# PRAVOSODNI BILTEN

2/2021

## UREDNIŠKI ODBOR

**Predsednica Uredniškega odbora**
dr. Mateja KONČINA PETERNEL
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

**Namestnica predsednice**
dr. Tadeja JELOVŠEK
Ministrstvo za pravosodje

**Člani:**
Mirjam KLINE
Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije

Aleksandra VRHUNC KOVAČIČ
Državno odvetništvo Republike Slovenije

Petja PLAUŠTAJNER
Odvetniška zbornica Slovenije

Andrej DOKLER
Notarska zbornica Slovenije

**Tajnica Uredniškega odbora**
Vlasta KORENJAK
Ministrstvo za pravosodje
tel. št. 01/369 52 94

**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:**
400 izvodov

**Grafična priprava, prelom in tisk**
Tiskarna Januš, Ljubljana

## PREGLED VSEBINE

## ČLANKI

Prof. dr. Matjaž Ambrož
Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani
**VLOGA ŽRTVE V TEORIJI IN PRAKSI KAZNOVANJA ..... 9**

Mag. Tanja Frank Eler
Okrožna državna tožilka,
Specializirano državno tožilstvo Republike Slovenije
**NALOŽBENE PREVARE ..... 23**

Doc. dr. Liljana Selinšek
Inštitut za kriminologijo, Pravna fakulteta v Ljubljani
**OPREDELITEV STORILCA V PREKRŠKOVNIH AKTIH ..... 39**

Mag. Vanja Verdel Kokol
Višja sodnica, Okrožno sodišče v Mariboru
**ODVZEM PREMOŽENJSKE KORISTI – VSE POMEMBNEJŠI INSTITUT V SODOBNEM KAZENSKEM PRAVU? ..... 49**

Mag. Andrej Ferlinc
Vrhovni državni tožilec, svétnik
**POMEN MOTIVOV PRI GOSPODARSKIH KAZNIVIH DEJANJIH ..... 73**

Dr. Tristan Rigler
Univ. dipl. psih., spec. klin. psih., stalni sodni izvedenec za psihologijo,
Univerzitetna psihiatrična klinika Ljubljana
**PSIHOLOŠKE ZNAČILNOSTI MLADOSTNIŠKEGA OBDOBJA IN DELINKVENTNO VEDENJE ..... 85**

Franc Seljak
Vrhovni sodnik, Vrhovno sodišče Republike Slovenije
**FINANČNI POPRAVKI PRI KORIŠČENJU SREDSTEV IZ EVROPSKIH KOHEZIJSKIH SKLADOV ..... 97**

Doc. dr. Jerneja Prostor
Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru
**ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST DRUŽB DO TRETJIH OSEB ZA RAVNANJA DELAVCEV IN DIREKTORJEV ..... 113**

Lina Burkelc Juras
Mag. prav., odvetniška kandidatka, odvetnik dr. Miha Šošić in
Doc. dr. Jerneja Prostor
Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru
**ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST STEČAJNEGA UPRAVITELJA DO TRETJIH OSEB ..... 127**

Mateja Levstek
Višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani
**POSTOPEK OSEBNEGA STEČAJA V PRIMERU SMRTI DOLŽNIKA Z VIDIKA INSOLVENČNEGA PRAVA ..... 141**

Mag. Andrej Tomšič
Namestnik informacijske pooblaščenke, Informacijski pooblaščenec
**VARSTVO POSEBNIH VRST OSEBNIH PODATKOV, UVAJANJE DIGITALIZACIJE IN ELEKTRONSKO POSLOVANJE ..... 149**

Doc. dr. Boštjan Tratar
Višji državni odvetnik, Državno odvetništvo Republike Slovenije,
docent Fakultete za državne in evropske študije
**(OBVEZNO) CEPLJENJE PROTI COVIDU-19 IN ČLOVEKOVE PRAVICE ... 163**

## IZ PRAKSE ZA PRAKSO

Mag. Luka Vavken
Pravosodni svetnik I, Vrhovno sodišče Republike Slovenije
**IZBRANI IZDELKI BRUSILNICE DIAMANTOV KAZENSKEGA ODDELKA VRHOVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE ..... 183**

Dr. Luka Bernard
Pravosodni svetnik, Vrhovno sodišče Republike Slovenije
**PREGLED POMEMBNEJŠIH ODLOČB GOSPODARSKEGA ODDELKA VRHOVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE V ZADNJEM LETU ..... 201**

Metka Zupanc
Okrožna državna tožilka, Okrožno državno tožilstvo v Mariboru
**NEPRAVILNOSTI PRI IZVEDBI POSTOPKA PORAVNAVANJA ..... 215**

Timon Hren
Odvetnik v Ljubljani
**PORAVNALCI V KAZENSKIH ZADEVAH – VIDIK ODVETNIKA..... 223**

