatve istega upnika ali poplačilo terjatve kakšnega drugega upnika, izvršitelj ne opravi novega rubeža in nove cenitve teh stvari, temveč zaznamuje v nadaljevanju

zapisnika, ki ga je sestavil v zvezi s prvim (fizičnim) rubežem te stvari, le podatke iz poznejšega sklepa o izvršbi in svojo ugotovitev, ali zarubljene stvari zadoščajo za poplačilo še drugih terjatev (prvi odstavek 91. člena ZIZ, prvi odstavek 83. člena Pravilnika). Če izvršitelj v primeru iz prejšnjega odstavka ugotovi, da zarubljene stvari ne zadoščajo za poplačilo druge terjatve istega upnika ali poplačilo terjatve kakšnega drugega upnika, dolжник pa ima še druge stvari, ki so lahko predmet izvršbe, takoj razpiše rubež in zarubi še toliko stvari, da bodo zadoščale za poplačilo drugih terjatev (drugi odstavek 91. člena ZIZ).

Če je prejšnji rubež opravil upravni organ ali notar, izvršitelj pošlje temu organu zahtevo, da v svojem zapisniku napravi zaznamek o dodatnem rubežu (tretji odstavek 91. člena ZIZ, drugi odstavek 83. člena pravilnika).

Če se zarubljene stvari vpisujejo v register, mora izvršitelj zahtevati tudi vpis podatkov o poznejši izvršbi v register (prvi in drugi odstavek 83. člena pravilnika).

Izvršitelj kopijo zapisnika o rubežu z zaznambo podatkov o poznejši izvršbi in kopijo zahteve za zaznambo poznejšega rubeža, poslane upravnemu organu ali notarju, pošlje tudi strankam poznejšega izvršilnega postopka (tretji odstavek 83. člena pravilnika, četrti odstavek 91. člena ZIZ).

V skladu s prvim odstavkom 87. člena ZIZ upnik pridobi zastavno pravico na zarubljenih stvareh z rubežem, v primerih iz tretjega odstavka 81. člena ZIZ, torej ko gre za premičnine, ki se vpisujejo v register, pa z vpisom rubeža v register. Če se opravi zaznamba namesto rubeža, upnik pridobi zastavno pravico z vpisom zaznambe v rubežnem zapisniku. Če so bile stvari zarubljene za več upnikov, se vrstni red zastavne pravice, pridobljene z rubežem, določa po dnevu, ko je bil opravljen rubež, vrstni red zastavne pravice, pridobljene z zaznambo v rubežnem zapisniku (91. člen) ali vpisom v register (tretji odstavek 81. člena), pa po dnevu, ko je bila opravljena zaznamba oziroma vpis (drugi odstavek 87. člena ZIZ). Če so bile stvari hkrati zarubljene oziroma vpisane v register za več upnikov, se določa vrstni red zastavne pravice po dnevu, ko je sodišče prejelo predlog za izvršbo ali zavarovanje, če je prejelo predloge istega dne, pa imajo njihove zastavne pravice isti vrstni red (tretji odstavek 87. člena ZIZ). Če je bil predlog za izvršbo poslan po pošti v priporočeni pošiljki, se šteje dan oddaje pošte za dan izročitve sodišču (četrti odstavek 87. člena ZIZ).

Na podlagi splošne določbe prvega odstavka 32. člena ZIZ je predmet izvršbe za poplačilo denarne terjatve lahko vsaka dolžnikova stvar, premoženjska ali materialna pravica, če ni z zakonom izvzeta iz izvršbe oziroma če ni izvršba na njej z zakonom omejena.

Po določbi 83. člena ZIZ so lahko predmet rubeža stvari, ki jih ima v posesti dolжник, kot tudi njegove stvari, ki jih ima v posesti upnik. Dolžnikove stvari, ki jih ima v posesti kdo tretji, se smejo zarubiti samo s privolitvijo tega. Če tretji ne privoli v rubež, prenese sodišče na predlog upnika na upnika dolžnikovo pravico do izročitve stvari (153. člen).

Podrobnejša pravila o kraju rubeža vsebuje 74. člen pravilnika, ki določa, da sme izvršitelj zarubiti samo stvari, ki so pri dolžniku, njegovem zakonitem zastopniku ali upniku. Dolžnikove stvari, ki so pri nekom tretjem (ker so mu npr. dane v hrambo ali posojene), sme izvršitelj zarubiti le, če tretji v to privoli s podpisom v zapisniku. Če tretji ne privoli v rubež stvari, izvršitelj o tem obvesti upnika in ga poduči, da lahko vloži pri sodišču predlog za prenos dolžnikove pravice do izročitve stvari (153. člen zakona). Šteje se, da so stvari pri osebi iz prvega in drugega odstavka tega člena, če ima ta dejansko oblast nad to stvarjo. Če je izvršitelj v dvomu o tem, kdo ima stvar v dejanski oblasti, lahko opravi tudi ustrezne poizvedbe na kraju samem, zlasti s poizvedbami pri sosedih ali na drug primeren način.

Če je predmet izvršbe premičnina, mora izvršitelj pri opravi rubeža med drugim vedno preveriti v registru neposestnih zastavnih pravic in zarubljenih premičnin, rubežnih zapisnikih, javnih oziroma po zakonu overjenih listinah ter iz drugih vidnih oznak, ali na stvareh, ki so predmet rubeža, obstajajo kakšne pravice ali bremena, ki jih je treba v postopku izvršbe ali zavarovanja upoštevati (npr. rubež, stvarne pravice tretjih), ter preveriti, ali so stvari v posesti dolžnika ali upnika ali koga tretjega in te ugotovitve zapisati kot uvodne ugotovitve v zapisnik o rubežu (70. člen pravilnika).

V skladu z drugim odstavkom 84. člena ZIZ se zarubijo predvsem stvari, glede katerih ni pripomb o obstoju kakšne pravice, ki bi preprečevala izvršbo, in stvari, ki se dajo najlažje unovčiti. Pri tem je treba upoštevati tudi izjave navzočih strank in drugih oseb.

ZIZ v prvem odstavku 49. člena določa, da mora izvršitelj opravljati neposredna dejanja izvršbe ne glede na zatrjevane dejanske in pravne ovire, razen če sodišče odredi drugače.

Pravilnik v zvezi z upoštevanjem pravic drugih oseb na zarubljeni stvari v 76. členu določa, da izvršitelj opravi rubež stvari ne glede na ugovore, da se z rubežem kršijo katerekoli pravice drugih oseb na tej stvari. Vendar pa se rubež takih stvari opravi samo, če ni mogoče zarubiti dovolj drugih stvari enake vrste, ki bi zadoščale za poplačilo upnika. Dolžnika ali druge osebe, ki zatrjujejo, da na predmetih rubeža obstajajo pravice ali bremena, ki preprečujejo izvršbo oziroma jih je v postopku izvršbe ali zavarovanja treba upoštevati (npr. solastnina, skupna lastnina, lastnina in druge stvarne pravice, rubež davčnega organa), izvršitelj pozove, da predložijo dokaze, iz katerih izhaja verjetnost obstoja njihove pravice oziroma bremena (npr. prometno dovoljenje, druge javne ali po zakonu overjene listine, izpise iz registra neposestnih zastavnih pravic in zarubljenih premičnin in drugih evidenc, pisne izjave) ter podatke o osebnem imenu in prebivališču oziroma firmi, imenu in sedežu osebe, ki naj bi imela take pravice. Če so pri rubežu stvari iz prejšnjega odstavka navedeni podatki predloženi, mora izvršitelj osebe, ki zatrjujejo oziroma za katere se zatrjuje obstoj takih pravic, ali če sam ugotovi, da lahko na zarubljeni stvari uveljavljajo svoje pravice, pravočasno obvestiti, da lahko svoje zahtevke uveljavljajo pri sodišču oziroma drugem pristojnem organu. Če so te osebe pri rubežu navzoče, jih lahko izvršitelj obvesti ustno, sicer pa jih obvesti pisno s priporočeno pošiljko. Izvršitelj tako obvestilo zaznamuje v zapisniku. Če je bilo obvestilo ustno, se obveščena oseba podpiše na mestu, kjer je obvestilo zaznamovano. Če je

bilo obvestilo pisno, pa se zapisniku priloži potrdilo o priporočeni pošiljki. Če v navedenih primerih upnik, ki je navzoč pri rubežu, izjavi, naj se izvršba na te stvari ne opravi, izvršitelj to izjavo zaznamuje v zapisniku in rubeža ne opravi. Upnik se mora v zapisniku na mestu, kjer je zapisana njegova izjava, podpisati.

2.2 Možni odgovori na vprašanja

Rubež premičnin, glede katerih se ne vodi referenčni register in ki nimajo lastnega ID-znaka, ki bi izhajal iz referenčnega registra, ampak je njihov ID-znak vezan na nepremičnino, v oziroma na kateri so, se opravi kot fizični rubež po prvem odstavku 78. člena pravilnika. Čeprav se tudi rubež teh premičnin (lahko) vpiše v register (praviloma kot rubež opreme), se zastavna pravica na premičninah pridobi že s fizičnim rubežem, in ne šele z vpisom v register. Vpis v register je v tem primeru deklaratorne narave, rubež pa je opravljen in zastavna pravica pridobljena tudi, če se rubež ne vpiše v register.

Ob upoštevanju navedenega se določa tudi vrstni red pridobitve zastavnih pravic več upnikov, pri čemer se upoštevajo določbe drugega in tretjega odstavka 87. člena ZIZ. Če je ista premičnina v tem primeru zarubljena za več upnikov, pa prvi izvršitelj opravi le fizični rubež, drugi pa po opravljenem fizičnem rubežu tega tudi vpiše v register, je zastavna pravica pridobljena že s fizičnim rubežem, prednostni vrstni red pa ima tisti upnik, v korist katerega je bil prej opravljen fizični rubež. Datum fizičnega rubeža mora v tem primeru izhajati tudi iz vpisa v register (1. točka 17. člena uredbe). Če prvi izvršitelj rubež premičnine v register vpiše potem, ko je v register že vpisan pozneje opravljeni rubež istih premičnin, ki ga je opravil drugi izvršitelj, ima kljub poznejšemu vpisu v register prvi upnik prednostni vrstni red.

Čeprav tretji odstavek 81. člena ZIZ določa, da se rubež premičnin, ki se vpisujejo v register, opravi z vpisom sklepa o izvršbi v ta register, in čeprav je v uredbi določeno, da se v register vpisujejo tudi premičnine, ki nimajo lastnega ID-znaka (npr. zaloge, oprema), bi bila razlaga, po kateri bi se tudi na premičninah, pri katerih je treba najprej opraviti fizični rubež, rubež štel za opravljen šele z vpisom v register in bi bila tudi zastavna pravica pridobljena šele z vpisom v register, v nasprotju z namenom določbe tretjega odstavka 81. člena ZIZ, ki je pospešitev izvršbe na premičnine. Oprava rubeža in pridobitev zastavne pravice z vpisom v register sta smiselni le pri premičninah, pri katerih se to dejanje opravi kot prvo dejanje in se na ta način zavaruje položaj upnika, tako da ta čim prej pridobi zastavno pravico na premičnini, dolžniku pa se prepreči oviranje rubeža in pridobitve zastavne pravice (na primer s skrivanjem vozila, ki je predmet rubeža). Če bi ista zahteva veljala tudi za premičnine, pri katerih je treba najprej opraviti fizični rubež, bi bil upnik lahko v slabšem položaju, saj bi zastavno pravico pridobil glede na čas, ko bi izvršitelj po opravljenem fizičnem rubežu podal zahtevo za vpis rubeža pri AJPES, čeprav bi bil fizični rubež predhodno že opravljen. Pri tem je treba tudi upoštevati, da ni vedno jasno, katere premičnine je treba vpisati v register (izraza »oprema« in »zaloge« v uredbi nista opredeljena), zaradi česar tudi praksa izvršiteljev v zvezi z vpisovanjem zarubljenih premičnin, za katere se ne vodijo referenčni registri, ni enotna.

Kadar so predmet izvršbe premičnine, ki so bile predhodno že zarubljene za poplačilo druge terjatve istega upnika ali poplačilo terjatve drugega upnika, ZIZ sicer določa, da se ne opravi ponovni rubež teh stvari, ampak se v nadaljevanju zapisnika prvega rubeža zaznamujejo le podatki poznejšega sklepa o izvršbi (91. člena ZIZ). Vendar pa se ta določba v praksi uporablja le, če poznejšo izvršbo vodi izvršitelj, ki je opravil tudi prvi (fizični) rubež. Če poznejšo izvršbo vodi drug izvršitelj, ta nima vedno dostopa do podatkov o opravljenih prejšnjih rubežih, zato tudi nima vedno možnosti, da bi brez odlašanja podal predlog prvemu izvršitelju, da v svoj zapisnik vpiše zaznambo dodatnega rubeža (taka možnost v primeru različnih izvršiteljev v ZIZ tudi ni izrecno urejena). V praksi zato izvršitelji v teh primerih praviloma ponovno opravijo fizični rubež predhodno že zarubljenih stvari in o tem sestavijo samostojni rubežni zapisnik ter na tej podlagi, če so predmet rubeža stvari, ki se vpisujejo v register, predlagajo vpis rubeža v register.

Pri rubežu premičnin, ki nimajo lastnega ID-znaka in se v register vpisujejo z oznakami prostora, v katerem so, je zaradi identifikacije teh premičnin zelo pomembna ustrezna označba premičnin. Smiselno je, da izvršitelj že v rubežnem zapisniku dovolj določno označi premičnine, ki so bile zarubljene, da je mogoče nedvoumno ugotoviti, na katere premičnine se rubež nanaša. Prav tako je pomembno, da se premičnine dovolj določno označijo tudi ob vpisu rubeža v register. Le splošna oznaka vrste premičnin pogosto ne zadošča, da bi bilo zarubljene premičnine lahko nedvoumno identificirati, zato je v praksi lahko sporno, katere premičnine so bile dejansko zarubljene in na katerih premičinah je upnik pridobil zastavno pravico (npr. pri oznakah »slika – šopek rož« in »slika – sončnice v vazi« gre lahko za dve različni sliki, lahko pa za isto sliko, ki sta jo izvršitelja le različno imenovala). To je pomembno tako pri obravnavni ugovora tretjega, ki zatrjuje, da ima na zarubljenih premičinah lastninsko pravico, pa je treba ugotoviti, ali so sploh bile zarubljene premičnine, v zvezi s katerimi tretji zatrjuje lastninsko pravico, kot tudi v primeru, ko so premičnine dolžnika zarubljene za več upnikov. Tudi v tem primeru mora biti jasno, ali se rubež, opravljen v različnih zadevah, nanaša na iste premičnine in je torej treba ugotoviti vrstni red pridobljenih zastavnih pravic različnih upnikov, ali pa so bile morebiti zarubljene različne premičnine. Pri tem ni odveč, če izvršitelj ob rubežu premičnine tudi fotografira (sedmi odstavek 39. člena pravilnika), saj je na podlagi takih fotografij ob nejasnosti lažje ugotoviti, katera premičina je dejansko bila predmet rubeža.

Zastavna pravica se na podlagi prvega odstavka 87. člena ZIZ v zvezi s tretjim odstavkom 81. člena ZIZ z vpisom v register torej pridobi le pri premičinah, ki imajo lastni ID-znak, ki izhaja iz referenčnih registrov in ki ni vezan na nepremičnino (npr. vozila, živali), in pri katerih predhodni fizični rubež ni potreben. Pri teh premičinah lahko namreč izvršitelj že z vpogledom v referenčni register (na primer evidenco registriranih vozil) ugotovi, da je dolжник lastnik teh premičnin, in rubež opravi neposredno z vpisom v register ter na ta način zagotovi, da upnik čim prej pridobi zastavno pravico na premičnini. Pri tem mu predhodno ni treba opraviti fizičnega rubeža, saj podatkov o dolžnikovem lastništvu premičnin ne pridobi na podlagi ugotovitev na terenu, ampak iz podatkov referenčnega registra.⁹ Rubež se v register vpiše neposredno na podlagi sklepa o izvršbi in izvršitelju predhodno ni treba izdelati rubežnega zapisnika. Dejanja iz prvega odstavka 78. člena

9 To izhaja tudi iz predloga ZIZ-J str. 16, 67 in 116.

pravilnika izvršitelj opravi šele naknadno, po vpisu rubeža v register, vendar pa ta niso konstitutivnega pomena za opravo rubeža in pridobitev zastavne pravice. Tudi če izvršitelj teh dejanj ne opravi, to ne vpliva na pridobitev zastavne pravice in veljavnost rubeža, lahko pa povzroči težave pri nadaljnjih izvršilnih dejanjih.

Namen oprave rubeža neposredno z vpisom v register je, da se zaradi varstva upnika čim prej zagotovi pridobitev zastavne pravice. Če je že iz referenčnega registra razvidno, da je dolжник lastnik določene premičnine, namreč ni smiselno, da se najprej opravi fizični rubež take premičnine in se šele nato rubež vpiše v register. Čeprav je načeloma dopusten le rubež dolžnikovih stvari, ki so v posesti dolžnika, njegovega zakonitega zastopnika ali upnika (83. člen ZIZ), je rubež z vpisom v register dopusten ne glede na to, v čigavi posesti so premičnine, ki so predmet rubeža. Določbe ZIZ po spremembi tretjega odstavka 81. člena ZIZ z novelo ZIZ-J niso povsem usklajene, saj ob spremembi 81. člena ZIZ niso bile hkrati ustrezno spremenjene tudi določbe 83. člena ZIZ. Vendar pa menim, da je treba šteti, da določba tretjega odstavka 81. člena ZIZ kot specialnejša in poznejša določba glede rubeža premičnin, ki se rubijo neposredno z vpisom v register, prevlada nad določbami drugega in tretjega odstavka 83. člena ZIZ.¹⁰ Rubež dolžnikovega motornega vozila je tako dopusten tudi, če je to v času vpisa rubeža v register dejansko v posesti tretjega. Če bi zavzeli drugačno razlago, bi to namreč pomenilo, da bi moral izvršitelj pred vsakim rubežem, ki bi ga opravil z vpisom v register, najprej preveriti, v čigavi posesti so premičnine, ki jih namerava zarubiti, s tem pa bi se izničila pomen in namen določbe tretjega odstavka 81. člena ZIZ.

Vendar pa primeri, ko je vozilo, ki je bilo zarubljeno z vpisom v register, dejansko v posesti tretjega, v praksi povzročajo težave, kadar tretji avtomobila noče izročiti, s čimer je zaradi nemožnosti poznejše izročitve vozila kupcu ovirana prodaja tega vozila. Zakon sicer v takem primeru omogoča, da sodišče dolžniku izreče denarno kazen (prvi odstavek 33. člena ZIZ), vendar pa ta ne bo učinkovita, če tudi dolжник ne bo mogel zagotoviti, da bi tretji vozilo izročil izvršitelju. Mogoči so namreč tudi primeri, ko dolжник, ki je po podatkih referenčnega registra sicer vpisan kot lastnik vozila, dejansko ni več lastnik vozila, ker ga je prodal tretjemu.

V praksi se številna vprašanja zastavljajo tudi v primerih, ko izvršitelj ob rubežu na terenu ugotovi, da ima dolжник v posesti vozilo, ki v referenčnem registru ni vpisano kot last dolžnika. Vprašanje je, ali lahko izvršitelj zarubi takšno vozilo, za katero ni gotovo, ali je dolжник kot posestnik vozila tudi njegov lastnik. Na eni strani namreč velja, da so predmet izvršbe le dolžnikove stvari (prvi odstavek 32. člena ZIZ), na drugi strani pa tudi, da izvršitelj rubeži premičnine, ki so v posesti dolžnika, pri tem pa mora neposredna dejanja izvršbe opravljati ne glede na zatrjevane dejanske ali pravne ovire (prvi odstavek 49. člena ZIZ) in ne glede na ugovore, da se z rubežem kršijo katerekoli pravice drugih oseb na tej stvari, pri čemer izvršitelj (če upnik, ki je pri rubežu navzoč, ne izjavi, naj se rubež ne opravi), opravi rubež tudi, če mu tretje osebe predložijo javne listine, iz katerih izhaja verjetnost obstoja njihove pravice, na primer prometno dovoljenje (76. člen pravilnika). Zlasti pogosta so ta vprašanja, kadar je dolжник lizingojemalec in ima vozilo, ki je sicer v lasti lizingodajalca, v uporabi, kar izhaja tudi iz prometnega dovoljenja.

¹⁰ Primerjaj tudi VSL sklep III lp 1962/2016, 22. 6. 2016.

Pri tem je v zvezi z lastništvom premičnin, zlasti motornih vozil, treba upoštevati, da evidenca registriranih vozil nima enake vloge kot na primer zemljiška knjiga za lastništvo nepremičnin. Avtomobil je namreč premična stvar, pri kateri je razpolagalni pravni posel za prenos lastninske pravice izročitev v posest pridobitelja (60. člen Stvarnopravnega zakonika – SPZ¹¹), in ne vpis v uradno evidenco registriranih vozil.¹² Čeprav je oseba, ki je kot lastnik vpisana v tej evidenci in prometnem dovoljenju, praviloma tudi resnični lastnik vozila, to ni vedno nujno.

Posebno pozornost je treba nameniti tudi rubežu premičnin, ki spadajo v skupno premoženje zakoncev ali zunajzakonskih partnerjev. Po prvem odstavku 57. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR)¹³ je izvršba na stvar, ki spada v skupno premoženje zakoncev, dovoljena šele potem, ko je določen delež posameznega zakonca – dolžnika – na tem skupnem premoženju. Izvršba na stvar, ki je skupna lastnina zakoncev, in deleži posameznega zakonca na njej še niso določeni, ni dopustna, zaradi česar tudi ni dopusten rubež take premičnine. Upnik, ki ima pravnomočno sodbo zoper dolžnika – zakonca, in ki želi poseči na dolžnikov delež na stvari, ki spada v skupno premoženje, mora zato najprej vložiti tožbo zaradi ugotovitve deleža dolžnika na skupnem premoženju, šele nato lahko zahteva izvršbo na delež dolžnika na skupnem premoženju oziroma stvari, ki spada v skupno premoženje.¹⁴

3 RAZMERJE MED UPNIKOM IN IZVRŠITELJEM: ALI IN KDAJ LAHKO UPNIK ZAHTEVA PREKLIC RUBEŽA ALI DRUGEGA IZVRŠILNEGA DEJANJA

Kot je mogoče razbrati iz vlog v posameznih izvršilnih zadevah, si stranke in izvršitelji v praksi položaj izvršitelja ter razmerje med upnikom in izvršiteljem, vlogo izvršitelja v izvršilnem postopku ter pristojnosti upnika v zvezi s poseganjem v delo izvršitelja pogosto razlagajo drugače, kot izhaja iz določb ZIZ, zato je treba v predvsem pojasniti vlogo in pristojnosti izvršitelja v izvršilnem postopku.

Izvršitelj je oseba, ki opravlja javno službo v skladu z določbami ZIZ (prvi odstavek 280. člena ZIZ) in v tem okviru opravlja neposredna dejanja izvršbe in zavarovanja oziroma druga dejanja, za katera tako določa zakon. V okviru izvršbe na premičnine izvršitelj opravlja neposredna dejanja izvršbe na premičnine in druga dejanja, ki jih določa ZIZ: rubež, cenitev in prodajo premičnin (prvi odstavek 81. člena ZIZ), rubež gotovine, pridobivanje izjave dolžnika o njegovem premoženju (enajsti odstavek 31. člena ZIZ), sprejem prostovoljnega plačila dolžnika – prevzem gotovine oziroma nakazila denarnega zneska (84. a člen ZIZ), razdelitev kupnine oziroma zarubljene gotovine, nakazilo prejetega prostovoljnega plačila upniku ipd. Podrobneje so opravila izvršitelja določena v 38. členu pravilnika.

11 Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

12 VSL sodba I Cp 2519/2008, 25. 2. 2009; VSL sklep I Cp 2058/2014, 17. 9. 2014.

13 Uradni list SRS, št. 15/76, 30/86 – ZNP, 1/89, 14/89, Uradni list RS, št. 13/94 – ZN, 82/94 – ZN-B, 29/95 – ZPDF, 26/99 – ZPP, 60/99 – odl. US, 70/00 – ZZNPOB, 64/01, 110/02 – ZIRD, 42/03 – odl. US, 16/04, 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.

14 Primerjaj sodba VMS I Cp 591/2015, 12. 8. 2015.

Položaj izvršitelja je primerljiv z drugimi izvrševalci sklepa o izvršbi, ki prav tako opravljajo neposredna dejanja izvršbe (z bankami pri izvršbi na dolžnikova denarna sredstva pri organizacijah za plačilni promet, z delodajalci pri izvršbi na plačo, s sodiščem pri izvršbi na nepremičnine itd.). Izvršitelj ni upnikov pooblaščenec in z njim ni v pogodbenem razmerju. Izvršitelj tudi ni pristojen, da se po navodilih upnika z dolžnikom pogaja o obročnem odplačevanju terjatve in pogojih za odložitve izvršilnih dejanj v tem primeru.¹⁵ Upnik je sicer tisti, ki predlaga izvršitelja, ki naj ga sodišče določi za opravo neposrednih dejanj izvršbe, prav tako pa lahko predlaga njegovo odstavitev, če izvršitelj v posamezni zadevi ne opravlja neposrednih dejanj izvršbe in zavarovanja v rokih, ki jih določajo ZIZ in podzakonski predpisi (deveti odstavek 44. a člena ZIZ). Vendar to ne pomeni, da lahko neomejeno vpliva na izvršiteljevo delo. Ko je izvršitelj določen s sklepom sodišča, je pri opravi neposrednih dejanj izvršbe vezan na pravila ZIZ in pravilnika ter navodila sodišča in od njih kljub drugačnim navodilom in zahtevam upnika ne sme odstopiti. Drugačno ravnanje izvršitelja lahko pomeni hujšo disciplinsko kršitev (298. č člena ZIZ, zlasti 3., 5., 7. in 12. točke tega člena).

Izvršitelj mora opravljati izvršilna dejanja ne glede na dejanske ali pravne ovire, ki jih upnik, dolžnik ali kdo tretji zatrjuje, razen če pristojni organ določi drugače (tretji odstavek 39. člena pravilnika). Če izvršitelj ugotovi, da za izvršitev svojih nalog potrebuje dodatna navodila, pojasnila ali odredbe pristojnega organa, svojo zahtevo z vsemi okoliščinami zadeve takoj sporoči pristojnemu organu. Če je določen rok za opravo posameznih izvršilnih dejanj, mora izvršitelj ta rok upoštevati. Če to iz upravičenih razlogov ni mogoče in iz akta pristojnega organa ne izhaja kaj drugega, mora izvršitelj ta organ o tem nemudoma obvestiti zaradi izdaje nadaljnjih navodil (šesti odstavek 39. člena pravilnika).

V praksi se pogosto dogaja, da upniki izvršitelju predlagajo preklic rubeža ali drugega izvršilnega dejanja, ne da bi za to navedli razloge ali pa kot razlog navedejo, da dolžnik terjatev obročno odplačuje, da je vprašljivo, ali dolžnik ima rubljive premičnine, in podobno. Pri tem hkrati ne predlagajo odloga izvršbe. Pri tem je treba zlasti poudariti, da preklic ni procesno dejanje upnika, ampak organa (izvršitelja, sodišča), ki vodi izvršbo. Ta sme razpisano izvršilno dejanje (rubež, dražbo) preklicati, če za to obstajajo utemeljeni razlogi, s katerimi ga seveda lahko seznani tudi upnik.¹⁶

Upnik je v izvršbi sicer upravičen prosto izbirati in predlagati izvršilna sredstva (prvi odstavek 34. člena ZIZ), prav tako pa tudi predlagati izvršitelja, ki naj opravlja dejanja izvršbe (osmi in deveti odstavek 40. člena ZIZ), kljub temu pa mu ni mogoče priznati absolutne pravice do poseganja v vodenje postopka izvršbe s posameznim sredstvom izvršbe. Upnik sme procesne predloge v zvezi z opravo izvršbe na premičnine, enako kot to velja v zvezi z opravo izvršbe z vsemi drugimi izvršilnimi sredstvi (npr. na nepremičnine, dolžnikova sredstva pri OPP, na plačo), podajati le v okviru pravic in razpolaganj, ki jih omogočajo pravila ZIZ, ZPP in podzakonskih

15 Primeri, ko izvršitelj zaradi plačila terjatve ne opravi izvršilnega dejanja, so izrecno urejeni v 52., 53., 54. členu pravilnika. Samo v teh primerih izvršitelj zaradi plačila terjatve ne opravi izvršilnega dejanja oziroma ga opravi v omejenem obsegu.

16 DREV, Anja. *Zakon o izvršbi in zavarovanju (ZIZ) s komentarjem novele ZIZ-L*. Maribor: Poslovna založba MB, založništvo d. o. o., 2018, str. 213–214.

predpisov. Preklic rubeža, s katerim se neposredno zaobidejo določbe ZIZ v zvezi z zastoji v postopku, ne more biti takšno dejanje. Po začetku veljavnosti novele ZIZ-J je namreč odlog izvršbe na predlog upnika omejen na eno leto, pogoj za odlog izvršbe pa je tudi soglasje dolžnika (drugi odstavek 72. člena in tretji odstavek 74. člena ZIZ). Če upnik prekliče že razpisani rubež in izvršitelj rubeža zato ne opravi, to dejansko pomeni odlog izvršbe, čeprav zanj niso izpolnjeni pogoji iz 72. in 74. člena ZIZ. Upnik lahko s preklici izvršilnih dejanj tako doseže odlog izvršbe, daljši od enega leta. Prav tako lahko prepreči, da bi se postopek izvršbe na premičnine ustavil, kar bi se zgodilo, če izvedeni rubež ne bi bil uspešen (prvi in tretji odstavek 88. člena ZIZ). Preklic rubeža in odlog izvršbe zato nista vedno v interesu dolžnika, saj dolžnik, ki nima rubljivih sredstev, nima razloga za podajo soglasja k odlogu izvršbe, če bi se izvršba zaradi neuspešnega rubeža morala sicer ustaviti. Prav iz tega razloga je v drugem odstavku 72. člena ZIZ kot pogoj za odlog izvršbe tudi določeno soglasje dolžnika, čemur pa bi se upnik, če bi šteli, da lahko razpisani rubež prekliče, ne da bi predlagal tudi odlog, izognil in tako določbo zaobšel.¹⁷

Seveda pa obrazloženo ne pomeni, da upnik izvršitelju ne sme predlagati preklica razpisanega rubeža ali dražbe, če za to obstajajo utemeljeni razlogi (če je dolžnik že v celoti poplačal terjatev, pa še ni izdan sklep o umiku; če upnik predlaga tudi odlog izvršbe v skladu z določbami ZIZ; če je dolžnik umrl ali se je preselil in zato rubež na naslovu, kjer je razpisan, ne more biti izveden; če bi se upnik želel rubeža udeležiti, pa je na predvideni dan rubeža zadržan ipd.). Če taki razlogi niso podani, mora izvršitelj opraviti razpisano izvršilno dejanje in je upravičen tudi do plačila za delo in stroškov za opravljeno izvršilno dejanje. Primerno pa je, da upnika s tem, da bo dejanje kljub preklicu opravil, predhodno seznani.¹⁸

4 IZVRŠBA NA PREMIČNINE IN NOVELA ZIZ-L¹⁹

4.1 Neuspešen ali neizveden rubež (88. člen ZIZ)

Z novelo ZIZ-L je bil spremenjen 88. člen ZIZ, ki ureja pravne posledice neuspešnega in neizvedenega rubeža. Z novelo je bilo ponovno uvedeno razlikovanje med pravnimi posledicami neuspešnega in neizvedenega rubeža, ki je bilo (začasno) odpravljeno z novelo ZIZ-J, s pravnimi posledicami neizvedenega rubeža pa so po noveli ZIZ-L izenačene tudi pravne posledice delno uspešnega oziroma delno neuspešnega rubeža. Med neizvedene rubeže so po novem uvrščeni tudi primeri, ko stvari ni na naslovu, ki ga je navedel upnik, ki so se v praksi doslej večinoma obravnavali kot neuspešen rubež.

Za neuspešen rubež je zdaj v prvem odstavku 88. člena ZIZ določeno, da sodišče po končanih izvršilnih dejanjih izvršbo ustavi. Vendar pa lahko upnik kljub ustavitvi

¹⁷ Prav tam.

¹⁸ Prav tam.

¹⁹ Novosti, ki jih prinaša novela ZIZ-L v zvezi z izvršbo na premičnine, kakor tudi vse druge spremembe ZIZ, ki jih je vnesla novela ZIZ-L, sem podrobno obravnavala v delu Zakon o izvršbi in zavarovanju (ZIZ) s komentarjem novele ZIZ-L, zato v zvezi s podrobnejšo predstavitevijo novele ZIZ-L napotujem na navedeno delo. Po komentarjih k 88., 31., 81., 72. in 74. členu ZIZ, objavljenih v navedenem delu, je delno povzeto tudi besedilo točk 4.1, 4.2, 4.3 in 4.4 tega prispevka.

doseže, da se rubež skuša opraviti znova. Če sodišču in izvršitelju v treh mesecih od neuspešnega rubeža sporoči podatke o novih dolžnikovih premičninah, sodišče namreč sklep o ustavitvi izvršbe, če je že bil izdan, razveljavi, oziroma če sklep o ustavitvi izvršbe še ni bil izdan, izvršitelj ponovi rubež (drugi odstavek 88. člena ZIZ).

Če je rubež neizveden, tj. če izvršitelj rubeža ne more opraviti, ker dolжник ni navzoč ali prostora noče odpreti, ali ker stvari ni na naslovu, ki ga je navedel upnik, in v primeru delno uspešnega rubeža, ko zarubljene stvari ne zadoščajo za poplačilo upnikove terjatve, lahko upnik v treh mesecih od dneva poskusa rubeža izvršitelju neomejenokrat predlaga, naj rubež znova opravi. Če upnik v tem roku ne predlaga ponovnega rubeža, ali če rubež, predlagan do poteka tega roka, ni uspešen, sodišče ustavi izvršbo (tretji odstavek 88. člena ZIZ). Po novem bo torej izvršba po predhodnem neizvedenem ali delno uspešnem rubežu ustavljena le, če izvršitelj pri rubežu, ki ga bo opravil po predlogu upnika, podanem v trimesečnem roku od prejšnjega neizvedenega oziroma delno uspešnega rubeža, ne bo našel rubljivih predmetov, ne pa tudi, če bo ponovni rubež neizveden oziroma le delno uspešen.

Čeprav so na prvi pogled določbe spremenjenega 88. člena ZIZ jasne, pa natančnejša analiza njihove vsebine pokaže, da utegnejo v praksi odpreti številna vprašanja in doseči celo nasprotni učinek od tistega, ki ga je s sprejetjem novele želel doseči zakonodajalec.

Prvo vprašanje, ki se zastavi v zvezi s prvim odstavkom 88. člena ZIZ, je, katera izvršilna dejanja je treba še končati, preden lahko sodišče po neuspešnem prvem rubežu izda sklep o ustavitvi. Izvršilna dejanja pri izvršbi na premičnine so opredeljena v prvem odstavku 81. člena ZIZ in zajemajo rubež in cenitev stvari, prodajo stvari in poplačilo upnika iz zneska, dobljenega s prodajo. Ker prvi odstavek 88. člena ZIZ ureja pravne posledice neuspešnega rubeža, po neuspešnem rubežu pa ne bodo opravljena nobena druga izvršilna dejanja iz prvega odstavka 81. člena ZIZ, je treba določbo razumeti tako, da sodišče izvršbo ustavi po neuspešnem rubežu, seveda potem, ko ga izvršitelj o tem obvesti. Ob takšni razlagi je besedilo »po končanih izvršilnih dejanjih« v prvem odstavku 88. člena ZIZ odveč.

Nadaljnje vprašanje se zastavi ob drugem odstavku 88. člena ZIZ. Ta razveljavitev sklepa o ustavitvi izvršbe oziroma ponovitev rubeža veže na prejem podatkov o novih dolžnikovih premičninah, ki jih sodišču in izvršitelju sporoči upnik. Pri tem ni jasno, ali zadošča, da upnik sodišče in izvršitelja le obvesti o tem, da je dolжник po opravljenem neuspešnem rubežu pridobil nove premičnine, in te premičnine opredeli, ali pa mora to dejstvo tudi izkazati.

Če mora upnik sodišču le sporočiti podatke o premičninah, ki naj bi jih dolжник pridobil, lahko to vodi do upnikove zlorabe določbe. Kadar upnik sodišču sporoči, da je dolжник pridobil premičnine, glede katerih se ne vodi poseben register, in tega ne izkaže z listinami ali drugimi dokazi, iz katerih izhaja resničnost njegovih navedb, sodišče in izvršitelj podatka, ki ga prejmeta od upnika, ne moreta preveriti z vpogledom v uradne evidence. Če tudi ponovni rubež ni uspešen, ker izvršitelj predmeta, ki naj bi ga dolжник po navedbah upnika dobil, pri rubežu ne najde, dolжник pa izvršitelju zatrdi, da takega predmeta ni pridobil, je zelo težko ugotoviti,

ali je upnik sporočil napačne oziroma neresnične podatke, ali pa je morebiti dolžnik pridobljeno premoženje skril oziroma lažno prikazuje, da premoženja nima. Stališče, da upniku pridobitve novega premoženja ni treba izkazati, potrjuje tudi dejstvo, da lahko izvršitelj, če sklep o ustavitvi izvršbe po neuspešnem rubežu še ni bil izdan, že na podlagi obvestila upnika o novih premičninah takoj ponovi rubež. Izvršitelj pri tem ni vezan na predhodno odločitev sodišča o tem, ali so izpolnjeni pogoji za ponovitev rubeža, sam pa ni pristojen za vsebinsko odločanje o verjetnosti obstoja novega premoženja dolžnika. Z razlago, da bi moral upnik z zadostno stopnjo verjetnosti izkazati, da je dolžnik pridobil novo premoženje, bi upnika postavili v zelo težek položaj. Takšna dokazila bi namreč težko pridobil. Če bi se v zvezi s tem obrnil neposredno na dolžnika, bi to izničilo učinek presenečenja in (nepoštenemu) dolžniku omogočilo, da premoženje skrije ali odsvoji in se tako izogne ponovnemu rubežu.

Nepošteni dolžniki bodo določbo zlahka zaobšli in se izognili ponovitvi rubeža pod pogoji iz drugega odstavka 88. člena ZIZ, tako da v treh mesecih po neuspešnem rubežu ne bodo pridobivali novega premoženja oziroma bodo zagotovili, da to vsaj navzven ne bo vidno.

Nepošteni upniki pa bodo določbo lahko zlorabili ter sodišču in izvršitelju sporočili napačne oziroma neresnične podatke o dolžnikovih premičninah (ki pa jih bo v praksi zelo težko preveriti), s čimer bodo dejansko dosegli enak učinek, kot je določen za neizvedeni rubež v tretjem odstavku 88. člena ZIZ. Če bodo namreč v treh mesecih sporočili podatke o novem dolžnikovem premoženju, bo izvršitelj skušal znova opraviti rubež. Ker drugi odstavek ne določa podrobnejših pravil v zvezi s ponovljenim rubežem, je zanj treba smiselno uporabiti pravila prvega in tretjega odstavka ZIZ. Če bo tudi ponovljeni rubež neuspešen, bodo tako ponovno izpolnjeni pogoji za ustavitve izvršbe. Če pa bo rubež neizveden ali delno uspešen, je mogoča uporaba tretjega odstavka 88. člena ZIZ. Zastavi se vprašanje, ali lahko upnik v treh mesecih od neuspešnega ponovnega rubeža vnovič predlaga ponovitev rubeža, če izve, da je dolžnik pridobil novo premoženje. Menim, da glede na vsebino prvega in drugega člena ZIZ takšna možnost ni izključena, poštenemu upniku pa bi težko odrekli pravico, da predlaga ponovitev rubeža, če je dolžnik resnično pridobil rubljivo premoženje.

Iz drugega odstavka 88. člena ZIZ izhaja, da mora upnik podatke o dolžnikovem novem premoženju sporočiti sodišču in izvršitelju. Zastavi se vprašanje, kakšna je posledica, če upnik podatke sporoči le enemu od njiju. Namen določbe, da obvesti oba, je v tem, da lahko sodišče, če je že izdalo sklep o ustavitvi, takšen sklep razveljavi, hkrati pa lahko izvršitelj, če sodišče sklepa še ni izdalo, takoj nadaljuje z izvršilnimi dejanji. Če je sodišče že izdalo sklep o ustavitvi, sme izvršitelj rubež ponoviti šele, ko sodišče sklep o ustavitvi razveljavi. Vendar pa ni nujno, da je izvršitelj z izdajo sklepa sodišča seznanjen takoj po izdaji. Če obvestilo upnika prejme, preden prejme sklep o ustavitvi izvršbe, bi bilo primerno, da pri sodišču poizve, ali je že izdalo sklep o ustavitvi. V tem primeru mora namreč počakati na razveljavitev sklepa in šele potem nadaljevati z izvršilnimi dejanji. Če sodišče sklepa o ustavitvi še ni izdalo, sme takoj nadaljevati z izvršbo. Vprašanje je, ali je določbo, da mora upnik o pridobljenem premoženju obvestiti tako izvršitelja kot tudi sodišče glede na njen namen primerno razlagati tako, da upnik ne more

doseči ponovitve rubeža, če obvestila v trimesečnem roku ni poslal obema. Če pa bi vendarle sprejeli takšno razlago, bi to pomenilo, da bi morala tako izvršitelj kakor tudi sodišče pred postopanjem za razveljavitev sklepa o ustavitvi oziroma za ponovno opravo rubeža drug pri drugem preveriti, ali je upnik obvestil oba. Če bi sodišče ugotovilo, da upnik ni obvestil tudi izvršitelja, namreč ne bi smelo razveljaviti sklepa o ustavitvi, če pa bi izvršitelj ugotovil, da upnik ni obvestil tudi sodišča, pa ne bi smel ponoviti rubeža kljub temu, da sodišče še ni izdalo sklepa o ustavitvi izvršbe na premočnine.

Naslednje vprašanje je, katera pravna sredstva lahko uveljavlja dolžnik v primeru neutemeljenega postopanja sodišča oziroma izvršitelja po drugem odstavku 88. člena ZIZ in iz katerih razlogov. Če sodišče sklep o ustavitvi izvršbe na premočnine razveljavi, ima dolžnik pravico do pritožbe. Vprašanje pa je, iz katerih razlogov je lahko takšna pritožba uspešna. Vsekakor bi morala biti, če bi dolžnik izkazal, da je upnik obvestilo sodišču in/ali izvršitelju podal prepozno. V takem primeru namreč sodišče ni imelo pravne podlage za razveljavitev sklepa. Ali je lahko uspešna tudi zato, ker upnik obvestila ni poslal sodišču in izvršitelju, je odvisno od odgovora na vprašanje, obravnavano zgoraj. Nadaljnje vprašanje je, ali je lahko dolžnikova pritožba uspešna tudi, če izkaže, da nima premoženja, ki naj bi ga pridobil po navedbi upnika. Dolžnik bi v tem primeru sicer moral dokazovati negativno dejstvo, vendar pa tudi takšen dokaz ni nemogoč. Če bi dolžnik izkazal resničnost tega dejstva, bi bilo njegovi pritožbi treba ugoditi, saj je pridobitev novega premoženja ključni pogoj, na katerega drugi odstavek 88. člena ZIZ veže dopustnost ponovnega rubeža.