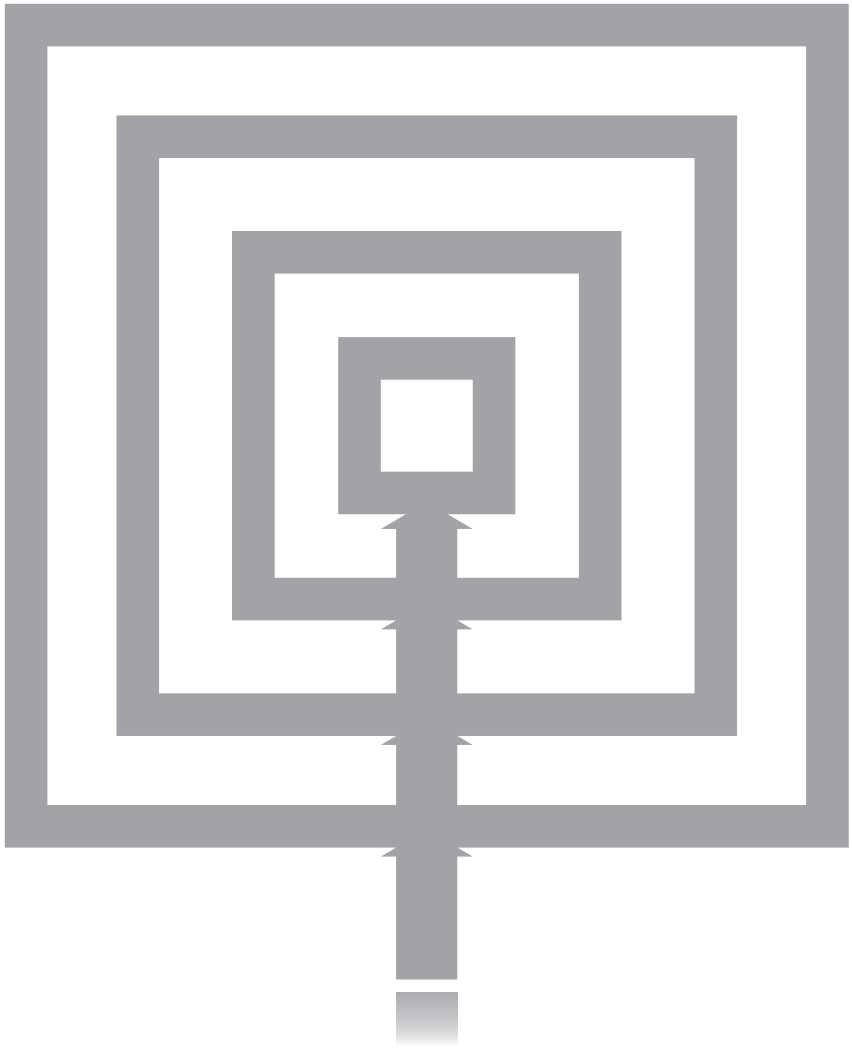
# UVOD

V tej številki so zbrani za objavo prirejeni prispevki avtorjev, ki so kot predavatelji sodelovali na Seminarju za poravnalce v kazenskih zadevah (3. september 2020); Gospodarskopravni šoli 2020 (od 14. do 16. oktobra 2020); Forumu o finančni in gospodarski kriminaliteti (11. novembra 2020 na daljavo) in Šoli državnega odvetništva 2020 (14., 15. december 2020 na daljavo).

Izobraževalne dogodke je organiziral Center za izobraževanje v pravosodju.

Ljubljana, junij 2021

Uredniški odbor



# ČLANKI

# VLOGA ŽRTVE V TEORIJI IN PRAKSI KAZNOVANJA

Prof. dr. Matjaž Ambrož, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani

## 1. UVOD

Na kazenskopravni sodniški šoli leta 2019 v Portorožu je bil eden od poudarkov namenjen položaju žrtev v kazenskem postopku, zlasti glede na spremembe v noveli ZKP-N.[1] Neodvisno od teh sprememb sem v svojem prispevku »Interes (pravica?) žrtve, da je storilec kaznovan« obravnaval eno od »velikih« vprašanj kazenskega prava, namreč, kakšno vlogo (naj) imajo žrtve v teoriji in ideologiji kaznovanja na eni strani in kakšno v procesu sodne odmere kazni na drugi strani. Pri tem sem želel ovrednotiti zlasti novejše zamisli, ki v kazni vidijo tudi sredstvo komunikacije z žrtvijo kaznivega dejanja.

Ta vidik v novejšem času upoštevajo teorije, ki so si nadele ime »ekspresivne teorije kaznovanja«. Gre za teorije s skupnim s skupnim izhodiščem, v skladu s katerim naj bi bila kazen tudi sredstvo komunikacije z različnimi naslovniki (storilcem, žrtvijo, družbeno skupnostjo, v najabstraktnejši izpeljavi pa celo s »pravno normo«). Pregled ekspresivnih teorij sem opravil v razpravi, ki je pred kratkim izšla v Reviji za kriminalistiko in kriminologijo.[2] V pričujočem prispevku ta pregled izpuščam, hkrati pa skušam dopolniti in izostriti nekatere poudarke, o katerih smo razpravljali na sodniški šoli.

## 2. PRESEGANJE BINARIZMA ABSOLUTNO/RELATIVNO

Znano je, da so pregledi kaznovalnih teorij običajno narejeni z rabo etiket »absolutno« in »relativno«. Temu običajno sledi obravnava kompromisnih možnosti – takšnih ali drugačnih »mešanih« (eklektičnih, hibridnih) kaznovalnih teorij. Ta binaristični pristop danes ne zadošča več: ne zajema namreč sklopa kaznovalnih teorij, ki osrednjega pomena kazni ne vidijo ne v »zasluženem povračilu« ne v preprečevanju kriminalitete, temveč kazen razumejo predvsem kot sredstvo simbolnega izražanja. Za te teorije se je ustalil izraz ekspresivne kaznovalne teorije. V središču njihovega zanimanja je kaznovanje kot izjava, ki naj (simbolno) nekomu nekaj sporoči.

Ekspresivnih kaznovalnih teorij se je tako prijela oznaka, da so »onstran povračila in prevencije«.[3] Njihova logika se precej razlikuje od nam domačega vodila, ki pravi, da je osredni cilj kaznovanja preprečevanje kriminalitete, pri čemer se ta cilj dosega na štiri različne načine: z zastraševanjem vseh potencialnih storilcev (negativna generalna prevencija), utrjevanjem zaupanja javnosti v pravni red (pozitivna generalna prevencija), z onemogočanjem in zastraševanjem konkretnega sto-

1 Uradni list RS, št. 22/19.
2 Ambrož, 2020.
3 Günther, 2002.

rilca kaznivega dejanja (negativna specialna prevencija) in prizadevanji za njegovo družbeno reintegracijo (pozitivna specialna prevencija). Pri ekspresivnih teorijah je torej prevencija v ozadju, v središču zanimanja pa je kaznovanje kot komunikacija, izjava, *statement*, ki naj – kakor že rečeno – nekomu nekaj sporoči. Toda kaj naj sporoči in komu?

Pri odgovoru na zastavljeno vprašanje ekspresivne kaznovalne teorije razcepijo in v ospredje postavijo različne poudarke. V grobem jih lahko razdelimo na tri skupine: 1) tiste, ki poudarjajo predvsem simbolno utrjevanje pravnih norm; 2) tiste, ki poudarjajo komunikacijo s storilcem kaznivega dejanja, in 3) tiste, ki poudarjajo komunikacijo z žrtvijo kaznivega dejanja.[4] Slednje so jedro tega prispevka.

Pomemben prispevek na področju vloge žrtve pri kaznovanju pri nas je Petrovčev Kult žrtve, ki v ospredje zanimanja postavlja zlorabo in instrumentalizacijo domnevnih potreb žrtev kaznivih dejanj.[5] Sam bom v pričujoči razpravi napravil korak nazaj: zanima me, katera pričakovanja žrtev kaznivih dejanj so legitimna in kolikšna je dolžnost kazenskopravnega sistema, da ta pričakovanja izpolni.

## 3. KAZENSKO PRAVO IN ŽRTEV

V dvajsetem stoletju je bila v kazensko pravo večkrat usmerjena kritika, da se zanima le za storilca kaznivega dejanja, ne pa tudi za njegovo žrtev.[6] Kritike so obrodile sadove. V zadnjih dvajsetih letih je prišlo do premikov na področju kazenskopravnega položaja žrtev kaznivih dejanj, v osrčju vala zakonskih sprememb po Evropi je predvsem izboljšanje njihovega procesnega položaja oziroma prilagoditev kazenskega postopka, da bo ta žrtvam prijaznejši.

V kontinentalni Evropi se na področju teorije in prakse kaznovanja potrebe žrtev redkeje tematizira. Zadržanost si je mogoče razlagati z znanim stališčem, da mora sodobno kazensko pravo biti in ostati razumsko, vpletanje potreb žrtev v kaznovanje pa bi v diskurz nevarno vneslo čustva in ga okužilo z destruktivnimi maščevalnimi vzgibi. Na vprašanje, kakšna naj bo vloga žrtve in njenih potreb v kaznovalnih teorijah, se tradicionalni odgovor glasi, da prav nikakršen.[7]

Dejstvo je, da so kaznovalne teorije – tudi v slovenskem prostoru – pretežno kolektivistično naravnane. V ospredju zanimanja prevladujočih preventivno naravnanih kaznovalnih teorij je – naj uporabim močno besedo – obramba kolektiva pred kriminaliteto. Manj zanimanja je bilo doslej namenjenega potrebam žrtve kaznivega dejanja kot individuuma. To je presenetljivo, saj je »duh« današnjih evropskih ustavnih ureditev pretežno individualističen: v ospredju zanimanja in varstva so posameznik ter njegove pravice, in ne kolektiv.[8] Razlago za to je mogoče iskati v