Če sodišče sklepa o ustavitvi še ni izdalo in izvršitelj na podlagi drugega odstavka 88. člena ZIZ pri dolžniku ponovno opravi oziroma skuša opraviti rubež, lahko dolžnik, ki meni, da pogoji za ponovni rubež po drugem odstavku 88. člena ZIZ niso bili izpolnjeni, nepravilnosti uveljavlja z zahtevo za odpravo nepravilnosti (52. člen ZIZ). V zvezi s tem lahko uveljavlja enake razloge, kot bi jih lahko uveljavljal v pritožbi zoper sklep o razveljavitvi sklepa o ustavitvi izvršbe na premočnine.

Če izvršitelj po obvestilu upnika o novem premoženju dolžnika ponovi rubež, je vprašanje, ali sme ob novem rubežu zarubiti le premočnine, ki jih je upnik označil v predlogu, ali pa tudi druge premočnine, če je to potrebno za poplačilo upnikove terjatve. Gre torej za vprašanje, ali je treba kot predmet izvršbe ob ponovljenem rubežu šteti izključno premočnine, ki jih je upnik izrecno navedel, ali pa je treba šteti, da se opredelitev konkretnih premočnin, ki jih je dolžnik pridobil po neuspešnem rubežu, zahteva le kot izkaz spremenjenih okoliščin, ki opravičujejo ponovitev rubeža, rubež pa ni omejen le na te premočnine. Drugo stališče potrjuje tudi to, da je zakonodajalec, ki je delno uspešen rubež glede pravnih posledic izenačil z neizvedenim rubežem, in ne z neuspešnim rubežem, čeprav je tudi pri delno uspešnem rubežu izvršitelj ob izvedbi rubeža ugotovil, da dolžnik nima drugih rubljivih premočnin kakor tiste, ki jih je zarubil, pri tem očitno izhajal iz predvidevanja, da pri dolžniku, ki ima nekaj rubljivih premočnin, obstaja večja verjetnost, da bo pridobil še druge rubljive premočnine, kot če ob rubežu sploh ni imel rubljivih premočnin. Pri tem se odpira še dodatno vprašanje, in sicer, ali mora upnik premočnine, ki naj bi jih dolžnik pridobil, določno označiti, tako da jih je mogoče ob rubežu povsem nedvoumno prepoznati, ali pa zadošča tudi manj podrobna oznaka. Če na primer

upnik po neuspešnem rubežu vidi, da se dolžnik vozi z novim športnim kolesom, ki ga izvršitelj ob prvem (neuspešnem) rubežu ni našel, lahko utemeljeno sklepa, da je dolžnik to premoženje pridobil po rubežu. Pri tem pa ni nujno, da lahko upnik pridobi konkretne podatke o tem kolesu in v obvestilu po drugem odstavku 88. člena ZIZ na primer opredeli tudi znamko kolesa. Zahteva, da upnik zelo natančno opredeli premičnine dolžnika, je lahko za upnika nesorazmerno breme.

Dileme odpira tudi ureditev v tretjem odstavku 88. člena ZIZ. Poleg primerov, ko izvršitelj rubeža ne more opraviti, ker dolžnik ni navzoč ali ker prostora noče odpreti, ZIZ med neizvedene rubeže uvršča tudi primere, ko stvari ni na naslovu, ki ga je navedel upnik. Zastavi se vprašanje, kdaj je podan takšen položaj. Če je predlagana izvršba na premičnine, pa te v predlogu niso izrecno opredeljene, se premičnine, ki postanejo predmet izvršbe, konkretizirajo šele, ko jih izvršitelj dejansko zarubi. Če upnik v takem primeru predlaga, naj izvršitelj opravi rubež na naslovu, kjer ima dolžnik bivališče ali svoje prostore, pa izvršitelj ob rubežu ugotovi, da tam ni dolžnikovih premičnin, je takšen rubež treba šteti za neuspešen, in ne neizveden po tretjem odstavku 88. člena ZIZ. V sklop primerov iz tretjega odstavka 88. člena ZIZ pa bi bilo mogoče uvrstiti položaje, ko upnik že v predlogu za izvršbo navede, katere stvari naj izvršitelj zarubi, in naslov, na katerem naj bi te bile (na primer: delovni stroj, ki je pred dolžnikovo poslovno stavbo), izvršitelj pa ob poskusu rubeža na tem naslovu teh stvari ne najde. V praksi so se takšni rubeži doslej praviloma obravnavali kot neuspešni, in ne kot neizvedeni.

Nadaljnje vprašanje je, kako je treba razlagati določbo tretjega odstavka 88. člena ZIZ, da lahko upnik v treh mesecih od dneva poskusa rubeža izvršitelju *neomejenokrat* predlaga, naj opravi ponovni rubež, če rubež, predlagan do poteka tega roka, ni uspešen, pa sodišče izvršbo ustavi. V navedeni določbi ni več določeno, da trimesečni rok teče od dneva »prvega rubeža oziroma njegovega poskusa«, kot je veljalo prej, ampak trimesečni rok teče od »dneva poskusa rubeža«. Prej veljavna določba, po kateri je lahko upnik v primeru neuspešnega ali neizvedenega prvega rubeža v treh mesecih izvršitelju neomejenokrat predlagal, naj znova opravi rubež, če v tem roku ni predlagal ponovnega rubeža ali če rubež, predlagan do poteka tega roka, ni bil uspešen, pa je sodišče ustavilo izvršbo, se je v praksi razlagala tako, da je lahko upnik po prvem neizvedenem ali neuspešnem rubežu izvršitelju predlagal ponovni rubež. Če je izvršitelj ponovni rubež opravil pred potekom trimesečnega roka, pa je bil ta le delno uspešen ali neizveden, je lahko upnik v okviru tega roka znova predlagal rubež, in tako naprej vse do poteka trimesečnega roka. Če je bil tudi zadnji pred potekom roka opravljen rubež le delno uspešen ali neizveden in je upnik pred potekom roka predlagal ponovni rubež, je lahko izvršitelj tudi po poteku roka opravil še en rubež. Če je bil ta neuspešen ali neizveden, je sodišče izvršbo ustavilo oziroma se je, če so bili predhodni rubeži delno uspešni, izvršba nadaljevala s prodajo v tem okviru zarubljenih stvari. V praksi je bil sicer v večini primerov rubež, predlagan v trimesečnem roku, opravljen po poteku tega roka, tako da je bil po prvem neuspešnem ali neizvedenem rubežu dejansko opravljen le še en rubež oziroma poskus rubeža.

V novi določbi tretjega odstavka 88. člena ZIZ ni več določeno, da trimesečni rok, v katerem mora upnik po neizvedenem oziroma delno uspešnem rubežu predlagati ponovni rubež, teče le od prvega rubeža oziroma njegovega poskusa, hkrati pa

je določeno, da sme upnik neomejenokrat predlagati ponovni rubež in da je po pravočasno predlaganem ponovnem rubežu izvršbo mogoče ustaviti le, če ta ni uspešen, torej če izvršitelj pri dolžniku ne najde rubljivih predmetov. Navedeno pomeni, da lahko upnik v treh mesecih po vsakem neizvedenem oziroma delno uspešnem rubežu predlaga ponovni rubež, izvršba pa se ustavi šele, ko ponovni rubež ni uspešen. Takšna ureditev je za dolžnika bistveno bolj obremenjujoča, kot je bila ureditev pred novelo ZIZ-L, in je v nasprotju z namenom, ki ga je v obrazložitvi predloga ZIZ-L kot namen spremembe navedel predlagatelj zakona.

V zvezi s ponavljanjem neizvedenih rubežev velja opozoriti, da si mora izvršitelj ves čas postopka prizadevati, da izvršilna dejanja opravlja na način, s katerim se najhitreje in najbolj učinkovito doseže poplačilo upnika, vendar tako, da pri tem spoštuje dostojanstvo dolžnika, članov njegovega gospodinjstva in drugih oseb, ki jim ne sme povzročiti nepotrebne škode in stroškov.²⁰ Če je prvi rubež zaradi odsotnosti dolžnika ali zato, ker dolžnik prostora noče odpreti, neizveden, dajeta ZIZ in Pravilnik o opravljanju službe izvršitelja izvršitelju na voljo več sredstev, s katerimi lahko doseže, da ponovni rubež ne bo ostal neizveden (nasilni vstop, popoldanski rubež, rubež v soboto, nedeljo ipd.). Pri izbiri sredstev mora primarno izbrati sredstva, za katera je pričakovati, da bo z njimi enak učinek (torej izvedbo rubeža) mogoče doseči z nižjimi stroški in z za dolžnika milejšimi posegi. Če izvršitelj teh možnosti ne uporabi ustrezno in ponovljeni rubež zato, ker ne more vstopiti v prostore dolžnika, ni izveden, po novi ureditvi to sicer ne preprečuje upniku, da v trimesečnem roku od neizvedenega rubeža predlaga ponovitev rubeža. Za izvršitelja (lahko pa tudi za upnika) se neustrezno in premalo angažirano ravnanje odraža pri stroških. V tem primeru izvršitelj namreč ni upravičen do plačila za delo in stroškov, ki so mu nastali v zvezi z neizvedenim rubežem, saj ne gre za stroške, ki bi bili potrebni za izvršbo. Če si take stroške obračuna, lahko upnik pred sodiščem njegov obračun uspešno izpodbije z zahtevo, da o obračunu izvršitelja odloči sodišče (drugi odstavek 38. c člena ZIZ). Če upnik take zahteve ne vloži in izvršitelju stroške plača, čeprav niso bili potrebni za izvršbo, sodišče plačila takšnih stroškov v skladu s petim odstavkom 38. člena ZIZ ne sme naložiti dolžniku.

Če izvršitelj po predhodno neizvedenem rubežu ob ponovljenem rubežu ugotovi, da dolžnik nima rubljivih stvari, sodišče izvršbo ustavi. V tem primeru se zastavi vprašanje, ali lahko upnik tudi v tem primeru, če dolžnik pridobi novo premoženje, v treh mesecih od neuspešnega rubeža na podlagi drugega odstavka 88. člena ZIZ predlaga, da sodišče sklep o ustavitvi razveljavi oziroma da izvršitelj rubež opravi znova. Ker predhodni rubež oziroma predhodni rubeži niso bili izvedeni iz razlogov na strani dolžnika in torej izvršitelj ob prejšnjih poskusih rubeža ni mogel ugotoviti, ali dolžnik ima rubljive premičnine, je po poznejšem neuspešnem rubežu z vidika dolžnika in upnika podan podoben položaj, kot v primeru iz prvega odstavka 88. člena ZIZ, ko je že prvi rubež neuspešen. Zato ni videti razloga, da bi razlikovali primere, ko izvršitelju že ob prvem poskusu uspe vstopiti v dolžnikove prostore, pa ugotovi, da ni rubljivih premičnin, in primere, ko izvršitelj ob prvem oziroma naslednjih poskusih rubeža ne more izvesti in se lahko o obstoju rubljivih premičnin prepriča šele ob poznejšem rubežu, ko mu uspe vstopiti v dolžnikove prostore.

²⁰ Prvi odstavek 39. člena pravilnika.

Če je rubež neizveden, ker stvari ni na naslovu, ki ga je navedel upnik, se zastavi vprašanje, kdaj je v primeru, ko izvršitelj tudi ob ponovnem rubežu stvari, ki jih je upnik izrecno navedel kot predmet izvršbe, ne najde na navedenem naslovu, rubež mogoče šteti za neuspešen. Če ob poskusu rubeža stvari ni na naslovu, ki ga je navedel upnik, se namreč po izrecni opredelitvi v tretjem odstavku 88. člena ZIZ to šteje za neizvedeni rubež. Ali mora v tem primeru upnik sporočiti drug naslov, na katerem naj bi bile stvari, ali pa izvršitelj na prvotno navedenem naslovu rubeže skuša opraviti tako dolgo, dokler stvari ne najde na tem naslovu? Povsem življenjsko sprejemljivi so namreč tudi primeri, ko dolжник dejansko nima stvari, ki jih je kot predmet izvršbe navedel upnik, in torej takega rubeža nikoli ne bo mogoče opraviti. Zato ob ureditvi ustavitve izvršbe, kakor jo določa tretji odstavek 88. člena ZIZ, ni jasno, pod katerimi pogoji bo izvršbo na te premočnine mogoče ustaviti.

Tretji odstavek 88. člena ZIZ velja tudi za delno uspešen rubež. V teh primerih je izvršitelju sicer že ob prvem rubežu uspelo zarubiti nekaj premočnin, vendar te ne zadoščajo za popolno poplačilo upnika. Čeprav je delno uspešen rubež v »neuspešnem delu« primerljiv z neuspešnim rubežem, je zakonodajalec pravne posledice delno uspešnega rubeža določil enako kot za neizvedeni rubež. Če torej premočnine, ki jih je izvršitelj zarubil, ne zadoščajo za poplačilo terjatve, sme upnik izvršitelju v treh mesecih od rubeža predlagati, naj ponovi rubež. Če tudi ponovni rubež ni uspešen, zakon enako kakor za neizvedeni rubež predvideva ustavitev izvršbe, vendar pa določbe ni mogoče razlagati dobesedno. Izvršba se seveda ustavi le v obsegu, v katerem je bil tudi ponovni rubež neuspešen. V obsegu, v katerem je bil uspešen že prvi rubež, pa izvršba teče vse do konca postopka izvršbe na zarubljene premočnine bodisi z razdelitvijo kupnine po uspešni prodaji bodisi z ustavitvijo izvršbe zaradi neuspešne prodaje.

Iz opisanega izhaja, da nova ureditev odpira številna vprašanja in v nasprotju z namenom zakonodajalca bistveno otežuje položaj dolžnika. Čeprav v večini primerov izpostavljene dileme v praksi ne bodo nastale, se zastavi vprašanje, ali je bil poseg v dosedanje ureditev resnično dovolj premišljen in ali je bil smiseln glede na to, da doslej veljavna ureditev ni odpirala posebnih dilem. Glede na nejasnosti je pričakovati, da bodo sodišča v primerljivih primerih sprejemala zelo različne odločitve, uskladitev sodne prakse, če bo do nje sploh prišlo, pa bo mogoča šele v daljšem obdobju. Glede na dinamiko noveliranja ZIZ je pričakovati, da bo določba v prihodnosti še pred uskladitvijo sodne prakse vnovič spremenjena.

4.2 Izjava o dolžnikovem premoženju (enajsti odstavek 31. člena ZIZ)

Že v prej veljavnem enajstem odstavku 31. člena ZIZ je bila predvidena možnost, da je izvršitelj dolžnika na kraju rubeža ali drugega izvršilnega dejanja lahko pozval, naj poda izjavo o stanju svojega premoženja. V spremenjenem enajstem odstavku 31. člena ZIZ je zdaj to določeno kot obveznost izvršitelja. V primeru neuspešnega ali delno uspešnega rubeža mora tako izvršitelj neposredno na kraju rubeža ali drugega izvršilnega dejanja dolžnika pozvati, naj poda izjavo o stanju vsega ali dela svojega premoženja. Iz zakonskega besedila sicer izhaja, da mora izvršitelj dolžnika še zlasti pozvati, da poda izjavo o pravnih poslih iz 19. točke

prvega odstavka 4. člena ZIZ,²¹ vendar pa te določbe ni primerno razumeti tako, da izvršitelju od dolžnika ni treba zahtevati podatkov o dolžnikovem premoženju, navedenih v drugem odstavku 31. člena ZIZ, ki bi jih v seznamu sicer moral navesti dolžnik. Za nadaljnjo izvršbo so z vidika upnika bistveni predvsem podatki o premoženju dolžnika, ki ga je mogoče unovčiti s čim nižjimi stroški in čim hitreje. To velja zlasti za podatke o denarnih sredstvih, depozitih pri bankah, prihodkih dolžnika iz naslova plače, pokojnine ali denarnih terjatev do dolžnikovih dolžnikov (na primer iz naslova najemne pogodbe, pogodbe o delu, avtorske pogodbe). Čeprav ne nepomembni, pa so za upnike manj zanimivi podatki o morebiti izpodbojnih pravnih poslih dolžnika, saj se bo upnik iz tega naslova lahko poplačal šele, ko in če bo v pravnem postopku takšen posel uspešno izpodbil po določbah OZ o izpodbijanju dolžnikovih pravnih dejanj.

Izvršitelj mora na podlagi dolžnikove izjave sestaviti zapisnik o seznamu dolžnikovega premoženja. Smiselno je, da si izvršitelji pripravijo obrazec, na podlagi katerega bodo dolžnika ob rubežu izprašali o vseh bistvenih podatkih v zvezi z njegovim premoženjem, podobno kot je pripravljena odredba za seznam premoženja, ki jo dolžnikom na podlagi prvega odstavka 31. člena ZIZ pošlje sodišče. Povsem življenjsko sprejemljivo je, da dolžnik ob nenapovedanem obisku izvršitelja temu ne more nemudoma zagotoviti vseh podatkov o svojem premoženju, čeprav je to sicer pripravljen storiti. Če izvršitelj ob rubežu ne more pridobiti popolnih podatkov, ker mora dolžnik poiskati še določeno dokumentacijo ali pridobiti natančne podatke (na primer glede police življenjskega zavarovanja, pravnih poslov iz 19. točke prvega odstavka 4. člena ZIZ, stanja na dolžnikovem računu, višine plače), je smiselno, da se izvršitelj z dolžnikom dogovori, da mu te podatke sporoči pozneje in nato zapisnik naknadno ustrezno dopolni.

V prehodni določbi 72. člena ZIZ-L je določeno tudi plačilo za delo izvršitelja v zvezi s pridobivanjem seznama premoženja, in sicer v vrednosti 50 točk.

Če dolžnik izvršitelju noče podati izjave o stanju vsega ali dela svojega premoženja, mora izvršitelj o tem obvestiti sodišče. Obvestilo je za sodišče zelo pomembno zaradi presoje pogojev za izdajo odredbe za predložitev seznama premoženja po prvem odstavku 31. člena ZIZ. Čeprav v 31. členu ZIZ to ni izrecno določeno, je iz istega razloga pomembno, da izvršitelj tudi zapisnik o seznamu premoženja, ki ga izdela na podlagi izjave dolžnika, v čim krajšem času pošlje sodišču.

²¹ Gre za posle, ki se nanašajo na:

- a) odplačna razpolaganja, s katerimi je dolžnik v zadnjem letu z dejanjem ali opustitvijo razpolagal s svojim premoženjem v korist tretjih oseb,
- b) odplačna razpolaganja, s katerimi je dolžnik v zadnjih treh letih z dejanjem ali opustitvijo razpolagal s svojim premoženjem v korist zakonca, zunajzakonskega partnerja ali partnerja iz registrirane istospolne partnerske skupnosti, sorodnika v ravni ali stranski vrsti do četrtega kolena ali sorodnika v svaštvu do četrtega kolena,
- c) neodplačna razpolaganja, razen običajnih priložnostnih daril, nagradnih daril in daril iz hvaležnosti, če so sorazmerna premoženjskim možnostim dolžnika, storjena v zadnjih treh letih.

4.3 Overjeno dovoljenje upnika kot pogoj za registracijo motornega ali priklopnega vozila (dvanajsti odstavek 81. člena ZIZ)

Pomemben poseg v položaj dolžnika in upnika pomeni nov dvanajsti odstavek 81. člena ZIZ, v katerem je določeno, da se zarubljeno motorno ali priklopno vozilo do prenehanja veljavnosti rubeža ne sme registrirati oziroma se zanj ne sme podaljšati prometno dovoljenje brez dovoljenja z overjenim podpisom upnika. Takšna zahteva bistveno otežuje položaj dolžnika, saj omejuje dolžnikovo pravico do uporabe zarubljenega vozila. Zastavlja se vprašanje, ali je takšen poseg v dolžnikovo premoženje sorazmeren in nujno potreben za zagotovitev pravic upnika ter ali je določba v skladu z ustavo. Namen izvršilnega postopka je poplačilo upnika iz dolžnikovega premoženja. V okviru prisilne izvršbe je v dolžnikovo premoženje dopustno poseči le v obsegu, v katerem je to potrebno za zagotovitev tega namena (3. člen ZIZ). Ta namen je ustrezno zavarovan z zastavno pravico na dolžnikovem vozilu. Poplačilo upnika se namreč doseže s prodajo dolžnikovega vozila, upnik pa se iz prejete kupnine poplača glede na vrstni red svoje zastavne pravice. Zastavna pravica se pridobi z rubežem, ta pa se opravi neposredno z vpisom rubeža v register neposestnih zastavnih pravic in zarubljenih premičnin pri AJPES, ki ga (do prenove registra neposestnih zastavnih pravic in zarubljenih premičnin, ki je predvidena do 1. 1. 2020) na zahtevo izvršitelja na podlagi sklepa o izvršbi izvede AJPES. Če je vozilo po rubežu v hrambi pri dolžniku, dolžniku ni prepovedano uporabljati zarubljenega vozila, ampak z njim le ne sme razpolagati, zmanjšati njegove vrednosti, ga obremeniti ali uničiti.²² Izvršitelj pa lahko dolžniku pod pogoji iz ZIZ in Pravilnika o opravljanju službe izvršitelja tudi odvzame vozilo in ga do prodaje hrani v skladu z določbami ZIZ in pravilnika.²³ V praksi vozilo običajno ostane v posesti dolžnika, ki ga tudi še naprej uporablja.

Zahteva, da mora dolžnik za registracijo oziroma njeno podaljšanje pridobiti overjeno dovoljenje upnika, je problematična zlasti v primerih, ko je postopek izvršbe na zarubljeno vozilo že ustavljen (na primer na podlagi drugega odstavka 43. člena ZIZ), rubež vozila pa je še vedno v veljavi. V teh primerih bo namreč dolžnik, ki bo sicer imel formalno pravico uporabljati zarubljeno vozilo, obremenjeno z zastavno pravico, ob vsakem podalžanju prometnega dovoljenja moral pridobiti dovoljenje upnika, pri čemer pa bo moral upnik še overiti svoj podpis. Takšna zahteva od upnika zahteva še dodatno aktivnost, saj bo moral na upravno enoto ali k notarju, ki bo overil njegov podpis, kar je lahko problematično zlasti pri večjih upnikih. Lahko se zgodi, da tudi upnik, ki načeloma ne bo nasprotoval podalžanju registracije dolžnikovega vozila, le zaradi te dodatne obveznosti in z njo povezanih aktivnosti dolžniku dovoljenja ne bo dal. Ali pa se bo zato, da bi se izognil dodatnim obveznostim v svojo škodo, odpovedal izvršbi na zarubljeno vozilo oziroma zastavni pravici na tem vozilu.

Na drugi strani pa takšna zahteva odpira možnost upnikovega izsiljevanja dolžnika in neupoštevanja določb ZIZ o omejitvah izvršbe. Res je sicer, da mora dolžnik izpolniti svojo obveznost do upnika in je upnik upravičen prejeti plačilo svoje terjatve. Vendar pa so v izvršilnem postopku določene omejitve izvršbe, ki varujejo

²² Glej drugi in tretji odstavek 67. člena Pravilnika o opravljanju službe izvršitelja ter 85. in 86. člen ZIZ.

²³ Glej 65. in 67. člen Pravilnika o opravljanju službe izvršitelja in 85. člen ZIZ.

dolžnikov obstoj. Če bo upnik za izdajo overjenega dovoljenja zahteval plačilo dela ali celotne terjatve, dolžnik pa nima rubljivih prejemkov in rubljivih denarnih sredstev, prav tako pa tudi ne drugega rubljivega premoženja (razen zarubljenega avtomobila), bo moral dolžnik, ki bo želel avtomobil še naprej uporabljati, za plačilo zahtevanega zneska poseči po sredstvih, ki so sicer izvzeta iz izvršbe, s čimer je lahko ogroženo tudi njegovo preživljanje.

4.4 Odlog izvršbe pri izvršitelju (četrti odstavek 72. člena in tretji odstavek 74. člena ZIZ)

Če se vodi izvršba na premičnine, nematerializirane vrednostne papirje, ki ne kotirajo na borzi, ali na izpraznitvi in izročitev nepremičnin, torej izvršba s sredstvi oziroma predmeti, v okviru katere neposredna dejanja izvršbe opravlja izvršitelj in je ta zadevo že prevzel, mora upnik predlog za odlog izvršbe s temi sredstvi izvršbe vložiti pri izvršitelju. Predlogu mora priložiti listino, iz katere izhaja soglasje dolžnika z odlogom. Izvršitelj v spisu in vpisniku evidentira čas odloga.

Že v prej veljavnem četrtem odstavku 72. člena ZIZ je bilo določeno, da mora izvršitelj o tem obvestiti sodišče. Ker v praksi izvršitelji sodišča pogosto niso obveščali o odlogu oziroma obvestil niso pošiljali v ustreznem času, je z novelo ZIZ-L določeno, da mora izvršitelj sodišče o odlogu obvestiti takoj.

Z novelo je tudi določeno, od kdaj teče odlog, ki ga je po četrtem odstavku 72. člena ZIZ treba predlagati pri izvršitelju. Prejšnja ureditev o tem ni vsebovala izrecne določbe. Tretji odstavek spremenjenega 74. člena ZIZ zdaj določa, da začne odlog teči od dne, ko izvršitelj v spisu in vpisniku evidentira čas odloga in o tem obvesti sodišče. Glede na ubeseditev določbe ni povsem jasno, ali je začetek teka odloga vezan le na čas, ko izvršitelj odlog evidentira v spisu in v vpisniku, in je treba nadaljnje besedilo »in o tem obvesti sodišče« razumeti le kot napotilo izvršitelju, da mora o evidentiranju odloga obvestiti sodišče (kar je sicer določeno že v četrtem odstavku 72. člena ZIZ), ali pa mora biti za začetek teka odloga kumulativno izpolnjen tudi pogoj glede obvestila sodišču. Če sprejmemo drugo stališče, bo v praksi to povzročilo težave, saj izvršitelji sodišč kljub zakonski zavezi pogosto ne obvestijo o odlogu izvršbe oziroma obvestila pošiljajo z zamudo. Z odložitvijo obvestila o odlogu in zamikom začetka teka odloga pa bi se ob taki razlagi lahko zaobšla določila ZIZ o omejitvi odloga na eno leto.

5 SKLEP

V pričajučem prispevku so obravnavana le nekatera vprašanja izvršbe na premičnine, pri čemer so podani odgovori le moje razmišljanje v zvezi z možnimi odgovori na izpostavljena vprašanja. V zvezi s premičninsko izvršbo pa se odpirajo tudi številna druga vprašanja, na primer: kateri izvršitelj prodaja premičnine, če je iste premičnine v korist več upnikov v različnih zadevah zarubilo več izvršiteljev (pri izvršbi na premičnine se ne uporabljajo pravila o pristopu, ki veljajo pri izvršbi na nepremičnine); ali lahko upniki iz druge izvršilne zadeve vplivajo na cenitev premičnin v izvršilni zadevi, v kateri nimajo položaja stranke; kako se upoštevajo različne cenvitve istih premičnin, izdelane v različnih izvršilnih zadevah; kako

izvršitelj, ki razpiše dražbo premičnin, ugotovi, ali so te zarubljene tudi za druge upnike, in kakšen je vrstni red zastavnih pravic; ali mora izvršitelj o dražbi obvestiti tudi zastavne upnike, ki v konkretni izvršilni zadevi nimajo položaja stranke; ali se po ustavitvi izvršbe zaradi neuspešne dražbe razveljavita opravljeni rubež in zastavna pravica na zarubljeni premičnini ter izbrišeta iz registra, ali pa rubež in zastavna pravica ostaneta v veljavi tudi po ustavitvi izvršbe, kot to velja pri izvršbi na nepremičnine itd.

Dobrodošlo bi bilo, da bi se tudi v prihodnosti na izvršilnih šolah ali drugih specializiranih izobraževanjih večja pozornost namenila vprašanjem s področja izvršbe na premičnine in bi se v zvezi s tem odprla širša strokovna razprava. Vanjo bi bilo smiselno vključiti tudi izvršitelje, ki opravljajo neposredna dejanja izvršbe na premičnine in se jim ob vsakodnevnem delu prav tako zastavljajo številna vprašanja. Čeprav načeloma nisem naklonjena prepogostim zakonodajnim spremembam, bi bilo na področju izvršbe na premičnine smiselno razmisliti tudi o zakonodajnih posegih, s katerimi bi se odpravile nejasnosti zdajšnje pravne ureditve. Pri tem je ključnega pomena, da so zakonodajne spremembe dovolj premišljene, celovite in notranje skladne, da se ne bi dosegel nasprotni učinek in da se, kot se to žal vse prepogosto dogaja, z ureditvijo enega odprtega vprašanja ne bi odprla številna nova vprašanja.

POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH Z REGISTRŠKE ŠOLE 2018-1¹

Nada Mitrović
višja sodnica svetnica
Višje sodišče v Ljubljani

1 VPRAŠANJE

Lastnik objekta na poslovnem naslovu družbe je na sodišče naslovil vlogo, v kateri zatrjuje, da družba, vpisana na tem poslovnem naslovu, tam ne posluje več, prav tako pa ji on tam več ne dovoljuje poslovanja in hkrati svojo izjavo preklicuje.

Ali je potrebno in pravilno v takem primeru začeti postopek izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije?

Odgovor

Na podlagi določbe 431. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP² sodišče odloči o začetku postopka izbrisa po uradni dolžnosti na podlagi obvestila iz 428. člena tega zakona ali na podlagi predloga upravičenega predlagatelja iz prvega odstavka 433. člena tega zakona.

Po uradni dolžnosti lahko sodišče začne postopek izbrisa iz sodnega registra le, če dobi obvestilo oseb, ki so registrsko sodišče zavezane obvestiti o domnevi izbrisnega razloga. V skladu z določbo 428. člena ZFPPIPP so zavezani obvestiti registrsko sodišče:

1. Agencija Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve – AJPES o okoliščinah iz *1. točke drugega odstavka 427. člena* tega zakona (da gospodarska družba v dveh zaporednih poslovnih letih ni predložila svojega letnega poročila agenciji zaradi objave po prvem ali drugem odstavku 58. člena ZGD-1 ali podatkov iz letnega poročila za namene iz prvega odstavka 59. člena ZGD-1) in
2. sodišče, državni organ ali oseba z javnimi pooblastili, če v postopku, ki ga vodi v skladu s svojimi pristojnostmi, ugotovi, da obstajajo okoliščine iz *2. točke drugega odstavka 427. člena* tega zakona (da ima pravna oseba, ki je subjekt vpisa v sodni register, v sodnem registru vpisan poslovni naslov, na katerem

¹ Odgovori so bili pripravljeni kot gradivo za razpravo za udeležence Registrske šole 2018 od 23. do 25. maja 2018 v Kranjski Gori, ki je potekala v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju, in dopolnjen za objavo po razpravi na delavnici. Vprašanja so zastavila registrska sodišča, razen zadnjega, ki je vprašanje notarjev. Izoblikovana stališča so nezavezujoči pripomoček pri oblikovanju sodne prakse.

² Uradni list RS, št. 126/2007, 40/2009, 59/2009, 52/2010, 106/2010 – ORZFPPIPP21, 26/2011, 47/2011 – ORZFPPIPP21-1, 87/2011 – ZPUOOD, 23/2012 – odl. US, 48/2012 – odl. US, 47/2013, 100/2013, 10/2015 – popr., 27/2016, 31/2016 – odl. US, 38/2016 – odl. US, 63/2016 – ZD-C, 30/2018 – ZPPDID.

ne sprejema uradnih poštinih pošilk ali je na tem naslovu neznana, da lastnik objekta, ki je druga oseba, subjektu vpisa ni dovolil poslovati na tem naslovu, ali da poslovni naslov ne obstaja).

Na predlog pa lahko sodišče začne postopek izbrisa iz sodnega registra le, če predlog vložijo upravičeni predlagatelj iz 433. člena ZFPPIPP. ZFPPIPP v 433. členu določa le enega upravičenega predlagatelja, to pa je oseba, ki je lastnik objekta na naslovu, ki je v sodni register vpisan kot poslovni naslov pravne osebe in ki ni subjekt vpisa, njegov družbenik ali upnik (tretji odstavek 433. člena ZFPPIPP).

Registrsko sodišče izda sklep, s katerim začne postopek izbrisa, če presodi, da obstaja izbrisni razlog (prvi odstavek 434. člen ZFPPIPP).

V primeru iz vprašanja registrsko sodišče na podlagi obvestila osebe, ki ni oseba iz 428. člena ZFPPIPP, nima podlage za začetek postopka izbrisa iz sodnega registra po uradni dolžnosti. Če pa obravnava vlogo kot predlog lastnika objekta za začetek postopka izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije, za izdajo sklepa ne zadošča upravičenost predlagatelja, da vložijo tak predlog, pač pa mora registrsko sodišče v skladu z določbo prvega odstavka 434. člena ZFPPIPP tudi presoditi, ali v konkretnem primeru obstaja izbrisni razlog. Presoja sodišča iz prvega odstavka 434. člena ZFPPIPP temelji na trditvah predlagatelja v predlogu. Te trditve pa morajo vsebovati okoliščine iz drugega odstavka 427. člena ZFPPIPP. Če so te okoliščine zatrjevane in na njihovi podlagi sodišče presodi, da obstaja kateri od izbrisnih razlogov iz prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP, izda sklep o začetku postopka izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije. Pravna oseba, nad katero je bil začel postopek izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije, njen družbenik ali upnik oziroma oseba iz 4. točke 432. člena ZFPPIPP pa lahko okoliščine, na katerih temelji presoja o obstoju izbrisnega razloga, z ugovorom ovrežejo kot neresnične ali domnevo izbrisnega razloga izpodbijejo. Preklic soglasja o dovolitvi poslovanja na naslovu, ki je vpisan v sodni register kot poslovni naslov subjekta vpisa, ne ustreza opisu okoliščin iz druge alineje 2. točke drugega odstavka 427. člena ZFPPIPP. Zato na njihovi podlagi ni mogoče sklepati, da družba ne posluje na poslovnem naslovu, vpisanem v sodni register, in da je podan izbrisni razlog iz 2. točke prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP. Registrsko sodišče bi moralo tak predlog za začetek postopka izbrisa zavrniti.

2 VPRAŠANJE

V skladu z odločbo Višjega sodišča v Ljubljani IV Cpg 1124/2016 smo zavrnili predlog za začetek izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije subjekta vpisa na predlog lastnika objekta, saj je družba, izbris katere je predlagal lastnik, imela lastnikovo dovoljenje za vpis poslovnega naslova na tej nepremičnini.

Lastnik objekta je nato vložil tožbo zoper družbo zaradi izbrisa poslovnega naslova. Sodišče je izdalo zamudno sodbo, s katero toženi stranki, tj. družbi, nalaga sprejem sklepa o izbrisu poslovnega naslova. Stranka nam je dostavila zamudno sodbo v izvršitev, a v aplikaciji e-Vem tega ni mogoče izvesti, saj sistem ne dovoli samo izbrisati poslovnega naslova brez hkratnega vpisa novega naslova. Sklepa družbe oziroma podatka o novem poslovnem naslovu pa tudi nimamo. Kako rešiti to zadevo?

Odgovor

Vprašanje se nanaša na način izvršitve pravnomočne sodbe, s katero je bilo toženi stranki naloženo določeno ravnanje.

Če mora po izvršilnem naslovu dolжник kaj storiti, se izvede izvršba v skladu s sedemnajstim poglavjem Zakona o izvršbi in zavarovanju – ZIZ³. Upnik mora predlog za izvršbo vložiti na izvršilno sodišče, ki bo dolžniku v sklepu o izvršbi določilo primeren rok za izpolnitev obveznosti v skladu z določbo 226. člena ZIZ, hkrati pa mu bo izreklo denarno kazen, če v določenem roku ne bo izpolnil obveznosti.⁴

3 VPRAŠANJE

Družba je v postopku izbrisa zaradi naslova (2. faza ZFPPIPP), iz insolvenčne pisarne pa prejmemo predlog za vpis začetka prisilne likvidacije. Kako postopati?

Odgovor

Registrsko sodišče naj vpiše podatek o začetku postopka prisilne likvidacije, saj subjekt vpisa še ni izbrisan iz sodnega registra. Menim, da bi moralo nato registrsko sodišče zaradi začetka postopka prisilne likvidacije prekiniti postopek izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije (smiselno enako kakor zaradi pravnih posledic začetka stečajnega postopka⁵). Sklep o prekinitvi registrskega postopka je treba vročiti likvidacijskemu upravitelju (skupaj s sklepom o obstoju izbrisnega razloga, ki je bil vročen subjektu vpisa, če se rok za pritožbo zanj še ni iztekel) in predlagatelju.

4 VPRAŠANJE

Družba z omejeno odgovornostjo brez poslovnega deleža

Edini družbenik d. o. o. je družba, ki je prenehala zaradi končanega stečajnega postopka. Deleža v stečajnem postopku ni bilo mogoče prodati, prevzeti ga ni hotel noben upnik, niti Republika Slovenija. Ta družba namreč sploh nima več družbenika, ker je njegov 100 % poslovni delež po ZFPPIPP prenehal, a je kljub temu še vpisana v sodni register.

Sprašujemo, kako rešiti položaj, ko ostane družba po posebnih pravilih ZFPPIPP brez 100 % poslovnega deleža, oziroma kdo je pristojen, da predlaga oziroma izvede postopek prenehanja, da se lahko taka družba izbriše iz sodnega registra?

3 Uradni list RS, št. 51/1998, 72/1998 – skl. US, 11/1999 – odl. US, 89/1999 – ZPPLPS, 11/2001 – ZRacS-1, 75/2002, 87/2002 – SPZ, 70/2003 – odl. US, 16/2004, 132/2004 – odl. US, 46/2005 – odl. US, 96/2005 – odl. US, 17/2006, 30/2006 – odl. US, 69/2006, 115/2006, 93/2007, 121/2007, 45/2008 – ZArbit, 37/2008 – ZST-1, 28/2009, 51/2010, 26/2011, 14/2012, 17/2013 – odl. US, 45/2014 – odl. US, 58/2014 – odl. US, 53/2014, 50/2015, 54/2015, 76/2015 – odl. US, 11/2018.

4 Če izvršilno sodišče v postopku izvršbe ugotovi, da na naslovu, ki je vpisan v sodni register, dolжник ne sprejema sodnih pošiljk ali da je na tem naslovu neznan, mora na podlagi 428. člena ZFPPIPP obvestiti registrsko sodišče o domnevi obstoja izbrisnega razloga.

5 Glej 4. točko prvega odstavka 205. člena Zakona o pravdnem postopku (ZPP).

Odgovor

Če je bil edini družbenik družbe z omejeno odgovornostjo izbrisan iz sodnega registra na podlagi pravnomočnega sklepa o koncu stečajnega postopka in njegovega poslovnega deleža ni nihče prevzel, nastanejo okoliščine iz šeste alineje prvega odstavka 521. člena Zakona o gospodarskih družbah – ZGD-1⁶, ki določa, da družba z omejeno odgovornostjo preneha, če nima družbenikov ali če ima samo lastne deleže. Iz navedenega izhaja, da je družba iz vprašanja prenehala že po zakonu.

Kadar družba preneha, ker nima več družbenika, izda sodišče sklep o likvidaciji družbe (smiselno tretji odstavek 403. člena ZGD-1). Ob smiselni uporabi določbe šestega odstavka 404. člena ZGD-1 menim, da ni logično, da bi bil v takem primeru lahko upravičeni predlagatelj postopka sodne likvidacije družbenik. Če so v 404. členu ZGD-1 redakcijske napake⁷, menim da se v takem primeru ne začne postopek sodne likvidacije na podlagi predloga, pač pa po uradni dolžnosti.

Po pravnomočnosti sklepa o koncu stečajnega postopka bi moralo sodišče, ki je končalo stečajni postopek, po uradni dolžnosti izdati sklep o začetku postopka likvidacije družbe; če pa sedež družbe ni v istem kraju, v katerem je imel sedež njen družbenik, je pristojno izvesti postopek likvidacije sodišče, pristojno po sedežu družbe. O njenem prenehanju, ker nima več družbenika, bi jo moralo obvestiti sodišče, ki je končalo stečajni postopek. Če tega ni storilo, menim, da lahko o okoliščini, da družba nima več edinega družbenika in njegovega deleža ni nihče prevzel, obvesti pristojno sodišče tudi registrsko sodišče, ki je opravilo izbris družbe iz sodnega registra na podlagi pravnomočnega sklepa o koncu stečajnega postopka.

5 VPRAŠANJE

Pristojnosti registrskega sodišča, če firma družbe ni v skladu s poglavjem o firmi ZGD-1

Višja sodniška pomočnica je na podlagi predloga vpisala subjekt v sodni register. Zoper sklep je bila vložena pritožba iz razloga, da firma ni v skladu s 17. členom ZGD-1. Pritožbo je sodnik s sklepom zavrnil. Zoper ta sklep je bila ponovno vložena pritožba na sodišče druge stopnje, ki je sklep sodišča prve stopnje razveljavilo in naložilo registrskemu sodišču, da ponovno odloči o firmi (že približno pol leta v sodni register vpisani novoustanovljeni družbi).

Kako postopati v registrskem postopku, če se v ponovljenem postopku izkaže, da je firma v nasprotju z določbo 17. člena ZGD-1 in če subjekt tudi po odredbi sodnika ne spremeni firme?

Odgovor

Če se v ponovljenem postopku izkaže, da je firma v nasprotju z določbo 17. člena ZGD-1 in če subjekt vpisa tudi po odredbi sodišča ne spremeni imena,

6 Uradni list RS, št. 42/2006, 60/2006 – popr., 26/2007 – ZSDU-B, 33/2007 – ZSReg-B, 67/2007 – ZTFI, 10/2008, 68/2008, 42/2009, 33/2011, 91/2011, 100/2011 – skl. US, 32/2012, 57/2012, 44/2013 – odl. US, 82/2013, 55/2015, 15/2017 .

7 Primerjaj s prispevkom v Pravosodnem biltenu 3/2017, N. Mitrović, Prenehanje družb in drugih subjektov po zakonu.

mora registrsko sodišče v ponovljenem postopku zavrniti predlog za vpis v sodni register v skladu z določbo tretjega odstavka 30. člena Zakona o sodnem registru (ZSReg)⁸. Ker ne more zavrniti le predloga za vpis firme, saj je predlagatelj vložil predlog za vpis ustanovitve subjekta vpisa v sodni register, mora predlog za vpis sodišče zavrniti v celoti.

Če sodišče v registrskem postopku ugotovi pritožbi in spremeni sklep registrskega sodišča o vpisu ter zavrne zahtevek za vpis, vpiše izbris opravljenega vpisa (tretji odstavek 40. člena ZSReg).

Ko registrsko sodišče vpiše družbo v sodni register, družba pridobi lastnost pravne osebe (5. člen ZGD-1). Zato je pomembno vprašanje, ali lahko registrsko sodišče ravna po določbi tretjega odstavka 40. člena ZSReg tudi v primeru pravnomočne zavrnitve zahtevka za vpis družbe v sodni register. To bi pomenilo, da izbrise opravljeni vpis ustanovitve subjekta v sodni register brez izvedbe ustreznega postopka likvidacije. Kakšen učinek bi imel navedeni izbris za pravice upnikov in delavcev ustanovljene družbe, ZSReg ne določa. Ker gre za pravno praznino, bi bilo mogoče ob smiselni uporabi določb ZFPPIPP, ki se nanašajo na izbris pravne osebe iz sodnega registra brez likvidacije, uporabiti pravilo iz 422. člena ZFPPIPP, ki ureja učinke izbriisa za pravice upnikov in delavcev. Ker pa tehnično ni mogoče izvesti izbriisa ustanovitve subjekta vpisa na tak način, tudi uporaba pravila iz 442. člena ZFPPIPP ni ustrezna in je torej treba poiskati drugo rešitev. Menim, da s pravnomočnostjo sklepa o zavrnitvi vpisa že vpisane družbe v sodni register nastane pravni položaj, primerljiv tistemu, ki nastane, če sodišče s sodbo ugotovi ničnost kapitalne družbe ali vpisa ustanovitve drugega subjekta vpisa v sodni register. Za tak primer pa ZSReg v 42. členu določa, da sodišče po pravnomočnosti sodbe začne postopek likvidacije tega subjekta⁹. Ob smiselni uporabi 42. člena ZSReg bi moralo pristojno sodišče na podlagi obvestila registrskega sodišča, da je bila družba vpisana v sodni register, nato pa je bil na podlagi utemeljene pritožbe udeleženca registrskega postopka pravnomočno zavrnjen zahtevek za vpis ustanovitve v sodni register, po uradni dolžnosti začeti postopek prisilne likvidacije družbe. Za izbris vpisane družbe v sodni register bi bili tako izpolnjeni pogoji šele po končanju likvidacijskega postopka.