4 Vsaj teoretično bi lahko govorili še o četrti skupini: ekspresivnih kaznovalnih teorijah, usmerjenih v komunikacijo z javnostjo, ki je zaradi kaznivega dejanja vznemirjena. Toda v čisti obliki (tj. brez preventivnih primesi) se ta različica ekspresivnih kaznovalnih teorij ni vidneje razvila (Hörnle, 2019, str. 532). Znana in razširjena pa je seveda ideja, da je razburjeno javnost treba pomiriti v upanju, da bo to delovalo preventivno – v tem primeru govorimo o pozitivni generalni prevenciji (Ambrož, 2016).

5 Petrovec, 2005.

6 Weigend, 2010, str. 39.

7 Weigend, prav tam, str. 43. Navedeno je Weigendova parafraza tradicionalnega stališča, ne njegovo osebno mnenje.

8 Hörnle, 2006, str. 951.

stališču, da se mora kazensko pravo v imenu objektivnosti in enakosti obravnave oddaljiti od delnih, morebiti muhastih ali vsaj nerazumnih želja žrtev kaznivih dejanj po zadoščenju. Toda pri tem je treba biti previden. Vse prelahko bi bilo zavzeti nekoliko vzvišeno držo do domnevno nerazumnih potreb žrtve po zadoščenju (»z njimi naj se ukvarjajo ‹pristojne službe› izven kazenskopravnega sistema«). Namesto tega se je treba podati na težavnejšo pot: raziskati je treba, katere potrebe in pričakovanja žrtev so legitimne in kako, če sploh, jih je mogoče vgraditi v sistem kaznovalnih teorij.

To nalogo si zadajajo ekspresivne kaznovalne teorije, usmerjene v komunikacijo z žrtvijo kaznivega dejanja. Pri tem je treba pojasniti, da te teorije nimajo in tudi ne morejo imeti ambicije biti vseobsežna in univerzalno uporabna kaznovalna teorija, že zato ne, ker obstajajo številna kazniva dejanja brez oprijemljivih žrtev (na primer korupcijski delikti, okoljski delikti, delikti, povezani s prepovedanimi drogami, itn.), poleg tega pa pravosodna stvarnost prinaša tudi številne zadeve, kjer žrtev z imenom in priimkom formalno sicer obstaja, vendar zaradi neznatnosti posledic dejanja ali njegove časovne oddaljenosti nima (več) posebnih potreb in pričakovanj.[9]

O vlogi žrtve v teoriji kaznovanja je torej smiselno razpravljati le v zvezi z razmeroma ozkim krogom kaznivih dejanj, pri katerih gre za znatne posege v osebno integriteto posameznika (posegi v življenje in telo, osebno svobodo in spolno avtonomijo). Zastavlja se vprašanje, ali imajo v teh primerih žrtve legitimni interes, da bo storilec kaznovan, in če ga imajo, kako naj to upoštevajo kaznovalne teorije.

Ena možnost bi bilo zadržano stališče, da ima žrtev interes in seveda tudi pravico do restitucije oziroma ustrezne odškodnine, kaznovanje storilca pa ni v njenem »pravem« interesu in je ne zadeva – to je stvar države. Toda to stališče utegne biti preveč shematsko in oddaljeno od življenja. Ekspresivne kaznovalne teorije, usmerjene v komunikacijo z žrtvijo, izhajajo iz predpostavke, da žrtve hudih kaznivih dejanj potrebujejo nekaj več: potrebujejo zadoščenje, ki presega samo finančno kompenzacijo. Toda »zadoščenje« je skrajno abstrakten izraz. V zvezi z njim se zastavljata dve vprašanji:

1) Kaj pravzaprav pomeni, kadar govorimo o »potrebi žrtve po zadoščenju«? in
2) Ali je ta potreba legitimna in ali mora država zagotavljati njeno zadovoljitev in če da, v kolikšnem obsegu?

## 4. KAJ JE PRAVZAPRAV »POTREBA PO ZADOŠČENJU«?

Kaj pomeni potreba žrtve po zadoščenju? Na vprašanje je mogoče odgovoriti na različne načine: iz lastnih izkušenj, anekdotično, s pomočjo viktimizacijskih vprašalnikov ali pojmovnega aparata moralne filozofije, na podlagi izsledkov teorije iger ali neposrednih izpovedi žrtev kaznivih dejanj in najbrž še kako.