6 VPRAŠANJE

V zadevi je sodišče prejelo pritožbo zoper sklep referenta. Predlog je vložil notar, pritožba pa je bila vložena prek odvetnika. Ali se sklep o pritožbi vroči tudi notarju ali le odvetniku?

Odgovor

V primeru iz vprašanja je bil predlog za vpis zavrnjen, subjekt vpisa pa se je zoper sklep pritožil. Subjekt vpisa je imel v konkretnem primeru dva pooblaščenca: notarja,

8 Uradni list RS, št. 13/1994, 31/2000 – ZP-L, 91/2005, 42/2006 – ZGD-1, 33/2007, 93/2007, 65/2008, 49/2009, 82/2013 – ZGD-1H, 17/2015, 54/2017.

9 Če za postopek likvidacije subjekta vpisa ni pristojno isto sodišče, pošlje sodišče, ki je odločilo o ničnosti kapitalne družbe ali vpisa, pristojnemu sodišču sodbo iz prejšnjega odstavka, da po uradni dolžnosti začne postopek likvidacije (tretji odstavek 42. člena ZSReg).

ki je vložil predlog¹⁰ in odvetnika, ki se je zoper sklep o zavrnitvi predloga pritožil. Na podlagi pravila, da v primeru, če ima stranka več pooblaščenцев, zadostuje, da se pisanje vroči enemu izmed njih (drugi odstavek 137. člena Zakona o pravnem postopku - ZPP¹¹ v zvezi z 19. členom ZSReg in 37. členom Zakona o nepravdnem postopku - ZNP¹²), zadošča, da sodišče sklep o pritožbi vroči odvetniku.

7 VPRAŠANJE

Kateri dan velja kot dan ustanovitve javnega zavoda?

Ali je to dan odloka (akta), dan objave v javnem glasilu ali dan po preteku določenih dni od začetka njegove veljavnosti?

8 VPRAŠANJE

Kateri dan se vpiše pri javnih zavodih, kjer je več ustanoviteljev (običajno občin), kot dan spremembe akta oziroma odloka, če so bili sklepi o spremembi odloka sprejeti na različne dneve (mestni svet občin)?

Ali je morda ustrezno vpisati dan javne objave ali dan začetka veljavnosti odloka, kakor je naveden v prehodnih določbah odloka?

Glede vpisa tega dne je popolna zmeda, saj vsako sodišče ravna po svoje.

Odgovor

Podatek, ki se vpiše v sodni register in na katerega se nanaša vprašanje, je v skladu s 5. točko prvega odstavka 4. člena ZSReg: datum akta o ustanovitvi (pogodbe, statuta ali drugega akta), na podlagi katerega se vpiše ustanovitev subjekta vpisa v sodni register. Glede na naravo vpisa se v sodni register vpiše tudi sprememba tega podatka (6. člen ZSReg). Menim, da je ta podatek pomemben zaradi identifikacije akta, na podlagi katerega se vpiše ustanovitev subjekta vpisa in ki se vloži v zbirko listin.

Uredba o sodnem registru¹³ v 31. členu pri podatkovnem sklopu »osnovni podatki o subjektu« določa kot pravilni podatek dan ustanovitve (ne pa datum akta); v 35. členu pri podatkovnem sklopu »spremembe družbene pogodbe« pa dan zasedanja skupščine ali drugega pristojnega organa subjekta vpisa, ki je odločil o spremembi.

10 V skladu z drugim odstavkom 24. člena ZSReg se šteje, da je notar, ki je sodeloval pri sestavi notarske listine ali je listino pretvoril v elektronsko obliko po tretjem odstavku 28. a člena tega zakona, pooblaščen v imenu subjekta vpisa vložiti predlog za vpise, ki temeljijo na tej listini, ali jo predložiti sodišču zaradi javne objave.

11 Uradni list RS, št. 26/1999, 96/2002, 110/2002 – ZDT-B, 58/2003 – odl. US, 2/2004, 2/2004 – ZDSS-1, 69/2005 – odl. US, 90/2005 – odl. US, 43/2006 – odl. US, 52/2007, 45/2008 – ZArbit, 45/2008, 111/2008 – odl. US, 121/2008 – skl. US, 57/2009 – odl. US, 12/2010 – odl. US, 50/2010 – odl. US, 107/2010 – odl. US, 75/2012 – odl. US, 76/2012 – popr., 40/2013 – odl. US, 92/2013 – odl. US, 6/2014, 10/2014 – odl. US, 48/2014, 48/2015 – odl. US, 6/2017 – odl. US, 10/2017.

12 Uradni list SRS, št. 30/1986, 20/1988 – popr., Uradni list RS, št. 87/2002 – SPZ, 131/2003 – odl. US, 77/2008 – (ZDZdr), 10/2017 – ZPP-E.

13 Uradni list RS, št. 49/2007, 98/2007, 13/2008, 49/2009, 54/2015, 1/2018.

Kadar se subjekt vpisa ustanovi z odlokom, so glede na uredbo mogoče različne razlage dneva ustanovitve. Vendar če registrska sodišča pri drugih aktih vpisujejo datum akta, menim, da bi bilo primerno kot dan ustanovitve javnega zavoda vpisati datum odloka. To pa ne pomeni, da registrsko sodišče pred vpisom subjekta vpisa na podlagi odloka ne preveri, ali je bil odlok že objavljen in ali je začel že veljati. Pri vpisu spremembe odloka pa menim, da bi bilo logično, da se zapiše kot dan spremembe datum zadnje izvedene skupščine.

9 VPRAŠANJE

Drugi odstavek 23. člena Zakona o nepravdnem postopku v povezavi z določbo 19. člena Zakona o sodnem registru omogoča predlagatelju umik predloga pred pravnomočnostjo sklepa.

Ali se umik šteje za pritožbo (zaradi presumpcije javne objave)?

Odgovor

ZNP v prvem odstavku 23. člena določa, da lahko predlagatelj umakne predlog do izdaje odločbe sodišča prve stopnje. V drugem odstavku istega člena pa je določena izjema, po kateri lahko predlagatelj umakne predlog tudi po izdaji odločbe sodišča prve stopnje, in sicer vse do njene pravnomočnosti, če s tem niso kršene pravice drugih udeležencev, ki izvirajo iz te odločbe, ali če se z umikom strinjajo vse osebe, ki so jim z odločbo sodišča prve stopnje priznane določene pravice. V takem primeru sodišče svojo odločbo razveljavi.

Ob smiselni uporabi določbe drugega odstavka 23. člena ZNP v zvezi z 19. členom ZSReg bi morale registrsko sodišče v primeru umika predloga glede na vsebino opravljenega vpisa v vsakem primeru posebej tehtati, ali bi bile z razveljavitvijo sklepa o vpisu v sodni register kršene pravice katerega od potencialnih udeležencev postopka. Predvidevam, da bi registrsko sodišče v primeru umika predloga za vpis družbe v sodni register, ki bi ga podal predlagatelj po vpisu družbe v sodni register, zavzelo stališče, da umik v takem primeru ni dovoljen¹⁴. Za druge vpise sprememb že vpisanih podatkov v sodni register pa je odgovor o dopustnosti umika predloga po vpisu in še pred pravnomočnostjo sklepa odvisen od presoje, ali bi sodišče z razveljavitvijo konkretnega sklepa o vpisu (pred njegovo pravnomočnostjo) in z izbrisom opravljenega vpisa (smiselno tretji odstavek 40. člena ZSReg) poseglo v pravice oseb, ki so jih te pridobile z vpisom. O dopustnosti umika predloga odloča sodišče prve stopnje. Če presodi, da umik ni dopusten, ga mora zavreči.

10 VPRAŠANJE

Ali je mogoče, da ima družba v aktu oziroma družbeni pogodbi vpisane dejavnosti, za katere so potrebna dovoljenja (zavarovalništvo, odvetništvo, bančništvo), in teh dovoljenj ne priloži, dokler dejavnosti ne začne opravljati?

¹⁴ Glede na učinke izbrisa, ki so obravnavani v odgovoru k 5. vprašanju tega prispevka.

Ali pa je morda treba že ob vpisu dejavnosti, za katere je potrebno dovoljenje, to tudi priložiti, ne glede na to, kdaj se bo dejavnost začela opravljati?

11 VPRAŠANJE

Akt o ustanovitvi mora biti predložen brez navedenih dejavnosti, ki jih d. o. o. ne more opravljati po zakonu ali brez dovoljenja, ki je potrebno pred vpisom v register (npr. bančništvo, finance, borza, zavarovanja, javna uprava, zunanje zadeve, igralništvo, notariat, odvetništvo, obramba).

Ali mora imeti poslovni subjekt dovoljenje za opravljanje dejavnosti že prej, torej preden se ustanovi, če gre za korporacijske dejavnosti (glavno dejavnost)?

12 VPRAŠANJE¹⁵

Ali potrebuje hranilnica pri preoblikovanju v banko in pri spremembi firme, ki vsebuje besedo banka, dovoljenje Banke Slovenije za opravljanje bančnih storitev?

Odgovor

Registrski postopek je sodni postopek. Registrsko sodišče mora preveriti, ali so poleg pogojev za vpis iz 1. do 3. točke 34. člena ZSReg izpolnjeni tudi drugi materialno pravni pogoji, ki jih za vpis določa zakon (4. točka 34. člena ZSReg). To pa pomeni, da mora poznati in uporabiti matični zakon in da je treba obravnavati vsak primer glede na okoliščine konkretnega primera. Prvi dve vprašanji sta splošni in sta prikazani na zamišljenem primeru.

PRIMER: Predlagatelj predlaga vpis družbe z omejeno odgovornostjo. Predlogu priloži akt o ustanovitvi, ki mora vsebovati tudi firmo, sedež in dejavnost družbe (primerjaj z določbo tretjega odstavka 474. člena ZGD-1). V aktu so določeni firma in sedež družbe ter dejavnosti pravno svetovanje in odvetništvo.

Glede tretjega vprašanja pa prispevek odgovora ne vsebuje, predstavljena je le zakonska ureditev.

V zvezi z dejavnostjo družbe je pomembna določba 6. člena ZGD-1, ki v drugem odstavku določa, da se z zakonom lahko določi, da lahko posamezne gospodarske posle opravljajo družbe, določene z zakonom, nekatere vrste družb ali druge organizacije. Sedmi odstavek 6. člena ZGD-1 pa določa, da kadar drug zakon za začetek opravljanja neke dejavnosti določa poleg vpisa dejavnosti v sodni register še posebne pogoje za opravljanje te dejavnosti, družba lahko začne opravljati to dejavnost, ko izpolni posebne pogoje, določene z drugim zakonom.

Če drug zakon določa, da sme družba začeti opravljati določeno dejavnost, ko pristojni državni organ ali organizacija z javnimi pooblastili izda odločbo, s katero ugotovi, da družba izpolnjuje pogoje za opravljanje te dejavnosti, in če ne določa,

¹⁵ Vprašanje je povzetek zastavljenega daljšega vprašanja.

da mora družba pridobiti odločbo o dovolitvi opravljanja določene dejavnosti pred vpisom v sodni register, sodišče vpiše družbo v sodni register, čeprav za začetek opravljanja dejavnosti, ki je vpisana v aktu o ustanovitvi, družba še ne izpolnjuje posebnih pogojev za začetek opravljanja te dejavnosti.

99. člen Zakona o bančništvu – ZBan-2,¹⁶ ki ureja pogoje za ustanovitev, poslovanje in redno prenehanje kreditnih institucij s sedežem v Republiki Sloveniji (1. točka 1. člena ZBan-2), določa, da mora banka pridobiti dovoljenje za opravljanje bančnih storitev pred vpisom ustanovitve banke v sodni register. Navedena določba zakona se v skladu z 10. poglavjem ZBan-2 uporablja tudi za hranilnice. Ustanovitve hranilnice ali banke torej ni mogoče vpisati v sodni register brez odločbe centralne banke.¹⁷ Kot izhaja iz 26. člena ZBan-1, pa ta z določbo, da se v sodni register ne sme vpisati firma, ki vsebuje besede »banka«, »kreditna institucija« ali »hranilnica« ali izpeljanke iz teh besed, če pravna oseba ni pridobila dovoljenja pristojnega organa za opravljanje bančnih storitev, ureja položaj pravnih oseb, torej že vpisanih subjektov vpisa v sodni register, ki jim sodišče brez dovoljenja ne sme vpisati v sodni register firme z zgoraj navedenimi besedami ali izpeljankami iz teh besed.

V zamišljenem primeru, v katerem je v aktu družbe, ki ni odvetniška družba, navedeno kot dejavnost družbe odvetništvo, gre za dejanski stan, urejen v drugem odstavku 6. člena ZGD-1. Z Zakonom o odvetništvu – ZOdv¹⁸ je namreč izrecno določeno, da lahko odvetniško dejavnost opravljajo le odvetniki kot svoj poklic, dejavnost odvetniške družbe pa je omejena na opravljanje odvetniškega poklica (37. člen ZOdv). To pomeni, da družba, ki ni odvetniška družba, ne sme opravljati dejavnosti odvetništva. Nameravana ustanovitev odvetniške družbe se prijavi pri Odvetniški zbornici Slovenije na obrazcu, ki ga določi Odvetniška zbornica Slovenije, skupaj s predlogom za izdajo soglasja za vpis v sodni register. Prijavi za vpis odvetniške družbe v sodni register je treba predložiti soglasje Odvetniške zbornice Slovenije o vpisu v sodni register (39. člen ZOdv). Če zakon določa za vpis odvetniške družbe v sodni register določene pogoje, jih mora izpolnjevati pri vpisu tudi družba, ki v svojem aktu o ustanovitvi določi, da bo opravljala odvetniško dejavnost.

V konkretnem primeru gre za vprašanje izpolnjevanja materialnopравnih pogojev za vpis ustanovitve družbe, ki ima v aktu o ustanovitvi določeno dejavnost, ki jo lahko opravlja le odvetniška družba. Ker tega statusa družba iz primera nima, njen akt o ustanovitvi pa je v nasprotju z določbami ZOdv, ima registrsko sodišče podlago za zavrnitev predloga za vpis ustanovitve družbe ne glede na dejstvo, ali je dejavnost odvetništva priglašena kot glavna ali stranska dejavnost.

16 Uradni list RS, št. 25/2015, 44/2016 – ZRPPB, 77/2016 – ZCKR, 41/2017.

17 O strokovni dilemi, ali mora hranilnica, če se preoblikuje v banko, predložiti registrskemu sodišču dovoljenje za opravljanje bančnih storitev, so bili udeleženci delavnice seznanjeni v okviru zastavljenih vprašanj, medtem ko razprave o tej strokovni dilemi ni bilo.

18 Uradni list RS, št. 18/1993, 24/1996 – odl. US, 24/2001, 111/2005 – odl. US, 54/2008, 35/2009, 97/2014, 8/2016 – odl. US, 46/2016.

13 VPRAŠANJE

Glede predloga za vpis spremembe poslovnega naslova je bila zahtevana dopolnitev izjave lastnika objekta, saj je slednjo podal pooblaščenec lastnika objekta, ki je imel overjeno pooblastilo lastnika za podajo takega soglasja subjektom, ki jih sam izbere.

Ali menite, da lahko tako izjavo res poda le lastnik osebno? Praksa je nekoliko neživljenjska, saj lahko pooblaščenec z overjenim pooblastilom lastnika proda nepremičnino kupcu, ki ga sam izbere, ne more pa dati soglasja, da lahko gospodarski subjekt posluje na določenem naslovu.

Odgovor

V skladu z določbo četrtega odstavka 4. člena ZSReg mora subjekt vpisa, ki ni lastnik objekta na poslovnem naslovu, navedenem v prijavi, priložiti overjeno izjavo lastnika objekta, da subjektu vpisa dovoljuje poslovanje na tem naslovu. V skladu z določbo druge alineje 2. točke drugega odstavka 427. člena ZFPPIPP se domneva, da družba ne posluje na poslovnem naslovu, vpisanem v sodni register, če je kot njen poslovni naslov v sodni register vpisan naslov, na katerem je objekt, lastnik katerega je druga oseba, ki družbi ni dovolila poslovati na tem naslovu. V takem primeru so izpolnjeni pogoji za izbris pravne osebe iz sodnega registra brez likvidacije (prvi odstavek 427. člena ZFPPIPP). Dokler daje zakonodajalec dovoljenje lastnika objekta za poslovanje družbe na poslovnem naslovu pomen s tako hudo posledico, kot je izbris subjekta vpisa iz sodnega registra brez likvidacije, če se izkaže, da mu lastnik objekta ni dal dovoljenja, ni mogoče pritrditi stališču, da gre za neživljenjsko prakso sodišča, če preveri izjavo lastnika, dano po pooblaščenju. Če bi se v sodni register kot poslovni naslov vpisoval elektronski naslov subjekta vpisa, težav z dovoljenji ne bi bilo. Poleg tega v konkretnem primeru tudi niso znane vse okoliščine konkretnega primera. Če je šlo za pooblaščenca, ki je na podlagi pooblastila lastnika objekta izvajal dejavnost odplačnega dajanja soglasij večjemu številu subjektov vpisa, je registrsko sodišče imelo utemeljene pomisleke o veljavnosti pooblastila, zaradi česar je v okviru svojih pooblastil lahko zahtevalo od lastnika objekta, da predloži overjeno izjavo, da konkretnemu subjektu vpisa dovoljuje poslovanje na naslovu, ki je predmet vpisa v sodni register.

POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH Z REGISTRŠKE ŠOLE 2018-2¹

Tadeja Zima Jenull
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani

1 FIRMA (NEDOVOLJENE SESTAVINE) 17. ČLEN ZAKONA O GOSPODARSKIH DRUŽBAH (ZGD-1)²

1.1 Pri preverjanju fantazijskega imena firme redno vpogledamo na spletno stran Urada RS za intelektualno lastnino, pri čemer se zastavlja vprašanje, ali preverjamo samo SIPO-DS (domače znamke) ali tudi TMview (EUIPO), torej domače in mednarodne znamke ter znamke EU?

Do zdaj smo vpogledali le v SIPO-DS (domače znamke).

(N) Ali je pri preverjanju ustreznosti firme oziroma nedovoljenih sestavin dovolj vpogled v registrirane blagovne znamke pri Uradu za intelektualno lastnino RS ali je treba preveriti še vse evropske registre blagovnih znamk?³

Odgovor:

Pravna podlaga, ki jo je treba uporabiti pri odgovoru na zastavljeno vprašanje, je druga alineja 17. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1)⁴, ki določa:

Firma ne sme vsebovati besed ali znakov, ki:

- vsebujejo znamke ali neregistrirane znake, ki uživajo varstvo po predpisih, ki urejajo znamke.⁵

1 Prispevek je za objavo prirejena delavnica po razpravi o strokovnih vprašanjih iz prakse registrskih referentov ter notarjev v registrski šoli 2018 od 23. do 25. maja 2018 v Kranjski Gori, ki je potekala v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju. Vprašanja, ki so jih zastavili notarji, so označena z (N).

2 Uradni list RS, št. 42/06, 60/06 – popr., 26/07 – ZSDU-B, 33/07 – ZSReg-B, 67/07 – ZTFI, 10/08, 68/08, 42/09, 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 100/11 – skl. US, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15 in 15/17.

3 Katarina Vodopivec je glede tega izrazila mnenje, da gre pri preverjanju ustreznosti firme primarno za preverjanje firme v okviru firm vseh družb s sedežem v RS. Glede ugotavljanja nedovoljenih sestavin po 17. členu ZGD-1 bi bilo po njenem mnenju dovolj, če preverjamo ustreznost firme le na državni ravni, in ne v vseh drugih (tujih) zbirkah. Drugače je le v primeru, če gre za znano blagovno znamko ali znak, ki je večini znan, ker bi lahko šteli, da gre za nelojalno uporabo tujih znakov (v skladu s 13. členom ZGD-1). Dodala je, da bi morali to vprašanje obravnavati v naslednji registrski šoli, da bi zavzeli kakšno skupno stališče.

4 Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 100/11 – skl. US, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15 in 15/17.

5 Z zakonom o spremembah in dopolnitvah ZGD-11, Uradni list RS 55/15, z začetkom veljavnosti 8. 8. 2015, je bil ta člen spremenjen in je besedilo »vsebujejo znane blagovne in storitvene znake drugega upravičenca« nadomeščeno z zdajšnjim besedilom. Primerjaj še odgovor z registrske šole 2017, Horvat, nav. delo, str. 196–198.

Predpis, ki ureja znamke, je Zakon o industrijski lastnini (ZIL-1).⁶ Celotno področje o znamkah je določeno v četrtem poglavju ZIL-1 od 42. do vključno 54. člena ZIL-1. Temeljno načelo, ki velja v pravu industrijske lastnine, je načelo nacionalnosti, ki je določeno v 3. členu ZIL-1.⁷

Mednarodno registracijo znamke je treba v skladu s 53. členom ZIL-1 vložiti pri Uradu Republike Slovenije za intelektualno lastnino (v nadaljevanju: urad). To pomeni, da ima vse evidence za preizkus nedovoljenih sestavin firme urad. Urad ima povezavo, ki je sproti posodobljena tudi v TMview (EUIPO, domače, mednarodne znamke in znamke EU).

Presoja registrskega sodišča glede firme temelji na določbi prvega odstavka 23. člena ZGD-1. Ta določa, da registrski organ zavrne predlog za vpis firme v register, ki je v nasprotju z določbami tega poglavja (poglavje ZGD-1 o firmi od 12. do 28. člena) ali ki se ne razlikuje jasno od že registriranih firm in imen drugih subjektov v Republiki Sloveniji. To določbo je treba povezati z drugo alinejo 17. člena ZGD-1, kar pomeni, da registrsko sodišče presoja, ali firma ne vsebuje besed ali znakov, ki vsebujejo znamke ali neregistrirane znake, ki so varovani po predpisih, ki urejajo znamke, in opravi primerjavo firm in imen že registriranih drugih subjektov v Republiki Sloveniji.

Ali gre za vprašanje nelojalne konkurence, bi presegalo preizkus registrskega sodišča iz 23. člena ZGD-1.

O konkurenci med prvim in drugim odstavkom 23. člena ZGD-1 pa je bilo v sodni praksi oblikovano naslednje stališče:

„Določba prvega odstavka 23. člena ZGD-1, ki zapoveduje sodišču preizkus predlagane firme v sodni register skladno z določbami ZGD-1 o firmi, in določba drugega odstavka 23. člena ZGD-1, ki družbi, ki meni, da se firma druge družbe ne razlikuje jasno od njene prej registrirane firme, znamke ali neregistriranih znakov, ki uživajo varstvo po predpisih, ki urejajo znamke, omogoča vložitev tožbe na opustitev uporabe firme, njen izbris iz registra in odškodnino, se ne izključujeta, ampak dopolnjujeta. Sodišče pri opravi preizkusa, kot mu ga nalaga prvi odstavek 23. člena ZGD-1, namreč ne more presojati vseh možnih pojavnih oblik sorodnosti in s tem zamenljivosti firm družbe s firmo druge družbe, zato je družbi omogočeno pravno varstvo njene firme tudi po drugem odstavku 23. člena ZGD-1. Zato je pravilno pritožbeno stališče, da možnost vložitve tožbe po drugem odstavku 23. člena ZGD-1, presoje varstva firme po prvem odstavku 23. člena ZGD-1 že v registrskem postopku ne izključuje.“⁸

6 Uradni list RS, št. 51/06 – uradno prečiščeno besedilo in 100/13.

7 Prvi in drugi odstavek 3. člena ZIL-1 določata: (1) Ob upoštevanju 17. člena tega zakona se pridobitev posamezne pravice industrijske lastnine v Republiki Sloveniji zahteva z nacionalno prijavo, vloženo pri Uradu Republike Slovenije za intelektualno lastnino (v nadaljnjem besedilu: urad) v skladu s tem zakonom. (2) Pridobitev pravic industrijske lastnine v Republiki Sloveniji se lahko zahteva tudi na podlagi prijav, vloženi v tujini, če je to v skladu z mednarodno pogodbo, ki obvezuje Republiko Slovenijo. Pravni učinek pravic industrijske lastnine, podeljenih ali registriranih na podlagi takih prijav, je izenačen s pravicami industrijske lastnine, ki so podeljene ali registrirane na podlagi nacionalnih prijav, razen če je z mednarodno pogodbo določeno drugače.

8 Sklep VSL IV Cpg 845/2017 z dne 27. 9. 2017.

Menim, da za družbe, ki bodo registrirane v RS, zadošča, da registrski organ pregleda podatke vpisanih znamk pri uradu v RS.

2 DEDOVANJE TER SPREMEMBE DRUŽBENIKOV IN ZAKONITIH ZASTOPNIKOV

2.1 Ali se lahko vpiše sprememba družbenika samo na podlagi pogodbe o dosmrtnem preživljanju v notarskem zapisu in izpiska iz matične knjige umrlih ali je vedno potreben pravnomočni sklep o dedovanju?

Odgovor:

Pogodbo o dosmrtnem preživljanju ureja 557. člen⁹ VI. poglavja Obligacijskega zakonika (OZ).¹⁰ Bistvo te pogodbe je v tem, da preživljavec skrbi za preživljanca, premoženje pa pridobi šele z njegovo smrtjo. Notarski zapis te pogodbe mora vsebovati dovoljenje preživljanca za vpis lastninske pravice preživjavca na nepremičninah v zemljiško knjigo s preživljančevo smrtjo. Po preživljančevi smrti preživljavec lahko vloži predlog za vpis svoje lastninske pravice na nepremičninah. Predlogu priloži overjeni odpravek notarskega zapisa pogodbe, ki je bil sestavljen za vpis pravic v zemljiško knjigo, ter potrdilo pristojnega matičnega organa o vpisu smrti preživljanca v matično knjigo (četrti in prvi odstavek 43. člena Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1)).¹¹

Enako pravilo velja tudi pri odločanju o predlogu za vpis prenosa poslovnega deleža na podlagi pogodbe o dosmrtnem preživljanju, ki mu je treba priložiti potrdilo matičnega organa o vpisu smrti preživljanca v matično knjigo.¹² Pri prenosu poslovnega deleža je namreč treba smiselno uporabljati določbe o nepremičninah (enako tudi četrti odstavek 165. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ)).¹³

Odgovor na zastavljeno vprašanje je, da v opisanem primeru pravnomočni sklep o dedovanju ni potreben.

9 557. člen OZ določa: (1) S pogodbo o dosmrtnem preživljanju se pogodbenik (preživljavec) zaveže, da bo preživljal drugega pogodbenika ali koga drugega (preživljanca), drugi pogodbenik pa izjavi, da mu zapušča vse premoženje ali del premoženja, ki obsega nepremičnine in premičnine, ki so namenjene za rabo in uživanje nepremičnin, s tem da je njihova izročitev odložena do izročiteljeve smrti. (2) Ta pogodba lahko obsega tudi druge premičnine preživljanca, ki pa morajo biti v pogodbi navedene. (3) Za pogodbe o dosmrtnem preživljanju se štejejo tudi pogodbe, s katerimi se proti obljubi dediščine dogovori skupnost življenja ali skupnost premoženja, ali da bo en pogodbenik skrbel za drugega in ga varoval, mu obdeloval posestvo in po njegovi smrti oskrbel pogreb, ali kaj drugega v istem namenu.

10 Uradni list RS, št. 97/07 - uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18.

11 Uradni list RS, št. 58/03, 45/08, 37/08 – ZST-1, 28/09, 25/11, 14/15 – ZUUJFO, 23/17 – ZDOdv, 69/17 in 11/18 – ZIZ-L.

12 Podgoršek, nav. delo, stran 545.

13 Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 121/07, 45/08 – ZArbit, 37/08 – ZST-1, 28/09, 51/10, 26/11, 14/12, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 58/14 – odl. US, 53/14, 50/15, 54/15, 76/15 – odl. US in 11/18.

2.2 Edini družbenik in zastopnik v enoosebni d. o. o. je umrl.

Na zapuščinski obravnavi nihče od dedičev ni želel prevzeti zapuščine, tj. 100-odstotnega poslovnega deleža umrlega družbenika.

Kaj se zgodi s takšno družbo oziroma kakšen je postopek izbrisa takšne družbe iz sodnega registra in kdo oziroma kateri organ je pristojen za začetek tega postopka?

Kakšen je pravilen izrek zapuščinskega sodišča v „sklepu o dedovanju“ glede obstoječega poslovnega deleža za pravilno nadaljevanje postopka z urejanjem izbrisa družbe pri pristojnem organu?

Odgovor:

Če nihče od dedičev ne sprejme zapuščine po zapustniku in se v skladu s prvim odstavkom 133. člena Zakona o dedovanju (ZD)¹⁴ odpove dediščini z izjavo, ki jo poda sodišču do konca zapuščinske obravnave, nastane pravno stanje, kot da dedičev ni. Zapuščina brez dedičev po 9. členu ZD postane lastnina Republike Slovenije, razen če se takšna zapuščina prenese v stečajno maso stečaja zapuščine brez dedičev. Pravne interese RS zastopa državni odvetnik po Zakonu o državnem odvetništvu (ZDOdv).¹⁵ Po drugem odstavku 2. člena ZDOdv državno odvetništvo opravlja strokovne naloge na področju varstva premoženjskih in drugih pravic in interesov države prek pravnega zastopanja pred sodišči in upravnimi organi v Republiki Sloveniji, pred tujimi sodišči in tujimi arbitražami ter mednarodnimi sodišči in mednarodnimi arbitražami.

Prvi razlog za prenehanje družbe po 7. alineji prvega odstavka 521. člena ZGD-1 je, da poslovodstvo ne deluje več kot šest mesecev. Treba je izpeljati postopek sodne likvidacije na podlagi tretjega odstavka 403. člena v zvezi s 522. členom ZGD-1 v zvezi s 6. poglavjem Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP).¹⁶

Če je podan razlog za izbris take družbe iz sodnega registra po 1. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP, državni odvetnik kot državni organ po drugem odstavku 428. člena ZFPPIPP obvesti o obstoju okoliščin iz 2. točke drugega odstavka 427. člena ZFPPIPP registrsko sodišče v enem mesecu po ugotovitvi teh okoliščin in obvestilu priložil dokaze o teh okoliščinah.

Če je imela enoosebna družba upnike, je treba izpeljati postopek stečaja zapuščine po oddelku 5.12 ZFPPIPP. Upnik lahko po prvem odstavku 142. b člena ZD zahteva, da se zapuščina brez dedičev prenese v stečajno maso zapuščine brez dedičev, če v šestih mesecih po prejemu obvestila o zapuščini brez dedičev oziroma v šestih mesecih od dneva objave oklica, če gre za neznanega upnika: 1.

¹⁴ Uradni list SRS, št. 15/76, 23/78, Uradni list RS/I, št. 17/91 – ZUDE, Uradni list RS, št. 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 82/94 – ZN-B, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ, 73/04 – ZN-C, 31/13 – odl. US, 99/13 in 63/16.

¹⁵ Uradni list RS, št. 23/17.

¹⁶ Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo, 10/15 – popr., 10/15 – popr., 27/16, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US, 63/16 – ZD-C in 30/18 – ZPPDID.

prijavi to zahtevo v zapuščinskem postopku in 2. vloži predlog za začetek stečaja zapuščine brez dedičev. Po drugem odstavku 142. b člena ZD mora upnik prijavi zahteve za prenos zapuščine v stečajno maso zapuščine brez dedičev priložiti potrdilo o vložitvi predloga za začetek stečaja zapuščine brez dedičev.¹⁷

Besedilo sklepa o dedovanju v zvezi s poslovnim deležem bi se moralo ujemati z vsemi podatki, s katerimi je poslovni delež vpisan v sodnem registru. Podatki, ki jim mora vsebovati sklep o dedovanju, so določeni v 214. členu ZD.

2.3 Pristojnosti skrbnika zapuščine

V zapuščinski zadevi je bil s sklepom sodišča postavljen skrbnik zapuščine. Skrbnik je bil postavljen z namenom, da bi med trajanjem zapuščinskega postopka upravljal premoženje, zlasti gospodarske družbe. Iz sklepa o določitvi skrbnika izhaja, da je kot edina zakonita dedinja po zapustnici mladoletna hči, ki jo zastopa začasni skrbnik center za socialno delo.

Ali lahko skrbnik zapuščine brez soglasja zapuščinskega sodišča in centra za socialno delo razpolaga s poslovnim deležem v družbi z omejeno odgovornostjo in ga prenese nazaj na prodajalca oziroma predhodnega družbenika, ker kupnina ni bila poravnana?

Ali je skrbniku zapuščine dovoljeno odsvojiti premoženje med trajanjem zapuščinskega postopka?

Odgovor:

Položaj skrbnika zapuščine je določen v prvem odstavku 131. člena ZD. Zapuščinsko sodišče ga imenuje, če so dediči neznani ali če je neznano njihovo prebivališče, pa tudi v drugih primerih, kadar je to potrebno, sodišče postavi začasnega skrbnika zapuščine, ki je upravičen, da v imenu dedičev toži ali je tožen, da izterjuje terjatve in izplačuje dolgeve in da nasploh zastopa dediče. Začasni skrbnik ima na navedeni podlagi procesno aktivno legitimacijo. Tak začasni skrbnik toži in je tožen kot organ v postopku. Ko postavi sodišče začasnega skrbnika zapuščine, izgubijo dediči upravljanje zapuščine.¹⁸ Ker je skrbnik zapuščine po 211. členu Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR)¹⁹ skrbnik za posebne primere, mora imeti za ravnanje, ki presega okvir rednega poslovanja upravljanja, soglasje centra za socialno delo.²⁰

Glede razpolaganja skrbnika zapuščine s poslovnim deležem v družbi z omejeno odgovornostjo je treba najprej pojasniti pravne posledice neplačane kupnine za poslovni delež, ki bi ga morala plačati zapustnica. Dosedanji družbenik (prodajalec) je v opisanem pravnem položaju upnik in mora, če se odloči, da bo vztrajal pri izpolnitvi prodajne pogodbe po 103. členu OZ, prijaviti terjatev do zapuščine v zapuščinskem postopku, lahko pa na podlagi 103. člena OZ tudi odstopi od

¹⁷ Podobno vprašanje je bilo obravnavano v registrski šoli 2017, glej še Zima Jenull, nav. delo, stran 222.

¹⁸ Več o skrbniku zapuščine glej: Zupančič, Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 216–218.

¹⁹ 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.

²⁰ Zupančič, Žnidaršič Skubic, nav. delo, stran 218.

pogodbe. Zaradi učinkov razvezane pogodbe ima prodajalec pravico do vrnitve danega, to je v konkretnem primeru poslovnega deleža. Prodajalec bi lahko vložil tožbo za plačilo kupnine, ki bi jo moral vložiti proti skrbniku zapuščine kot procesno pasivnemu legitimiranemu organu zapuščinskega postopka. Če je skrbnik lahko tožen, se lahko tudi dogovori s prodajalcem, da pridobi nazaj poslovni delež, ta pa nima več nobenega zahtevka do zapuščine. Z opisanim ravnanjem bi se izognil pravnemu postopku in s tem tudi plačilu pravnih stroškov. Menim pa, da bi zaradi ravnanja, ki presega okvir rednega upravljanja, skrbnik zapuščine za opisano dejanje potreboval soglasje zapuščinskega sodišča in centra za socialno delo.

Seveda pa skrbnik opravlja svojo vlogo le v skladu s 131. členom ZD in nikakor ne sme razpolagati z zapuščino in je prodajati. Varovati mora namreč interese vseh dedičev.

2.4 Sodišče je v nepravdnem gospodarskem postopku s sklepom družbi postavilo začasnega zastopnika na podlagi 256. člena v zvezi s 50. členom ZGD-1 (umrl je edini družbenik in zastopnik družbe).

Kdo je upravičen vložiti predlog za vpis spremembe zastopnika v sodni register?

Ali je to začasni zastopnik družbe, ki ga imenuje sodišče, s predlogom ali sodišče z odredbo naloži registrskemu sodišču vpis novega zastopnika v sodni register?

Kakšna je pravilna dikcija zapisa v izreku sklepa?

Kdaj začne teči zastopniku mandat oziroma kaj se šteje za dan imenovanja – datum sklepa ali datum pravnomočnosti sklepa?

Odgovor:

Začasni zastopnik je bil imenovan v nepravdnem postopku na predlog zainteresirane osebe, najverjetneje dediča ali morda skrbnika zapuščine. Sodišče s sklepom o imenovanju poslovdje pravno nadomesti voljo družbenikov na skupščini, ki bi morali v skladu s 5. alinejo 505. člena ZGD-1 odločiti o postavitvi in odpoklicu poslovdij ali nadzornega sveta, ki imenuje poslovdjo, če ga družba ima (četrti odstavek 515. člena ZGD-1).²¹

Kdo ima v registrskem postopku procesno sposobnost vlaganja predlogov za vpis posameznega podatka v sodni register, je določeno v 23. in 24. členu Zakona o sodnem registru (ZSReg),²² udeleženci postopka pa so tudi osebe, ki so na splošno omenjene v 17. členu ZSReg.

21 Višje sodišče je v sklepu VSK Cpg 111/2013 z dne 3. 7. 2013 izrazilo pomislek glede imenovanja poslovdje v enoosebni družbi, ker bi družba imela poslovdjo in nobenega družbenika, ki bi poslovdjo nadziral, sprejemal letna poročila in opravljal druge naloge upravljanja v družbi, predvsem pa, ki bi to začasnost prekinil z imenovanjem poslovdje.

22 Uradni list RS, št. 54/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 65/08, 49/09, 82/13 – ZGD-1H, 17/15 in 54/17.

Pravni položaj imenovanega poslovodje v nepravdnem sodnem postopku se vsebinsko ne razlikuje od položaja poslovodje, imenovanega na skupščini družbe. Zato ima sodno imenovani poslovodja procesno sposobnost vložiti predlog za vpis spremembe poslovodje v sodni register. Gre namreč za predlagalni postopek po prvem odstavku 9. člena ZSReg. Po uradni dolžnosti ali na zahtevo drugega pristojnega organa začne sodišče postopek samo, kadar tako določa zakon (drugi odstavek 9. člena ZSReg).

Vendar pa drugi odstavek 24. člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register (uredba)²³ določa, da če imenuje člana poslovodstva sodišče (256. člen ZGD-1), se opravi vpis novega zastopnika – člana poslovodstva po uradni dolžnosti. Okrožno sodišče, ki je odločalo o imenovanju poslovodje, bi moralo sklep poslati po uradni dolžnosti registrskemu sodišču. Podlage za navedeno obveznost sodišča, ki je odločilo v sodnem postopku o imenovanju poslovodje, v povezavi z drugim odstavkom 9. člena ZSReg v ZGD-1 nisem našla.

Sklep skupščine ali nadzornega sveta o imenovanju poslovodje je deklaratornega pomena, kar pomeni, da pravni učinki imenovanja poslovodje nastanejo že s sklepom skupščine o imenovanju poslovodje. Tudi skupščinski sklep je mogoče izpodbijati v sodnem postopku, pa to ne pomeni, da poslovodja ne bi mogel družbe navzven, to je proti tretjim osebam, zastopati. Enako mora veljati tudi za sodno imenovanje poslovodje. Ta je torej imenovan z dnem odločbe, in ne šele z njegovo pravnomočnostjo. Mandat mu začne teči z dnem odločbe okrožnega sodišča, ki je odločilo o njegovem imenovanju. Vsa njegova dejanja so proti tretjim osebam pravno veljavna.²⁴

Izrek sklepa o imenovanju poslovodje v sodnem postopku bi se lahko glasil: „Za poslovodjo v družbi (d. o. o.) se za določen čas imenuje A. A. (najmanj za dve leti v skladu z drugim odstavkom 515. člena ZGD-1 in vsemi podatki po 7. točki prvega odstavka 4. člena ZSReg) ali do imenovanja novega poslovodje. Pri tem velja, da lahko sodno imenovanega poslovodjo odpokliče le sodišče, ki ga je imenovalo, in ne skupščina družbe.“²⁵

Pomisleki v zvezi z odgovorom na zastavljeno vprašanje pa so tudi, ali bi morale sodišče že v nepravdnem postopku o sodnem imenovanju poslovodje paziti na 255. člen ZGD-1 kot na materialnopravno določbo, ki jo je treba uporabiti pri odločanju o predlogu družbenikov imenovanega za vpis spremembe zastopnika ali člana nadzornega sveta ali upravnega odbora po 5. členu uredbe. Kajti če bi zavzeli stališče, da sodišče, ki je imenovalo poslovodjo po uradni dolžnosti, pošlje sklep registrskemu sodišču, ki vpiše poslovodjo v register, bi manjkala izjava z vsebino iz 255. člena ZGD-1.

Če je ovira za imenovanje podana že v času odločanja sodišča o imenovanju poslovodje, bi sodišče v okviru materialnopravne presoje vseh pogojev za imenovanje poslovodje moralo od poslovodje zahtevati, da poda izjavo z vsebino iz 255. člena ZGD-1.

²³ Uradni list RS, št. 43/07, 5/10, 25/14, 54/15 in 1/18.

²⁴ Glej še drugi odstavek 8. člena ZSReg, ki določa upravičenost zastopnika v razmerju do tretjih po objavi vpisa v sodni register kljub pomanjkljivostim v postopku njegovega imenovanja.

²⁵ Bratina, nav. delo, stran 48.

2.5 Evropsko potrdilo o dedovanju

Edini družbenik, ki je italijanski državljan, je umrl po letu 2015, ko je začela veljati Evropska uredba o dedovanju. Katero listino morajo priložiti dediči za vpis spremembe podatkov v sodni register (spremembo družbenikov in prenos deležev na podlagi univerzalnega pravnega sredstva):

- izjavo dedičev, overjeno pri notarju v Italiji, prevedeno v slovenski jezik ali
- evropsko potrdilo o dedovanju?

Odgovor:

Nova pravila Unije, sprejeta 4. julija 2012, ki državljanom olajšujejo urejanje pravnih vprašanj, povezanih z mednarodnim dedovanjem, zelo poenostavljajo čezmejno delovanje. Ta nova pravila se uporabljajo za zapuščino oseb, ki so umrle po 17. avgustu 2015.

Uredba uveljavlja, da čezmejno zapuščinsko zadevo usklajeno obravnava en sam organ v skladu s pravom ene države članice. Načeloma so za obravnavanje zapuščinskih zadev pristojna sodišča v državi članici, v kateri je bilo zadnje stalno prebivališče pokojnega državljana, uporabi pa se pravo te države članice. Vendar lahko državljani izberejo, da se za njihovo dedovanje uporabi pravo države, državljani katere so. Uporaba prava ene države članice s strani enega samega organa v čezmejnih zapuščinskih zadevah preprečuje vzporedne postopke, v katerih lahko pride do nasprotujočih sodnih odločb. Zagotavlja tudi, da se sodne odločbe, izdane v eni državi članici, priznajo v vsej Uniji, ne da bi bil za to potreben kakršen koli poseben postopek.

Uredba prav tako uvaja evropsko potrdilo o dedovanju. S tem dokumentom, ki ga izda organ, ki obravnava zapuščinsko zadevo, lahko dediči, volilnojemniki, izvršitelji oporok in upravitelji zapuščine dokazujejo svoj status ter uveljavljajo pravice in pooblastila v drugih državah članicah. Ko je evropsko potrdilo o dedovanju izdano, se prizna v vseh državah članicah brez kakršnega koli posebnega postopka.

Komisija je 9. decembra 2014 sprejela izvedbeno uredbo, ki določa obrazce, ki se uporabljajo v skladu z uredbo o dedovanju.

Za vsako posamezno državo članico EU je mogoče prek evropske pravosodne mreže v civilnih in gospodarskih zadevah dobiti podatke o pravni ureditvi v posamezni državi članici glede dedovanja in o postopku, ki se uporablja v posamezni državi.

Iz vsebine evropskega potrdila o dedovanju, ki je dostopno prek obrazca na spletni strani evropskega e-pravosodja, izhaja, da bi za vpis prenosa poslovnega deleža na dediče zapustnika, ki je bil italijanski državljan, morale zadoščati evropsko potrdilo o dedovanju.

Za odgovor na zastavljeno vprašanje je najpomembnejša ureditev v ZD, v katerem 227. e člen z začetkom veljavnosti 22. 10. 2016²⁶ določa:

(1) Evropsko potrdilo o dedovanju, izdano v drugi državi članici Evropske unije (v nadaljnjem besedilu: druga država članica) v skladu z Uredbo 650/2012/EU, ima v primerih, ko je za vpis pravice na nepremičnini ali premičnini v zemljiško knjigo ali drugo evidenco ali register pristojno sodišče ali drug organ Republike Slovenije, lastnost sklepa o dedovanju.

(2) V primeru, ko je za vpis pravice na nepremičnini ali premičnini v zemljiško knjigo ali drugo evidenco ali register pristojno sodišče ali drug organ Republike Slovenije, se šteje evropsko potrdilo o dedovanju, izdano v drugi državi članici v skladu z Uredbo 650/2012/EU, kot listina, ki je podlaga za takšen vpis.

(3) Postopek vpisa v zemljiško knjigo ali drugo evidenco ali register se začne na predlog stranke, katere pravica se v skladu z evropskim potrdilom o dedovanju vpiše v zemljiško knjigo ali drugo evidenco ali register.

Odgovor na zastavljeno vprašanje torej je, da morajo dediči za vpis spremembe družbenika namesto sklepa o dedovanju predložiti evropsko potrdilo o dedovanju. Če v obrazcu uredbe ni izpolnjena rubrika o premoženju in je navedeno le „vse premoženje,“ je mogoče upoštevati tudi izjavo dedičev, overjeno pri notarju v Italiji, prevedeno v slovenski jezik.

3 SPREMEMBA DRUŽBENIKA (PRENOS POSLOVNEGA DELEŽA)

3.1 Prodaja poslovnega deleža in sprememba družbenikov v družbi z omejeno odgovornostjo (d. o. o.) v stečajnem postopku.

Sodišče je prejelo predlog notarja za spremembo družbenika. Predlogu sta bila priložena sklep stečajnega sodišča o izročitvi poslovnega deleža in čistopis družbene pogodbe z notarjevim potrdilom. Iz notarjevega potrdila je izhajalo, da se družbena pogodba ujema s sklepom o izročitvi poslovnega deleža ter s pogodbo o prodaji poslovnega deleža. Pogodba o prodaji poslovnega deleža registrskemu sodišču ni bila predložena, zato smo z odredbo zahtevali, da nam jo predložijo.

Notar je sodišču sporočil, da jim je stečajni upravitelj pogodbo predložil v navadni obliki, ker pogodba ni bila izdelana v notarski obliki, torej v skladu s tretjim odstavkom 481. člena ZGD-1.²⁷

Vendar pa registrska sodišča še vedno prejemamo predloge brez priloženih zahtevanih listin, kar velja zlasti za pogodbe o prodaji poslovnih deležev,

²⁶ Uradni list RS 63/16.

²⁷ Na tako vprašanje smo prejeli odgovor sodnice Tadeje Zima Jenull že v lanskem letu. Ta je bil objavljen z naslovom Vpliv začetka stečajnega postopka na registrske vpise, Pravosodni bilten 2017, letn. 38, št. 3, str. 136–140.

ki niso sklenjene v notarski obliki. Kako torej postopati v takih zadevah, če stečajna sodišča kljub temu, da bi pogodba o prodaji poslovnega deleža morala biti v notarski obliki, izdajo sklepe o izročitvi na podlagi pogodb, ki niso v notarski obliki?

Odgovor:

Za pravno veljavni prenos poslovnega deleža v d. o. o. je res potrebna sestava pogodbe o prodaji v notarskem zapisu. Posledica pomanjkanja zahtevane obličnosti je ničnost tako sestavljene pogodbe. Družba, ki je v stečajnem postopku, ima lahko tudi premoženje v obliki poslovnega deleža v drugi družbi. Ta se prodaja v sodnem stečajnem postopku. Stečajno sodišče je, kot izhaja iz vprašanja, izdalo v skladu z drugim odstavkom 342. člena ZFPPIPP sklep o izročitvi poslovnega deleža kupcu, s katerim je smiselno odločilo, da so izpolnjeni pogoji za vpis spremembe poslovnega deleža v korist kupca poslovnega deleža. To je zadnji sklep v stečajnem postopku, s katerim stečajno sodišče po pravnomočnosti sklepa o soglasju k sklenitvi prodajne pogodbe in po plačilu kupnine odloči o izročitvi poslovnega deleža kupcu.

V teoriji je nesporno, da pomeni sklep o izročitvi nepremičnine v izvršilnem postopku sodno odločbo, na podlagi katere se pridobi lastninska pravica originarno, tj. z njegovo pravnomočnostjo.²⁸

Vpis v zemljiško knjigo je le deklaratorne narave. Pomemben je zaradi publicitetnih učinkov pridobitev lastninske pravice za kupca (dražitelja) nepremičnine. Ključno je torej, da pridobi kupec lastninsko pravico s pravnomočnostjo sklepa o izročitvi nepremičnine.

Zaradi prej omenjene določbe ZFPPIPP bi lahko za sklep o izročitvi nepremičnine kupcu v stečajnem postopku sklepali enako, torej da s pravnomočnostjo sklepa kupec pridobi lastninsko pravico. Sklep pa je tako kakor v izvršilnem postopku podlaga za vknjižbo pridobitve lastninske pravice.

Sodišče ni samo ugotovilo, da so izpolnjeni pogoji za prehod lastninske pravice, temveč je tako odločilo. Torej je izdalo oblikovalno sodno odločbo, s katero po njeni pravnomočnosti kupec pridobi lastninsko pravico na nepremičnini. Upoštevati je namreč treba, da velja za prodajo nepremičnine posebna dodatna določba o izdaji sklepa o izročitvi. Če pri tem upoštevamo še naslov 342. člena ZFPPIPP „prenos lastninske ali druge premoženjske pravice na kupca in varstvo kupca,“ bi bil sklep težko drugačen. Iz tega izhaja, da je izdaja sklepa o izročitvi nepremičnine ključna v celotnem postopku prodaje nepremičnine.

Zemljiškoknjižno sodišče na podlagi obvestila izvršilnega (stečajnega) sodišča o pravnomočnosti sklepa o izročitvi nepremičnine kupcu, ki mu je priložen navedeni sklep, po uradni dolžnosti odloči o vknjižbi lastninske pravice v korist kupca (prvi odstavek 89. člena Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1)).²⁹ Navedena določba se

²⁸ Več glej: Šlamberger, nav. delo, str. 12–13.

²⁹ Uradni list RS, št. 58/03, 45/08, 37/08 – ZST-1, 28/09, 25/11, 14/15 – ZUUJFO, 23/17 – ZDOdv, 69/17 in 11/18 – ZIZ-L.

uporablja v stečajnem postopku na podlagi tretjega odstavka 342. člena ZFPPIPP. Najprej je treba odgovoriti na vprašanje, ali se smiselno uporabljajo za prodajo poslovnega deleža v stečajnem postopku vse določbe, ki veljajo za prodajo nepremičnine. Zaradi potrebe po čim večji usklajenosti insolvenčne zakonodaje z izvršilno,³⁰ ker je stečaj generalna izvršba, menim, da je odgovor lahko pritrdilen. Če je tako, je v registrskem postopku pri odločanju o vpisu spremembe družbenika in prenosa poslovnega deleža materialnopravni preizkus omejen le na sklep o izročitvi poslovnega deleža kupcu, ki ga je izdalo stečajno sodišče.

Pri tem se zastavlja vprašanje, ali je bila v stečajnem postopku opravljena kontrola glede omejitev pridobitve poslovnih deležev, ki jo opravi notar po tretjem odstavku 481. člena ZGD-1. Če notar ugotovi, da obstajajo razlogi za omejitev pridobitve poslovnega deleža iz 1. do 3. točke prvega odstavka 10. a člena ZGD-1, odkloni sestavo notarskega zapisa pogodbe o odsvojitvi poslovnega deleža. Kolikor vem, stečajno sodišče te kontrole ne opravi.

3.2 Pridobitev poslovnega deleža na podlagi pravnomočne sodne odločbe (skupno premoženje zakoncev)

V tem primeru gre za izjemo (četrty odstavek 483. člena ZGD-1) in se poslovni delež lahko deli, torej ne gre za skupni poslovni delež. Ali se lahko deli tak delež v enoosebni družbi? Za sprejem družbene pogodbe je potrebno soglasje obeh družbenikov, ki ga stranki, ki sta nekdanja zakonca, ne dosežeta. Kakšna je rešitev?

Odgovor:

Iz vprašanja sklepam, da je šlo za primer, da sta se zakonca v postopku razveze zakonske zveze ali po posebnem dogovoru o razdelitvi skupnega premoženja dogovorila o razdelitvi poslovnega deleža v enoosebni družbi, imetnik katerega je bil pred razvezo zakonske zveze eden izmed zakoncev.

V sodni praksi je bilo zavzeto naslednje stališče:³¹

„Ob stiku dveh pravnih področij, to je obveznega urejanja medsebojnih razmerij zakoncev po ZZZDR in družbenikov v družbi z omejeno odgovornostjo, je za pravilno materialno pravno presojo treba uporabiti tudi materialnopravne določbe ZGD-1. Za pravno veljavno pridobitev poslovnega deleža v družbi torej ne zadošča le presoja pravnih razmerij med zakoncema, ampak je treba opraviti tudi materialnopravno presojo pravilnosti prenosa poslovnega deleža v skladu z določbami ZGD-1.

Primer pridobitve poslovnega deleža z razdelitvijo skupnega premoženja zakoncev v ZGD-1, ni urejen. Položaj zakoncev ob delitvi skupnega premoženja je lahko primerljiv s položajem dediča pri dedovanju poslovnega deleža. Problem namreč nastane tedaj, ko so v družbi še ostali družbeniki, ki ne soglašajo z delitvijo poslovnih deležev zato, ker so se tako dogovorili v družbeni pogodbi.“

³⁰ Četrty odstavek 165. člena ZIZ določa, da se za prodajo deleža smiselno uporabljajo določbe tega zakona o izvršbi na nepremičnine.

³¹ Sklep VSL IV Cpg 111/2015 z dne 28. 1. 2015.

Ker gre za skupno premoženje zakoncev, ki si ta delež razdelita, je pravno stanje primerljivo s stanjem, ko si zakonca razdelita poslovni delež v večosebni družbi.

Če stranki, ki sta nekdanja zakonca, ne dosežeta soglasja o sklenitvi družbene pogodbe (pred delitvijo deležev je bila to enoosebna družba), je najbolje, da eden ali drugi svoj poslovni delež proda drugemu ali tretji osebi.

V nasprotnem primeru, ker gre za subjekt, ki je bil že ustanovljen in se spreminja iz enoosebne v večosebno družbo in sta se nekdanja zakonca pri delitvi skupnega premoženja dogovorila, da si poslovni delež razdelita, ter ker so izpolnjeni tudi vsi drugi pogoji po ZGD-1, bi teoretično lahko tožila eden drugega za sklenitev družbene pogodbe. Vendar slednje ne bi dobro vplivalo na njuno nadaljnje uspešno sodelovanje, ki je glede na to, da sta razvezana zakonca, vprašljivo.

3.3 (N) Obravnavali smo primer, ko je en družbenik odsvojil poslovni delež drugemu družbeniku. Za tem je nov družbenik sprejel sklep o spremembi akta o ustanovitvi. Notarka je izdelala notarsko potrdilo akta o ustanovitvi, v katerem je potrdila, da se spremenjene določbe ujemajo s sklepom družbenika. Sodišče pa je odredilo, da moramo notarsko potrdilo popraviti tako, da bo zapisano, da se spremenjene odločbe ujemajo s sklepom in pogodbo o odsvojitvi deleža v skladu z 42. členom uredbe.³² Ali menite, da je tak popravek potreben?

Odgovor:

Registrsko sodišče je ravnalo v skladu z 42. členom uredbe. Vsebina te določbe je povzeta v opombi 32. Notar mora namreč potrditi, da se spremenjene določbe o družbeni pogodbi ujemajo z odpravkom notarskega zapisa pogodbe o odsvojitvi celotnega ali dela poslovnega deleža, in ne pa da se spremenjene določbe akta o ustanovitvi ujemajo s sklepom družbenika o tej spremembi.

4 POVEČANJE OSNOVNEGA KAPITALA IZ SREDSTEV DRUŽBE

Po prvem odstavku 359. člena ZGD-1 se v osnovni kapital lahko preoblikujejo naslednje postavke lastnega kapitala in v naslednjem obsegu:

1. kapitalske rezerve iz 4., 5. in 6. točke prvega odstavka 64. člena tega zakona;

³² 42. člen uredbe določa: (1) Predlogu za vpise pri prenosu poslovnega deleža je treba priložiti tudi prečiščeno besedilo spremenjene družbene pogodbe, ki vključuje ustrezno spremenjene določbe o družbenikih ali njihovih poslovnih deležih, z notarjevim potrdilom, da se spremenjene določbe družbene pogodbe ujemajo: 1. pri odsvojitvi poslovnega deleža: z listino iz 1. in 3. (prav 2. točke, ker 3. točke v 43. členu uredbe, ni) točke prvega odstavka 43. člena te uredbe. 43. člen Uredbe pa določa: (1) Če se družbenik spremeni zaradi odsvojitve poslovnega deleža, je treba predlogu za vpis spremembe družbenika priložiti: 1. odpravek notarskega zapisa pogodbe o odsvojitvi celotnega ali dela poslovnega deleža, 2. če družbenik – pridobitelj novi poslovni delež združi s svojim sedanjim poslovnim deležem: izjavo družbenika o združitvi poslovnih deležev, če ta izjava ni vključena že v pogodbi o odsvojitvi celotnega ali dela poslovnega deleža.

2. kapitalske rezerve iz 1. do 3. točke prvega odstavka 64. člena tega zakona v znesku, v katerem te skupaj z zakonskimi rezervami presegajo delež osnovnega kapitala iz tretjega odstavka 64. člena tega zakona pred njegovim povečanjem;
3. statutarne rezerve, če statut določa, da jih je dovoljeno uporabiti za ta namen;
4. druge rezerve iz dobička;
5. preneseni dobiček;
6. revalorizacijske rezerve.

4.1 V 359. členu ZGD-1 ni postavke „dobiček poslovnega leta.“ Ali se lahko poveča osnovni kapital tudi pri postavki „dobiček poslovnega leta?“

4.2 Ali lahko družbeniki danes, 15. 5. 2018, povečajo osnovni kapital iz veljavne letne bilance stanja z dne 31. 12. 2017, in sicer iz sredstev, navedenih v postavki „dobiček poslovnega leta“, oziroma ali morajo pred sprejemom sklepa o povečanju osnovnega kapitala narediti vmesno bilanco in sredstva iz postavke „dobiček poslovnega leta“ prenesti v postavko „preneseni dobiček“ ter nato povečati osnovni kapital iz vmesne bilance?

4.3 Ali se lahko danes, 15. 5. 2018, poveča osnovni kapital iz vmesne bilance, in sicer iz postavke „dobiček poslovnega leta“, kar pomeni, da bi se osnovni kapital povečal iz dobička poslovnega leta 2018?

Odgovor:

K 4.1 Družba lahko pri povečanju osnovnega kapitala iz sredstev družbe uporabi postavke lastnega kapitala, torej med drugimi tudi druge rezerve iz dobička (4. točka prvega odstavka 359. člena ZGD-1) in iz prenesenega dobička (5. točka prvega odstavka 359. člena ZGD-1).

Rezerve iz dobička se lahko oblikujejo samo iz zneskov čistega dobička poslovnega leta in prenesenega dobička (drugi odstavek 64. člena ZGD-1).

Odgovor se glasi, da se lahko poveča osnovni kapital iz postavke rezerv iz čistega dobička poslovnega leta in prenesenega dobička.

K 4.2 Postavke lastnega kapitala, ki se preoblikujejo v osnovni kapital, morajo biti izkazane v zadnji letni bilanci stanja ali vmesni bilanci stanja. Vmesna bilanca stanja iz prejšnjega stavka mora biti sestavljena v skladu z določbami tega zakona o sestavi letne bilance stanja (drugi odstavek 359. člena ZGD-1). Sklep o povečanju osnovnega kapitala mora temeljiti na bilanci stanja iz drugega odstavka prejšnjega člena (to je drugega odstavka 359. člena ZGD-1), bilančni presečni dan katere je največ osem mesecev pred vložitvijo predloga za vpis povečanja osnovnega

kapitala v register in ki jo je pregledal revizor ter o njej dal mnenje brez pridržka (prvi odstavek 360. člena ZGD-1).

Odgovor se glasi, da je na dan 15. 5. 2018 ali do 31. 8. 2018, ko se izteče osem mesecev od bilančnega presečnega dneva, to je 31. 12. 2017, mogoče povečati osnovni kapital iz postavke čistega dobička poslovnega leta ali prenesenega dobička. V navedenem obdobju torej družbi ni treba izdelati vmesne bilance.

K 4.3 Če družba želi povečati osnovni kapital iz postavke čistega dobička (dela) poslovnega leta (2018) ali prenesenega dobička (iz prejšnjih let v 2018), mora po prvem odstavku 360. člena ZGD-1 izdelati vmesno bilanco (na primer na dan 31. 3. 2018), to je za obdobje pred iztekom osmih mesecev pred vložitvijo predloga 15. 5. 2018.

Prav možnost izdelave vmesne bilance družbi daje pravno podlago, da lahko poveča osnovni kapital tudi za dobičke, ki nastanejo med letom, če so izkazani v bilanci stanja. Navedena pravna podlaga družbam omogoča, da lahko odločajo o preoblikovanju v osnovni kapital kadarkoli med letom tudi po poteku osmih mesecev po koncu poslovnega leta pod pogojem, da sestavijo vmesno bilanco stanja in v njej prikažejo razpoložljive vire za preoblikovanje.³³

Odgovor se glasi, da je mogoče na podlagi izdelave vmesne bilance osnovni kapital v tekočem letu povečati tudi iz čistega dobička tekočega poslovnega leta.

5 ODVZEM ALI ODPOVED STATUSA SOCIALNEGA PODJETJA PO ZAKONU O SOCIALNEM PODJETNIŠTVU (ZSocP)³⁴

Ali se lahko pravna oseba samovoljno odpove statusu socialnega podjetja in sama predlaga vpis spremembe akta in s tem izbris podatkov, ki se nanašajo na oznake socialnega podjetja, torej še preden o tem obvesti pristojno ministrstvo oziroma ji to izda odločbo v skladu z 20. členom ZSocP?

Ali lahko pravna oseba s statusom socialnega podjetja preneha po skrajšanem postopku po ZFPPIPP (zaradi letnih poročil ali poslovnega naslova) ali po postopku redne likvidacije, če ji pristojno ministrstvo pred tem ni izdalo odločbe o prepovedi poslovanja kot socialno podjetje?

Odgovor:

Pridobitev statusa

Postopek registracije socialnega podjetja se začne z vlogo po 14. členu ZSocP.³⁵ Status socialnega podjetja nepridobitna pravna oseba pridobi z vpisom dostavka „socialno podjetje“ pri firmi ali imenu nepridobitne pravne osebe v register ali javno evidenco in lahko začne poslovati kot socialno podjetje po prvem odstavku 18. člena

³³ Več glej še: Kocbek, nav. delo, stran 497.

³⁴ Uradni list RS, št. 20/11, 90/14 – ZDU-11 in 13/18.

³⁵ Zakonodajalec bi lahko v skladu s prvim odstavkom 9. člena ZSReg nomotehnično dosledneje uporabil izraz „predlog“ namesto vloge.

ZSocP.³⁶ Registrski organ ali ministrstvo iz prejšnjega člena (kadar je za pridobitev pravne osebnosti nepridobitne pravne osebe ali njeno preoblikovanje v socialno podjetje in vpis v javno evidenco potrebno soglasje za to pristojnega ministrstva), mora en izvod akta nemudoma poslati pristojnemu ministrstvu zaradi vzpostavitve evidence o socialnih podjetjih in za izvajanje nadzora (17. člen ZSocP). Socialno podjetje dokazila o začetku opravljanja dejavnosti predloži pristojnemu ministrstvu v enem letu od pridobitve statusa. O zagotavljanju družbenih učinkov socialno podjetje poroča v skladu z uredbo iz drugega odstavka 5. člena tega zakona (prvi in drugi odstavek 19. člena ZSocP). Ministrstvo, pristojno za gospodarstvo in tehnologijo, opravlja pri socialnem podjetništvu vlogo kontrolnega in nadzornega organa.

Izguba statusa

Prepoved poslovanja in prenehanje statusa socialnega podjetja sta določena v 20. členu ZSocP. V prvem odstavku 20. člena ZSocP je določenih sedem razlogov, zaradi katerih lahko minister, pristojen za gospodarstvo (v nadaljnjem besedilu: pristojni minister), z odločbo odvzame status socialnega podjetja.

V drugem odstavku 20. člena ZSocP pa je določen položaj, ko socialnemu podjetju, ki se statusu pisno odpove, pristojni minister z odločbo odvzame status socialnega podjetja. V skladu s tretjim odstavkom 20. člena ZSocP pravnomočno odločbo o odvzemu statusa socialnega podjetja pristojni minister pošlje registrskemu organu, ki iz sodnega ali drugega registra oziroma javne evidence pri firmi ali imenu nepridobitne pravne osebe izbriše dostavek „socialno podjetje“ ter vpiše številko in datum pravnomočnosti odločbe.

V skladu s šestim odstavkom 20. člena ZSocP pa z dnem izbrisa iz tretjega odstavka tega člena nepridobitni pravni osebi status socialnega podjetja preneha. Iz povzetih določb ZSocP je mogoče sklepati, da je pridobitev statusa socialnega podjetja vezana na predlog, medtem ko registrsko sodišče odloči o prenehanju statusa socialnega podjetja šele potem, ko pristojno ministrstvo na podlagi pooblastila iz tretjega odstavka 20. člena ZSocP v zvezi z drugim odstavkom 9. člena ZSReg pravnomočno odločbo o odvzemu statusa socialnega podjetja pošlje registrskemu organu. Registrski postopek torej začne teči po drugem odstavku 9. člena ZSReg na zahtevo pristojnega ministrstva kot pristojnega organa na podlagi tretjega odstavka 20. člena ZSocP. Socialno podjetje preneha z izbrisom iz sodnega registra.

Ni izključeno, da socialno podjetje ne bi samo predlagalo izbrisa iz sodnega registra. Vendar bi morale socialno podjetje prej dobiti že omenjeno odločbo pristojnega ministrstva.

Vendar pa družba ohrani svojo osnovno pravno organizacijsko obliko (zavod, društvo, ustanova, gospodarska družba itd., 8. točka 2. člena ZSocP).

Na podlagi navedenih določb ZSocP o prenehanju statusa socialnega podjetja je mogoče sklepati, da teče postopek prenehanja socialnega podjetja po uradni

³⁶ Več glej: Vodičar, nav. delo, stran 88.

dolžnosti, kar pomeni, da je navedena odločba pristojnega ministrstva procesni pogoj za začetek postopka izbrisa dostavka „socialno podjetje“ iz sodnega registra. Po 5. točki prvega odstavka 20. člena ZSocP je razlog za odvzem statusa socialnega podjetja ta, če socialno podjetje v predpisanem roku dve zaporedni leti ne pošlje letnega poročila Agenciji Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve (v nadaljnjem besedilu: AJPES).

Načeloma postopek izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije za socialna podjetja ni izključen, ker v ZSocP ni določeno, da se socialno podjetje ne more izbrisati iz sodnega registra brez likvidacije (prvi odstavek 424. člen ZFPPIPP). Po 5. točki prvega odstavka 20. člena ZSocP je razlog za odvzem statusa socialnega podjetja ta, če socialno podjetje v predpisanem roku dve zaporedni leti ne pošlje letnega poročila Agenciji Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve. Omenjeni razlog je enak izbrisnemu razlogu iz 1. točke drugega odstavka 427. člena ZFPPIPP, kar pomeni, da registrsko sodišče na podlagi obvestila AJPES po prvem odstavku 428. člena ZFPPIPP začne postopek izbrisa socialnega podjetja iz sodnega registra brez likvidacije.

Glede likvidacije socialnega podjetja pa je treba upoštevati posebno določilo 28. člena ZSocP, ki v prvem odstavku navedenega člena določa: (1) Ne glede na določbe drugih zakonov se po zaključenem postopku likvidacije socialnega podjetja premoženje, ki je ostalo po poplačilu upnikov in vrnitvi morebitnih prostovoljnih in obveznih deležev, lahko prenese le na drugo socialno podjetje, drugo nepridobitno pravno osebo ali na občino. (2) Občina lahko premoženje iz prejšnjega odstavka porabi le za namene socialnega podjetništva.

Socialno podjetje bi lahko prenehalo po skrajšanem postopku, če bi bil tak način prenehanja v skladu z matičnimi zakoni, ki urejajo položaj posamezne organizacijske oblike. Vendar pa bi bilo treba glede preostanka premoženja tudi za postopek prenehanja po skrajšanem postopku uporabiti 28. člen ZSocP. Preostanek premoženja se namreč mora uporabiti le za namene socialnega podjetništva. Zato registrsko sodišče v postopku prenehanja socialnega podjetja po skrajšanem postopku ne bi smelo upoštevati predloga o delitvi premoženja po 426. členu ZGD-1.

6 10. a člen ZGD-1

Ali je glede na to, da je avgusta 2014 pristojnost z Inšpektorata Republike Slovenije za delo (IRSD) prešla na Finančno upravo Republike Slovenije, še treba opraviti poizvedbo v evidenci IRSD, kadar v skladu s 4. točko prvega odstavka 10. a člena ZGD-1 preverjamo, ali obstajajo omejitve za ustanovitelje in nove družbenike v postopkih vpisa v sodni register?

Vprašanje zastavljamo, ker v skladu s sedmim odstavkom 10. a člena ZGD-1 tovrstne omejitve prenehajo v treh letih od dneva pravnomočnosti odločbe oziroma sodbe.

Odgovor:

4. točka prvega odstavka 10. a člena ZGD-1 določa: Ustanovitelj, družbenik in podjetnik ne more postati oseba: ki ji je bila v zadnjih treh letih s pravnomočno

odločbo Inšpektorata Republike Slovenije za delo oziroma Finančne uprave Republike Slovenije najmanj dvakrat izrečena globa zaradi prekrška v zvezi s plačilom za delo oziroma prekrška v zvezi z zaposlovanjem na črno.

Sedmi odstavek 10. a člena ZGD-1 omejuje časovne učinke omejitve iz 4. točke prvega odstavka 10. a člena ZGD-1 tako, da določa: Omejitev iz 4. točke prvega odstavka tega člena preneha v treh letih od dneva pravnomočnosti odločbe oziroma sodbe, zaradi katere je nastopila omejitev iz 4. točke prvega odstavka tega člena. Od 18. avgusta 2014 je za nadzor pristojnih več nadzornih organov. Podlaga za opravljanje nadzora posameznih organov je določena v 18. členu Zakona o preprečevanju dela in zaposlovanja na črno (ZPDZC-1).³⁷ Vsak od organov, ki so navedeni v drugem odstavku 18. člena ZPDZC-1, v skladu s prvim odstavkom 18. člena ZPDZC-1, to so inšpektorati in drugi organi (v nadaljnjem besedilu: nadzorni organi) v okviru pooblastil, določenih s tem zakonom in posebnimi zakoni, nadzorujejo, odkrivajo, vodijo postopek in odločajo o prekršku.

Finančna uprava Republike Slovenije (v nadaljevanju FURS) je pristojna za nadzor in odkrivanje prekrškov ter vodenje in odločanje v prekrškovnem postopku zaradi dela na črno, omogočanja dela na črno s strani posameznikov, zaposlovanja na črno in nedovoljenega oglaševanja posameznikov. Tržni inšpektorat Republike Slovenije pa je pristojen za nadzor in odkrivanje prekrškov ter vodenje in odločanje v prekrškovnem postopku zaradi dela na črno, omogočanja dela na črno in nedovoljenega oglaševanja v delu, ki se nanaša na pravne osebe in samozaposlene osebe ter tuje pravne subjekte, ki so pravne osebe ali samozaposlene osebe. IRSD je pristojen le še za nadzor in odkrivanje prekrškov v zvezi z nedovoljenim oglaševanjem po drugi alineji prvega odstavka 6. člena v zvezi s tretjo alinejo prvega odstavka 18. člena ZPDZC-1, če delodajalec objavi potrebo po delavcu za delo, ki ni vezano na njegovo registrirano ali priglašeno dejavnost.

Odgovor na zastavljeno vprašanje je, da je treba glede na razmejitve pristojnosti posameznih nadzornih organov pri nadzoru dela in zaposlovanja na črno, opraviti poizvedbe tako pri tržnem inšpektoratu kot pri FURS. Ti nadzorni organi imajo tudi podatke o izrečenih odločbah o prekrških in o zadevah, ki so bile obravnavane pred sodiščem po vloženih zahtevah za sodno varstvo. Na podlagi teh podatkov je mogoče preveriti, ali so že potekla tri leta od pravnomočnosti odločbe, izdane v prekrškovnem postopku, ali sodbe v sodnem postopku o prekršku in je s tem prenehal razlog za omejitev ustanavljanja družb in podjetnikov ter pridobitve statusa družbenika po 10. a členu ZGD-1.

³⁷ Uradni list RS, št. 32/14, 47/15 – ZZSDT in 55/16.

7 VPLIV PREDLOGA ZA ZAČETEK STEČAJNEGA POSTOPKA NAD IZBRISANO DRUŽBO IZ SODNEGA REGISTRA

7.1 Insolvenčna pisarna nam pošilja predloge za začetek stečaja za že izbrisano družbo (ki je bila že pred leti izbrisana po ZFPPIPP ali skrajšanem postopku).

Menimo, da bi bilo dobro PRS/SRG povezati tudi z njihovimi programi, ki bi jim za že izbrisano družbo na podlagi matične številke, ki ne obstaja več, onemogočil začetek stečaja oziroma izdelavo sklepa.

Odgovor:

Pravna posledica izbrisnega postopka po 440. členu ZFPPIPP, 429. členu ZGD-1 (izbris družbe po končanem postopku prenehanja družbe po skrajšanem postopku) in 377. členu ZFPPIPP (na podlagi pravnomočnega sklepa o končanju stečajnega postopka), je izbris pravne osebe iz sodnega registra in njeno prenehanje (441. člen ZFPPIPP). To pomeni, da družba v pravnem pomenu ne obstaja več, ker je z izbrisom iz sodnega registra izgubila svojo pravno sposobnost.³⁸

V sodni register se vpiše sklep o začetku stečajnega postopka nad pravno osebo in smiselno enako v postopku osebnega stečaja (229. člen v zvezi z 242. členom ZFPPIPP), ne pa že predlog za začetek postopka. Ker družbe ni več, oseba, ki je vložila predlog za začetek stečajnega postopka, nima več pravnega interesa za to, da bi sodišče obravnavalo njen predlog. Zato bi ga že stečajno sodišče, ki lahko preveri javno objavljene podatke sodnega registra, moralo zavreči.

Izjema velja le tedaj, ko bi bilo najdeno premoženje izbrisane pravne osebe in bi bilo treba izpeljati postopek po 443. in 444. a členu ZFPPIPP. Če so pogoji izpolnjeni, stečajno sodišče izda sklep o začetku stečajnega postopka nad pozneje najdenim premoženjem (peti odstavek 443. člena ZFPPIPP). Vendar sklepa o začetku stečajnega postopka (sicer le še nad pozneje najdenim premoženjem, in ne nad subjektom vpisa) ne mogoče več vpisati v sodni register, ker je bil subjekt vpisa že izbrisan na podlagi katerega izmed prej omenjenih sklepov.

Nedvomno bi bilo treba povezati oba programa (INS in PRS/SRG), da bi se vsa pravna dejstva, ki jih stečajno sodišče ne more preveriti, lahko preverjala.

VIRI IN LITERATURA:

- Bratina, Borut. V: Veliki komentar zakona o gospodarskih družbah, 2., druga dopolnjena izdaja z novelami ZGD-1A do ZGD-1H, 2. knjiga, redaktor Kocbek, Marijan, Ljubljana, IUS Software GV Založba, 2014, str. 48.

³⁸ Pravno sposobnost družba pridobi z vpisom v sodni register (prvi odstavek 5. člena ZGD-1). Če jo je že izgubila, je ne more ponovno pridobiti brez predpisanega postopka.

- Horvat, Renata. Možni odgovori na vprašanja v zvezi z vpisi v sodni register, *Pravosodni bilten* 2017, letn. 38, št. 3, str. 185–198.
- Kocbek, Marijan. V: Veliki komentar zakona o gospodarskih družbah, 2., dopolnjena izdaja, 2. knjiga, urednik Kocbek, Marijan, Ljubljana, IUS Software GV Založba, 2014, str. 497.
- Podgoršek, Bojan. V: Obligacijski zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2004, posebni del, 3. knjiga, str. 545.
- Šlamberger, Miha. Sklep o izročitvi nepremičnine v stečajnem postopku. *Pravna praksa*, 2009, št. 5, str. 12–13.
- Vodičar, Ana. Veljavna ureditev socialnega podjetništva s poudarkom na delu registrskega organa. *Pravosodni bilten*, 2014, letn. 35, str. 87–97.
- Zima Jenull, Tadeja. Odločanje o materialnopravnih pogojih vpisov (izbrisov) v sodni register. *Pravosodni bilten*, 2017, letn. 38, št. 3, str. 211–223.
- Zupančič, Karel, Žnidaršič Skubic, Viktorija. Dedno pravo, Tretja, spremenjena in dopolnjena izdaja. Ljubljana: Uradni list, 2009.

POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH Z REGISTRŠKE ŠOLE 2018-3¹

dr. Katarina Vodopivec
višja sodnica
Služba za upravljanje projektov
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

I. STROKOVNA VPRAŠANJA

1 VPRAŠANJE:

(2)¹ BRIS

Kaj označimo kot podatek za izmenjavo BRIS:

- pri prenosu poslovnega deleža je priložen samo čistopis družbene pogodbe brez sklepa o spremembi
- izbris subjekta zaradi stečaja
- izbris subjekta zaradi likvidacije
- izbris subjekta zaradi prenehanja po skrajšanem postopku brez likvidacije
- Tuje podružnice (vpis v BRIS)

Odgovor: Aplikacija PRS-GD je bila v letu 2017 nadgrajena (dopolnjena) zaradi prenosa Direktive 2012/17/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. junija 2012 o spremembi Direktive Sveta 89/666/EGS ter direktiv 2005/56/ES in 2009/101/ES Evropskega parlamenta in Sveta glede povezovanja centralnih in trgovinskih registrov ter registrov družb, ki določa način objave ter obveznost izmenjave dokumentov in podatkov prek sistema BRIS.

Dopolnitve aplikacije:

1. Osnovni podatki o poslovnem subjektu v poslovnem registru Slovenije (v nadaljevanju: PRS) so razširjeni s podatkom EUID (ki se zabeleži v zbirko PRS). Podatek EUID se določi za gospodarske družbe, ki imajo naslednje pravnoorganizacijske oblike:
 - družba z omejeno odgovornostjo,
 - delniška družba,
 - komanditna delniška družba,
 - evropska delniška družba,
 - podružnica tujega podjetja.

1 Odgovori so bili pripravljeni kot gradivo za razpravo za udeležence Registrske šole. 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.

Gre za zaporedno številko vprašanja iz dokumenta „Zbirnik vprašanj_Registrska šola_2018“.

2. Vzpostavljena je preglednica BRIS PRS, v katero se bodo vpisovali dodatni podatki, potrebni za izmenjavo podatkov s sistemom BRIS.
3. Omogočen je vnos dodatnih podatkov pri čezmejni združitvi.
4. Omogočen je vnos dodatnih podatkov pri vpisu tuje podružnice.

Pri vpisu ustanovitve, sprememb ali izbrisa subjektov pravnoorganizacijskih oblik iz točke 1 so potrebni nekateri dodatni koraki, bodisi dodatna izbira vrste dokumenta bodisi vpis dodatnih podatkov. Dodatni koraki so potrebni samo pri pozitivni odločitvi o predlogu za vpis v sodni register – sklepu o dovolitvi vpisa/izbrisa. Pri posameznem vpisu podatkov pri zadevi aplikacija prikaže opozorilo o obvezni izbiri ali vpisu dodatnih podatkov. Nadaljevanje postopka je mogoče šele po ustrezni izbiri ali vpisu dodatnih podatkov.

Pri postopku prenosa poslovnega deleža gre za vpis spremembe. Aplikacija PRS-GD zahteva izpolnitev dodatnih podatkov za BRIS vedno, kadar so izpolnjeni naslednji pogoji:

- gre za obliko gospodarske družbe iz točke 1,
- vrsta predloga je 03 – vpis spremembe,
- **zadevi je priložen najmanj en vhodni dokument:**
 - a) akt o ustanovitvi / družbena pogodba / statut,
 - b) sklep o imenovanju / razrešitvi člana organa družbe,
 - c) zapisnik skupščine ali
 - d) drug sklep organa subjekta vpisa;
- **kot izhodni dokument** je izbrana vrsta dokumenta:
 - sklep o vpisu spremembe – vpis spremembe.
 - Aplikacija v statusu 507 (priprava osnutka sklepa – pozitivna odločitev) zahteva, da uporabnik obvezno izbere eno od naslednjih možnosti:
 - A) vrsta čezmejne združitve ali
 - B) se ne izmenja v BRIS ali
 - C) označitev sklepa za potrebe BRIS.
 - Pri postopku izbrisa aplikacija PRS-GD zahteva izpolnitev podatkov za BRIS vedno, kadar so izpolnjeni naslednji pogoji:
 - gre za obliko gospodarske družbe iz točke 1,
 - vrsta predloga je 06 – izbris subjekta,
 - **kot izhodni dokument** je izbrana vrsta dokumenta:
 - sklep o izbrisu – izbris subjekta.
 - Aplikacija v statusu 507 (priprava osnutka sklepa – pozitivna odločitev) zahteva, da uporabnik obvezno izbere eno od naslednjih možnosti prenehanja družbe:
 - redna likvidacija ali
 - prisilna likvidacija ali
 - drug postopek prenehanja.

Vpis tuje podružnice – sklep o ustanovitvi tuje podružnice

Država članica EU mora sistem BRIS obvestiti o vsakem vpisu nove podružnice tuje družbe v register države članice. Zato aplikacija PRS-GD zahteva vnos dodatnih podatkov o matični družbi (družbi ustanoviteljici). Uradno obvestilo, ki se pošlje v sistem BRIS, mora namreč v tem primeru vsebovati podatke o podružnici in matični družbi.

Aplikacija PRS-GD zato zahteva obvezen vnos podatkov, kadar so izpolnjeni naslednji pogoji:

- je vrsta predloga 02 – vpis ustanovitve tuje podružnice in
- je pravnoorganizacijska oblika družbe „tuja podružnica“.

Aplikacija PRS-GD zahteva obvezen vnos podatkov v statusu 502 (pozitivna odločitev). Aplikacija tudi omogoča, da sta hkrati odprta zavihek „Razni sklepi“ in nova vnosna maska za vpis dodatnih podatkov za potrebe BRIS. Uporabnik lahko podatke v novo vnosno masko kopira iz zavihka „Razni sklepi“. Vpis vseh podatkov (razen podatka EUID) v novi vmesni maski je obvezen.

Na spremenjenih vnosnih maskah (zaslonih vpisnika Srg) so na voljo samo nekateri dokumenti, in sicer tisti, ki so pomembni za sistem BRIS.

2 VPRAŠANJE:

(3) Izbris neaktualnih podatkov

Na izpisku iz sodnega/poslovnega registra so podatki „razno“, ki niso več aktualni. Ali ob odločanju o vpisu predlagane spremembe izdamo odredbo subjektu, da dopolni predlog tako, da predlaga izbris neaktualnih podatkov? Katerih? Nekateri notarji predlagajo tudi izbris zgodovine sprememb družbene pogodbe subjekta vpisa.

Odgovor: Ob odločanju o vpisu predlagane spremembe subjektu ni treba izdati odredbe, da dopolni predlog tako, da predlaga izbris neaktualnih podatkov. Če pa notar že sam predlaga tudi izbris zgodovine sprememb, naj bi hkrati predložil oziroma priložil tudi obrazložitev za predlagani izbris (neaktualnih) podatkov z dokazili, če so za konkretni izbris potrebna.

3 VPRAŠANJE:

(5) Subjekt vpisa je pri notarki X 1. 12. 2017 predlagal spremembo družbenika, zastopnika in akta o ustanovitvi. Predlogu je poleg drugih listin priložil pogodbo o prenosu poslovnega deleža z dne 11. 12. 2017, ki jo je v imenu edinega družbenika podpisal pooblaščenec.

Isti družbenik je pri notarki Y 3. 1. 2018 predlagal prekinitev postopka za vpis spremembe do pravnomočne rešitve pravnega postopka P, ki se vodi pri Okrajnem

sodišču v Kopru. Navedel je, da je kot edini družbenik in zastopnik subjekta vpisa 1. 12. 2017 pri notarki Y sklenil pogodbo o prodaji poslovnega deleža itd. Predlagane spremembe so bile vnesene v vlogo prek e-VEM št. xxxxxx, vendar je pozneje, 11. 12. 2017, vlogo prevzela notarka X, jo predružačila in jo poslala v reševanje sodišču.

Na podlagi teh dejstev je sodišče v zadevi Srg, ki jo je vložila notarka X, 22. 1. 2018 izdalo sklep o prekinitvi postopka do pravnomočne rešitve postopka P. Istega dne, ko je bil portal e-VEM prost, je edini družbenik subjekta vpisa pri notarki Y vložil predlog za vpis spremembe firme, skrajšane firme, družbenika, zastopnika in akta o ustanovitvi subjekta vpisa. Kako naj ravno registrsko sodišče?

Prva možnost: predlog z dne 22. 1. 2018 zavrne, ker še ni odločeno o predlogu, ki je bil prekinjen s sklepom.

Druga možnost: izda sklep o združitvi obeh zadev in tudi s tem prekine postopek do pravnomočne rešitve zadeve P.

Tretja možnost: ?

Odgovor: Vprašanje se nanaša na primere, ko prvo zadevo – predlog za vpis sprememb v sodni register, ki jo je oddal prvi notar, nadaljuje drug notar in spremeni vsebino predloga za vpis v sodni register. Gre za položaj, ko naj bi prvi predlagatelj vložil predlog za vpis sprememb, nato pa naj bi pozneje drugi predlagatelj prav tako vložil predlog za vpis sprememb. Drugi predlagatelj naj bi (prek druge notarke) uporabil nedokončano vlogo v e-VEM portalu, ki jo je vložil prvi predlagatelj (prek prve notarke), in jo spremenil.