Začnimo anekdotično. Nazorna je anekdota, ki jo v svojem energičnem eseju v bran povračilnih čustev žrtev kaznivih dejanj poda Murphy.[10] Avtor pripoveduje o

9 O tem, kako pičel je lahko interes oškodovancev kaznivih dejanj za pregon dejanja, na podlagi izkušenj prvostopnega sodnika Kmet, 2019, str. 9.

10 Murphy, 1990, str. 221.

tem, da si je z nekaj prijatelji, ki so »enako civilizirani in liberalni kakor on« ogledal klasični vestern Silverado. Fabula bi bila težko drugačna: štirje »pošteni in dostojni« možje in njihove družine so žrtve pretresljivo krivičnih in zlih dejanj. Na koncu filma omenjeni viktimizirani možje izvedejo zmagoslavno maščevanje nad svojimi viktimizatorji – profesor Murphy in njegovi enako liberalni prijatelji so jih pri tem navdušeno spodbujali, razplet filma se jim je zdel »tako estetsko dovršen kakor tudi moralno zadovoljujoč«.

Murphyjev vestern se za tukajšnje kulturne razmere nemara zdi karikatura. Zato naj anekdoti dodam še lastno izkušnjo z ogledom švedskega filma Vse tiste lepe stvari.[11] Film govori o dekletu iz delavske družine, ki razvije neverjetno ljubezen do klasične glasbe. Zaplete se s snobovskim in arogantnim dirigentom, ki grdo zlorabi njena čustva. Ko ji po uspešnem koncertu sedeč pri odprtem oknu dokončno razkrije svoj pravi obraz, dekle zbere moč in pogum ter ga pahne v globino. Ob tem prizoru je v kinodvorani završal vzdih presenečenja in odobravanja – tudi meni se je zdelo, da je dekle našlo kar posrečeno rešitev nastalega položaja, čeprav je bila kazen za dirigentov prekršek nedvomno stroga.

Opisano so bili odzivi na fikcijo, ki so dobro znani in jih kulturna produkcija tudi dobro izrablja (nastali so žanri, v katerih naposled dobro – običajno na dokaj brutalen način – premaga zlo). Vprašljivo je, koliko imajo ti odzivi na fikcijo skupnega z odzivanjem ljudi v resničnem življenju. Poleg tega gre za občutke, ki nastanejo zaradi *empatije* do lika žrtve, vprašljivo je, ali lahko iz njih neposredno sklepamo na občutke dejanskih žrtev.

Nekoliko bolj se resničnemu življenju približajo eksperimenti s področja teorije iger. Ti kažejo na razmeroma univerzalno nagnjenost udeležencev igre, da nepoštenega soigralca kaznujejo, tudi če bi bilo ekonomsko bolj upravičeno, da se na kršitve ne bi odzvali.[12]

Temeljni eksperiment s tega področja so »igre z ultimatom«. V eksperimentu sodelujeta dve osebi. Prva oseba (ponudnik) dobi na voljo denarni znesek in navodilo, naj določi del zneska, ki ga bo odstopila drugi osebi (prejemniku). Ta lahko ponudbo sprejme ali zavrne, če jo zavrne, nobeden ne dobi nič, igra se odigra samo enkrat. Poanta je jasna: za prejemnika je razumno sprejeti kakršen koli znesek, saj mu je ta »padel z neba«, ob zavrnitvi pa bo ostal brez vsega. Toda rezultati eksperimenta v različnih okoljih in z različnimi zneski zanesljivo kažejo, da večina udeležencev ponudbo, ki jih štejejo za nepošteno, zavrnejo in s tem kaznujejo nepoštenega ponudnika, čeprav se s tem odpovedo lastni premoženjski koristi. Igre z ultimatom so hvaležno gradivo za številne razlage.[13] Nekateri ekonomisti so na primer v njih našli dokaz, da človek ni le *homo oeconomicus*,[14] v povezavi z raziskovanjem kaznovanja pa je v njih mogoče iskati indic za elementarno človeško potrebo, da se na nepošteno ravnanje odzovemo z ekspresivno kaznijo, tudi če si od nje ne moremo obetati preventivnih učinkov (igra se ne ponovi) in čeprav moramo za to nekaj žrtvovati.

11 Langseth, 2010.
12 Baurmann, 2014; Walther, 2011, str. 638–641; Hörnle, 2017, str. 599; Hörnle, 2019, str. 528.
13 Baurmann, prav tam.
14 Thaler, 2019, str. 185–188.