Praviloma velja, da na vlogi lahko dela samo tisti, ki je za to pooblaščen, torej prvi notar. Gre za težavo, ki smo jo že zaznali, ko drug notar prevzame vlogo, ki jo je pripravil prvi notar. O problematiki je bila obveščena Notarska zbornica Slovenije. Pri reševanju registrskih zadev je treba upoštevati vrstni red, kajti sodišče mora zadeve obravnavati po vrstnem redu, kakor jih je prejelo, če posebne okoliščine ne zahtevajo drugače (drugi odstavek 13. člena Zakona o sodnem registru, v nadaljevanju: ZSReg).² Postopek vpisa prekinitve postopka se izvede z novo številko Srg (zadevo) in vpisom podatkov v polje »Razni teksti«.

4 VPRAŠANJE:

(6) Kdaj bo sistem VEM nadgrajen tako, da bo lahko predlog umaknil le predlagatelj oziroma njegov pooblaščenec (notar)? (To smo predlagali že leta 2012.) Če bi bilo tako, ne bi prišlo do zgoraj navedenega primera.

Odgovor: Res je, da do obravnavanega primera ne bi prišlo, če bi bil sistem e-VEM ustrezno nadgrajen. Problematika je uvrščena med naloge, ki bodo opravljene v sistemu e-VEM, vendar še niso določeno, kdaj.

2 Uradni list RS, št. 13/1994 in naslednji.

5 VPRAŠANJE:

(8) V sklepih o začetku stečajnega postopka registri zelo različno vpisujemo stečajnega upravitelja, zato menim, da bi bilo treba vpise poenotiti.

Prosim za jasen odgovor, kaj je pravilno:

- da jih vpisujemo kot fizične osebe z EMŠO kot identifikatorjem (kar je verjetno tudi najbolj pravilno, saj je stečajni upravitelj lahko le fizična oseba; kadar stečajni upravitelji ne opravljajo nalog in pristojnosti kot s. p. ali d. o. o., je to vsekakor edina pravilna izbira);
- da vpisujemo stečajnega upravitelja z matično številko pravnoorganizacijske oblike, prek katere upravitelj opravlja svoje naloge in pristojnosti kot s. p., d. o. o. ali odvetnik;
- ali je potrebno in pravilno vpisovati podatke o pravnoorganizacijski obliki, prek katere upravitelj opravlja svoje naloge in pristojnosti, pod „omejitve pri zastopnikih“ ali pod „razno“, če se upravitelj vpiše z EMŠO kot fizična oseba.

Odgovor: Upravitelj vodi posle insolventnega dolžnika v skladu s potrebami stečajnega postopka in ga zastopa pri dejanjih, opredeljenih v drugem odstavku 97. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (v nadaljevanju: ZFPPIPP).³ V stečajnem postopku nad pravno osebo zastopa stečajnega dolžnika, ker prenehajo pooblastila zastopnikov, prokuristov in drugih pooblaščenцев za zastopanje pravne osebe za vodenje njenih poslov (prvi odstavek 245. člena ZFPPIPP). Podobno se s stečajnim postopkom omeji poslovna sposobnost dolžnika, to je fizične osebe tako, da ne more več sklepati pogodb in opravljati drugih procesnih dejanj, predmet katerih je razpolaganje z njegovim premoženjem, ki spada v stečajno maso (1. točka prvega odstavka 386. člena ZFPPIPP).⁴

Pri osebah, pooblaščenih za zastopanje, se torej vpiše prenehanje pooblastil za zastopanje dolžnikovih zastopnikov iz prvega odstavka 245. člena ZFPPIPP. Z začetkom stečajnega postopka namreč vsa pooblastila za zastopanje preidejo na upravitelja. Zato se na podlagi 2. točke drugega odstavka 229. člena ZFPPIPP vpišejo identifikacijski podatki o upravitelju iz tretjega odstavka 110. člena tega zakona kot o novem zastopniku. Če upravitelj opravlja pristojnosti in naloge upravitelja prek pravnoorganizacijske oblike podjetnika, zasebnika ali gospodarske družbe, se vpišejo tudi ta okoliščina in podatki iz 5. točke tretjega odstavka 110. člena tega zakona. Ti podatki so: osebno ime, naslov stalnega prebivališča, datum rojstva, če upravitelj nima niti EMŠO niti davčne številke, sicer pa EMŠO, če je upravitelj vpisan v centralnem registru prebivalstva, ali davčna številka v drugih primerih. Če upravitelj opravlja pristojnosti in naloge upravitelja prek pravnoorganizacijske oblike podjetnika, zasebnika ali gospodarske družbe, se vpišejo tudi firma, sedež in poslovni naslov ter matična številka podjetja. Stečajno sodišče mora sodnemu

³ Uradni list RS, št. 49/07, 98/07, 13/08, 49/09 in 54/15.

⁴ Zima Jenull, Tadeja, Vpliv začetka stečajnega postopka na registrske vpise; prispevek je bil predstavljen v Registrski šoli 2017 od 22. do 24. maja 2017 v Portorožu v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju.

registru za vpis sporočiti vse navedene podatke. Iz prakse je znano, da povzroča probleme položaj, ko je upravitelj hkrati zakoniti zastopnik d. o. o., prek katere opravlja dejavnost vođenja insolvenčnih postopkov. V tem primeru se namreč kot njegov poslovni naslov vpiše naslov njegovega stalnega prebivališča iz centralnega registra prebivalstva (v nadaljevanju: CRP), ki ni nujno enak poslovnemu naslovu družbe z omejeno odgovornostjo. V rubriko „Razno“ se podatki o upravitelju, ki se sicer vpisujejo v skladu s 7. točko 4. člena ZSReg v posebno rubriko, ne smejo vpisovati. Slednje je namreč v nasprotju s 37. členom Uredbe o sodnem registru (v nadaljevanju: uredba)⁵, po katerem se v rubriko „Razno“ vpisujejo le podatki iz 8. do 12. točke prvega odstavka 4. člena ZSReg in drugi podatki, ki niso vključeni v noben podatkovni sklop iz 30. člena uredbe. Podatkovni sklop za vpis podatkov o zastopniku ne omogoča vpisa vseh podatkov tako, kot to določa ZFPPIPP, zato bo potrebna nadgradnja aplikacije v tem delu z dodatnimi polji. Problematika je že evidentirana med nalogami za naslednjo nadgradnjo sistema. Do nadgradnje pa se uporabljajo navodila, ki so objavljena na intranetni strani sodišč v rubriki „Elektronski vpisnik SRG“, Navodila register – ZFPPIPP (obvestila o postopkih zaradi insolventnosti nad pravno osebo in vpisi v sodni register) 1. del.

6 VPRAŠANJE:

(23) Sprememba firme tujega družbenika

Tuji družbenik je vložil predlog za vpis spremembe, in sicer le glede firme tujega družbenika. Predlogu je priložil ustrezno obrazložitev, delni izpisek iz tujega sodnega registra in čistopis družbene pogodbe, ki se je spremenil le v delu spremembe firme družbe družbenika. Tak vpis smo dovolili in vpisali spremembo. Ker pa je bil družbenik hkrati tudi družbenik v drugi družbi, kjer je prav tako predlagal vpis spremembe firme družbenika, je pristojno registrsko sodišče z odredbo zahtevalo, da se družbena pogodba odstrani, ker je nepotrebna. Katere listine bi bilo pri taki spremembi sploh treba predložiti?

Odgovor: Takšna sprememba je v bistvu uskladitev podatkov družbenika. AJ PES izvaja samodejne uskladitve (osveževanje) podatkov za pravne osebe z davčnim registrom na podlagi davčnih številk tedensko (ob nedeljah oziroma ponedeljkih). Usklajevanje podatkov s CRP pa se izvaja dnevno.

Če je predlagatelj priložil predlogu za vpis spremembe tudi družbeno pogodbo, je ni treba z odredbo predlagatelju odstraniti. Sodišče v takšnem primeru v sklepu v obrazložitvi navede, da gre samo za uskladitev podatkov glede firme tujega družbenika.⁶

⁵ Uradni list RS, št. 49/2007 in naslednji.

⁶ Več o tem glej Novak Krajšek, Darja. Sprememba družbene pogodbe. *Pravosodni bilten*, 2015, letnik 36, št. 2, str. 155–166.

7 VPRAŠANJE:

(35) Osnovni kapital v večosebni d. o. o. se poveča s stvarnim vložkom, ki ga vloži s. p. (samostojni podjetnik v PRS, vpisan z MŠ), predmet stvarnega vložka pa so osnovna sredstva tega s. p. Kako se taka oseba pravilno vpiše v PRS, z matično številko s. p. ali EMŠO fizične osebe?

Odgovor: Status podjetnika določa Zakon o gospodarskih družbah (v nadaljevanju: ZGD-1)⁷ v šestem odstavku 3. člena, in sicer, da je podjetnik po tem zakonu fizična oseba, ki na trgu samostojno opravlja pridobitno dejavnost v okviru organiziranega podjetja. Nadalje ZGD-1 določa pravila glede statusnega preoblikovanja podjetnika (od 667. do 673. člena). Pravila prenosa dela podjetja so določena v 673. a členu ZGD-1, ki napotuje na smiselno uporabo določb od 667. do 673. člena ZGD-1. Stvarni vložek je opredeljen v tretjem odstavku 475. člena ZGD-1, ki med drugim določa, da stvarni vložek lahko zagotovi podjetje ali del podjetja. Ob upoštevanju navedene pravne podlage se v postopku povečanja osnovnega kapitala v večosebni d. o. o. podjetnikov stvarni vložek (osnovna sredstva tega podjetnika) vpišejo v PRS z njegovo EMŠO.

8 VPRAŠANJE:

(37) V skladu s 47. členom Zakona o notariatu je premoženjska razmerja med zakonskimi oziroma zunajzakonskimi partnerji treba urejati v obliki notarskega zapisa. Prejeli smo predlog za ustanovitev večosebne d. o. o. in po ustanovitvi prejeli pritožbo, da sta ustanovitelja zunajzakonska partnerja.

Po zatrdjevanju predlagatelja listina (akt o ustanovitvi), ki je bila predložena predlogu za vpis ustanovitve, ni izpolnjevala potrebnih pogojev za njeno veljavnost. Kako točke za podporo poslovnim subjektom preverijo stranki in ali gre v tem primeru posledično za ničnost kapitalske družbe?

Odgovor: V dosednji sodni praksi ni podatka o primeru izpodbijanja vpisa zaradi ničnosti kapitalske družbe iz razloga, da sta ustanovitelja zakonska ali zunajzakonska partnerja. Gre za okoliščino, ki je točke za podporo poslovnim subjektom ne morejo ustrezno ugotavljati oziroma preverjati. Vendar pa imajo vse točke za podporo poslovnim subjektom ustrezna navodila za takšne primere. Tudi na strani predlagateljev je, da opozorijo na takšno okoliščino. Zahteva po obličnosti notarskega zapisa pravnih poslov med zakoncema in zunajzakonskima partnerjema je določena v 47. členu Zakona o notariatu (v nadaljevanju: ZN), ki ga morajo pri svojem poslovanju notarji upoštevati.⁸ Več o odločanju o materialnopravnih pogojih vpisov (izbrisov) v sodni register, med drugim zakoncev, je pregledno navedeno v prispevku višje sodnice Tadeje Zima Jenull.⁹

⁷ Uradni list RS, št. 42/2006 in naslednji

⁸ Uradni list RS, št. 13/1994 in naslednji.

⁹ Zima Jenull, Tadeja. Odločanje o materialnopravnih pogojih vpisov (izbrisov) v sodni register (zakoncev, družb v stečajnem postopku in postopku brez likvidacije, kapitala, organov vodenja, o preoblikovanju zasebnikov), *Pravosodni bilten*, 2015, št. 2, letnik 36, str. 167–184.

9 VPRAŠANJE:

(44) Predstavitev 45. a člena ZGD-1 (prej tiha družba – partnerska družba). Kakšna je vsebina besedila vpisa v rubriki „razno“?

Odgovor: V sodni praksi ne poznam takšnega primera. Iz gradiva o spremembah in dopolnitvah ZGD-1 (ZGD-1G) ni razvidno, kakšna naj bi bila vsebina pri prijavi vpisa premoženjskega vložka v register. Iz člena izhaja, da je v prijavi treba navesti ime in priimek oziroma firmo in matično številko osebe, ki je pridobila pravico do udeležbe na dobičku, ter firmo in matično številko družbe, v katero oseba vlaga premoženjski vložek. Prijavo vložki oseba, ki je po zakonu ali njenih aktih pooblaščen za zastopanje družbe, v katero takšna oseba vlaga premoženjski vložek (tretji odstavek 45. a člena ZGD-1). Podlaga za takšen vpis je predvidoma sklenjeni pravni posel. Takšen vpis bi bil deklaratorne narave (publicitetni učinek).

10 VPRAŠANJE:

(46) Določbe glede prenosljivosti imenskih vrednostnih papirjev so se v ZNVP-1 (8. člen) spremenile v primerjavi s prej veljavnim ZNVP (29., 30. in 31. člen). Ali to vpliva na izvajanje določbe drugega odstavka 27. člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register, ki določa: „Če se s sklepom o spremembi statuta nalagajo dodatne obveznosti, naknadno omejuje prenosljivost delnic ali združujejo delnice, je treba predlogu iz prejšnjega odstavka priložiti tudi soglasje vseh delničarjev, za katere tak sklep učinkuje“.

Ali je glede na četrti odstavek 8. člena veljavnega ZNVP-1 določa, da lahko izdajatelj prosto prenosljivo delnico zamenja za omejeno prenosljivo samo s soglasjem imetnika, razen če je imetniku v skladu z določbami zakona, ki ureja gospodarske družbe, ki urejajo statusna preoblikovanja, zagotovljeno ustrezno nadomestilo, treba priložiti soglasje delničarjev iz drugega odstavka 27. člena navedene uredbe tudi, če izdajatelj prenos že prej omejeno prenosljive delnice (le) še dodatno omeji? Namreč po prej veljavnem ZNVP je v skladu s prvim odstavkom 31. člena lahko po izdaji nematerializiranih imenskih vrednostnih papirjev izdajatelj omejil prenosljivost samo pod pogoji in na način, določenimi v drugem odstavku 236. člena in 237. oziroma 238. členu ZGD-1, in to samo tistih, imetniki katerih so tem soglašali. Ali se soglasje imetnika delnice iz četrtega odstavka 8. čl. ZNVP-1 nanaša tudi na tak primer, ko se omejeno prenosljive delnice še dodatno omejijo?

Odgovor: Vrednostni papirji so listine, ki vsebujejo določene (premoženjske) pravice, ki jih izdajatelj vrednostnih papirjev zagotovi imetniku teh listin. V sodobnem času so večino listin zamenjali vpisi v centralni register nematerializiranih vrednostnih papirjev, kjer je zapisano, kakšne pravice ima iz vrednostnega papirja oseba, ki je vpisana kot njen imetnik. Z digitalizacijo vrednostnih papirjev se je omogočilo lažje trgovanje z vrednostnimi papirji (npr. na borzi). Najpogostejše oblike vrednostnih papirjev so delnice (lastniški vrednostni papirji) in obveznice (dolžniški vrednostni papirji). Delnice poleg premoženjskih pravic v družbi (dividende) prinašajo tudi korporacijske pravice (glasovanje na skupščini delničarjev). Delnica je torej lastniški vrednostni papir, ki daje imetniku določene premoženjske pravice

(dividende), pravico glasovanja na skupščini delničarjev in pravico do ustreznega dela premoženja po likvidaciji ali stečaju izdajatelja.

Nematerializirani vrednostni papir nastane, ko se v centralnem registru prvič vpiše na račun imetnika, in obstaja, dokler se iz centralnega registra ne izbriše (drugi odstavek 4. člena Zakona o nematerializiranih vrednostnih papirjih, v nadaljevanju: ZNVP-1).¹⁰ Za imetnika nematerializiranega vrednostnega papirja se šteje oseba, v dobro računa katere je nematerializirani vrednostni papir vpisan v centralnem registru (5. člen ZNVT-1). Nematerializirani vrednostni papir se lahko glasi na ime ali na prinosnika (6. člen ZNVT-1). Nematerializirani vrednostni papir ima z zakonom določene bistvene sestavine, vpisane v centralni register, med drugim tudi sestavino (podatek), ali je vrednostni papir prosto ali omejeno prenosljiv in pri omejeni prenosljivosti tudi vsebino omejitve (peta alineja 7. člena ZNVP-1). Glede omejitve prenosljivosti pa ZNVP-1 določa, da izdajatelj lahko omeji prenosljivost nematerializiranega vrednostnega papirja, ki se glasi na ime, če to ni v nasprotju z zakonom, drugim aktom ali pogoji izdaje. Ne glede na prejšnji stavek lahko izdajatelj prosto prenosljivo delnico zamenja za omejeno prenosljivo samo s soglasjem imetnika, razen če je imetniku v skladu z določbami zakona, ki ureja gospodarske družbe, ki urejajo statusna preoblikovanja, zagotovljeno ustrezno nadomestilo (četrti odstavek 8. člena ZNVT-1). Navedena dikcija je enaka prej veljavnemu 31. členu ZNVP. Vsebinska 29. člena (omejitev prenosljivosti), 30. člena (izdajateljeva omejitev prenosljivosti) in 31. člena (omejitev prenosljivosti na podlagi soglasja imetnika) razveljavljenega ZNVP je urejena v ZGD-1 (drugi odstavek 236. člena, 237. in 238. člen).

ZGD-1 določa, da za prenos imenskih delnic, izdanih v nematerializirani obliki, velja poseben zakon (prvi odstavek 236. člena ZGD-1). To je ZNVP-1, ki med drugim določa postopek pridobitve in prenosa nematerializiranega vrednostnega papirja. V nadaljevanju pa ZGD-1 določa pravila omejitve prenosa imenskih delnic, in sicer, da statut lahko omeji prenosljivost imenskih delnic tako, da v skladu s tem zakonom določi, da je za prenos potrebno dovoljenje družbe (v nadaljnjem besedilu: dovoljenje za prenos delnic). O dovoljenju za prenos delnic odloča poslovodstvo družbe. Statut lahko določi, da o dovoljenju za prenos delnic odloča nadzorni svet družbe ali skupščina (drugi odstavek 236. člena ZGD-1). Omejitve prenosljivosti imenskih delnic pa so določene v 237. in 238. členu ZGD-1. ZNVP-1 vsebuje v četrtem odstavku 8. člena, ZGD-1 pa v navedenih členih tako imenovano "varovalko" za primere zamenjave prosto prenosljive delnice za omejeno prenosljivo, kar se lahko izvede samo s soglasjem imetnika, oziroma mora biti imetniku zagotovljeno ustrezno nadomestilo. Omejitve prenosljivosti pomenijo obseg pogojev, s katerimi se omejuje prenosljivost delnice. Statut ne sme določiti strožjih pogojev (omejitev) od tistih, določenih v ZGD-1 (sedmi odstavek 237. člena in četrti odstavek 239. člena ZGD-1).

Razveljavitev ZNVP ne vpliva na izvajanje določbe drugega odstavka 27. člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register (v nadaljevanju: uredba).¹¹ Predlogu za vpis spremembe statuta (na podlagi katerega se naknadno

¹⁰ Uradni list RS, št. 75/2015 in naslednji.

¹¹ Uradni list RS, št. 43/2007 in naslednji.

omejuje prenosljivost delnic), je treba priložiti tudi soglasje vseh delničarjev, za katere učinkuje sklep o takšni spremembi.

II. TEHNIČNA VPRAŠANJA

1 VPRAŠANJE:

Prek notarja prejmemo predlog za vpis spremembe družbenika in zastopnika. Notar družbenika in zastopnika (ista oseba) vpiše z davčno številko, iz priloženih listin iz FURS in IRSD je razvidno, da je podatke iz teh evidenc zahteval na podlagi DAVČNE ŠTEVILKE.

Za zastopnika družbe podatke v centralni kazenski evidenci (CKE) preverja sodišče in po oddani vlogi z DAVČNO ŠTEVILKO prejmemo „zahtevek za dopolnitev“ – oseba ima slovensko EMŠO – dopolnite zahtevek z njim. Zakaj notarji lahko vpogledajo v CKE na podlagi davčne številke, sodišča pa za isto osebo tega ne moremo (ob vloženem predlogu niti nimamo informacije, da oseba razpolaga z EMŠO)?

Odgovor: Aplikacija za vpogled v CKE ima enako vnosno masko za vse uporabnike in vključuje samo podatek o EMŠO kot vhodni ID-podatek. Davčna številka ni vhodni podatek.

2 VPRAŠANJE:

Sodišče v postopku digitalizacije listine prekrije osebne podatke, npr. EMŠO. Katera aplikacija oziroma katero orodje je predvideno za anonimizacijo podatkov in navajanje vira, ki je pravna podlaga za prekritje osebnih podatkov v listini?

Odgovor: Za anonimizacijo podatkov za zdaj ni posebne aplikacije, zato za prekrivanje osebnih podatkov veljajo dosedanja pravila. Pravna podlaga za prekrivanje osebnih podatkov v listini je določena v petem odstavku 48. c člena ZSReg. Gre za naslednje podatke, ki jih listina ne sme vsebovati:

- EMŠO družbenikov, zastopnikov in članov organa nadzora subjekta vpisa,
- osebnih podatkov posameznikov, ki niso družbeniki, zastopniki ali člani organov nadzora subjekta vpisa, ali
- osebnih podatkov družbenikov, zastopnikov ali članov organa nadzora subjekta vpisa, ki niso neposredno povezani z opravljanjem teh funkcij.

3 VPRAŠANJE (NOTARJI):

(7) Opozorili bi še na eno tehnično zadevo: ko je vloga v delu, lahko vsak referent e-Vem vstopa v vlogo v delu drugega referenta, to vlogo spreminja in jo tudi izbriše/umakne. Menimo, da bi bilo treba aplikacijo v tem delu nadgraditi, da vstop enega referenta v vlogo drugega referenta ne bi bil mogoč.

Odgovor: Za delo v aplikaciji e-VEM velja pravilo, da referent, ki je začel obravnavati določeno vlogo (predlog), to tudi konča. Vendar aplikacija omogoča vlogam „e-VEM referent“, da obravnavo predloga, ki jo je začel en referent, nadaljuje drug referent. Takšna možnost naj bi se uporabila v primeru, ko referent, ki je začel obravnavati predlog, dela ne more nadaljevati zaradi upravičenega razloga (na primer zaradi odsotnosti).

Sodišča so večkrat zaznala, da se prek aplikacije e-VEM vloži nepopoln predlog, ki se ne dopolni oziroma ni odstopljen sodišču niti v roku 15 dni. Po tem roku aplikacija neaktivno vlogo samodejno izbriše s seznama nerešenih vlog. Gre za nekakšno rezervacijo zadeve Srg, ki onemogoča oddajo drugega (naslednjega) predloga za vpis v sodni register. Praviloma naj bi bil predlog rešen oziroma oddan takoj, to je še isti dan.

POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH Z REGISTRSE ŠOLE 2018-4¹

Renata Horvat
višja sodnica svetnica
Višje sodišče v Ljubljani

1 ODSVOJITEV POSLOVNEGA DELEŽA (PRVI ODSTAVEK 482. ČLENA ZAKONA O GOSPODARSKIH DRUŽBAH – ZGD-1)².

O navedeni določbi smo govorili na Registrski šoli 2016 in 2017, vendar še vedno ni enotne prakse. Sprašujemo, ali je razlika v postopku odsvojitve poslovnega deleža pri enoosebni in večosebni družbi?

Odgovor:

Po določbi (z novelo ZGD-11, Uradni list št. 55/15, spremenjenega) prvega odstavka 482. člena ZGD- 1 se za pridobitelja poslovnega deleža šteje tisti, ki je vpisan v sodni register. S pridobitvijo poslovnega deleža njegov imetnik sicer postane imetnik korporacijskih upravičenj, ki jih poslovni delež zajema, vendar pa jih v razmerju do družbe lahko uresničuje šele po vpisu v register.³ Vpis v sodni register sicer ni pogoj za pridobitev poslovnega deleža, ampak ima le legitimacijski učinek v razmerju do družbe. Za uresničevanje korporacijskih upravičenj (pa tudi članskih dolžnosti) ni več dovolj, da pridobitelj poslovodji prijavi in dokaže pridobitev poslovnega deleža, kakor je veljalo po prejšnji ureditvi, ampak mora biti vpisan v register.⁴

Za sodni register je pomembno zlasti vprašanje nastopa učinka prenosa poslovnega deleža z vidika uresničevanja pravic družbenika v družbi. Za imetnika poslovnega deleža v razmerju do družbe se šteje tisti, ki je vpisan v register, ne glede na to, ali gre za enoosebno ali večosebno družbo. Praviloma novi imetnik poslovnega deleža šele z vpisom v register pridobi tudi pravico do upravljanja družbe (sprejemanja odločitev). Kako se navedeno pravilo odraža pri sprejemanju odločitev v enoosebni in kako v večosebni družbi, prikazujem v nadaljevanju.

Enoosebna družba:

V enoosebni družbi družbenik sprejema odločitve tako, da jih vpisuje v knjigo sklepov.

1 Odgovori so bili pripravljeni kot gradivo za razpravo udeležencev Registrske šole 2018 v Kranjski Gori in ponuja možne odgovore na vprašanja iz sodne prakse. Izoblikovana stališča so nezavezujoči pripomoček pri oblikovanju sodne prakse.

2 Uradni list RS št. 65/09, 33/11, 32/12, 57/12, 44/13, 82/13, 55/15, 15/17.

3 PODGORELEC, Peter. Novela Zakona o gospodarskih družbah – ZGD-11. *Pravosodni bilten*, 2016, št. 3, str. 148.

4 Prav tam, str. 148.

Na Registrski šoli 2016 je bilo v zvezi z vpisom sklepov, ki jih sprejme pridobitelj poslovnega deleža, še preden je vpisan v register, sprejeto naslednje stališče:

„Ob odsvojitvi poslovnega deleža v d. o. o. naj notar, ki sestavi notarski zapis pogodbe in izdela čistopis pogodbe o ustanovitvi družbe z omejeno odgovornostjo, v zakonskem roku predlaga vpis vstopa pridobitelja poslovnega deleža kot novega družbenika in vpis čistopisa družbene pogodbe.

Če v enoosebni d. o. o. edini družbenik odsvoji svoj poslovni delež pridobitelju poslovnega deleža, sodišče na predlog vpiše hkrati spremembo družbenika in vse spremembe na podlagi sklepov, ki jih je ob vstopu v družbo sprejel pridobitelj poslovnega deleža.“⁵

Večosebna družba:

Družbeniki v večosebni družbi sprejemajo sklepe na skupščini, ki jo skliče poslovodja družbe tako, da na skupščino povabi družbenike. Z novelo ZGD-11 je bila spremenjena tudi določba prvega odstavka 509. člena ZGD-11, po kateri se zdaj skupščina skliče s priporočenim pismom vsem družbenikom, ki so na dan sklica vpisani v register.⁶ Če torej pridobitelj poslovnega deleža na dan sklica skupščine še ni vpisan v register, niti ni vpisan na dan zasedanja skupščine, na tej skupščini praviloma ne more uresničevati upravljaljskih pravic. Če na dan sklica skupščine še ni vpisan v register, vpisan pa je na dan zasedanja skupščine, na tej skupščini lahko uresničuje upravljaljske pravice.

2 NADZORNI SVET SOCIALNEGA PODJETJA

Ali lahko ima socialno podjetje nadzorni svet oziroma ali se ta vpisuje v sodni register? Zdaj so vpisi v registrih zelo različni. Ponekod je vpisano, da ima d. o. o., zavod ali zadruga nadzorni svet in tudi vpisane nadzornike.⁷

Odgovor:

Akt o ustanovitvi oziroma temeljni akt socialnega podjetja mora v skladu z določbo drugega odstavka 12. člena Zakona o socialnem podjetništvu (ZSocP) določiti tudi nadzorni organ, ki nadzira poslovanje v skladu z določbami tega zakona, akta o ustanovitvi ali temeljnega in drugih aktov socialnega podjetja in poslovanja po načelih dobrega gospodarjenja, pravilnost finančnega in materialnega poslovanja in sestave letnega poročila, določiti pa mora tudi način izvolitve ali imenovanja članov nadzornega organa, mandatno dobo ter njegove pristojnosti, pooblastila in odgovornosti. Zakon torej določa, da socialno podjetje mora imeti nadzorni organ. Ne določa pa, da se ta vpiše v sodni register. Ker so pravnoorganizacijske oblike socialnega podjetja lahko različne (društvo, zavod, ustanova, družba z omejeno

5 MITROVIČ, Nada. Odločanje o vpisih v sodni register. Mogoči odgovori na vprašanja. *Pravosodni bilten* 2016, letnik 37, št. 3, str. 268.

6 Pred tem je bilo določeno, da se skupščina skliče s priporočenim pismom družbenikom, torej tistim, ki so poslovodji prijavili in dokazali pridobitev poslovnega deleža.

7 Odgovor na enako vprašanje je bil objavljen v *Pravosodnem biltenu* 2017, letnik 38, št. 3, str. 198.

odgovornostjo ali druga oblika gospodarske družbe, zadruga, evropska zadruga ali druga pravna oseba zasebnega prava, ki ni ustanovljena izključno z namenom pridobivanja dobička, ter premoženja ne deli, prav tako ne deli ustvarjenega presežka prihodkov nad odhodki)⁸, menim, da se nadzorni organ (nadzorni svet) socialnega podjetja vpiše v sodni register tedaj, kadar je za posamezno pravnoorganizacijsko obliko socialnega podjetja v zakonu, ki to obliko pravne osebe ureja (Zakonu o gospodarskih družbah, Zakonu o zavodih, Zakonu o ustanovah, Zakon o zadrugah), oziroma v Uredbi o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register (Uredba) določeno, da se nadzorni organ vpiše v sodni register.

3 PRODAJA POSLOVNEGA DELEŽA DRUŽBENIKA, KI JE V OSEBNEM STEČAJU

Pri prodaji poslovnega deleža družbenika, ki je v osebnem stečaju, nas zanima, ali mora biti pogodba o prodaji poslovnega deleža, ki jo sklene stečajni upravitelj z družbenikom kot stečajnim dolžnikom, napisana v obliki notarskega zapisa, ali je lahko veljavno sklenjena tudi v navadni pisni obliki (notarji prilagajo pri predlogu za vpis spremembe družbenika tako pogodbe v notarskem zapisu kot tudi pogodbe v navadni pisni obliki; iz določil ZGD-1 in Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register seveda izhaja obličnost v obliki notarskega zapisa).

Prav tako nas zanima, kateri je pravilno navedeni dan izstopa družbenika – dolžnika, ki prodaja poslovni delež v stečaju, na predlogu za vpis spremembe družbenika:

- ali je to datum pogodbe o prodaji poslovnega deleža,
- ali je to datum sklepa stečajnega sodišča o izročitvi poslovnega deleža kupcu,
- ali je to datum pravnomočnosti stečajnega sklepa?

Odgovor:

V skladu z določbo sedmega odstavka 334. člena ZFPPIPP mora upravitelj po uspešno opravljeni javni dražbi pripraviti besedilo pogodbe, ki ga podpišeta upravitelj in dražitelj, ki je na dražbi uspel, v prostorih stečajnega dolžnika, ob času, ki ga je določil upravitelj po koncu dražbe, vendar ne pozneje kot tri delovne dni po koncu dražbe, če se ne dogovorita za drugo mesto podpisa pogodbe. Po uspešno končanem postopku prodaje premoženja na podlagi javnega zbiranja ponudb pa mora upravitelj ponudniku, ki je uspel v tem postopku, hkrati z obvestilom o izidu poslati tudi besedilo pogodbe in ga pozvati, da mu podpisani izvod pogodbe vrne v treh delovnih dneh po prejemu (peti odstavek 335. člena ZFPPIPP).

Iz navedenih določb ne izhaja, da bi bilo pogodbo o prodaji poslovnega deleža treba skleniti v obliki notarskega zapisa. Pravilnost in zakonitost prodaje namreč zagotavlja stečajno sodišče. Zato bi stečajno sodišče tudi moralo opraviti kontrolo po tretjem odstavku 481. člena ZGD-1, po katerem sicer notar pred sestavo notarskega zapisa pogodbe o odsvojitvi poslovnega deleža preveri, ali so podani

8 8. točka 2. člena ZSocP.

razlogi za omejitev pri pridobitелju poslovnega deleža iz 1. do 3. točke prvega odstavka 10. a člena ZGD-1. Če notar ugotovi, da obstajajo razlogi za takšno omejitev, mora sestavo notarskega zapisa odkloniti.

Pogoj za učinkovanje prodajne pogodbe je tudi soglasje sodišča k sklenitvi prodajne pogodbe. Prodajna pogodba je namreč po določbi prvega odstavka 341. člena ZFPPIPP sklenjena pod odločnim pogojem, da bo sodišče k njej dalo soglasje, in pod razveznim pogojem, ki se uresniči, če sodišče zavrne soglasje. Če se pogoj izpolni, učinkuje pogodba od trenutka sklenitve, razen če iz zakona, narave posla ali volje strank ne izhaja kaj drugega (drugi odstavek 59. člena OZ).

ZFPPIPP ne vsebuje posebnih pravil o razpolagalnem poslu prenosa poslovnega deleža, kot na primer pri prodaji nepremičnin, kjer predvideva izdajo sklepa o izročitvi nepremičnine kupcu. Po določbi drugega odstavka 342. člena ZFPPIPP namreč sodišče v primeru, če je predmet prodajne pogodbe nepremičnina, po plačilu kupnine na predlog upravitelja izda sklep o izročitvi nepremičnine kupcu, s katerim odloči, da so izpolnjeni pogoji za vknjižbo lastninske pravice na kupca. Vendar ZFPPIPP v četrtem odstavku 339. člena določa, da stečajni dolжник kupcu ne sme izročiti lastniške posesti prodanega premoženja ali opraviti drugih pravnih dejanj za prenos lastninske pravice ali druge premoženjske pravice na kupca, dokler ta ne plača celotne kupnine. Izdano soglasje sodišča k sklenitvi prodajne pogodbe in v celoti plačana kupnina sta torej pogoja za prenos lastninske pravice na prodanem premoženju stečajnega dolžnika.

Iz sodne prakse izhaja, da stečajna sodišča tudi v primeru prodaje poslovnega deleža po plačilu kupnine izdajajo sklepe o izročitvi poslovnega deleža kupcu (očitno ob smiselni uporabi četrtega odstavka 165. člena ZIZ, po katerem se za prodajo deleža smiselno uporabljajo določbe ZIZ o izvršbi na nepremičnine), v katerih ugotovijo, da je kupnina plačana in da so torej izpolnjeni pogoji za prenos lastninske pravice na kupca. Ker iz določbe četrtega odstavka 339. člena ZFPPIPP izhaja, da do prenosa lastninske pravice lahko pride šele po plačilu kupnine, menim, da je kot dan izstopa treba navesti datum pravnomočnega sklepa o izročitvi poslovnega deleža kupcu.

4 FIRMA – NAČELO IZKLJUČNOSTI

Ali je dopustno, da družbenik ustanovi novo družbo z enakim fantazijskim delom firme in na istem poslovnem naslovu, kakor in kjer že ima registriran svoj s. p.?

Odgovor:

Na navedeno vprašanje je bilo že odgovorjeno na Registrski šoli 2017. Pri podanem odgovoru vztrajam in ga povzemam:

Prvi odstavek 23. člena ZGD-1, ki je veljal pred sprejetjem Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1I), je določal, da registrski organ zavrne predlog za vpis firme v register, ki je v nasprotju z določbami tega poglavja ali ki se ne razlikuje jasno od že registriranih firm v Republiki Sloveniji. Z novelo ZGD-1I pa je bil prvi odstavek navedenega člena spremenjen tako, da se

glasi: Registrski organ zavrne predlog za vpis firme v register, ki je v nasprotju z določbami tega poglavja ali ki se ne razlikuje jasno od že registriranih firm in drugih subjektov v Republiki Sloveniji. V obrazložitvi predloga ZGD-11 je bilo pojasnjeno, da: „se z dopolnitvijo prvega odstavka 23. člena predlaga, da se mora firma, ki je predlagana za vpis v register, jasno razlikovati tudi od imen drugih subjektov, na primer imen zavodov, društev, da do zdaj ZGD-1 tega ni urejal, zato se je lahko registrirala firma družbe, ki je bila enaka imenu zavoda ali društva, ter da bo registrski organ tako zavrnil predlog za vpis firme v register, če bo v nasprotju z določbami poglavja o firmi ali če se firma ne bo jasno razlikovala od že registriranih firm ali imen drugih subjektov v Republiki Sloveniji.“⁹

Določbe ZGD-1 o firmi (12. do 23. člen) se smiselno uporabljajo tudi za podjetnika (71. člen ZGD-1).¹⁰ Firma podjetnika vsebuje ime in priimek podjetnika, skrajšano oznako, da gre za samostojnega podjetnika (s. p.), oznako dejavnosti in morebitne dodatne sestavine. Podjetnik lahko uporablja tudi skrajšano firmo, ki vsebuje vsaj njegovo ime, priimek in oznako s. p. Dodatne sestavine firme podjetnika niso obvezne, so le dopustne. Zanje veljajo določbe 13., 17., 21. in 23. člena ZGD-1.

Kadar firma podjetnika vsebuje tudi dodatno sestavino – fantazijski dodatek, podjetnik – družbenik lahko ustanovi novo družbo z enakim fantazijskim delom firme in na istem poslovnem naslovu, kot že ima registriran svoj s. p., saj do zamenjave s firmo, katere vpis v sodni register predlaga, ne more priti, ker sta obvezni sestavini firme podjetnika tudi njegova ime in priimek.

5 VPIS ČLANOV SVETA JAVNE AGENCIJE V SODNI REGISTER

Ali se člani sveta javne agencije vpišejo v sodni register kot člani organa nadzora glede na določbe prvega odstavka 9. člena Zakona o javnih agencijah, da se v sodni register vpišejo vsi podatki, ki se vpišejo pri vseh subjektih vpisa po zakonu?

Odgovor:

Zakon o javnih agencijah (ZJA)¹¹ ureja javno agencijo kot statusno obliko osebe javnega prava, ki se ustanovi za opravljanje regulatornih, razvojnih ali strokovnih nalog v javnem interesu, če zanje z zakonom ni predvidena druga statusna oblika. Organa agencije sta svet javne agencije in direktor. Svet agencije zagotavlja delovanje agencije v javnem interesu. Ima zelo velike zakonodajne, poslovodske in nadzorstvene pristojnosti.¹² Svet:

- sprejema splošne akte agencije,
- sprejema program dela in finančni načrt ter letno poročilo ter druga poročila javne agencije,

9 Poročevalec Državnega zbora Republike Slovenije, EVA: 2014-2130-0012, št. 00726-5/2015/19 z dne 22. 4. 2015, str. 55.

10 Drugi odstavek 9. člena ZGD-1.

11 Uradni list RS, št. 52/2002, 51/2004-EZ-A, 33/2011 – ZEKom-C.

12 BOHINC, Rado. Korporativno upravljanje v javnem sektorju v Republiki Sloveniji. *Podjetje in delo 2016*, št. 6–7, str. 974.

- predlaga imenovanje in razrešitev direktorja javne agencije,
- daje direktorju javne agencije usmeritve in navodila za delo,
- odloča o drugih zadevah, za katere je tako določeno z zakonom ali ustanovitvenim aktom.

Svet lahko pregleduje poslovne knjige in poslovno dokumentacijo javne agencije. Sprejema poslovna poročila direktorja o opravljanju nalog v zvezi z zadevami iz svoje pristojnosti.

Ustanovitev javne agencije se vpiše v sodni register. V skladu z določbo prvega odstavka 9. člena ZJA se v sodni register vpišejo podatki, ki se vpisujejo pri vseh subjektih vpisa po zakonu. Zakon o sodnem registru (ZSReg)¹³ v 4. členu določa, kateri podatki se vpišejo v sodni register pri subjektih vpisa iz prvega odstavka 3. člena ZSReg, torej pri vseh subjektih vpisa. V tej določbi ni navedeno, da se v sodni register vpišejo podatki v zvezi s člani nadzornega sveta. Vpis članov nadzornega sveta v sodni register je v 5. členu ZSReg predviden za subjekte vpisa, ki so delniška družba, komanditna delniška družba ali družba z omejeno odgovornostjo, če ima družba nadzorni svet. Glede na navedeno menim, da se člani sveta javne agencije ne vpišejo v sodni register kot člani organa nadzora. Mora pa predlagatelj v skladu z drugim odstavkom 9. člena ZJA predlogu za vpis javne agencije v sodni register priložiti ustanovitveni akt in sklep o imenovanju prvih članov sveta javne agencije ter vršilca dolžnosti direktorja.

6 PRODAJA POSLOVNEGA DELEŽA V STEČAJNEM POSTOPKU

Stečajni upravitelj je s kupcem sklenil pogodbo o prodaji 100 % poslovnega deleža v d. o. o. Po izpolnjenih pogojih za prenos poslovnega deleža je sodišče izdalo tudi sklep o izročitvi nepremičnine (pravilno deleža) kupcu. Na podlagi tega sklepa je predlagatelj želel vpisati novega družbenika, vendar je sodni register zahteval sklep, opremljen s klavzulo o pravnomočnosti, čemur je predlagatelj nasprotoval zaradi javne objave procesnih dejanj v postopkih zaradi insolventnosti. Sodišče je vztrajalo pri predložitvi pravnomočnega sklepa, saj je register samostojna javna knjiga s svojo zbirko listin, ki morajo biti zakonsko popolne. Je bilo postopanje pravilno?

Odgovor:

Registrsko sodišče ugotovi zahtevku za vpis v sodni register, če ugotovi, da:

1. izhaja utemeljenost zahtevka za vpis iz listin, ki so priložene predlogu,
2. listine glede podatkov, ki se vpisujejo v sodni register, ustrezajo predpisani vsebini,
3. so bile listine izdane v predpisanem postopku,
4. so izpolnjene druge materialno pravne predpostavke, ki jih za vpis določa zakon (34. člen ZSReg).

¹³ Uradni list RS, št. 13/94, 31/2000 – ZP-L, 91/2005, 42/2006 – ZGD-1, 33/2007, 65/2008, 49/2009, 82/2013 – ZGD-1H, 17/201

V skladu z določbo prvega odstavka 28. člena ZSReg mora predlagatelj predlogu priložiti listine, na katerih temeljijo podatki, ki se vpisujejo v sodni register, ter druge listine, če zakon tako določa, v izvirniku oziroma overjenem prepisu.

Listina, ki je podlaga za vpis podatkov v sodni register, mora biti torej predlogu priložena, lahko tudi v elektronski obliki (18. do 21. člen Uredbe o sodnem registru), in se vloži oziroma vključi v informatizirano zbirko listin (44. člen ZSReg in 38. člen Uredbe o sodnem registru).

Predlagatelj mora predlogu za vpis spremembe družbenika zaradi odsvojitve oziroma pridobitve poslovnega deleža v stečajnem postopku priložiti tudi sklep o izročitvi poslovnega deleža kupcu, opremljen s klavzulo o pravnomočnosti. Čeprav je navedeni sklep javno objavljen, pa iz javne objave ne izhaja, da je ta postal pravnomočen.

7 USTANOVITEV ENOOSEBNE D. O. O. NA PODLAGI AKTA V NAVADNI PISNI OBLIKI

Na podlagi 51. člena Uredbe v zvezi s 474. členom ZGD-1 in 28. členom ZSReg mora biti akt o ustanovitvi opremljen z overjenim podpisom ustanovitelja, in sicer zato, ker mora biti potrjena istovetnost, da je ustanovitelj res podpisal ustanovitveni akt. Nekateri predlagatelji temu še vedno nasprotujejo.

Odgovor:

Če ustanavlja družbo samo ena oseba, sprejme ta oseba akt o ustanovitvi, za katerega ni potrebno, da je v obliki notarskega zapisa. Akt o ustanovitvi je lahko tudi na posebnem obrazcu v pisni ali elektronski obliki. Za podpis tega akta in prijavo v register se smiselno uporabljajo določbe prvega odstavka 474. člena ZGD-1 ter prvega in drugega odstavka 478. člena ZGD-1. Po prvem odstavku 474. člena ZGD-1 mora biti v tem primeru podpis družbenika overjen.

V skladu z določbo 27. člena ZSReg morajo biti v elektronski obliki vloženi vsi predlogi, ki se nanašajo na subjekt vpisa, organiziran kot delniška družba ali družba z omejeno odgovornostjo. Elektronski predlog je predlog za vpis v sodni register, ki se vloži v elektronski obliki v skladu s 27. členom ZSReg (1. točka 4. člena Uredbe o sodnem registru). Kako se vloži elektronski predlog za vpis, pa je določeno v 8. do 12. členu Uredbe o sodnem registru.

Predlog za vpis v sodni register, ki se vloži v elektronski obliki, mora v imenu predlagatelja vložiti:

- točka VEM, če je predmet predloga za vpis, ki se nanaša na subjekt vpisa, organiziran kot družba z omejeno odgovornostjo, vpis ustanovitve na podlagi družbene pogodbe, sklenjene na predpisanem obrazcu v skladu s prvim odstavkom 474. člena ZGD-1, ali akta o ustanovitvi na predpisanem obrazcu iz prvega odstavka 523. člena ZGD-1,
- notar, če ne gre za vpis ustanovitve na način iz prejšnje alineje.

Tudi listine, ki morajo biti priložene predlogu za vpis ustanovitve družbe z omejeno odgovornostjo, morajo biti vložene v elektronski obliki.

V skladu z določbo drugega odstavka 35. člena Uredbe je treba predlogu za vpis ustanovitve družbe z omejeno odgovornostjo priložiti, če je bila sklenjena na posebnem obrazcu iz prvega odstavka 474. člena ZGD-1 (torej ne v obliki notarskega zapisa), izvornik družbene pogodbe, na katerem so overjeni podpisi vseh družbenikov. Navedena določba se smiselno uporablja za vpise pri družbi z omejeno odgovornostjo z enim družbenikom (51. člen Uredbe).

Predlagatelj vpisa točki VEM sporoči podatke o vsebini predloga (iz 1. točke petega odstavka 27. člena ZSReg):

- pisno ali tako, da se osebno zgledi na točki VEM, ali
- pri predlogu za vpis enostavne družbe z omejeno odgovornostjo iz 2. točke prvega odstavka 8. člena Uredbe o sodnem registru lahko tudi elektronsko prek portala e-VEM tako, da podatke pošlje z uporabo ustrezne funkcionalnosti portala e-VEM in jih podpiše z varnim elektronskim podpisom, overjenim s kvalificiranim potrdilom.

Točki VEM mora predložiti tudi listine, ki jih je treba priložiti predlogu za vpis, razen listin, ki jih zanj sestavi točka VEM.

Iz navedenega izhaja, da mora biti podpis družbenika na aktu o ustanovitvi enoosebne družbe, kadar se vloga pisno, overjen.

8 ZAČASNI DIREKTOR, ZAČASNI ČLAN UPRAVE, VRŠILEC DOLŽNOSTI DIREKTORJA

Kakšna je razlika med pojmi začasni direktor, začasni član uprave in vršilec dolžnosti direktorja?

Ali določbe drugega odstavka 273. člena ZGD-1 uporabljamo tudi za družbe z omejeno odgovornostjo?

Odgovor:

Po določbi drugega odstavka 273. člena ZGD-1 lahko nadzorni svet največ za eno leto imenuje svojega člana za začasnega člana uprave, ki nadomešča manjkajočega ali zadržanega člana. V tem času ne sme delovati kot član nadzornega sveta. Ponovno imenovanje ali podaljšanje mandatne dobe je dopustno, če celotna mandatna doba s tem ni daljša od enega leta.

Izraz „manjkajoči“ pomeni, da ima uprava manj članov, kot je določeno v zakonu, statutu ali drugem aktu.¹⁴ Razlog za to je lahko neizvolitev potrebnega števila članov ali predčasno prenehanje mandata posameznim članom (odpoklic, odstop

¹⁴ Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, Ljubljana, GV Založba, 2014, 2. knjiga, str. 189.

ipd.). Zadržanost pa na primer lahko nastopi v primeru daljše bolezni posameznega člana uprave.

ZGD-1 torej ureja imenovanje začasnega člana uprave pri delniški družbi glede na to, da uprava vodi posle delniške družbe, jo zastopa in predstavlja (265. člen ZGD-1).

Posle v družbi z omejeno odgovornostjo pa vodi poslovodja, ki je tudi zastopnik te družbe in je pogosto poimenovan kot direktor, kot to predvideva že zakon (drugi odstavek 265. člena ZGD-1).

Družbeniki v d. o. o. imajo možnost, da oblikujejo tudi nadzorni svet, ki sicer ni obvezen organ za d. o. o. Če je v družbeni pogodbi določeno, da ima družba nadzorni svet, se zanj smiselno uporabljajo določbe o nadzornem svetu v delniški družbi, torej 273. do 284. člen ZGD-1, vendar le, če družbeniki teh vprašanj ne uredijo drugače v družbeni pogodbi (514. člen ZGD-1). Če torej družbena pogodba ne določa drugače, je v d. o. o. smiselno uporabljiva tudi določba drugega odstavka 273. člena ZGD-1.

Sicer pa je novela ZGD-1I uvedla možnost sodnega imenovanja začasnega poslovodje.¹⁵ Tako v skladu z drugim odstavkom 50. člena ZGD-1 sodišče lahko na predlog imenuje poslovodjo, če d. o. o. nima poslovodje zaradi njegove smrti, trajne ali dolgotrajne nezmožnosti za delo ali v drugih nujnih primerih. Predlog lahko vloži vsakdo, ki ima pravni interes. Sodno imenovani poslovodja je začasni poslovodja (direktor) družbe, ki ima enake pravice in dolžnosti kot poslovodja.¹⁶

V ZGD-1 ni izraza vršilec dolžnosti direktorja. Imenovanje vršilca dolžnosti pa je izrecno predvideno na primer v 34. členu Zakona o lekarniški dejavnosti, v 54. členu Zakona o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja in v 37. členu Zakona o zavodih. Gre prav tako za začasnega poslovodjo, ki je na to funkcijo imenovan le začasno.

Tako za začasnega člana uprave kot za začasnega direktorja in vršilca dolžnosti direktorja je torej značilno, da so imenovani na to mesto le začasno, vendar pa imajo enak položaj in enake pristojnosti kot člani uprave ali poslovodje. Zato se v sodni register vpišejo kot člani uprave oziroma kot poslovodja ali direktor. Kakšen je postopek njihovega imenovanja in za kakšno obdobje se imenujejo, pa je določeno v matičnih zakonih.

¹⁵ Imenovanje začasnega člana organa vodenja delniške družbe prek sodišča je urejeno v 256. členu ZGD-1.

¹⁶ Prav tam, str. 299.

9 USTANOVITEV ZASEBNE UNIVERZE IN NJENIH ČLANIC OZIROMA OE IN SPREMEMBA PRAVNOORGANIZACIJSKE OBLIKE FAKULTETE (ZAVODA) ZARADI VČLANITVE V UNIVERZO

Zakon o zavodih, ZVis (ustanovitev zasebne univerze in njenih članic oziroma OE in sprememba pravnoorganizacijske oblike fakultete (zavoda) zaradi včlanitve v univerzo. Ali gre za statusno preoblikovanje ali le za spremembo pravnoorganizacijske oblike, ki je posledica včlanitve fakultete (zavoda) v univerzo? Ali mora predlagatelj priložiti priloge ali se lahko le sklicuje, da je akreditacija zavoda kot članice univerze razvidna iz javne evidence akreditacij visokošolskih zavodov in dostopna na spletni strani nakvis.si?

Odgovor:

Zakon o visokem šolstvu (ZVis)¹⁷ ureja nekatera statusna vprašanja visokošolskih zavodov ter knjižnic in inštitutov ter drugih zavodov, dejavnost katerih je potrebna za uresničevanje visokošolske dejavnosti, če so ustanovljeni v okviru univerz in študentskih domov. Ureditev v ZVis je torej dodatna ureditev statusnih vprašanj v okviru ureditve statusa zavodov po ZZ in jo je treba šteti za *lex specialis*, ki v tem delu nadomešča določbe splošnega zakona, to je ZZ.¹⁸

ZVis v 2. členu določa, da so visokošolski zavodi univerze, fakultete, umetniške akademije in visoke strokovne šole. Univerza je avtonomni, znanstvenoraziskovalni, umetniški in izobraževalni visokošolski zavod s posebnim položajem. Univerza in samostojni visokošolski zavodi, ki jih ustanovi Republika Slovenija, delujejo po načelih avtonomije, ki obsega predvsem svobodo in samostojnost pri določanju organizacije in delovanja, urejanju akademskih vprašanj, ki se nanašajo na pedagoški in raziskovalni proces ter na sodelovanje z drugimi, ter pri upravljanju premoženja.¹⁹

Visokošolski zavod oziroma drug zavod – članico univerze in študentski dom lahko ustanovijo domače in tuje fizične in pravne osebe (9. člen ZVis). To pomeni, da imamo v Sloveniji poleg javnih lahko tudi zasebne visokošolske zavode kot osebe zasebnega prava. 11. člen ZVis namreč določa, da se fakultete in umetniške akademije, ki niso javni visokošolski zavodi, in visoke strokovne šole lahko ustanovijo kot samostojni visokošolski zavodi in so pravne osebe.

Pravna subjektiviteta univerze in članic

ZVis v prvem odstavku 10. člena določa, da je univerza pravna oseba. V okviru univerze se ustanovijo fakultete in umetniške akademije, lahko pa tudi visoke strokovne šole in drugi zavodi – članice univerze. Članice imajo pravice in obveznosti,

¹⁷ Uradni list RS, št. 67/1993, 13/1994, 39/1995 – odl. US, 18/1998 – odl. US, 35/98 – odl. US, 99/1999, 64/2001, 100/2003, 63/2004, 94/2006, 15/2008 – odl. US, 64/2008, 59/2007 – ZŠtip, 86/2009, 34/2011 – ZUPJS, 78/2011, 62/2010 – odl. US, 40/2011 – ZUPJS-A, 40/2012– ZUJF, 57/2012 – ZPCP-2D, 109/2012, 85/2014, 75/2016, 61/2017 – ZUPŠ, 65/2017.

¹⁸ BOHINC, Rado. Osebe javnega prava. Javni zavodi-javna podjetja-javne agencije-javni skladi, GV Založba, Ljubljana 2005, str. 338–339.

¹⁹ Prav tam, str. 339.

določene z ZVis, aktom o ustanovitvi univerze in s statutom univerze. Članice pri izvajanju nacionalnega programa visokega šolstva, za katerega zagotavlja sredstva Republika Slovenija, nastopajo v pravnem prometu s pooblastili, ki jih določata akt o ustanovitvi univerze in statut, v imenu in za račun univerze. V drugih primerih članice univerze nastopajo v pravnem prometu v svojem imenu in za svoj račun v skladu z aktom o ustanovitvi in statutom univerze. Članica univerze ima lahko bančni račun.

Zakon torej izrecno določa, da je univerza pravna oseba, glede statusa članic pa je nejasen. Iz določbe 9. člena ZVis izhaja, da fakultete in akademije, ki so javni visokošolski zavodi, ne morejo delovati kot samostojni visokošolski zavodi in biti pravne osebe. Po drugi strani pa imajo kot deli pravne osebe (univerze) določene pravice in obveznosti ter nastopajo v pravnem prometu v svojem imenu in za svoj račun (kadar ne izvajajo nacionalnega programa visokega šolstva) v skladu z aktom o ustanovitvi in statutom univerze. V tem primeru imajo članice omejeno pravno sposobnost, to je sposobnost biti nosilec pravic in obveznosti, ki jih nanje prenese univerza.²⁰ Takšna opredelitev pravne subjektivitete članic je po pravni teoriji sporna, saj gre za neke vrste deljeno pravno subjektiviteto oziroma univerzo kot sestavljeno pravno osebo.²¹

Statut Univerze v Ljubljani (Uradni list RS, št. 4/2017) na primer v 10. členu določa, da je članica univerze pravna oseba, pravna sposobnost katere je omejena, ko izvaja dejavnost v okviru nacionalnega programa visokega šolstva in nacionalnega razvojnega in raziskovalnega programa, za katerega zagotavlja sredstva Republika Slovenija, oziroma so sredstva pridobljena iz evropskih in drugih mednarodnih sodelovanj ter projektov, financiranih iz javnih sredstev.²² Na podlagi pooblastila univerze nastopa članica pri izvajanju teh dejavnosti v pravnem prometu v imenu in za račun univerze. V vsa pravna razmerja v zvezi s to dejavnostjo vstopa univerza.

Status Univerze na Primorskem pa v 24. členu določa, da univerza nastopa v pravnem prometu v svojem imenu in za svoj račun. Članice pa lahko v skladu z ZVis in Odlokom o ustanovitvi Univerze na Primorskem samostojno v svojem imenu in za svoj račun na študijskih in raziskovalnih področjih opravljajo izobraževalno, raziskovalno, strokovno, razvojno, svetovalno in umetniško dejavnost ter druge s tem povezane dejavnosti, kadar pri tem ne gre za izvajanje nacionalnega programa visokega šolstva ter nacionalnega raziskovalnega in razvojnega programa.

Pridružene članice univerze

V skladu z določbo 12. člena ZVis se v univerzo lahko vključijo kot pridružene članice – samostojni visokošolski in drugi zavodi. Pogoji za vključitev ter pravice in obveznosti pridruženih članic se uredijo s statutom univerze. Vstop nove

20 ABRAHAMSBURG, Niko. Uprava, letnik III, 2/2005, str. 27.

21 BOHINC, Rado. Prav tam, str. 340.

22 Pred tem je bilo v 30. členu statuta Univerze v Ljubljani določeno, da je članica univerze zavod brez pravne subjektivitete, ko v imenu in za račun univerze izvaja dejavnost v okviru nacionalnega programa visokega šolstva ter nacionalnega razvojnega in raziskovalnega programa, za katerega zagotavlja sredstva Republika Slovenija, ter da pri izvajanju nacionalnega programa visokega šolstva ter nacionalnega raziskovalnega in razvojnega programa nastopa članica v imenu in za račun univerze.

članice v univerzo je oblika statusnega preoblikovanja ob upoštevanju posebnosti organizacije in delovanja visokošolskih zavodov, saj gre za vključitev ene pravne osebe v drugo, pri čemer pridružena članica ne preneha obstajati, omeji pa se njena pravna sposobnost.

Statut Univerze v Ljubljani v 12. členu določa, da se univerza preoblikuje:

- z ustanovitvijo nove članice ali
- z ustanovitvijo dislocirane enote ali
- z vstopom nove članice v univerzo ali
- s prenehanjem obstoja članice.

V 20. členu (ki sicer ni umeščen v podpoglavje 3.1.1, ki ureja preoblikovanje univerze, temveč v posebno podpoglavje 3.3, ki ureja vprašanja v zvezi s pridruženimi članicami; poglavje 3 vsebuje statusne določbe) je določeno, da se v univerzo lahko kot pridružene članice vključijo samostojni visokošolski in raziskovalni zavodi ter druge pravne osebe, ki dopolnjujejo dejavnost univerze in povečujejo njen ugled. Pravna oseba, ki želi postati pridružena članica univerze, mora biti finančno samostojna in neodvisna ter mora imeti prostore in opremo za izvajanje svoje dejavnosti. Sklep o pridruženem članstvu sprejme senat univerze z dvotretjinsko večino vseh članov. Pridružena članica uporablja ime Univerza v Ljubljani v skladu s pogodbo o pridruženem članstvu.

Ustanovitev zasebne univerze in njenih članic oziroma OE

Pogoji za ustanovitev visokošolskega zavoda so opredeljeni v 14. členu ZVis. Ti veljajo tudi za ustanovitev zasebne univerze. Visokošolski zavod se tako lahko ustanovi, če:

- so opredeljena študijska področja in znanstvenoraziskovalne oziroma umetniške discipline, za katere se visokošolski zavod ustanavlja;
- so predloženi predlogi študijskih programov, ki jih bo visokošolski zavod izvajal;
- so zagotovljeni ustrezni prostori, tehnično-tehnološka in druga potrebna oprema za izvedbo študijskih programov;
- so študentom in zaposlenim zagotovljene storitve knjižnice visokošolskega zavoda;
- so zagotovljeni visokošolski učitelji, znanstveni delavci, visokošolski sodelavci in drugi strokovni sodelavci, potrebni za izvedbo študijskega programa;
- ima predložen program strokovnega oziroma raziskovalnega dela in poročilo o temeljnem ali aplikativnem znanstveno-raziskovalnem oziroma umetniškem delu predvidenih nosilcev in izvajalcev predmetov v zadnjih petih letih na področjih, za katera se visokošolski zavod ustanavlja, in v katerih so predlogi študijskih programov.

Za ustanovitev univerze morajo biti akreditirani študijski programi na vseh treh stopnjah za vsaj štiri znanstvenoraziskovalne discipline po klasifikacijski ravni KLASIUS. Za ustanovitev samostojnega visokošolskega zavoda – fakultete ali umetniške akademije morajo biti izpolnjeni pogoji za izvajanje študijskih programov najmanj za dve stopnji, za samostojni visokošolski zavod – visoko strokovno šolo pa najmanj za prvo stopnjo.

Pred sprejemom akta o ustanovitvi mora ustanovitelj pri Nacionalni agenciji Republike Slovenije za kakovost v visokem šolstvu (agencija; NAKVIS) pridobiti odločbo o akreditaciji visokošolskega zavoda (14. člen ZVis). Ker je odločba o akreditaciji pogoj za ustanovitev visokošolskega zavoda, mora predlagatelj predlogu za vpis zavoda priložiti to odločbo. Prav tako mora predlagatelj predložiti odločbo agencije tudi v primeru sprememb zavoda, torej ob vključitvi pridružene članice.

Svet NAKVIS je na 116. seji dne 19. julija 2017 sprejel Merila za akreditacijo in zunanjo evalvacijo visokošolskih zavodov in študijskih programov, po katerih agencija presoja izpolnjevanje pogojev za akreditacijo visokošolskih zavodov in študijskih programov. V pristojnosti agencije so:

- prva akreditacija visokošolskega zavoda,
- akreditacija študijskega programa,
- podaljšanje akreditacije visokošolskega zavoda,
- akreditacija sprememb visokošolskega zavoda.

Visokošolski zavod lahko začne opravljati dejavnost, ko je akreditiran in vpisan v sodni register (16. člen ZVis). Visokošolski zavod, ki ne izvaja študijskih programov z javno veljavnostjo, lahko začne z delom, ko v skladu s svojim statutom sprejme študijski program in izpolni pogoje glede tehnične opremljenosti, varstva pri delu in druge predpisane pogoje. Z imenom univerza, fakulteta, umetniška akademija in visoka strokovna šola pa smejo v pravnem prometu poslovati le visokošolski zavodi, ki so ustanovljeni v skladu s tem zakonom in izpolnjujejo pogoje za opravljanje visokošolske dejavnosti iz 16. oziroma 17. člena tega zakona.

Financiranje visokošolskih zavodov:

Visokošolski zavodi pridobivajo sredstva od ustanovitelja, iz proračuna RS, proračuna Evropske unije, s šolninami in drugimi prispevki za študij, s plačili za storitve, donacijami, dediščinami in darili ter iz drugih virov (72. člen ZVis). Republika Slovenija zasebnim visokošolskim zavodom za koncesionirane študijske programe dodeljuje sredstva za študijsko dejavnost rednega študija za prvo in drugo stopnjo.

Organizacijske enote članic

Članice imajo lahko organizacijske enote, kot na primer oddelke, katedre, inštitute, centre, knjižnice. Te nimajo pravne subjektivitete in se ne vpisujejo v sodni register.

10 VPRAŠANJE NOTARJEV

Kljub 482. členu ZGD-1 je ustaljena praksa vseh sodišč, da je mogoče z istim predlogom predlagati spremembo družbenika tako, da se vpiše nov družbenik družbe, ter tudi vse spremembe (firme, sedeža, zastopnikov), ki jih je sprejel ta novi družbenik, ki pa kot tak še ni vpisan v registru. Samo eno okrožno sodišče zahteva, da mora biti najprej predlagan vpis novega družbenika, šele po vpisu družbenika v register pa lahko sprejme nov družbenik sklepe in vloži nov predlog. Ali ne bi bilo mogoče prakso sodišč povsem poenotiti?

Odgovor:

Registrske šole so med drugim namenjene usklajevanju stališč registrskih sodišč v zvezi s posameznimi strokovnimi vprašanji, ki se nanašajo na vpise v sodni register. Na šolah sprejeta stališča niso obvezujoča. Menim pa, da bi bilo zaradi poenotenja sodne prakse glede na značilnosti vpisov v sodni register priporočljivo, da bi registrska sodišča v šoli sprejeta stališča upoštevala.

PREGLED POMEMBNEJŠIH ODLOČB S PODROČJA SODNEGA REGISTRA V ZADNJEM LETU

Ana Planovšek
strokovna sodelavka
Višje sodišče v Ljubljani

Namen prispevka, sicer pripravljenega za Registrsko šolo 25. maja 2018 v Kranjski Gori, je predstaviti pomembnejše odločbe s področja sodnega registra, ki so bile izdane od aprila 2017 do maja 2018.

1 POSTOPEK IZBRISA PRAVNE OSEBE IZ SODNEGA REGISTRA BREZ LIKVIDACIJE¹

Sodna praksa tega obdobja je (še naprej) enotna, da domneva izbrisnega razloga iz 2. točke prvega odstavka 427. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (v nadaljevanju ZFPPIPP), navedena v drugi alineji 2. točke drugega odstavka 427. člena ZFPPIPP, ne obstaja, če je izkazano, da je pravna oseba (subjekt vpisa) ob vpisu v sodni register imela dovoljenje lastnika objekta za poslovanje na tem naslovu, (še)le pozneje pa je lastnik objekta pravni osebi preklical dovoljenje za poslovanje na tem naslovu. Ob upoštevanju odločb VSK Cpg 129/2017 z dne 24. 8. 2017, VSK Cpg 144/2017 z dne 30. 8. 2017, VSL IV Cpg 978/2017 z dne 29. 11. 2017 in VSL IV Cpg 23/2018 z dne 31. 1. 2018 je namreč navedena domneva podana le v primeru, če lastnik objekta pravni osebi nikoli ni dal dovoljenja za poslovanje na tem naslovu.

Prav tako enotna je sodna praksa v zvezi z vprašanjem, ali lahko upnik prepreči izbris pravne osebe iz sodnega registra brez likvidacije v postopku po že navedeni 2. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP (po kateri se pravna oseba izbriše iz sodnega registra brez likvidacije, če ne posluje na poslovnem naslovu, vpisanem v sodni register) z zatrjevanjem, da ima pravna oseba neporavnane obveznosti.

Če je upnik izkazal, da ima pravna oseba neporavnane obveznosti, so registrska sodišča njegovemu ugovoru ugodila in postopek izbrisa, ki se je vodil po 2. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP, ustavila. Takšne odločitve so pritožbena sodišča potrdila (tako VSM sklep I Cpg 301/2017 z dne 21. 9. 2017, VSL sklep IV Cpg 796/2017 z dne 27. 9. 2017, VSL sklep IV Cpg 835/2017 z dne 27. 9. 2017, VSL sklep IV Cpg 1033/2017 z dne 29. 11. 2017, VSL sklep IV Cpg 134/2018 z dne 28. 2. 2018).

¹ V prispevku Jane Železnik, ki je bil objavljen v Pravosodnem biltenu št. 3/2017, so bila v zvezi z izbrisom pravne osebe iz sodnega registra že natančno predstavljena določena stališča sodne prakse. Ker številne odločbe preteklega leta ta stališča upoštevajo, v pričujočem prispevku na tem mestu zato navajam le njihove bistvene poudarke.

Kot ugovor, da izbrisni razlog ne obstaja, so registrska sodišča torej sprejela ugovor upnika subjekta vpisa, da subjekt vpisa ni izpolnil vseh svojih obveznosti ne glede na to, da ZFPPIPP tovrstnega ugovora ne predvideva. Do odprave ugotovljene protiustavnosti ZFPPIPP jim je takšno postopanje v odločbi U-I-57/15-13 in U-I-2/16-6 z dne 14. 4. 2016 naložilo Ustavno sodišče. Odločilo je namreč, da se v postopku izbrisa, začetem na podlagi 2. točke prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP, lahko uveljavlja tudi ugovor, da izbrisni razlog ne obstaja, ker pravna oseba še ni nehala poslovati, ker ima premoženje ali ker ima neporavnane obveznosti (tj. vsebinsko enak ugovor, kot ga je bilo mogoče že pred tem uveljavljati v izbrisnem postopku po 1. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP).

Različna pa so bila v tem obdobju stališča višjih sodišč v zvezi s sklepčnostjo predloga za začetek postopka izbrisa subjekta vpisa iz sodnega registra brez likvidacije. Gre za zadevi IV Cpg 105/2018 z dne 28. 2. 2018 in I Cpg 279/2017 z dne 4. 1. 2018, ki sta ju obravnavali Višje sodišče v Ljubljani in Višje sodišče v Mariboru. V obeh primerih je bil predlagatelj začetka postopka izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije lastnik objekta na poslovnem naslovu subjekta vpisa, ki je v predlogu navedel, da subjekt vpisa na tem naslovu ne posluje. Prvostopenjski sodišči sta predloga zavrnili zaradi nesklepčnosti.

Višje sodišče v Ljubljani je po pritožbi predlagatelja v takšnem primeru pritrdilo razlogom registrskega sodišča. Po njegovem stališču upravičeni predlagatelj postopka izbrisa subjekta vpisa iz sodnega registra brez likvidacije nima pravice uveljavljati kateregakoli od izbrisnih razlogov iz 427. člena ZFPPIPP, pač pa le izbrisni razlog iz 2. točke prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP v zvezi z domnevo, da ta obstaja, če je kot poslovni naslov subjekta vpisa vpisan naslov, na katerem je objekt, lastnik katerega je druga oseba, ki subjektu vpisa ni dala dovoljenja za poslovanje na tem naslovu. O drugih izbrisnih razlogih so registrsko sodišče upravičene obvestiti le osebe iz 428. člena ZFPPIPP in v teh primerih sodišče začne postopek izbrisa iz sodnega registra po uradni dolžnosti, ne pa na predlog. Ker torej v danem primeru predlagatelj postopka izbrisnega razloga ni utemeljeval z zatrjevanjem, da ob vpisu poslovnega naslova v sodni register subjekt vpisa ni imel njegovega dovoljenja za poslovanje na tem naslovu, je po presoji Višjega sodišča v Ljubljani registrsko sodišče pravilno presodilo, da je takšen predlog nesklepčen. Sklep sodišča prve stopnje o zavrnitvi predloga za začetek postopka izbrisa subjekta vpisa iz sodnega registra brez likvidacije je zato potrdilo.

Višje sodišče v Mariboru pa je odločilo drugače. Sklep prvostopenjskega sodišča je razveljavilo z obrazložitvijo, da ZFPPIPP v 433. členu lastnika objekta na naslovu, ki je v sodni register vpisan kot poslovni naslov pravne osebe, kot upravičenega predlagatelja za začetek postopka izbrisa ne omejuje na posamezni oziroma določeni izbrisni razlog in da takšne omejitve tudi ni v kakšni drugi določbi ZFPPIPP. Poleg tega po stališču Višjega sodišča v Mariboru izbrisa pravne osebe iz sodnega registra ni mogoče doseči le s sklicevanjem na zakonske domneve izbrisnega razloga iz drugega odstavka 427. člena ZFPPIPP, pač pa je mogoče obstoj izbrisnih razlogov zatrjevati in dokazovati tudi s sklicevanjem na določen konkretni zakonski dejanski stan iz prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP, ki utemeljuje določen izbrisni razlog. Upravičenje lastnika objekta, da predlaga začetek postopka izbrisa, ne posega v pravico subjekta vpisa, da se morebitnemu

neutemeljenemu predlogu upre z ugovorom proti sklepu o začetku postopka izbrisa z nasprotnim dokazovanjem, da niso izpolnjeni pogoji za vodenje postopka izbrisa (435. člen ZFPPIPP).

2 POSTOPEK REDNE LIKVIDACIJE

V primeru, ki ga obravnava sklep IV Cpg 43/2018 z dne 31. 1. 2018, je bil 20. 2. 2017 s sklepom registrskega sodišča začet postopek redne likvidacije družbe B., d. o. o., in sicer na podlagi sklepa edinega družbenika, da družba preneha (druga alineja prvega odstavka 521. člena in 522. člen Zakona o gospodarskih družbah, v nadaljevanju ZGD-1), z izpodbijanim sklepom pa je registrsko sodišče subjekt vpisa B., d. o. o. v likvidaciji izbrisalo iz sodnega registra.

Pritožbo zoper sklep je vložil upnik A., d. o. o. in kot poglavitni razlog navedel, da njegove zapadle terjatve niso v celoti poravnane. Pri tem je pojasnil, da svoje terjatve sicer ni prijavil v tridesetdnevnem roku², ki je bil določen v sklepu o začetku postopka redne likvidacije, da pa mu je likvidacijski upravitelj 22. 8. 2017 poslal elektronsko sporočilo s prošnjo, da se subjektu vpisa izdani računi stornirajo, ker je subjekt vpisa material pri upniku naročil, ni pa ga prevzel. Upnik A., d. o. o. je subjektu vpisa 6. 9. 2017 poslal dopis, s katerim ga je pozval, naj dolg poravna.

Na pritožbo upnika je odgovoril likvidacijski upravitelj. Navedel je, da je vse svoje obveznosti (kot je navedeno v 418. členu ZGD-1 in v prvem odstavku 30. člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register; v nadaljevanju uredba) izpolnil in da je zato odločitev o izbrisu subjekta vpisa iz sodnega registra pravilna. Povzeti pritožbeni razlogi po njegovem mnenju vsebinsko ne morejo biti predmet preizkusa po 34. členu Zakona o sodnem registru (v nadaljevanju ZSReg). Obširno je pojasnil tudi sporno poslovno razmerje med subjektom vpisa in upnikom A., d. o. o. in dodal, da upnik svoje domnevne terjatve ni prijavil v roku, niti ni začel kakršnega koli sodnega postopka zoper subjekt vpisa za izterjavo svoje domnevne terjatve.

Višje sodišče v Ljubljani je pritrdilo upnikovi pritožbi.

V obrazložitvi odločbe je najprej pojasnilo pravno ureditev postopka redne likvidacije in v njenem okviru določbe o pooblastilih likvidacijskega upravitelja iz 412. člena ZGD-1 (končanje začelih poslov, poplačilo terjatev upnikom in izterjava terjatev družbe ipd.). Izpostavilo je aktivnosti, ki jih lahko opravlja upravitelj v okviru obveznosti poplačila terjatev upnikom, in pomen poročila o poteku likvidacijskega postopka. Poudarilo je tudi, da je v postopku redne likvidacije pravočasnost prijave bistvena le, če upnikova terjatev upravitelju ni bila ali mu ni mogla biti znana, ter zavzelo stališče, da lahko iz razloga, ker ne more prisiliti upnika, da vloži tožbo, likvidacijski upravitelj sam vloži ugotovitevno tožbo z zahtevkom, naj sodišče ugotovi, da določena terjatev ne obstaja.

² Za katerega je trdil, da ni prekluziven in da nima enakih posledic kot če je začet stečajni postopek.

V nadaljevanju je pritožbeno sodišče ugotovilo, da upnik A., d. o. o. in subjekt vpisa B., d. o. o. medsebojnega razmerja v postopku redne likvidacije nista razrešila – v končnem poročilu o poteku likvidacijskega postopka in predlogu za razdelitev premoženja je likvidacijski upravitelj namreč navedel, da nerešeni ostajata dve reklamaciji do dobavitelja A., d. o. o. (tj. upnika), da izterjava terjatev iz naslova reklamacij ni bila mogoča zaradi neodzivnosti dobavitelja in da se kljub nujnosti zadeva ni premaknila z mrtve točke. Prav tako je ugotovilo, da se registrsko sodišče pri presoji utemeljenosti predloga z (navedenimi) listinami, ki jih je upravitelj v skladu z drugim odstavkom 30. člena uredbe³ priložil predlogu, ni ukvarjalo, in da je izpodbijani sklep izdalo brez obrazložitve.

Oboje pa bi po presoji pritožbenega sodišča moralo storiti. Sodišče prve stopnje bi po stališču Višjega sodišča v Ljubljani pri presoji utemeljenosti predloga za vpis končane redne likvidacije in izbris iz sodnega registra moralo opraviti materialno pravni preizkus pravilnosti poročila po 415. členu ZGD-1 (4. točka prvega odstavka 34. člena ZSReg), v katerem je bilo navedeno, da upravitelj ni razrešil vseh razmerij z upnikom A., d. o. o., pritožnikom v tem registrskem postopku; glede na vsebino poročila pa bi svoj sklep moralo tudi obrazložiti (četrti odstavek 35. člena ZSReg).

Registrsko sodišče mora po uradni dolžnosti paziti na to, ali so izpolnjeni materialno pravni pogoji za izbris družbe iz sodnega registra po končani redni likvidaciji, pri tem pa mora upoštevati podatke, ki so razvidni iz listin, priloženih predlogu, oziroma ki so jih navedli udeleženci postopka. Ker to v obravnavanem primeru ni bilo spoštovano in je dejansko stanje ostalo nepopolno ugotovljeno, je pritožbeno sodišče pritožbi upnika ugodilo, izpodbijani sklep razveljavilo, zadevo pa vrnilo registrskemu sodišču v novo odločanje.

3 VARSTVO FIRME

V zadevi IV Cpg 845/2017 z dne 27. 9. 2017 se je Višje sodišče v Ljubljani ukvarjalo z varstvom firme in si pri tem zastavilo dve pravno pomembni vprašanji: 1. kakšno presojo mora registrsko sodišče opraviti pri vpisu firme v sodni register in 2. ali je mogoče izbris firme iz sodnega registra doseči v pritožbenem postopku zoper sklep sodniške pomočnice o vpisu ustanovitve subjekta v sodni register.

Sodniška pomočnica je namreč ob ugotovitvi, da nobena družba s takšno firmo v Republiki Sloveniji še ni registrirana, izdala sklep o vpisu ustanovitve subjekta s firmo EUROSIXT, izposoja vozil d. o. o., v sodni register.

Zoper navedeni sklep je pritožbo vložila družba ANTICUS, storitve in trgovina d. o. o., in zahtevala, da registrsko sodišče navedeno firmo izbriše iz sodnega registra. Svojo procesno legitimacijo za pritožbo je utemeljila kot franšizni partner družbe SIXT GmbH za področje Republike Slovenije, med bistvene pritožbene razloge pa vključila opozorila, da ima na podlagi franšizne pogodbe z družbo SIXT

3 Predlogu za vpis končane redne likvidacije in izbris iz registra je treba predložiti: 1. na skupščini sprejeto poročilo o poteku likvidacijskega postopka, 2. sklep skupščine o razdelitvi premoženja, 3. izjavo likvidacijskega upravitelja, da je premoženje razdeljeno v skladu s sklepom skupščine.

GmbH izključno pravico do uporabe registrirane mednarodne blagovne znamke SIXT, da namerava subjekt vpisa opravljati storitve dajanja vozil v najem (kar je dejavnost, ki jo na trgu opravlja pritožnica pod registrirano blagovno znamko SIXT) in s tem zavesti potrošnike oziroma ustvariti zmedo na trgu ter da beseda EURO namiguje na oznako Evropske unije, zaradi česar je firma v nasprotju s 14. členom ZGD-1.

Prvostopenjsko sodišče je z izpodbijanim sklepom pritožbo družbe ANTICUS, storitve in trgovina d. o. o., zavrnilo. Presodilo je, da ji je sodno varstvo firme zagotovljeno po drugem odstavku 23. člena ZGD-1 z možnostjo vložitev tožbe, s katero lahko zahteva opustitev uporabe firme, njen izbris iz sodnega registra in odškodnino.

V pritožbenem postopku je bila odločitev sodišča prve stopnje razveljavljena. Višje sodišče v Ljubljani je poudarilo, da po prvem odstavku 23. člena ZGD-1 registrsko sodišče pri odločanju o predlogu za vpis firme v sodni register ne presoja le, ali se predlagana firma jasno razlikuje od že registriranih firm drugih subjektov v Republiki Sloveniji, temveč tudi, ali je predlagana firma v skladu z drugimi določbami ZGD-1 o firmi, saj to določa prvi odstavek 23. člena tega zakona. Da predlagana firma EUROSIXT ni v skladu z določbami o firmi, pa je po presoji pritožbenega sodišča trdila tudi družba ANTICUS, storitve in trgovina d. o. o. V pritožbi zoper sklep o vpisu ustanovitve subjekta EUROSIXT, izposoja vozil d. o. o., v sodni register je prek trditve o že registrirani blagovni znamki SIXT (za dejavnost izposoje vozil in upravljanja vozniških parkov) dejansko opozorila na sestavino firme, ki je po 17. členu ZGD-1 prepovedana. Po navedenem določilo namreč firma ne sme vsebovati besed ali znakov, ki vsebujejo znamke ali neregistrirane znake, ki uživajo varstvo po predpisih, ki urejajo znamke.

Pritožbeno sodišče je na podlagi navedenega torej presodilo, da bi se registrsko sodišče pri odločanju o predlogu za vpis ustanovitve subjekta s firmo EUROSIXT, izposoja vozil d. o. o., v sodni register moralo ukvarjati (tudi) z vprašanjem, ali predlagana firma vsebuje prepovedano sestavino. Če bi ugotovilo, da je predlagana firma v nasprotju z določbami ZGD-1 o firmi, bi moralo predlagatelja v skladu s 30. členom ZSReg pozvati, da spremeni firmo in vloži spremenjen predlog z ustreznimi listinami. Pri tem pa je pritožbeno sodišče izrecno navedlo tudi, da bi registrsko sodišče (upoštevaje pritožnikove navedbe) tako lahko postopalo še v pritožbenem postopku zoper sklep sodniške pomočnice o vpisu ustanovitve subjekta s firmo EUROSIXT, izposoja vozil d. o. o. Določba prvega odstavka 23. člena ZGD-1, ki sodišču zapoveduje preizkus predlagane firme v skladu z določbami ZGD-1 o firmi, in določba drugega odstavka 23. člena ZGD-1, ki družbi, ki meni, da se firma druge družbe ne razlikuje jasno od njene prej registrirane firme, znamke ali neregistriranih znakov, ki uživajo varstvo po predpisih, ki urejajo znamke, omogoča vložitev tožbe za opustitev uporabe firme, njen izbris iz registra in odškodnino, se ne izključujeta, ampak dopolnjujeta. Stališče registrskega sodišča, da pritožnica s pritožbo v registrskem postopku ne more doseči izbrisa firme iz sodnega registra, je bilo po presoji Višjega sodišča v Ljubljani torej zmotno. Zaradi uveljavljanja kršitev ZGD-1, ki jih prvostopenjsko sodišče ni presojalo, mu je zadevo vrnilo v novo odločanje.

4 SOCIALNO PODJETNIŠTVO

Višje sodišče v Ljubljani je v sklepu IV Cpg 152/2018 z dne 28. 2. 2018 obravnavalo postopek registracije socialnega podjetja.

Subjekt vpisa, ki je že bil registriran kot zavod, je vložil predlog, da registrsko sodišče ugotovi, da predlagatelj izpolnjuje pogoje za socialno podjetje in da po uradni dolžnosti pri imenu predlagatelja v sodni register vpiše dostavek »socialno podjetje s skrajšano firmo B. – socialno podjetje«. Predlogu je priložil čistopis akta o ustanovitvi zavoda in sklep ustanovitelja o nameravanem poslovanju kot socialno podjetje.

Predlog po presoji registrskega sodišča ni bil popoln. Registrsko sodišče je zato po višji sodniški pomočnici predlagatelja pozvalo, da predlog dopolni in predloži sklep ustanovitelja o spremembi imena, dejavnosti in akta zavoda zaradi preoblikovanja zavoda v socialno podjetje po določitih Zakona o socialnem podjetništvu (v nadaljevanju ZSocP) ter **čistopis akta z overjenim podpisom ustanovitelja**. Poučilo ga je, da mora ime zavoda vsebovati oznako socialno podjetje, da je to treba določiti v aktu in da mora biti akt o ustanovitvi usklajen s sklepom ustanovitelja o spremembi imena, dejavnosti in akta zavoda v skladu z Zakonom o zavodih (v nadaljevanju ZZ), ZSocP in Uredbo o določitvi dejavnosti socialnega podjetništva.

Predlagatelj je upošteval le zahtevo glede overjenega podpisa akta o ustanovitvi, glede drugih zahtev pa je zavzel stališče, da ZSocP ne zahteva, da mora zavod, ki želi pridobiti status socialnega podjetja, spremeniti svoje ime. Po njegovem mnenju mora sodišče, ko ugotovi, da subjekt izpolnjuje pogoje za pridobitev statusa socialnega podjetja, odločiti, da se pri imenu tega subjekta v sodni register vpiše dostavek »socialno podjetje«.

Višja sodniška pomočnica je predlog subjekta vpisa zavrnila (morala bi ga sicer zavreči), takšno odločitev pa je po pritožbi predlagatelja prvostopenjsko sodišče potrdilo. Kot bistveni razlog je navedlo, da akt predlagatelja ne izpolnjuje vseh pogojev, določenih v ZSocP, in da zato predlagatelj statusa socialnega podjetja ne more pridobiti. Šele ko bodo izpolnjeni vsi pogoji po navedenem zakonu, se bo pri firmi in imenu predlagatelja lahko vpisal dostavek »socialno podjetje«.

Tudi zoper to odločitev je predlagatelj vložil pritožbo. Pritožbeno sodišče jo je zavrnilo in potrdilo izpodbijani sklep. V odločbi IV Cpg 152/2018 je pritrdilo stališču registrskega sodišča in zavrnilo pritožbeno stališče, da mora registrsko sodišče pri firmi ali imenu nepridobitne pravne osebe po uradni dolžnosti v sodni register vpisati dostavek »socialno podjetje«, ki nato v skladu s prvim odstavkom 18. člena ZSocP pridobi status socialnega podjetja. Višje sodišče v Ljubljani je obrazložilo, da nepridobitna organizacija sicer res šele z vpisom v sodni register pridobi status socialnega podjetja, da pa mora podlaga za vpis spremembe v sodni register (oziroma vloga za registracijo socialnega podjetja; drugi odstavek 14. člena ZSocP) temeljiti na aktu o ustanovitvi oziroma spremembi tega akta v skladu z 12. členom ZSocP. Šele če so izpolnjeni materialno pravni pogoji za vpis spremembe nepridobitne organizacije v socialno podjetje, ki morajo temeljiti le na pravilno oblikovanem predlogu za vpis spremembe, registrsko sodišče ugotovi predlogu za

vpis spremembe v sodni register. Besedilo drugega odstavka 15. člena ZSocP, ki določa, da registrski organ »z aktom« odloči ... je (namreč) treba razumeti na način, da registrsko sodišče po preizkusu vseh pogojev iz 34. člena ZSReg, ki morajo biti izpolnjeni v skladu z ZSocP, s sklepom odloči, da se pri firmi ali imenu nepridobitne pravne osebe v register vpiše dostavek »socialno podjetje«. Sklep registrskega sodišča pa mora temeljiti na predlogu predlagatelja, ki mora v aktu o socialnem podjetju ustrezno spremeniti tudi ime zavoda tako, da k že vpisanemu imenu doda dostavek: socialno podjetje ali (in) skrajšano ime so. p.