Del moralne filozofije človeško potrebo, da se na »slaba« dejanja odzovemo z očitki in neodobravanjem, jemlje kot nesporno psihično dejstvo in jo označuje z izrazom »reaktivna čustva«.[15] Reaktivna čustva so v zadnjem času pri upravičevanju kazni dobila velik pomen: z njimi skušajo nekateri rehabilitirati kaznovanje tudi v primeru, če svobodne volje ni. Logika je naslednja: morda ljudje svojih ravnanj res ne izbiramo svobodno, toda storilce kaznivih dejanj je treba kljub temu kaznovati, da pomirimo reaktivna čustva ljudi, ki so bili s kaznivim dejanjem prizadeti ali so zanj izvedeli.[16]

Vir spoznanj o potrebah žrtve po zadoščenju so seveda tudi viktimološke študije, pri čemer pa se je treba zavedati razmeroma omejene uporabnosti izsledkov vprašalnikov, ki izpraševance sprašujejo o njihovih lastnih izkušnjah z viktimizacijo. Večina ljudi ima izkušnje z blažjimi (premoženjskimi) kaznivimi dejanji, njihovo dojemanje lastne viktimizacije pa je praviloma drugačno od tistega, ki ga doživljajo žrtve težkih kaznivih dejanj.[17] Žrtve težkih kaznivih dejanj svojo refleksijo včasih objavijo v knjižni obliki; poseben primer takšnega avtorja je Jan Philip Reemtsma, čigar pisanje je v nemški strokovni javnosti naletelo na velik odmev.

Reemtsma je nemški jezikoslovec, socialni filozof, mecen in multimilijonar (dedič industrialcev v tobačni panogi); v devetdesetih letih prejšnjega stoletja je bil žrtev ugrabitve, ki je trajala 33 dni. Izpuščen je bil po tem, ko je njegova družina ugrabitelju izplačala visoko odkupnino. Storilec je bil pozneje prijet in obsojen, Reemtsma pa se je na podlagi lastne izkušnje začel ukvarjati z vprašanjem pričakovanj in potreb žrtve kaznivega dejanja. V knjigi *Im Keller* (V kleti) opisuje svoje občutke nemoči in življenjskega nesmisla, ki niso izzveneli niti po izpustitvi.[18] Storilec mu je v času neposredno pred izpustitvijo spodbudno dejal: »Zdaj boš življenje užival desetkrat bolj kakor prej!« Reemtsma je to izjavo doživel kot nepopisno surovost in v mislih storilcu zaželel, da bi »v zaporu zgnil«. Po izpustitvi se storilčeva optimistična napoved ni uresničila, Reemtsma se je boril z izgubo veselja do življenja in samomorilnostjo.

V svojem poznejšem delu Reemtsma analitično razmišlja o potrebah žrtve in si zastavi vprašanje o pravici žrtve, da država storilca kaznuje.[19] Žrtve hudih kaznivih dejanj utrpijo travmo, ki se je sicer ne da izbrisati, vendar pa je obseg, v katerem bo določala žrtvino prihodnje življenje, odvisen tudi od stališča, ki ga do dejanja zavzame družbena skupnost (v tem kontekstu avtor govori o »potrebi žrtve po resocializaciji«). Avtor ocenjuje, da je za žrtev ključnega pomena, da družbena skupnost s kaznovanjem storilca pokaže solidarnost z žrtvijo: pri tem ne gre za zadovoljevanje žrtvine potrebe po maščevanju (te kazenski postopek praviloma niti ne more zadovoljiti), temveč za simbolno izjavo, da je to, kar se je zgodilo, nedopustno. Država ima dolžnost zmanjševati socialno škodo, ki jo je povzročilo kaznivo dejanje; v sklop te dolžnosti spada tudi skrb za potrebo žrtve, da se ji simbolno potrdi, da ni imela le smole, temveč se ji je zgodilo nekaj nedopustnega.[20]

15 Günther, 2014, str. 23; Strawson, 1974.
16 Moore, 2016, str. 65.
17 Hörnle, 2017, str. 599; Hörnle, 2019, str. 527.
18 Navajam posredno, po Günther, 2002, str. 211.
19 Reemtsma, 1999, str. 24–27.
20 Zakaj je ta simbolna razmejitev za žrtev tako pomembna, avtor podrobneje ne pojasnjuje. Omeni sicer izpovedi preživelih žrtev nacističnih zločinov, iz katerih izhaja, da je bilo številnim priznanje, da so bile žrtve zločinov, in ne morda »nesrečnih zgodovinskih okoliščin«, pomembnejše od materialne

Reemtsma pravzaprav napravi dvoje. Najprej skuša opisati potrebe in pričakovanja žrtve težkega kaznivega dejanja, nato pa vključi razumsko razmišljanje družboslovnega znanstvenika in te potrebe »normativno filtrira«: izloči tiste, za katere mora poskrbeti država. Tako brez dlake na jeziku prepozna tudi maščevalne vzgibe žrtve, vendar pa zavrne možnost, da bi država imela vlogo maščevalca v žrtvinem imenu. Vlogo države omeji na zadovoljitev potrebe žrtve po jasni in avtoritativni razmejitvi »neprava« (nem. *Unrecht*) in »smole«, kar postane osrednje vodilo novejših ekspresivnih kaznovalnih teorij v nemškem pravnem prostoru. Ideja o tem, da država žrtvi dolguje simbolno razmejitev »neprava in smole«, je vendarle nekoliko nejasna in medla, zato jo v nadaljevanju pojasnjujem.

## 5. POTREBE ŽRTVE IN DOLŽNOSTI DRŽAVE

Ugotovitev, da potreba žrtve po zadoščenju v primeru težkih kaznivih dejanj lahko obstaja, sama po sebi še ne pomeni, da je ta potreba legitimna in da jo mora država izpolniti. Ljudje imamo številne potrebe in pri zadovoljevanju marsikatere med njimi nam država ni v pomoč – po najboljših močeh se moramo znajti sami.

Razprava o legitimnosti potrebe žrtve po zadoščenju je večplastna. Razmeroma nesporna je v delu, ki se nanaša na izrekanje očitka storilcu: v legitimnem interesu žrtve je, da se to zgodi. V jedru današnjih pravnih sistemov, pa tudi socialnih in kulturnih praks je razlikovanje nesreče (naključja, usode) od kaznivega dejanja. To razlikovanje je pomembno tudi za prizadete v tragičnih dogodkih in njihovo psihično predelavo dogodka,[21] zato je v legitimnem interesu žrtve, da država na avtoritativno razišče dejansko stanje in pripiše (morebitno) odgovornost storilcu. S pripisom odgovornosti in izraženim očitkom storilcu žrtvi prizna, da dogodek ni bil le smola ali udarec usode, temveč kaznivo dejanje.[22] Takšno priznanje je žrtvi lahko v pomoč pri psihični predelavi dogodka (pomaga ji, na primer, da preneha obtoževati samo sebe ali se znebi dvomov o pravilnosti lastnega ravnanja), ni pa to nujno. Interes žrtve po tovrstnem priznanju je legitimen tudi tedaj, kadar ima zelo trden psihični ustroj in je dejanje ni spravilo s tira,[23] kakor tudi tedaj, ko bi bilo za njeno duševno zdravje nemara bolje dogodek preprosto pozabiti ali storilcu odpustiti.

Dolžnost države, da poskrbi za zgoraj opisani interes žrtve, se v literaturi utemeljuje na tri različne načine. Nekateri avtorji se zadovoljijo s formalnim sklicevanjem na ustavo in v njej vsebovano splošno pravico do spoštovanja osebnosti,[24] drugi utemeljujejo vsebinsko, češ da mora država žrtvam kaznivih dejanj olajšati obvladovanje travmatične izkušnje[25] oziroma zmanjševati socialno škodo kaznivega dejanja,[26] tretji pa poudarjajo pragmatično-funkcionalni vidik: država mora čustvene potrebe žrtev kaznivih dejanj in njihovih bližnjih vzeti resno ter se nanje odzvati, da bi s tem preprečila samopomoč in druge disfunkcionalne odzive – monopoliza-

odškodnine (Reemtsma, 1999, str. 25). Čeprav avtor tega izrecno nikjer ne navede, je mogoče sklepati, da gre tudi za refleksijo njegove izkušnje kot žrtve hudega kaznivega dejanja.

21 Hamel, 2009, str. 169–170.
22 Günther, 2002, str. 218; Hörnle, 2017, str. 600.
23 Hörnle, 2011b, str. 39.
24 Weigend, 2010, str. 39.
25 Hamel, 2009, str. 180–181.
26 Reemtsma, 1999, str. 27.

cija kaznovanja in nadzor maščevalnih vzgibov je namreč ena osrednjih civilizacijskih pridobitev.[27]

Nobena od utemeljitev dolžnosti države, da nekaj stori v zvezi z interesi žrtve, se ne zdi sporna, utemeljitve se tudi medsebojno ne izključujejo. Bistveno bolj sporno vprašanje pa je, do kod segajo dolžnosti države oziroma kaj vse obsegajo. Ključni dilemi v tej zvezi sta, ali se mora država ravnati po potrebah individualne žrtve (o tem v naslednjem razdelku) in ali žrtvi dolguje tudi to, da očitke storilcu »simbolno okrepi« (evfemizem za to, da storilcu poleg verbalnega očitka prizadene tudi dejansko zlo – o tem v 7. razdelku).

## 6. ZNAČILNA ALI KONKRETNA ŽRTEV?

Najprej gre torej za vprašanje, ali mora država pri kaznovanju storilca prisluhniti potrebam konkretne žrtve iz mesa in krvi. Lahko se retorično vprašamo, katere žrtve pa, če ne konkretne?! Toda če za izhodišče vzamemo konkretno žrtev, napravimo kaznovanje odvisno od psihičnega ustroja, občutljivosti in potreb individualne osebe – dejavnikov, ki lahko zelo variirajo. Še natančneje: kaznovanje postane odvisno ne le od občutljivosti in potreb individualne žrtve ali njenih bližnjih, temveč zlasti od njihovih *sposobnosti* te potrebe artikulirano, prepričljivo in pretresljivo izraziti. Ta pot nas pripelje do *victim impact statements*, znanih iz ameriškega pravnega okolja.[28]