Ker predlagatelj v konkretni zadevi ni izpolnil zahteve sodišča in v aktu ni ustrezno spremenil imena zavoda, je po presoji Višjega sodišča v Ljubljani registrsko sodišče torej pravilno ravnalo, ko spremembe v sodni register ni vpisalo.

5 VPISI V ZVEZI Z ZASTOPANJEM

5.1 Vpis spremembe zastopnika v sodni register

V zadevi, ki jo obravnava VSK Cpg 145/2017 z dne 21. 9. 2017, je bil iz razloga, ker predlagana oseba ne izpolnjuje pogojev, ki jih ZGD-1 določa za člane organov vodenja ali nadzora, s sklepom sodniške pomočnice zavrnjen predlog za vpis spremembe zastopnika pri subjektu vpisa. Predlagana oseba je bila namreč pravnomočno obsojena za kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti. Pritožbo subjekta vpisa zoper navedeni sklep je registrsko sodišče zavrnilo.

Subjekt vpisa se je pritožil tudi zoper to odločitev. V pritožbi je navedel, da je bila zakoniti zastopnici izrečena le pogojna obsodba in da to ne zadošča za zavrnitev vpisa. Pravne posledice obsodbe namreč ne morejo nastati, če je bila storilcu izrečena le pogojna obsodba (drugi odstavek 78. člena KZ-1).

Višje sodišče v Kopru argumentaciji pritožnika ni pritrdilo. Pritožbo je zavrnilo in potrdilo sklep sodišča prve stopnje. Zavzelo je stališče, da je določba 255. člena ZGD-1 jasna. Član organa vodenja ne more postati oseba, ki je bila pravnomočno obsojena zaradi kaznivega dejanja zoper gospodarstvo, delovno razmerje in socialno varnost, pravni promet, premoženje, okolje, prostor in naravne dobrine, in sicer pet let od pravnomočnosti sodbe. Ker je bila v tej zadevi predlagana oseba pravnomočno obsojena za kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti in je obsodba postala pravnomočna 31. 3. 2015, pogoji po navedeni določbi torej niso izpolnjeni.

Pritožbeno sodišče se ni strinjalo s stališčem pritožnika (tj. subjekta vpisa), da dejstvo, da je bila predlagani osebi izrečena le pogojna obsodba, ne zadošča za zavrnitev vpisa v sodni register. Čeprav bi (po presoji pritožbenega sodišča) omejitve iz 255. člena ZGD-1 lahko opredelili kot pravno posledico obsodbe, gre dejansko le za enega od pogojev za članstvo v organih vodenja ali nadzora. Zato tudi ne zadošča obsodba za katerokoli kaznivo dejanje, temveč le za posebej navedena kazniva dejanja, ki so neposredno povezana z delom organa vodenja ali nadzora v gospodarski družbi. Omejitev je v javnem interesu in interesu upnikov,

ki od članov organov vodenja in nadzora v gospodarskih družbah, s katerimi poslujejo, utemeljeno pričakujejo ravnanje s skrbnostjo dobrega in poštenega gospodarstvenika (...) Pri tehtanju pravice obsojenca in varstva udeležencev v pravnem prometu in pri gospodarskem poslovanju je treba dati prednost slednjim.

5.2 Vpis omejitve pooblastil za zastopanje v sodni register

V sodbi III Ips 78/2016 z dne 13. 3. 2018 je Vrhovno sodišče Republike Slovenije obravnavalo vprašanje, ali je objava podzakonskega predpisa v uradnem listu takšne vrste, da vpis v sodni register ni potreben za neposredno učinkovanje omejitev zastopanja v razmerju do tretjih oseb.

Pravdni stranki sta v postopku javno-zasebnega partnerstva sklenili Pogodbo o odkupu vloge zainteresiranosti za sklenitev javno-zasebnega partnerstva (v nadaljevanju pogodba). Odkupna vrednost je znašala 150.000,00 EUR brez DDV. Pozneje sta pravdni stranki sklenili še aneks k pogodbi, ki ju je podpisal takratni zakoniti zastopnik tožene stranke (javnega zavoda). Omejitev zastopanja zakonitega zastopnika tožene stranke v sodnem registru ni bila vpisana.

Tožeča stranka plačila po pogodbi in aneksu ni prejela, zaradi česar je sprožila pravdo in dosegla, da je prvostopenjsko sodišče toženo stranko obsodilo na plačilo dogovorjenega zneska. V pritožbenem postopku pa je na ugovor tožene stranke postalo sporno, ali sta pogodba in aneks nična, ker zakoniti zastopnik tožene stranke ni imel pooblastila za njuno sklenitev. Tožena stranka je v pritožbi navedla, da omejitev zastopanja izhaja iz sklepa o organizaciji in delu javnega zavoda (tj. tožene stranke) ter da določitev omejitve zastopanja s podzakonskim predpisom (tj. sklepom), ki je objavljen v uradnem listu, proti tretjim učinkuje ne glede na to, ali je takšna omejitev vpisana v sodni register ali ne.

Sodišče druge stopnje je presodilo, da pogodba in aneks nista nična. Pojasnilo je, da je pooblastilo zakonitega zastopnika po ZZ neomejeno in da statutarne in druge omejitve proti tretjim osebam nimajo učinka. Odločitev prvostopenjskega sodišča je zato potrdilo.

V zvezi z vprašanjem, ali omejitev zastopanja direktorja, določena v podzakonskem aktu in objavljena v uradnem listu, vpliva na veljavnost pogodbe, pri sklenitvi katere je direktor prekoračil svoja pooblastila, je bila nato s sklepom III DoR 52/2016 z dne 20. 5. 2016 dopuščena revizija.

Vrhovno sodišče je v sodbi III Ips 78/2016 na vprašanje odgovorilo nikalno. Pojasnilo je, da iz ustreznih določb ZSReg in ZZ, ki so namenjene zagotavljanju publicitete, izhaja obveznost vpisa naziva oziroma imena zastopnika ter obsega njegovih pooblastil v sodni register. Ti vpisi pa imajo proti tretjim osebam pravni učinek od dneva vpisa dalje (drugi odstavek 58. člena ZZ in prvi odstavek 8. člena ZSReg). Vpis omejitve zastopanja v sodni register je torej odločilnega pomena za učinkovanje omejitev v razmerju do tretjih oseb. Kljub objavi sklepa v uradnem listu zato po presoji vrhovnega sodišča ni mogoče šteti, da ima omejitev zastopanja neposredni učinek proti tretjim osebam že z objavo, ne da bi bila tudi vpisana v sodni register. Proti dobrovernim tretjim osebam je omejitev zastopanja, ki v sodni register ni vpisana, brez pravnega učinka.

Neživiljenjsko je tudi pričakovati, da bi sopogodbenuk tožene stranke pred podpisom sporne pogodbe obstoj morebitne omejitve zastopanja preveril z vpogledom v podzakonske akte, ki zavezujejo toženo stranko. Od sopogodbenukov se lahko upravičeno pričakuje, da bodo morebitne omejitve zastopanja preverili z vpogledom v sodni register, preverjanja obstoja omejitev z iskanjem med številnimi podzakonskimi predpisi pa jim ni mogoče naložiti.

Enako kot pritožbeno sodišče je torej tudi vrhovno sodišče ugotovilo, da omejitev zastopanja, ki ni bila vpisana v sodni register, ne vpliva na veljavnost pogodbe.

5.3 Vpis vršilca dolžnosti direktorja javnega zavoda v sodni register

Odločbi VSK Cpg 177/2017 z dne 9. 11. 2017 in VSM I Cpg 282/2017 z dne 4. 1. 2018 obravnavata sicer različno tematiko, sta pa obe nedvomno pomembni, saj prva odgovarja na vprašanje, ali je vršilca dolžnosti direktorja v javnem zavodu mogoče imenovati le enkrat za eno leto, druga pa na vprašanje, ali je pri imenovanju vršilca dolžnosti direktorja javnega zavoda potrebno soglasje ustanovitelja.

V prvi navedeni zadevi je bilo pomembno dejansko stanje tako. A. B. je opravljala mandat vršilke dolžnosti direktorja javnega zavoda (lekarnu) od 26. 5. 2016 do 26. 5. 2017. V tem obdobju je bil izveden ponovni javni razpis za direktorja zavoda, svet zavoda pa je na to mesto 16. 3. 2017 imenoval A. B. Ker ustanovitelji zavoda niso dali soglasja k temu imenovanju, je svet zavoda 25. 5. 2017 (tj. dan pred iztekom mandata) isto osebo ponovno imenoval za vršilko dolžnosti direktorja za največ eno leto.

Predlog za vpis A. B. kot vršilke dolžnosti direktorja javnega zavoda v sodni register je bil ob upoštevanju navedene dejstvene podlage s sklepom višje sodniške pomočnice zavrnjen. Subjekt vpisa se je zoper ta sklep pritožil. Ker je registrsko sodišče njegovo pritožbo zavrnilo, se je pritožil še zoper njegovo odločitev. V tej je vztrajal, da vršilca dolžnosti direktorja ni mogoče imenovati le enkrat za eno leto, saj s tem ne bi bilo zagotovljeno nemoteno poslovanje zavoda, če se na ponovljeni razpis prav tako nihče ne bi prijavil ali nihče od prijavljenih kandidatov ne bi bil izbran.

Višje sodišče v Kopru je takšnemu utemeljevanju subjekta vpisa pritrdilo. Izhajalo je iz (1) namena lekarniške dejavnosti (ki je zagotavljanje kakovostne in učinkovite preskrbe z zdravili in drugimi izdelki za podporo zdravljenja in ohranitev zdravja ter svetovanje glede njihove varne, pravilne in učinkovite uporabe pacientom in zdravstvenim delavcem v zdravstvu (prvi odstavek 2. člena Zakona o lekarniški dejavnosti, v nadaljevanju ZLD-1)) in (2) pravne ureditve zastopanja javnih zavodov, v kateri npr. ni določb o sodnem imenovanju direktorja javnega zavoda. Pri tem je poudarilo, da mora pravna ureditev (ZZ, ZLD-1) seveda upoštevati, da v določenem javnem zavodu direktor morda ne bo uspešno imenovan. V tej pravni ureditvi mora zato obstajati popravni mehanizem, ki prepreči, da bi javni zavod deloval brez direktorja, ki organizira in vodi delo in poslovanje zavoda ter predstavlja in zastopa zavod in je hkrati tudi odgovoren za zakonitost dela zavoda. Pritožbeno sodišče je pritrdilo pritožniku, da je ta mehanizem vključen v 37. člen ZZ in peti odstavek 34. člena ZLD-1 (tj. v iste določbe, ki so bile razlog za zavrnitev

predloga za vpis A. B. kot vršilke dolžnosti direktorja javnega zavoda v sodni register). Zakonodajalec je z njima predpisal, da se javni razpis ponovi, če se na javni razpis za direktorja zavoda ni prijavil nihče ali če nihče od prijavljenih kandidatov ni bil imenovan, za čas do imenovanja direktorja na podlagi ponovljenega razpisa, vendar najdlje za eno leto, pa svet zavoda imenuje vršilca dolžnosti direktorja. Če na ponovljenem razpisu prav tako nihče ni bil imenovan za direktorja (bodisi ker se nihče ni prijavil, bodisi ker nihče od prijavljenih kandidatov ni bil imenovan), je seveda treba javni razpis vnovič ponoviti. Za čas do imenovanja direktorja na podlagi vnovič ponovljenega razpisa, vendar največ za eno leto, pa mora svet zavoda (ponovno) imenovati vršilca dolžnosti direktorja, če je od imenovanja dotedanjega vršilca dolžnosti direktorja že potekel rok enega leta.

Enoletna omejitev izvajanja funkcije vršilca dolžnosti direktorja se namreč nanaša le na to, da se v javnem zavodu najpozneje v enem letu ponovi javni razpis za ponovno imenovanje direktorja. Poleg tega ZLD-1 (drugače kakor npr. Zakon o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja) tudi ne vsebuje prepovedi, da bi bila lahko ista oseba v istem zavodu večkrat imenovana za vršilca dolžnosti. Pritožbeno sodišče je na podlagi vsega navedenega torej sklenilo, da je bila odločitev o zavrnitvi predloga za vpis vršilke dolžnosti direktorja v sodni register materialnopravno zmotna.

V sklepu Cpg 177/2017 pa je Višje sodišče v Kopru med vrsticami pojasnilo tudi, da direktorja javnega zavoda imenuje svet zavoda s soglasjem ustanovitelja in da vršilca dolžnosti direktorja javnega zavoda imenuje le svet zavoda brez soglasja ustanovitelja.

Višje sodišče v Mariboru je v drugi navedeni zadevi vprašanje imenovanja vršilca dolžnosti direktorja rešilo drugače. Po njegovem stališču je jezikovna razlaga besedila 34. člena ZLD-1 nedvoumna, da je soglasje ustanovitelja eden od pogojev za imenovanje direktorja in da za imenovanje vršilca dolžnosti direktorja veljajo enaki pogoji kot za direktorja, iz česar logično izhaja, da je soglasje ustanovitelja potrebno tudi za imenovanje vršilca dolžnosti direktorja. Zakonskega besedila iz petega odstavka 34. člena ZLD-1, da za vršilca dolžnosti direktorja veljajo pogoji, ki se zahtevajo za direktorja, namreč ni mogoče razumeti tako, da so s tem mišljeni le pogoji iz 33. člena ZLD-1 (formalni pogoji za opravljanje funkcije direktorja zavoda, ki so le prvi pogoj za njegovo imenovanje).

5.4 Vpis začasnega zastopnika v sodni register

V primeru, ki ga obravnava sklep VSL IV Cpg 212/2018 z dne 21. 3. 2018, je v sodni register prej vpisani zastopnik A. B. izpodbijal odločitev registrskega sodišča o zavrnitvi njegove pritožbe zoper sklep o vpisu sprememb podatkov o zastopniku pri subjektu vpisa.⁴

⁴ Pritožba je bila zavrnjena zaradi pomanjkanja pravnega interesa, ker po presoji sodišča prve stopnje s pritožbo zoper sklep registrskega sodišča pritožnik ne more doseči razveljavitve ali spremembe sklepa Ng 67/2017 o imenovanju začasnega poslovodje, na podlagi katerega je registrsko sodišče opravilo predlagani vpis.

Višje sodišče v Ljubljani njegovi pritožbi ni ugodilo. V obrazložitvi sklepa je pojasnilo, da je subjekt vpisa predlogu za vpis spremembe podatka o zastopniku v sodni register priložil pravnomočni sklep sodišča o začasnem imenovanju poslovodje (drugi odstavek 50. člena ZGD-1), ki je podlaga za vpis zastopnika v sodni register. Kadar je podlaga za vpis začasnega zastopnika v sodni register pravnomočni sklep sodišča, izdan na podlagi drugega odstavka 50. člena ZGD-1, pa je registrsko sodišče na odločitve o začasnem imenovanju vezano in vprašanja glede obstoja pravic začasnega zastopnika, ki iz sodne odločbe izhajajo, ne more reševati kot predhodnega vprašanja (prim. s 33. členom ZSReg). Kot predhodno vprašanje lahko rešuje vprašanje, ali obstaja pravica ali pravno razmerje, le, če o tem sodišče še ni odločilo.

Ker je pritožnik prav v tej smeri registrskemu sodišču predlagal, naj ugotovi, da C. Č. ni pridobil pravice opravljati funkcije poslovodje, saj niso bili izpolnjeni pogoji za imenovanje začasnega zastopnika, je po presoji pritožbenega sodišča A. B. v pritožbi torej neutemeljeno izpodbijal odločitev registrskega sodišča o zavrženju pritožbe. Tudi po njegovi oceni registrsko sodišče na podlagi predloženega sklepa o začasnem imenovanju poslovodje ni imelo podlage za zavrnitev predlaganega vpisa v sodni register.

6 PREPOVED ODTUJITVE IN OBREMENITVE POSLOVNEGA DELEŽA

V zadevi VSL IV Cpg 537/2017 z dne 20. 8. 2017 je registrsko sodišče po odredbi preiskovalnega oddelka Okrožnega sodišča v Ljubljani in na podlagi sklepa, s katerim je bila imetniku A., d. d. prepovedana odtujitev in obremenitev poslovnega deleža za tri mesece (tj. sklepa II Kpd 9427/2017 z dne 8. 3. 2017), pri subjektu vpisa B., d. o. o. v sodnem registru pri poslovnem deležu imetnika A., d. d. vpisalo zaznambo navedenega sklepa.

Pritožbo subjekta vpisa zoper navedeni sklep o vpisu je sodišče prve stopnje kot neutemeljeno zavrnilo (in v obrazložitvi pojasnilo, da je sklep izdalo po uradni dolžnosti na podlagi drugega odstavka 9. člena ZSReg v zvezi s 5. točko drugega odstavka 5. člena ZSReg in da materialnopravna presoja pravilnosti sklepa II Kpd 9427/2017 ni v pristojnosti registrskega sodišča), pritožbo subjekta vpisa zoper sklep sodišča prve stopnje pa je zaradi ocene, da je bila zaznamba navedenega sklepa utemeljena, zavrnilo pritožbeno sodišče. Pri tem je obrazložilo, da se v primeru vpisov po 5. točki drugega odstavka 5. člena ZSReg presoja po prvem odstavku 34. člena ZSReg opravi v omejenem obsegu. Prvostopenjsko sodišče je po presoji Višjega sodišča v Ljubljani pravilno presodilo, da utemeljenost zahtevka za vpis (po uradni dolžnosti) izhaja iz predloženega sklepa II Kpd 9427/2017. Sklep je bil izdan v predpisanim postopku in s predpisano vsebino, izdala pa ga je preiskovalna sodnica Okrožnega sodišča v Ljubljani, in sicer na podlagi prvega odstavka 502. a člena Zakona o kazenskem postopku (v nadaljevanju ZKP-K) v zvezi s prvim odstavkom 502. člena ZKP-K. Gre za sklep o začasnem zavarovanju zahtevka za odvzem premoženjske koristi, s katerim je bila družbi A., d. d. prepovedana odtujitev in obremenitev poslovnega deleža, ki ga ima v družbi B., d. o. o., sodnemu registru Okrožnega sodišča v Ljubljani pa odrejen vpis zaznambe te prepovedi pri navedenem poslovnem deležu.

Pri tem je Višje sodišče v Ljubljani poudarilo še, da: (1) se sklep o začasnem zavarovanju zahtevka za odvzem premoženjske koristi izvrši še pred njegovo pravnomočnostjo, saj ugovor zoper sklep ne zadrži njegove izvršitve (peti odstavek 502. a člena ZKP-K); (2) se na podlagi 5. točke drugega odstavka 5. člena ZSReg v sodni register pri poslovnem deležu posameznega družbenika vpiše tudi zaznamba sklepa o zavarovanju, in ne samo zaznamba sklepa o izvršbi, ter (3) je vpis zaznambe sklepa o začasnem zavarovanju pri poslovnem deležu družbenika po uradni dolžnosti konkretno izvršilno dejanje in da zato sodni register listin, na podlagi katerih je bila zaznamba opravljena, ne pošilja niti subjektu vpisa niti imetniku poslovnega deleža.

7 POMEMBNE PROCESNE ODLOČITVE

7.1 Sklep VSL IV Cpg 153/2018 z dne 28. 2. 2018

Ker je pritožbo zoper izpodbijani sklep v imenu upnika vložila in podpisala A. B., pri kateri je kot način zastopanja družbe (tj. družbe z omejeno odgovornostjo) v sodnem registru vpisano skupno zastopanje, je pritožba, ki jo je podpisala le zastopnica A. B., nedovoljena. Vložila jo je namreč oseba, ki pravice posamičnega zastopanja ni imela.

7.2 Sklep VSL IV Cpg 301/2018 z dne 25. 4. 2018

Kadar se kakor v obravnavanem primeru sodni postopek vodi na predlog enega udeleženca zoper drugega udeleženca postopka, mora sodišče obema udeležencema omogočiti, da se izjavita o predlogih in dokazih nasprotnega udeleženca. V primeru nasprotnih predlogov udeležencev registrskega postopka se mora registrsko sodišče do teh tudi izrecno opredeliti. Ker registrsko sodišče v obravnavanem primeru predlagatelju z nevročitvijo ugovora zoper sklep o začetku postopka izbriša iz sodnega registra brez likvidacije ni zagotovilo pravice do izjave, je podana kršitev določb postopka.

7.3 Sklepa VSC II Cpg 239/2017 in VSC II Cpg 240/2017, oba z dne 14. 12. 2017

Odločbi obravnavata dopustnost pritožbe, ki jo je vložil svet delavcev zoper sklep registrskega sodišča, s katerim je v sodni register vpisalo nov subjekt, ki je nastal z izčlenitvijo dela premoženja družbe B., d. o. o.

Višje sodišče v Celju je pravico do pritožbe svetu delavcev v obeh navedenih primerih odreklo. Pojasnilo je, da tudi če delodajalec ni upošteval zakonskih določb o sodelovanju delavcev pri upravljanju, svet delavcev ne more vplivati na odločitve delničarjev, ki so na skupščini glasovali za sklepe, ki se z izpodbijanim sklepom vpisujejo v sodni register. S temi sklepi so dali delničarji le pravni okvir za statusno spremembo v družbi. Kako jo bo delodajalec uresničil in kaj bo to pomenilo za delavce, je stvar nadaljnjih postopkov (...). Tudi če je svet delavcev sprejel določene sklepe, ni šlo za zadržanje odločitve delodajalca, torej družbe, pač pa zadržanje odločitve ustanovitelja družbe delodajalca, ki v Zakonu o sodelovanju delavcev

pri upravljanju nima podlage. Prav tako ne gre za predhodno vprašanje, zaradi katerega bi bilo treba prekiniti postopek. Z izpodbijanim vpisom v sodni register, ki temelji na sklepu delničarjev, ni prizadet interes sveta delavcev niti delavcev, zato prvi nima pravice do pritožbe.

7.4 Sklep VSK Cpg 137/2017 z dne 15. 9. 2017

Subjekt, ki je bil v delniški družbi delničar, ni bil v skladu z določbo 10. a člena ZGD-1 nikoli preverjen, zato gre pri vpisu preoblikovanja družbe iz delniške družbe v družbo z omejeno odgovornostjo in s tem povezanim vpisom družbenika za njegov prvi vpis, pri katerem mora registrsko sodišče opraviti preveritev iz 10. a člena ZGD-1.

7.5 Sklep VSL IV Cpg 927/2017 z dne 29. 11. 2017

Ker je sklep o končanju stečajnega postopka, na podlagi katerega je registrsko sodišče iz sodnega registra izbrisalo subjekt vpisa B., d. o. o. v stečaju postal pravnomočen, je izpodbijani sklep, s katerim je sodišče prve stopnje zavrnilo pritožbo družbenika in (nekdanjega) zakonitega zastopnika subjekta vpisa zoper sklep o izbrisu subjekta vpisa iz sodnega registra, pravilen in zakonit.

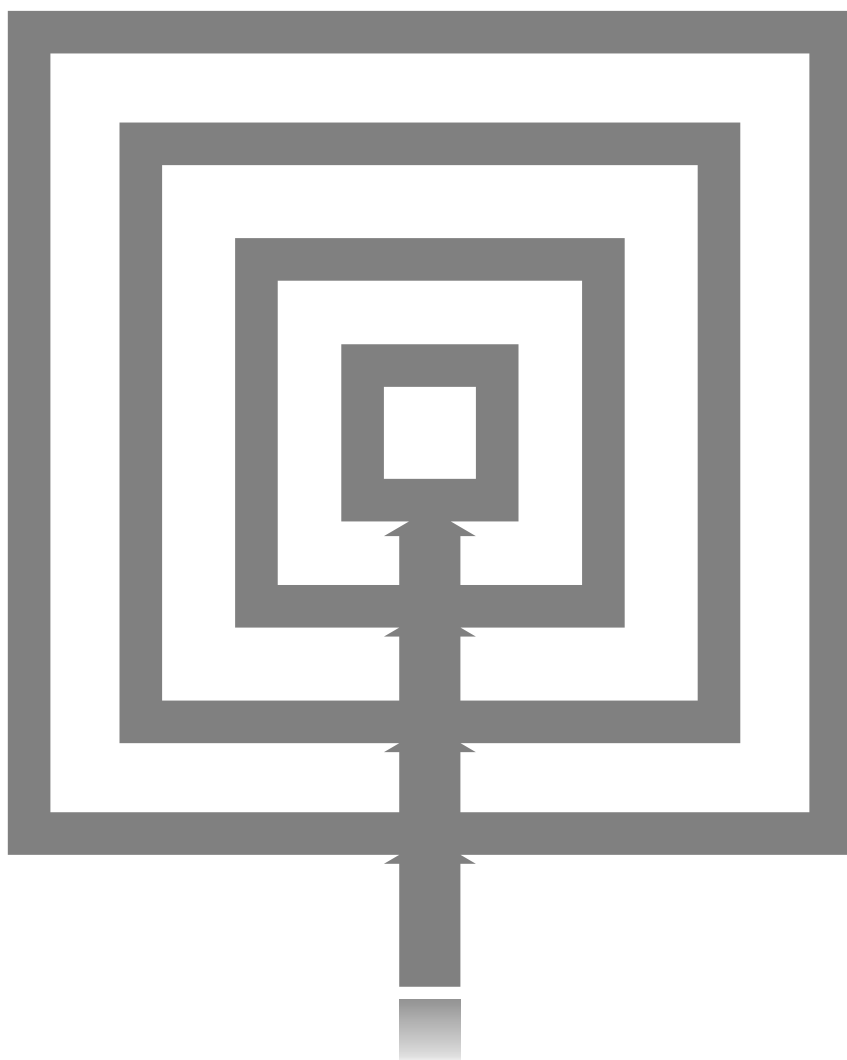
7.6 Sklep VSL IV Cpg 1000/2017 z dne 29. 11. 2017

Zoper isti subjekt vpisa ne more hkrati teči več postopkov izbrisa iz sodnega registra.

Ker so po materialnem pravu neplačane obveznosti do upnikov ne glede na izbrisni razlog ovira za izbris subjekta iz sodnega registra, bi nastal pravno nevzdržen položaj, če bi sodišče za isto pravno osebo postopek izbrisa na podlagi utemeljenega ugovora upnikov ustavilo in hkrati na predlog lastnice objekta ponovno izdalo sklep o začetku postopka izbrisa.

VIRI:

- ŽELEZNIK, Jana. Pregled pomembnejših odločb s področja sodnega registra v zadnjem letu. *Pravosodni bilten*, 2017, št. 3, str. 159–170.
- Zbirka sodnih odločb Ustavnega sodišča RS (RS – USTA), Vrhovnega sodišča RS (RS – SOVS) in višjih sodišč (RS – IESP) po stanju na dan 30. 4. 2018



OBITER DICTA



PREMIK OD »BREŽČUSTVENEGA« DO EMPATIČNEGA SODNIKA

doc. dr. BOŠTJAN TRATAR
višji državni odvetnik
Državno odvetništvo Republike Slovenije

1 UVOD

Razmerje med razumom (lat. *ratio*) in čustvi (lat. *emotio*) kot dvema domnevno nasprotnima poloma prežema večino pravnih oziroma (pravo)sodnih sistemov v zahodnih demokracijah,¹ saj je tudi na področju prava vedno veljalo, da je za zagotovitev zaupanja javnosti v pravo in sodstvo ter za skladnost pravne ureditve nujno, da sta pravo na splošno, še posebej pa sodni sistem v družbi, objektivna in nepristranska, brez čustev,² ki naj ne bi bila združljiva z razumom.³

Pravo se je vedno štel kot znanost, pravno mišljenje pa kot povsem logični deduktivni proces,⁴ čustva pa nasprotno kot sovražnik razuma (po tem modelu naj bi bila čustva osebna, so arbitrarne, ni jih mogoče analizirati in naj bi ogrožala pravilno delovanje pravnega sistema).⁵

1 Glej **Stina Bergman Blix, Åsa Wettergren**: *A Sociological Perspective on Emotions in the Judiciary*, v: *Emotion Review*, vol. 8. št. 1/2016, str. 32. Glede sojenja razlikujemo v načelu dve teoriji, *pravni formalizem*, ki navaja, da je sodno odločanje pravno vezana dejavnost, sodnik naj bi bil operater v velikem silogističnem stroju, na drugi strani pa poznamo *pravni realizem*, ki navaja, da formalna pravna pravila ne vplivajo na odločitev v zadevi, temveč vsi drugi dejavniki, torej tudi čustva (npr. *Oliver Wendell Holmes, Joseph Bingham, Jerome Frank, Eugene Ehrlich, Karl Llewellyn*). Glej **Vitalius Tumonis**: *Legal Realism & Judicial Decision-Making*, v: *Jurisprudencija*, 19 (4), 2012, str. 1361–1382. Glej še **Timothy J. Capurso**: *How Judges Judge: Theories on Judicial Decision Making*, v: *University of Baltimore Law Forum*, vol. 29, št. 1/1998; **Douglas Lind**: *Logic, Intuition, and the Positivist Legacy of H. L. A. Hart*, v: *SMU Law Review*, vol. 52, 1999, str. 135–166; **John N. Drobak, Douglass C. North**: *Understanding Judicial Decision-Making: The Importance of Constraints on Non-Rational Deliberations*, v: *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 26, 2008, str. 131–152.

2 Glej **Stina Bergman Blix, Åsa Wettergren**, *op. cit.*, str. 32.

3 Tudi v Nemčiji so se spraševali, ali je *avtoritarni* oziroma *distancirani* nastop sodnika (po eni strani) v nepremostljivem nasprotju z empatičnim nastopom sodnika (po drugi strani) in ali sta ti dve različni lastnosti sploh združljivi. Glej **Revital Ludewig**: *Distanz oder Nähe – Wie soll man als Richter in oder Richter im Prozess auftreten?*, v: »Justice–Justiz–Giustizia, št. 1/2012, str. 1–3.

4 V teoriji se zastavlja vprašanje, ali npr. sodniki odločajo po *intuiciji* ali po skrbnem *premisleku (deliberaciji)*. Obstajata namreč dva prevladujoča modela glede načina sodnega odločanja. Prvi model je t. i. *deduktivni model*, ki izhaja iz pravnega formalizma; za formaliste je pravni (sodni) sistem le velik silogistični stroj, pri katerem gre za eksterno determinirana pravna pravila kot zgornjo premiso in objektivno resnično obstoječa dejstva kot spodnjo premiso. Celo pravni misleci z radikalno drugačnimi pogledi glede virov prava, kot npr. **Ronald Dworkin** (1931–2013), naj bi sprejemali ta deliberativni, deduktivni model. Za **Dworkina** je sodnikova naloga, da je kot Herkulov računalnik, da plete veliko mrežo razuma v vsako odločitev. V ostrem nasprotju s tem modelom je t. i. *intuitivni model* sodnega odločanja, ki je tesno povezan s pravnim realizmom; najbolje naj bi to opisali s pojmom *sodniške slutnje* (angl. »judicial hunch«). **Joseph Hutcheson** naj bi dejal, da sodnik v resnici odloča s čustvi, in ne po razsodnosti; s slutnjo, in ne z logičnim sklepanjem. Nekateri za sodno odločanje predlagajo t. i. *realistični formalizem* (tudi t. i. *intuitive-override model*), ki je »realističen« v tem smislu, da pri sodnem odločanju upošteva vpliv intuicije. Glej **Chris Guthrie, Andrew J. Wistrich, Affrey J. Rachlinski**: *Judicial Intuition*, v: https://law.vanderbilt.edu/files/archive/Judicial_Intuition.pdf (15. 7. 2018), str. 1, 2.

5 Glej **Susan A. Bandes**: *What Roles Do Emotions Play in the Law?*, str. 1. Glej tudi **Bandes, Susan A., Blumenthal, Jeremy A.**: *Emotion and the Law*, v: *Annual Review of Law and Social Science*, 2012, str. 161–181.

Takšno stališče v pravu in sodstvu je bilo odraz splošnega mnenja, ki je dolgo prevladovalo na skoraj vseh področjih (v bistvu vse od *Aristotela*, 384–322 pr. n. št., po katerem naj bi bila bistvena lastnost človeka prav ta, da racionalno razmišlja – gr. λόγον ἔχων, kar ločuje ljudi od živali), da je človek »racionalna žival« (lat. *animal rationale*, *animal rationabile*, gr. *zoon logikon*, tudi: gr. *zoon logon echon*), ki deluje samo po logičnih pravilih, čustva pa naj bi bila (le) drugotnega pomena.⁶

Že pred časom pa so strokovnjaki na različnih področjih (predvsem v psihologiji in nevroznanostih)⁷ poudarili pomen čustev,⁸ danes se govori o *čustveni inteligenci*,⁹ pri čemer se posebej poudarja, da je človek tudi (ali predvsem) »čustvena žival« (lat. *animal emotionale*).¹⁰

Veliki politični filozof Thomas Hobbes (1588–1679) je nekoč zapisal, da bi morali biti sodniki »osvobojeni vsakega strahu, jeze, sovraštva, ljubezni in strasti».¹¹ Več kot tri in pol stoletij pozneje ostaja ta ideal še vedno trdno zasidran v zahodnih pravnih in političnih kulturah. Pa vendar je 44. predsednik Združenih držav Amerike Barack Obama (roj. 1961) potem, ko je vrhovni sodnik David Souter (roj. 1939) napovedal upokojitev, v svojem predlogu za imenovanje novega vrhovnega sodnika napovedal, da bo za sodnike Vrhovnega sodišča imenoval take z »empatijo»,¹² kljub temu, da naj bi med politiki in v javnosti čustveni sodnik veljal za slabega sodnika.¹³ Neki senator

6 Ni mogoče zanikati, da človek uporablja *dve vrsti uma* – racionalnega (razumnega) in emocionalnega (čustvenega). Prvi je logičen in prizemljen ter razmišlja, analizira in sklepa na podlagi objektivnih dejstev, drugi pa je hiter, intuitiven, impulziven ter sili k reakciji in delovanju, še preden dobro razmislimo. Glej še **Terry A. Maroney**: *Judicial Emotion as Vice or Virtue: Perspectives Both Ancient and New*, v: **L. Huppel-Cluysenaer, N. Coelho** (ur.): *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, Law nad Philosophy Library, vol. 121, Springer, Cham, 2018, str. 11–26.

7 Glej npr. **K. P. Hofmann**: *Psychology of decision making in economics, business and finance*, Nova Sciences Publishers, Inc, New York, 2007; **N. Naqvi, B. Shiv, A. Bechara**: *The Role of Emotion in Decision making*, v: Association for psychological science, 15-5/2006; **Y. Li, N. M. Ashkanasy, D. Ahlstrom**: *The rationality of emotions: A hybrid process model of decision-making under uncertainty*, v: Asia Pacific Journal of Management, 31 (1)/2013, str. 293–308.

8 Čustvo na splošno opredeljujemo kot duševni proces, s katerim subjektivno izražamo svoj vrednostni odnos do kakega predmeta, osebe, delovanja, stanja, pogosto pa tudi do sebe (temeljna čustva so veselje, žalost, jeza, strah, gnus, presenečenje). Za človeka naj bi bilo značilno, da čustvovanje združuje z intelektom in da z odraščanjem pridobiva dejavnejši odnos do čustvovanja. Glej še **Savo Stupar, Elvir Šahić**: *Značaj emocija u odlučivanju u ekonomiji i biznisu*, v: Zbornik radova Ekonomskog fakulteta, 7/2013, str. 343–354.

9 *Čustvena inteligenca* pomeni sposobnost posameznika, da oceni, opredeli in obvladuje lastna čustva ter prav tako čustva drugih ljudi in skupine ljudi. Značilnosti čustvene inteligence psihologi razvrščajo v pet temeljnih področij: zavest o sebi, samokontrola, samomotivacija, empatija in iznajdljivost v družabnih stikih. Glej **Ana Kolenc**: *Pomen in vloga čustvene inteligence v pravu*, dipl. naloga, Ljubljana 2012, str. 21.

10 Glej **Carola Meier-Seethaler**: *Gefühl und Urteilskraft: Ein Plädoyer für die emotionale Vernunft*, C. H. Beck, München, 2001, str. 455.

11 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, *op. cit.*, str. 142.

12 *Empatija* je psihološka sposobnost zaznavanja čustev druge osebe, ne da bi s tem izrazil svoja. Več glej **Bert S. Moore**: *The Origins and Development of Empathy*, v: 14 Motivation & Emotion 75, 76, 1990; **Lauren Wispé**: *History of the Concept of Empathy*, v: **Nancy Eisenberg, Janet Strayer** (ur.): *Empathy and Its Development*, 17, str. 17–37, 1987.

13 Glej npr. **Rebecca K. Lee**: *Judging Judges: Empathy as the Litmus Test for Impartiality*, v: University of Cincinnati Law Review, vol. 82, issue 1, št. 4/2014, str. 150. Kot je dobesedno izjavil Obama: »I view that quality of empathy, of understanding and identifying with people's hope and struggles, as an essential ingredient for arriving at just decisions ...«. « Navedeno po **Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski, Chris Guthrie**: *Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?*, v: Texas Law Review, vol. 93, 2015, str. 857. Glej še **Major Garrett**: *Obama Pushes for Empathetic Supreme Court Justices*, Fox News, <http://www.foxnews.com/politics/2009/05/01/obama-pushes-empathetic-supreme-court-justices>, 2009.

v ZDA je šel pri tem celo tako daleč, da je izrekel, da lahko »čustveni sodnik postavi svobodo na kocko.«¹⁴ Vendar pa so tudi sodniki predvsem ljudje in ljudje – kar je povsem običajno – imajo čustva, še posebej, če so izpostavljeni čustveno intenzivnim dražljajem, kar pa sodniki praviloma so.¹⁵ Sodnik npr. preživi dan tako, da posluša pričevanje o majhni deklici, ki so jo brezbrizni starši pustili stradati; da npr. opazuje par, ki se ločuje in ki žali drug drugega v navzočnosti otrok; da odloča o posvojitvi sirote itd. Večina od nas bi občutila čustva, kot so gnus, jeza, žalost, upanje in veselje, samo od sodnika domnevno pričakujemo, naj ne bi občutil ničesar.¹⁶ Ta dolgo časa obstoječ ideal sodnika, ki je brez čustev, je v ostrem nasprotju z resničnostjo, saj je sodnik prav tako »iz mesa in krvi« – sodno odločanje pač ne poteka v vakuumu – na podlagi novih dognanj, predvsem na področju psihologije oziroma nevroznanosti, se zato posebej poudarja, da je pravni ideal brezčustvenega sodnika škodljiv, saj privilegira cilj odprave čustev.¹⁷ Če sprejmemo dejstvo, da so čustva danes pojmovana sofisticirano in da izzovejo zmožnost usmerjanja sprememb v okolju, je cilj »brezčustvenega sodnika« normativno dvomljiv. Čustva imajo namreč različne vloge, ki so pomembne tudi za sojenje, npr. podpirajo moralno mišljenje oziroma sklepanje, motivirajo ustrezne in pravočasne odgovore na kršitve in omogočajo povezavo s človeškimi interesi, ki so predmet sodnega spora. Sodniki celo sami izjavljajo, da imajo čustva pri njihovem delu pomembno vlogo in da uporabljajo tudi psihologijo, da bi pojasnili, kakšna je vloga čustev pri njihovem delu.¹⁸ Razprava bo v nadaljevanju pokazala, da je odprava čustev pri sodnikih nemogoča in da danes brezčustveni sodnik ni več ideal (angl. *dispassionate judge*),¹⁹ temveč so to »dobri« sodnik (angl. *good judge*), čustveno inteligentni sodnik (angl. *emotionally intelligent judge*), empatični sodnik (angl. *empathetic judge*).²⁰ Po današnjem pojmovanju naj »dober sodnik« ne bi stremel k odpravi čustev, temveč k izkušnemu upravljanju čustev pri različnih poklicnih izzivih.²¹

14 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, *op. cit.*, str. 142. Nekateri so menili, da gre pri tem za neupoštevanje načela pravne države. Glej še **Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski, Chris Guthrie**, *op. cit.*, str. 858.

15 Sodišča so čustvena mesta. Glej npr. primer ameriškega Vrhovnega sodišča *United States proti Wexler*, 79 F.2d 526, 529–30 (2nd Cir. 1935) (*»It is impossible to expect that a criminal trial shall be conducted without some show or feeling; the stakes are high, and the participants are inevitably charged with emotion.«*). Navedeno po **Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski, Chris Guthrie**, *op. cit.*, str. 861.

16 Ameriški okrožni sodnik *Jerome Frank* je izjavil, da sta gospod Predsodek (Prejudice) in gospa Simpatija imeni prič, katerih pričanje ni nikoli zapisano, pa ju je vendarle treba upoštevati pri poroti. Glej **Jerome Frank: Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice**, 1949. Navedeno po **Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski, Chris Guthrie**, *op. cit.*, str. 856.

17 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, *op. cit.*, str. 142, 143.

18 Čustvo lahko vpliva na takšen ali drugačen razumski razlog in to naj bi že zdavnaj ugotovili pravni realisti. Človeška psiha je namreč sestavljena iz številnih dejavnikov, ki ne morejo biti med seboj hermetično ločeni, vendarle pa je pravnorealistični koncept t. i. *breakfast judge* pretiravanje (pri tem naj bi šlo za idejo, da na sodnikovo odločanje vpliva celo to, kar je sodnik jedel za zajtrk). Glej **Marko Novak: Pravo in čustva**, <https://www.insolvinfo.si/DnevneVsebine/Kolumna.aspx?id=149910> (19. 7. 2018).

19 *Jerome Frank* je govoril o »mitu o nečloveškosti sodnika« (angl. *the myth about the non-human-ness of judges*). Navedeno po **Chad M. Oldfather: Judges as Humans: Interdisciplinary Research and The Problems of Institutional Design**, v: Hofstra Law Review, vol. 36, str. 127.

20 Danes lahko na splošno ugotovimo, da se pomen in vloga, ki sta ju razsvetljenska filozofija in moderna razumska družba pripisali človeškemu razumu, v družbeni sedanosti rušita. Konec zaupanja v idejo napredka, znanosti, tehnologije in v razum kot njihov skupni imenovalec odpira nove možnosti uveljavitvi čustvenosti v družbenem življenju (zasebno in javno). Na podlagi nekaterih kazalcev je mogoče ugotoviti, da je zahodne družbe zajel trend zanimanja za čustva in urejanje čustev. Čustva imajo osrednjo vlogo v številnih procesih in trendih, ki označujejo razvite moderne družbe. Glej **Zdenka Šadl: Sodobne oblike čustvovanja**, v: DR, vol. XIV, 27/28, 1998, str. 64. Glej tudi **Thomas B. Colby: In Defense of Judicial Emphaty**, v: Minnesota Law Review, 96, 2012, str. 1944–2015.

21 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, *op. cit.*, str. 143.

2 ČUSTVA SODNIKOV SO REALNOST

Pričakovanja v pravu (še posebej pa pri sodnem odločanju) o »brežčustvenosti« pravnega odločanja odražajo splošno težnjo, kako naj bi se vedel sodnik v sodni dvorani, kar naj bi bila hkrati njegova profesionalna legitimacija. »Brezčustvenost« naj bi omogočala nepristransko odločanje in nevtralnost sodnih odločb, kar naj bi zbuvalo zaupanje javnosti v pravni sistem in sodno odločanje.²² Zlasti npr. jeza kot negativno čustvo bi lahko ogrozila poštenost, nepristranskost in ugled sodstva. Richard A. Posner (roj. 1939), sodnik ameriškega vrhovnega sodišča in ugledni pravni teoretik, je nekoč zapisal, da se moramo »bati« »jeznega sodnika« (»...that we ought to "beware" the "angry judge!"«).²³ Za stanje »brežčustvenosti« bi morali biti sodniki zmožni povsem odvrniti, odmisлити svoje pretekle čustvene izkušnje ali biti sposobni preprečiti in onesposobiti vplive »motečih« čustvenih izkušenj.²⁴ Vendar pa je npr. tudi sodnica ameriškega vrhovnega sodišča Sonia Sotomayor (roj. 1954), imenovanje katere je bila navdahnjeno z viharjem »empatije«, izjavila, da sodniki »niso roboti« in da je zato treba priznati tudi njihova čustva.²⁵

Pravna pričakovanja o »brežčustvenosti« sodnikov zato danes temeljijo bolj na domnevi, ki sicer priznava, da imajo sodniki čustva in da jih pri svojem delu tudi aktivirajo, vendar pa morajo sodniki znati s temi čustvi ustrezno »upravljati«, tj. da jih znajo »izolirati« in »nevtralizirati« (zastavlja se namreč vprašanje, kaj v primeru, ko sodnikova moralna intuicija nasprotuje izidu, ki ga terja pravno sklepanje).²⁶ Sodniki se pri svojem delu dejansko srečujejo in imajo izkušnje z veliko vrstami čustev.²⁷ Donedavno obstoječi ideal sodnika brez čustev (angl. »the dispassionate-judge ideal«) je oviral tovrstno raziskovanje, saj so sodnike zaradi njihovih čustvenih odzivov kritizirali (se jim celo posmehovali), vendar pa bi, če bi pregledali sodne odločbe, v njih odkrili sledi sodnikovih čustev.²⁸ Ameriški sodnik Posner je npr. priznal, da bi bilo zavajajoče reči, da so dobri sodniki manj »čustveni« kot drugi ljudje; Alex Kozinski (roj. 1950), nekdanji predsednik ameriškega pritožbenega

22 Več o tem **Nicole E. Negowetti**: *Judicial Decisionmaking, Empathy, and the Limits of Perception*, v: *Akron Law Review*, vol. 47, št. 3/2014, str. 693–751.

23 Glej **R. A. Posner**: *How judges think*, Harvard University Press, Boston, 2008, str. 110, navedeno po **Terry A. Maroney, James J. Gross**, *op. cit.*, str. 144. Glej še **Terry A. Maroney**: *Angry Judges*, v: 65 *Vanderbilt Law Review*, 1207, 1208, 2012.

24 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, *op. cit.*, str. 144.

25 Glej Sonia Sotomayor: Statement of Hon. Sonia Sotomayor. Confirmation hearing on the nomination of Hon. Sonia Sotomayor, to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing before the Senate Committee on the judiciary, 111th Congress, 2009, navedeno po **Terry A. Maroney, James J. Gross**, *op. cit.*, str. 144.

26 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, *op. cit.*, str. 144.

27 Tudi zagovorniki obdolžencev lahko velikokrat uporabljajo (ali celo zlorabljajo) t. i. *čustvene argumente* pri utemeljevanju svojega položaja (morda prav zato, ker vedo, da so čustveni argumenti pomemben in neizogiben del pravne argumentacije – v bistvu se želi z njimi poseči v logične ugotovitve odločitve), npr. argument napada na osebo, namesto na argument – *argumentum ad hominem*, izzivanje strahu – *argumentum ad baculum*, navajanje nekaterih priljubljenih stališč in občutkov z namenom sprejetja našega stališča – *argumentum ad populum*, argument sočutja – *argumentum ad misericordiam*, sklicevanje na prijateljstvo – *argumentum ad amicitiam*, sklicevanje na strah – *argumentum ad metum*, sklicevanje na ponos – *argumentum ad superbiam*, sklicevanje na vero – *argumentum ad fidem*, sklicevanje na zavist – *argumentum ad invidiam*, sklicevanje na sovraštvo – *argumentum ad odium* itd.

28 Raziskava naj bi pokazala, da sodniki praviloma zvesto upoštevajo pravo, tudi če jih pravo pripelje do rešitev, ki jim niso všeč, vendar pa so v primeru, ko je pravo nejasno ali so dejstva sporna ali pa ko ima sodnik na voljo diskrekcijo, njihove rešitve oziroma odločitve pod vplivom čustev do strank v postopku. **Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski, Chris Guthrie**, *op. cit.*, str. 911.

sodišča devetega okrožja, je po drugi strani odprto govoril o primeru, ki je izzval globoka čustva strahu in groze, ko je sodnik primerjal obdolženčeve pomanjkljivosti s svojimi.²⁹ Tudi poročilo avstralskih sodnikov je npr. pokazalo, da so čustveni izzivi opredeljevali delovno okolje na sodni obravnavi in, kot je zapisano, sodnik, ki odloča, ne more pomagati udeležencem v postopku, vendar pa nanj vpliva, ko vidi absolutno bedo dan za dnem, mesec za mesecem, leto za letom. Poročila o pravnih primerih, medijska poročila in celo posnetki sodnih obravnav so prav tako polni primerov sodnikov, ki so na obravnavi postali jezni ali razdraženi bodisi zaradi nekompetentnih odvetnikov bodisi zaradi upornih prič ali predrznih obdolžencev ali koga tretjega.³⁰ Neki sodnik vrhovnega sodišča države Wisconsin je obtožil drugega sodnika, da ga je ta oviral med gorečim strokovnim utemeljevanjem. Zato se povsem utemeljeno navaja, da so sodniki brez čustev zgolj mitična bitja, tako kot Dedek mraz ali tipičen Amerikanec (Uncle Sam) ali velikonočni zajček.³¹ Je pa tudi res, da se pogosto že sodnikom samim zdi pomembno, da potisnejo svoja čustva ob stran, da jih zatrejo, kar tudi stalno skušajo storiti. Nekdo od sodnikov je npr. izjavil, da mora prezreti dejstvo, da so bedne življenjske okoliščine mladoletnega obdolženca "napravile njegovo srce jokajoče".³² Vendar pa zanikanje čustev ni enostavno, neki kazenski sodnik v Minnesoti je skoraj začel jokati, ko je poslušal izjavo žrtve in se je moral zavestno obvladati; podobno je neki avstralski sodnik družinskega sodišča poročal o stalnih občutkih "žalosti" in o tem, "da je imel težave pri odhodu domov" z dela.³³ Pogled na tako sodnikovo delo kaže, da je za sodnike soočanje s čustvi težava in da gre pri tem pravzaprav za nepriznano obliko dela, kar bi ameriška sociologinja Arlie Russel Hochschild (roj. 1940) imenovala čustveno delo (angl. emotional labour).³⁴

Tudi če sprejmemo stališče, da je »brezčustveni« sodnik ideal v družbi, pa ne preseneča dejstvo, da sodniki sami poročajo o tem, da so neustrezno pripravljeni in podprti pri svojem čustvenem delu. Neki avstralski sodnik je npr. poročal, da se je čutil prisiljenega izbrati med tem, ali (p)ostane pri svojem delu preveč čustveno občutljiv ali pa dobi »debelo kožo« in »ignorira« svoja čustva, vendar pa bi vsaka od teh skrajnosti ovirala izvajanje njegovega sodniškega dela. Zato lahko v resnici sklenemo, da »mit o brezčustvenem sodniku« otežuje sodnikovo čustveno plat njegovega dela. Sodniki v ameriški zvezni državi Minnesota so se med drugim pritoževali, da so zato, ker želi pravni sistem povsem odvzeti in zanikati njihova čustva pri sodniškem delu, postali bolj »izolirani« in »otopeli«.³⁵

29 Glej **A. Kozinski**: *Teetering on the high wire*, v: University of Colorado Law Review, 68, str. 1217–1229, navedeno po **Terry A. Maroney, James J. Gross**, op. cit., str. 144.

30 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, op. cit., str. 144.

31 Glej primer *US v. Ballard*, 322 U. S. 78, 93–94, 1944, str. 94, navedeno po **Terry A. Maroney, James J. Gross**, op. cit., str. 144.

32 Primer *Commonwealth v. White*, 910 A. 2d 658, 2006, str. 658, navedeno po **Terry A. Maroney, James J. Gross**, op. cit., str. 144.

33 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, op. cit., str. 144.

34 Glej **A. R. Hochschild**: *The managed heart*, Berkeley, CA, University of California Press, 1983, navedeno po **Terry A. Maroney, James J. Gross**, op. cit., str. 144. Pri sodnem odločanju naj bi bili sodniki, porotniki ali prisodniki tako ranljivi za namige in simpatije kot Odisej v odnosu do pesmi siren, mitičnih pevk, ki s svojim omamnimi petjem zavajo in pogubljajo mornarje. Glej 12. spev v *Odiseji*, 159 vrstica: »*Najprej boginja svari, naj se izmaknemo pevkam božanskim, petju pogubnih Siren in njih cvetočim livadam. Meni je rekla, da sam edini bi smel poslušati petje, vendar čvrsto me zvežite, da ostal bom na mestu negiben, ravno ob jambor, krepko zategnite vrvi okrog njega! Tudi če prosil bom ali vam velel vezi razrahljati, vi me tedaj še bolj, še z več vrvmi privežite!*«. Navedeno po **Homer**: *Odiseja*, Mladinska knjiga 1992, str. 72 (prevod **Kajetan Gantar**).

35 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, op. cit., str. 144.

Zato ne glede na to, ali v sodnih postopkih priznamo obstoj čustev ali ne, ta kljub temu obstajajo, so realnost,³⁶ sodniki (pa tudi sodniki porotniki³⁷ – prisodniki ali člani porote)³⁸ se z njimi srečujejo, rabijo energijo, da se spopadajo z njimi, ta napor pa opisujejo kot težak.³⁹ Glavna težava, ki jo sodniki zaznavajo v različnih državah, je, da jim pravo v zvezi s tem ne daje ustreznega vodila, zato se priporoča sprejem ustrezne zakonodaje o upravljanju čustev v sodnem postopku.⁴⁰

-
- 36 »We do believe, however, that in some circumstances a judge's feelings about the litigants can nudge him in one direction or the other. That may be good or bad, but it is reality which an honest theory of judging must take into account«. Navedeno po **Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski, Chris Guthrie**, *op. cit.*, str. 912.
- 37 Glej npr. **Richard L. Archer, H. Clayton Foushee, Mark H. Davis, David Aderman**: *Emotional Empathy in a Courtroom Simulation: A Person-Situation Interaction*, v: *Journal of Applied Social Psychology*, junij 1919, v povzetku: »A pair of experiments were conducted using a simulated courtroom trial of a criminal case. In Experiment I subject-jurors were asked by defense counsel either to imagine themselves as the defendant (empathy-inducing appeal) or to pay close attention to evidence (nonempathy appeal). Later the judge delivered only general instructions or, in addition, charged jurors to give consideration only to the facts presented. When there was no Fact-focused judge's charge, juror-subjects who heard the empathy-inducing appeal rated the defendant's actions as more lawful and attributed less of the cause for the incident to his personality than did their counterparts in the nonempathy condition. Experiment II included individual differences in the tendency to empathize as an additional mediating variable. The original pattern of effects found for the manipulated variables in Experiment I appeared again, but were overshadowed by the stronger effects of the individual difference variable and of subject sex. Subject-jurors who scored high on the empathy individual difference measure rated the defendant less guilty, assigned less cause to him, and showed corresponding mood shifts when they heard the empathy-inducing appeal. In addition, male subjects empathized more strongly with the male defendant and viewed him more favorably«.
- 38 Glej **Victoria Estrada-Reynolds, Kimberly A. Schweitzer, Narina Nuñez**: *Emotions in the Courtroom: How Sadness, Fear, Anger, and Disgust Affect Juror's Decisions*, v: *Wyoming Law Review*, vol. 16, št. 2, str. 343–358; **Breanna Boppre, Monica K. Miller**: *How Victim and Execution Impact Statements Affect Mock Juror's Perceptions, Emotions, and Verdicts*, v: *Victims&Offenders*, 2014, str. 413, 424; **Joseph P. Forgas**: *Emotion and the Law*, str. 13–16, v: **Brian H. Bornstein, Richard L. Wiener** (ur.), 2010; **Richard L. Wiener** in drugi: *Emotion and the Law: A Framework for Inquiry*, v: *Law&Human Behavior*, 2006, str. 231; **Larissa Z. Tiedens, Susan Linton**: *Judgement Under Emotional Certainty and Uncertainty: The Effects of Specific Emotions on Information Processing*, v: *Personality&Social Psychology*, 2001, str. 974–975; **Joseph P. Forgas**: *Mood and Judgement: The Affect Infusion Model (AIM)*, v: *Psycholog. Bulletin*, 1995, str. 46–51.
- 39 Zlasti simpatija in empatija pri porotnikih naj bi večkrat omehčali sicer stroge rešitve pravnega sistema. Glej **Neil Vidmar, Valerie P. Hans**: *American Juries: The Verdict*, 2007, navedeno po **Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski, Chris Guthrie**, *op. cit.*, str. 856. Glej še **Todd E. Pettys**: *The Emotional Juror*, v: *Fordham Law Review*, vol. 76, št. 3/2007, str. 1609–1640; **Stephen W. Joy**: *Twelve Certain Men: The Impact of Emotional Appraisals on Juror Decision-Making*, v: *Florida International University Electronic Theses and Dissertations*, 915/2013; **Jody Lynée Madeira**: *Lashing Reason to the Mast: Understanding Judicial Constraints on Emotion in Personal Injury Litigation*, v: *University of California, Davis*, vol. 40/2006, str. 137–198.
- 40 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, *op. cit.*, str. 144. Glej še **T. Wrانik, L. F. Barrett, P. Salovey**: *Intelligent emotion regulation: Is knowledge power?*, v: **J. J. Gross** (ur.): *Handbook of emotion regulation*, New York, Guilford Press, 2007, str. 393–407; **J. A. Blumenthal**: *Law and the emotions: The problems of affective forecasting*, v: *Indiana Law Journal*, 80/2004, str. 155–238; **Joseph C. Hutcheson, Jr.**: *Judgement Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision*, v: *Cornell Law Review*, vol. 14, št. 3/1929, str. 274–288; **Sharyn Roach Anleu, David Rottman, Kathy Mack**: *The Emotional Dimension of Judging: Issues, Evidence, and Insights*, v: *Court Review*, vol. 52, str. 60–71; **Marcelo Galuppo**: *Law and Emotion: How Empathy Forms the Judges' Sense of Justice*, objavljeno 6. julij 2015, dostopno: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2627363 (20. 10. 2018).

3 ODNOS MED PRAVOM IN ČUSTVI

Za pravo je torej tradicionalno veljalo, da temelji na razumu, in ne na čustvih, to temeljno izhodišče pa izvira iz zahodne razsvetljenske filozofije, po kateri so čustva primitivna vrsta odziva, ki je neprimeren za višje naloge.⁴¹ Zato so pravni misleci pravo pogosto označili za mehanizem, pri katerem je razumski razmislek (deliberacija) zaščiten pred škodljivim vplivom čustev.⁴² V zadnjem stoletju pa so psihološke oziroma različne interdisciplinarne raziskave pokazale, da so čustva nujna za preživetje na splošno, za socialno povezovanje (kohezijo) in praktični razum. Glede na ta dognanja je tudi sodobna pravna teorija začela upoštevati pomen in vlogo čustev.⁴³ Empatija lahko npr. vpliva na to, kako vrednostno ocenjujemo tožbo oziroma zahteve tožnikov, itd.⁴⁴ Teoretiki preučujejo, kako lahko sprejem določene teorije čustev, npr. kognitivne ocenitvene teorije (angl. *cognitive appraisal theory*), vpliva na to, kako naj bodo čustva razumljena v pravnem kontekstu. Teoretiki pa se tudi ukvarjajo z nasprotnim vprašanjem, kako lahko določena teorija prava vpliva na to, kako bo pravo operacionaliziralo čustva.⁴⁵ Posebej se npr. preučuje, kakšno vlogo imajo čustva npr. pri izrekanju smrtnih kazni ali drugih kaznih⁴⁶ ali v dokaznem pravu (vpliv na ugotavljanje dejstev). Navsezadnje so teoretiki začeli preiskovati vpliv čustev na temeljne pravne subjekte v sodnem postopku (lat. *dramatis personae*), vključno z zakonodajalcem, porotniki, obtoženci, pričami, odvetniki in sodniki.⁴⁷

Katerokoli stališče v zvezi s tem zavzamemo, je skupni najvišji cilj mislecev, ki se ukvarjajo s pravom in čustvi, da bi pojasnili čustvene vidike pravnih problemov, preučevali te vidike z interdisciplinarno analizo in strnili ta spoznanja v normativne predloge. Predvsem pa gre za vprašanje sodnika in njegovega položaja glede na teorije prava, tj. ali odpraviti čustva (kar je po našem mnenju nemogoče) ali pa jih ustrezno upravljati (kar je trend v zahodnih demokracijah).⁴⁸

4 OPREDELITEV ČUSTEV

Opredeljevanje čustev je težavno, čeprav se zdi, da bi moral biti odgovor na to vprašanje po eni strani jasen, saj je že vsakdo kdaj občutil čustva in bi lahko pripovedoval o kakšnih vidikih teh izkušenj. Vendar pa hkrati globlji premislek

41 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, *op. cit.*, str. 143.

42 Danes vemo, da je takšno stališče t. i. *racionalistična zabloda* (angl. *rationalist delusion*). Glej **Jonathan Haidt**: *Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgement, and the Search for Evidence*, v: *Alabama Law Review*, vol. 64, 2013, str. 867.

43 Ameriški sodnik **Brennan** naj bi v svojem mnenju k zadevi *Goldberg proti Kelly* (397 U. S. 254, 1970) izjavil, da čustva sodnikov prispevajo k evoluciji prava. Glej še **William J. Brennan**: *Reason, Passion, and »The Progress of the Law«*, v: *Cardozo Law Review*, 1988.

44 Empatija je prav tako temelj moralnega presojanja in delovanja, občutka za pravičnost in spoštovanje družbenih norm. Raziskave so pokazale, da sociopati, hudodelci in kriminalci, ki ne spoštujejo moralnih in zakonskih norm, ne zaznavajo čustev drugih ljudi. Glej **Ana Kolenc**: *Pomen in vloga čustvene inteligence v pravu*, *op. cit.*, str. 28.

45 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, *op. cit.*, str. 143.

46 Glej še **Denny Chin**: *Sentencing: A Role for Empathy*, v: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 106, št. 6/2012, str. 1561–1584.

47 Glej **Terry A. Maroney, James J. Gross**, *op. cit.*, str. 143.

48 Prav tam, str. 144.

kaže, da gre pri čustvih za visoko kompleksno stanje, nekateri vidiki čustev so transparentni pogledi v lastno notranjost (introspekciji), nekateri pa so skriti pred notranjim dojetjem, čustva so ubikvitarna.⁴⁹ Čustvena stanja so nekje na križišču med telesom in mišljenjem in so posredniki med zaznavami, znanjem, poznavanjem sveta in cilji, saj vplivajo na to, katere informacije predelujemo, katere si zapomnimo in kako se odzivamo.⁵⁰

Čustva so sicer podobna drugim vrstam mentalne aktivnosti, so merljive spremembe v živčni aktivnosti (angl. *changes in neural activity*) kot odgovor na posamezne vrste dražljajev, kajti čustva se opredeljujejo kot odzivi posameznika na kakršnekoli dražljaje (eksogene, somatogene, psihogene oziroma zunanje in notranje), ki jih ta zazna in mentalno, tj. glede na svoj osebni sistem vrednot oziroma referenčni okvir, oceni za pomembne.⁵¹ Če npr. naletimo na kačo med sprehodom v gozdu, se sprožijo predvidljivi vzorci živčne aktivnosti, in sicer signali iz vidnih (optičnih) živcev, ki kažejo velikost in obliko kače, se hkrati prenesejo tako na posameznikovo amigdalo, torej čustveni del možganov, režni ali limbični sistem (lat. amygdala ali corpus amygdaloideum)⁵² kakor tudi na korteks, ki je miselni del možganov (lat. cortex). Medtem ko bi kortikalni predeli razčlenjevali, analizirali dražljaj, po možnosti spodbujanja zavestne zaznave objektov, podobnih kači (sprednji del možganov, odgovoren za logično razmišljanje), bi amigdala hitro sprožila aktivacijo na področja možganov, ki bi otrpnila mišice, znižala srčni utrip, preusmerila krvni tok stran od procesov, kot je prebava, in ki bi sprostila kortizol (stresni hormon) v krvni obtok. Ta vzorec živčne aktivacije je del čustev, ki mu pravimo strah – sprožitev amigdale z majhnim šokom povzroči nekaj od teh odgovorov tudi oziroma celo v odsotnosti kače ali drugih grozljivih dražljajev. V takem stanju lahko ugotovimo povečano živčno aktivnost v določenih delih možganov kot enega od pomembnih korelatov čustvenega odziva.⁵³

Drugi temeljni sestavni del čustev vključuje subjektivne izkušnje (angl. *subjective experience*), in sicer ne glede na to, katero možgansko območje je vključeno, vemo, da strah občutimo na določen način, in prepoznamo stanje, ko nas je strah.⁵⁴ To, kar je pomembno pri subjektivni izkušnji čustev, je, da čeprav si zamišljamo čustva kot mentalno stanje, se večino tega, kar »čutimo«, ko se vzbudijo naša čustva, pokaže kot sprememba v našem telesu. Zato bomo tedaj, ko vidimo kačo, verjetno čutili hitrejšo bitje srca in dihanje, stiskanje v želodcu in suha usta, torej je izkušnja takšnega stanja telesa dejansko pomemben del tega, kar pomeni biti prestrašen. Tretji ključni sestavni del čustvene izkušnje pa je kognitivna ocena (angl. *cognitive appraisal*), ki povezuje čustva z nekaterimi dejstvi o svetu.⁵⁵ Kaj delajo naši možgani in kako čutimo v eksperimentalnem smislu, lahko analiziramo na različne

49 Glej **Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski, Chris Guthrie**, *op. cit.*, str. 863.

50 Glej **Mark Spottswood**: *Emotional Fact-Finding*, v: *Kansas Law Review*, vol. 63/2014, str. 64.

51 Tako **Ana Kolenc**: *Pomen in vloga čustvene inteligence v pravo*, *op. cit.*, str. 25.

52 *Amygdala* se imenuje tudi center za preživetje, saj sproži reakcijo, boj oziroma beg, in sicer tako, da hipoma oceni stopnjo nevarnosti položaja, alarmira možgansko deblo ter aktivira stresno os in simpatični del živčevja, ki telo pripravi na odziv na nevarnost (gre torej za odziv na vedenjski ali fiziološki ravni). Glej še več **B. Seymour, R. Dolan**: *Emotion, decision making and the amygdala*, v: *Neuron*, 58 (5), 2008, str. 662–671.

53 Glej **Mark Spottswood**, *op. cit.*, str. 64, 65.

54 Prav tam, str. 65.

55 Prav tam, str. 66.

načine, odvisno od okoliščin, v katerih smo. Značilnosti, ki jih pripisujemo čustvom, so lahko v pomoč pri ustaljenosti naših izkušenj ob njih.⁵⁶

Četrta in zadnja sestavina čustvene izkušnje je težnja k delovanju oziroma določeni aktivnosti (angl. *action tendency*).⁵⁷ Pomembna razločevalna poteza čustvenih izkušenj je, da so povezane s posebnimi impulzi za delovanje ali nedelovanje, npr. tesno so povezana čustva strahu in jeze. Obe čustvi vključujeta povečano prebujenje, mišično napetost in jih prepoznavamo kot neprijetne v večini situacij, vendar pa se pomembno razlikujeta glede na težnjo akcije, delovanja. Strah nas spodbuja, da otrpnemo in nato zbežimo (fizično ali metaforično) od predmeta, ki je vzbudil strah, medtem ko nas jeza spodbuja, da se približamo objektu in se z njim spopademo. Glede na navedeno bi vzpostavitev stanja zadovoljstva vodilo do tega, da bi bili odprti proti drugim in za nove izkušnje, medtem ko bi se po opazovanju istega objekta v depresiji temu nato izognili. V resničnem življenju ni vedno tako preprosto. Pogosto premagamo strahove, potlačimo jezo in se rešimo iz depresije prek kombinacije čustvenega samouravnavanja in izvajanja moči volje.⁵⁸

Kot pomembno pa se poudarja še, da se te težnje delovanja (angl. *action tendencies*) lahko razširijo onkraj odločitve, kaj storiti (*what to do*), in imajo učinek tudi na to, kako razmišljamo (*how we think*).⁵⁹ Če smo npr. žalostni, hitreje opazimo in ugotovimo nevarnost in grožnjo ter bolj verjamemo, da obstajata. Na splošno ima določeno čustvo težnjo, da pozornost usmeri v zadeve, ki so v skladu s tem stanjem, in da oblikuje zaznave ob nejasnih dražljajih. Zato so ljudje, ki jih je strah, še bolj dovzetni za dražljaje strahu in nevarnosti, podobno kakor ljudje, ki so že jezni, pri drugih lažje prepoznajo jezo, grobost in nevljudnost in vidijo neotesanost tudi tam, kjer v bistvu ne obstaja oziroma ni bila namerna. Glede na navedeno sprememba čustvenega stanja spremeni pogled na dejstva, ki jih zaznamo, vidimo, slišimo, si jih zapomnimo, četudi smo izpostavljeni enakim informacijam. To je še posebej pomembno pri ugotavljanju dejstev v sodnem postopku, torej kakšni so vplivi čustev (na sodnika, poroto, sodnike prisednike) pri ugotavljanju dejanskega stanja.⁶⁰

5 VLOGA ČUSTEV V SODNEM POSTOPKU

Razhajanja o vlogi čustev v pravu na splošno, še posebej pa v sodnih postopkih, so prisotna v celotni zgodovini pravnega diskurza. V glavnem obstajajo tri glavne smeri pogleda na vlogo čustev pri sodnem odločanju.⁶¹ Najstarejše in še vedno prevladujoče stališče je t. i. klasično stališče, ki vidi čustva kot nevarno silo, ki lahko pokvari postopek ugotavljanja dejanskega stanja (s tem, ko posegajo v vlogo objektivnih, nečustvenih razlogov, argumentov). Nasprotno stališče je stališče

⁵⁶ Prav tam.

⁵⁷ Prav tam. Glej tudi **Savo Stupar, Elvir Šahić**, *op. cit.*, str. 344: »Celo v samem korenu besede emocije (čustva) se nahaja *motere*, glagol, ki v latinskem jeziku pomeni »gibati se«, ob dodatnem prefiksu »e-«, ki označuje »gibati se naprej«, kar pomeni, da je tendenca za delovanje prirojena vsakemu čustvu.«

⁵⁸ Glej **Mark Spottswood**, *op. cit.*, str. 67.

⁵⁹ Čustva lahko vplivajo tudi na razumsko sklepanje.

⁶⁰ Glej **Mark Spottswood**, *op. cit.*, str. 67.

⁶¹ Povzeto po **Mark Spottswood**, *op. cit.*, str. 65 in nasl.

Davidu Humu, ki meni, da lahko čustva podpirajo razum pri lastnem in sodnem odločanju oziroma da so čustva preveč močna, da bi se jim upirali v katerikoli situaciji in bi poskus utišanja ali ignoriranja čustev poslabšal kakovost sodstva. Tretje alternativno stališče pa ponuja sintezo prvih dveh stališč ob poudarjanju, da se pomen čustev v procesu ugotavljanja dejstev razlikuje glede na situacijo, in sicer v določenih primerih izboljšuje kakovost sodstva, v drugih primerih pa jo poslabšuje. To kontekstualno stališče črpa svoja izhodišča bolj neposredno iz kognitivne psihologije in raziskav nevrobiologije, ki navajajo, da so čustva odločilna za normalno operacijo človeškega mišljenja, pa tudi občutljiva na zunanje dejavnike, kar nas dela potencialno dovzetne za manipulacije in napake. To tretje stališče je najbolj obetavno, v nasprotju s klasičnim in Humovim stališčem, vendar ostaja na zgodnji stopnji razvoja.⁶²

Klasično stališče. Veliko teoretikov tako v preteklosti kakor tudi danes izraža netoleranco do vloge čustev pri izidu sodnega odločanja in poudarja, da bi bilo treba vsak vpliv čustev na sodno odločanje preprečiti. Takšno stališče izvira iz antičnih časov, saj je na primer že Aristotel navajal, da bi pravo moralo biti »razum brez želja«, po njegovem mnenju naj bi bile strasti in čustva že sami po sebi pokvarjeni, pa čeprav bi bili v rokah dobrih ljudi. Poštenost in pravičnost v tem okviru sta (lahko) le produkt hladnokrvne racionalnosti, ne pa čustev, in takšno stališče je imelo še mnogo drugih uglednih privrženecv v zahodni moralni filozofiji. V kantovski tradiciji npr. stalno poudarjajo, da morajo moralne odločitve izhajati iz načel logike in razuma, ne glede na čustvene občutke, tudi krščanska teologija je pogosto čustvene skušnjave označila kot greh in nepopolnost. Vsi ti pogledi so prispevali k (morda še danes) prevladujočemu kulturnemu pogledu, po katerem čustva delujejo kot »zaupanja nevredna moč, ki pohablja sodbo.«⁶³

Humovo stališče. Čeprav v pravnem svetu prevladuje klasično stališče glede vloge čustev, pa to stališče vendarle ni povsem nesporno. Že David Hume (1711–1776), škotski filozof in predstavnik razsvetljenstva, je zavzel nasprotno stališče do klasičnega nezaupanja v čustva. Po njegovem je razum samo suženj strasti, kajti abstraktno ali demonstrativno mišljenje ne more povedati, kateri nameni, cilji so vredni prizadevanja vložka iz naših strahov in želja. Ta antiklasični pogled zatruje, da brez čustev nimamo ciljev in da zato ni ničesar, kar bi usmerjalo naš razum do tega cilja. Glede na takšno pojmovanje vsak poskus, ki bi izključil čustva iz procesa odločanja, lahko samo omaja končno odločitev bodisi kot nesmiselno bodisi kot sprevrženo; po tem stališču bi odvzem čustev iz ugotavljanja dejstev vodil do arbitrarnosti, in ne do pravilnosti. Čeprav je Humovo stališče v pravni praksi in diskurzu manj prevladujoče kot klasični pogled, ima močne zagovornike. Eden od njihovih privrženecv je ugledni ameriški pravnik Richard Posner (roj. 1939), ki pravi, da »ni dejanja brez čustev, saj so čustva potrebna, da nas spodbujajo k posameznim ciljem«. Čustva lahko kdaj vodijo sodnika, da sprejme slabo odločitev, kot npr. če je pretirano poudaril kakšno značilnost situacije oziroma s tem povezanim čustvenim dražljajem, zanemaril pa je druge pomembne poteze. Vendar pa se sodniki po njegovem mnenju lahko bolje spoprimejo s takšnimi težnjami, vendar ne tako, da skušajo utišati svoja čustva, temveč bolj s pritegnitvijo večjega, širšega niza

62 Prav tam, str. 47.

63 Prav tam, str. 47, 48, 49.

čustvenih dražljajev. Vendar pa so čustva potrebna za katerokoli sodno dejanje, zdravilo za to pa ni hladna objektivnost, temveč razširjeni smisel za empatijo, ki lahko sodniku omogoči, da se vživi v umišljeno rekonstrukcijo čustev in interesov osebe (stranke sodnega postopka), ki bi lahko bila prizadeta s sodno odločitvijo. Zato bolj kot potlačiti svoja čustva, Posner spodbuja sodnike, naj skušajo globlje in širše »čustvovati«, da bi tako s tem dali ustrezno težo vsem bistvenim vprašanjem v določeni sodni zadevi.⁶⁴

Kontekstualno stališče. Zagovorniki klasičnega stališča torej pojmujejo čustva kot uničevalce nevtralnosti in poštenosti, nasprotno pa je nekaj avtorjev poudarilo, da lahko prebuditelj empatije premaga prirojene težnje k pristranskemu odločanju. Tako je v zadnjih letih prišlo do tretjega vala pravnega učenja glede čustev v sodnem postopku, ki skuša prikazati podrobnejšo sliko tega področja. V tej novi tradiciji so avtorji poudarili potrebo po večji pozornosti do posebnega konteksta, v katerem nastajajo čustvena stanja, in navajajo, da je vpliv čustvenega prebujenja težko napovedovati in da se spreminja od primera do primera. Avtorji, ki predlagajo kontekstualni pogled, so pokazali težnjo k pasivnosti, v kateri povsem zanikajo ortodoksne poglede na čustva, vendar pa ne predlagajo uporabnih sprememb obstoječih praks. Skupna točka soglasja v kontekstualni tradiciji pa je kljub temu, da je čustveno prebujenje kompleksna stvar, ki se upira preprosti in kategorični opredelitvi.⁶⁵

6 NOVI IDEAL EMPATIČNEGA SODNIKA

V naprednejših pravnih in sodnih sistemih je prišlo do spoznanja, da čustva pri sodnem odločanju nikakor niso breme, ki bi se ga bilo treba znebiti, temveč dejstvo, s katerim je treba ustrezno upravljati. Prav zato se je vzpostavil nov ideal sodnika (podobno verjetno tudi državnega tožilca⁶⁶), ki naj bi bil empatičen oziroma čustveno inteligenten (angl. *emotionally intelligent judge*). Tak sodnik naj bi bil bolj samozavesten, zavedal naj bi se svojih čustev in jih znal obvladovati, predvsem njihovo izražanje, odprt je za mnenja in podporo drugih ter pristopa k čustvenim izzivom odprto in prožno.⁶⁷ K spremembi ideala od brezčustvenega do empatičnega sodnika je prispeval zlasti razvoj na področju medicine in psihologije.⁶⁸

64 Prav tam, str. 49–52.

65 Prav tam, str. 52–57.

66 Glej **Åsa Wettergren, Stina Bergman Blix**: *Empathy and objectivity in the legal procedure: the case of Swedish prosecutors*, v: *Journal of Scandinavian Studies in criminology and Crime Prevention*, vol. 17, 20016, issue 1, str. 19–35.

67 Glej **Terry A. Maroney**: *The Emotionally Intelligent Judge: A New (and Realistic) Ideal*, v: *Court Review*, vol. 49, str. 112.

68 Glej **Jill D. Weinberg**: *Examining Empathy: Discrimination, Experience, and Judicial Decisionmaking*, v: *Southern California Law Review*, vol. 85, str. 313–352; **Thomas B. Colby**: *In Defense of Judicial Empathy*, v: *96 Minnesota Law Review*, 2012, str. 1944; **Susan A. Bandes**: *Moral Imagination in Judging*, v: *Washburn Law Journal* 1, 2011; **Susan A. Bandes**: *Empathetic Judging and the Rule of Law*, v: *Cardozo Law Review* de novo 133, 2009; **Lynne N. Henderson**: *Legality and Empathy*, v: *85 Michigan Law Review*, 1574, 1987.

Empatija⁶⁹ ima razumski in čustveni del, oba pa sta pomembna tudi za sodno odločanje.⁷⁰ Čeprav so sprva čustva veljala za nezdružljiva z razumom, še posebej pravnim oziroma sodnim odločanjem, so teoretiki v zadnjem času dokazali, da so čustva (hočeš nočeš) prisotna tudi pri razumskem odločanju.⁷¹ Znanstveniki so pokazali, da čustva nedvomno vplivajo na udeležence (npr. sodnike, porotnike itd.) pri njihovem pravnem odločanju, tudi če ti sami tega ne priznavajo, pri čemer naj bi ustrezno upravljanje čustev celo izboljšalo pravno odločanje.⁷² Ne glede na to pa še vedno obstajajo mnenja, da bi morali proces pravnega odločanja očistiti afektivnih elementov.⁷³ Empatija se sicer na splošno označuje kot »čustvena dovzetnost«, ki seže vse do »srca«, vendar pa empatija dejansko vključuje tudi veliko mentalne spretnosti in odprtosti, enako kot čustva.⁷⁴ Empatija se opredeljuje na različne načine, tako v psihološki kot v kognitivni nevrobiološki literaturi. Preučevanje prava in čustev, vključno s preučevanjem empatije, se je začelo šele v zadnjih desetletjih s preučevanjem povezave med čustvi in pravom.⁷⁵

Na širšem področju čustev je empatija v nekem pogledu oblika čustva, vendar v nasprotju z javno percepcijo empatija ni nekaj nenavadnega oziroma nezdružljivega z racionalnostjo in razumom, temveč nasprotno – empatija je prav tako oblika kognitivnega razumevanja, empatija je izraz tako razuma kot tudi čustev.⁷⁶ V skladu s takim pojmovanjem empatija pomeni posameznikovo zmožnost boljšega razumevanja – tako prek razuma kot prek čustev – nasprotnih stališč, gre za zmožnost videti in razumeti svet z vidika neke druge osebe, ne pa le in samo z vidika svojega lastnega (morebiti privilegiranega) položaja.⁷⁷

Preneseno na položaj sodnika v sodnem postopku bi empatično odločanje pomenilo, da si mora sodnik predstavljati stališča in čustva vsake od strank v postopku glede na okoliščine vsake posamezne stranke, da bi lahko ustrezno razumel in razsodil v sporu, v katerem sta stranki udeleženi. To sodniku pomaga, da pridobljena oziroma ugotovljena dejstva postavi v kontekst zahteve vsake od strank in tako popolno ugotovi dejstva in okoliščine v sodnem postopku. Pri tem ne gre za to, da bi preprosto »srce« vodilo razum takega sodnika, temveč gre

69 Sodobno pojmovanje empatije ima korenine v nemški estetiki, v kateri se je na prelomu 19. in 20. stoletja uveljavil pojem »*Einführung*«, ki ga prevajamo kot »vživljanje«, dobesedno pa pomeni »čustvovanje v drugega«, za razliko od pojma »*Mitführung*«, ki pomeni čustvovanje skupaj z drugim (sočutje). Pojem empatije sta iz estetike v psihologijo prenesla nemški filozof *Theodor Lipps* (1851–1914) in angleški psiholog *Edward B. Titchener* (1867–1927). Glej **Barbara Simonič**: *Empatija – moč sočutja v medosebnih odnosih*, Založba Brat Frančišek, Ljubljana, 2010; **Tatjana Lamovec**: *Empatija*, v: *Anthropos – časopis za sodelovanje humanističnih in naravoslovnih ved, za psihologijo in filozofijo*, 17, št. 5–6/1987, str. 233–245; **Valentina Hribar Sorčan**: *O empatiji in intersubjektivnosti*, v: *Anthropos – časopis za sodelovanje humanističnih in naravoslovnih ved, za psihologijo in filozofijo*, 40, št. 1/2007, str. 11–25.

70 Glej **Rebecca K. Lee**: *Judging judges: Empathy as the Litmus Test for Impartiality*, v: *University of Cincinnati Law Review*, vol. 82, 1/2014, str. 150.

71 Prav tam.

72 Prav tam.

73 Prav tam, str. 151. O kritikah glede empatije pri sodnem odločanju glej: **Brenner Fissel**: *Modern Critiques of Judicial Empathy: A Revised Intellectual History*, v: *Michigan State Law Review*, 2016, str. 817–851; **Jesse Prinz**: *Against Empathy*, v: *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 49, Issue 1, 1. september 2011.

74 Glej **Rebecca K. Lee**, *op. cit.*, str. 151.

75 Prav tam.

76 Prav tam, str. 152.

77 Prav tam.

za uporabo vseh njegovih sposobnosti, tako emocionalnih kakor tudi mentalnih, da bi sodnik razumel in razrešil težke sodne primere na najboljši možni način.⁷⁸ Namen empatije ni, da bi bili zavestno velikodušni proti eni stranki v sporu per se, temveč je njen namen zagotoviti, da se ena stranka ne bo nepošteno okoristila zaradi nezavestne ali samodejne verodostojnosti (samo) ene stranke v postopku preprosto zato, ker jo npr. sodnik bolje razume ali je bolj seznanjen z njeno zgodbo (sodnik ima sicer težnjo, da simpatizira s stranko, ki je po položaju enaka njemu).⁷⁹ S psihološkega vidika nam empatija omogoča globlji vpogled v življenje drugih in videti stvari tako, kot (resnično) obstajajo, ne torej s sodnikovega, praviloma privilegiranega položaja.

V zvezi z empatijo sicer obstaja pomislek, *ali ta omogoča objektivnost in nepristranskost sodnega odločanja*.⁸⁰ Uporaba empatije pri sodnem odločanju pomeni namreč, da se skušamo vživeti v položaj strank sodnega postopka in njihovo dožemanje, ki temelji na njihovih posebnih izkušnjah, zlasti z manj privilegiranega vidika. Brez empatije so ljudje na splošno nagnjeni videti druge in svet, zavestno ali nezavedno, z določene ugodne izhodiščne točke glede na to, česa so navajeni in kakšen je njihov položaj v družbi. Empatija pa nasprotno zahteva, da se posamezniki zavedajo svojih določenih lastnosti, da upoštevajo svojo raso, spol, razred in vse druge pomembne okoliščine, ki so prispevale k njihovemu značilnemu življenju in poklicnim priložnostim. Glede na navedeno mora sodnik skušati izstopiti iz svojega lastnega sveta, svojega privilegiranega položaja, da bi lahko upošteval različne vrste razmišljanja in izkušenj drugih ljudi, ki jih ima pred sabo. Šele s tem, ko se vživimo v svet nekoga drugega tako, kot ta občuti oziroma vidi ta svet (to pomeni, da mora sodnik pridobiti vse informacije, da bi si ustvaril položaj določene osebe), sta zagotovljeni večja objektivnost in nepristranskost v sodnem odločanju (sodnikova odločitev bi bila namreč pristranska, če bi pri odločanju izhajal iz svojega lastnega položaja, ne pa posebne situacije posameznika, o usodi katerega odloča).⁸¹ Končno je eden od namenov prava tudi, da usmerja posameznikovo in družbeno vedenje in da bi to dosegli, morajo sodniki razširiti uporabo empatije, da bi bolje razumeli človeško vedenje, ko uporabljajo pravo.⁸²

78 Prav tam, str. 153. Glej še **Gary Low**: *Emphatic plea for the empathic judge*, v: Singapore Academy of Law Journal, 1–22, Research Collection School of Law, 2017.

79 Glej **Rebecca K. Lee**, *op. cit.*, str. 153.

80 Danes vemo, da obstaja nehotena, implicitna pristranskost (angl. *implicit bias*), saj tudi sodnik ali porotnik (že tako ali tako) nimata vedno (razumskega) nadzora nad (vsem) svojim odločanjem. Glej **John F. Irwin**, **Daniel L. Real**: *Unconscious Influences on Judicial Decision-Making: The Illusion of Objectivity*, v: McGeorge Law Review, vol. 42, št. 1/2016, str. 1–18.

81 Glej **Rebecca K. Lee**, *op. cit.*, str. 154–160. Glej še **Catherine Gage O'Grady**: *Empathy and Perspective in Judging: The Honorable William C. Canby, Jr.*, v: 33 Arizona State Law Journal 4, 10, 2001; **Thomas Morawetz**: *Empathy and Judgement*, v: 8 Yale Law Review & Human, 517, 523, 1996.

82 Tako **Susan A. Bandes**: *Empathetic Judging and the Rule of Law*, v: 2009, Cardozo Law Review de novo, 133, 139, navedeno po: **Rebecca K. Lee**, *op. cit.*, str. 158.