Pomisleki zoper vnos tovrstnih prvin v sojenje so znani: sojenje postane na ta način pretirano čustveno, poleg tega pa je s tem kaznovanje odvisno od dejavnikov, na katere storilec ni imel, nima in ne more imeti vpliva (na primer prepričljivost, artikuliranost in simpatičnost žrtev ter njihovih bližnjih). Tu lahko prihaja upoštevanje potreb konkretne žrtve v nasprotje s krivdnim načelom.[29] Ne da bi se spuščali v finese in sporna vprašanja kontroverze tega načela, ga je za tukajšnje potrebe mogoče povzeti takole: posameznik je lahko kaznovan le toliko, kolikor je kriv, kriv pa je lahko le za tisto, na kar ima lahko vpliv oziroma kar lahko nadzira.

V tej zvezi je zanimiv poskus rehabilitacije upoštevanja izjav individualne žrtve, ki ga izpelje Murphy.[30] Avtor najprej opozori na znano dejstvo, da so v kazenskem pravu kljub vsej retoriki o krivdnem načelu številne stvari odvisne od sreče in smole (šolski primer sta enako malomarna šoferja, eden ima smolo in povzroči hudo nesrečo, pri drugem pa se, ker ima srečo, ne zgodi nič). Prav tako sodišča – tu Murphy komentira razmere v ZDA – pri odmeri kazni oziroma potrjevanju sporazumov o priznanju krivde upoštevajo dejavnike, ki nimajo najmanjše povezave s storilčevo krivdo: (pre)napolnjenost zaporov, obsojenčevo zdravstveno stanje, število otrok, za katere mora skrbeti, možnost ponovitve kaznivega dejanja, morebitno koristnost za družbeno skupnost, ki bi jo obsojenec imel na prostosti, itn. Zakaj na ta več kakor pisani seznam dejavnikov ne bi dodali še potreb in pričakovanj konkretne žrtve?

27 Hörnle, 2017, str. 601; Hörnle, 2019, str. 530.
28 Za prikaz odločanja o sankcijah v ameriški ureditvi glej Plesničar, 2017, str. 261.
29 V tem smislu Plesničar okoliščine, na katere obdolženec ne more vplivati (na primer, kako dobro si žrtev po kaznivem dejanju opomore), obravnava v sklopu »manj dobrih razlogov za razlike v kaznovanju« (Plesničar, 2015, str. 122).
30 Murphy, 1990, str. 222–223.

V tej zvezi se Murphy potrudi in napravi še korak naprej: predlaga kompromisno rešitev, po kateri bi lahko prisluhnili potrebam žrtve in hkrati spoštovali krivdno načelo.[31] Rešitev vidi v tem, da bi storilčevo krivdo vzeli za absolutno zgornjo mejo kazni, pod tem pragom pa bi se nam odprl manevrski prostor, v katerem bi pri odmeri kazni lahko upoštevali tudi potrebe oziroma izjave konkretne žrtve kaznivega dejanja. Ideja o krivdi kot zgornji meji kazni je v anglosaškem pravnem prostoru znana pod imenom *negativni (omejevalni) retributivizem*, pri nas pa je svoj izraz dobila v okviru preventivnih mešanih teorij o namenu kaznovanja.[32] Razlika med »našimi« preventivnimi mešanimi teorijami in Murphyjevo zamislijo je v dejavnikih, ki naj se upoštevajo v okviru manevrskega prostora: medtem ko prve stavijo predvsem na specialno in generalno prevencijo, bi Murphy prisluhnil (tudi) potrebam žrtve.

Murphyjeva izvajanja za evropska pravna ušesa zvenijo nenavadno, vendarle pa mu je treba priznati, da ima prav, ko opozori na različno doslednost pri uveljavljanju krivdnega načela: včasih nas igra naključja zmoti bolj, drugič manj. Nimamo na primer težav s smolo storilca nasilnega kaznivega dejanja, da je naletel na žrtev z izjemno krhkim fizičnim ustrojem (»storilec mora žrtev sprejeti, kakršna pač je«), upira pa se nam, da bi ga kaznovali strožje samo zato, ker je naletel na žrtev, ki je bila sposobna *ex post* nadpovprečno dobro in pretresljivo opisati svojo travmatično izkušnjo. Čemu ta razlika? Zdi se, da gre za intuicijo, pogojeno s pravno kulturo in razumevanjem vloge kazenskega prava v družbi.

Tako ne preseneča, da v nemškem prostoru odločno zavrnejo možnost, da bi bilo kaznovanje odvisno od pričakovanj konkretne žrtve.[33] Če bi se žrtvi omogočilo, da sodeluje v postopku odmere kazni, predlaga njeno višino ali o njej celo odloča, bi postali vprašljivi dve pomembni civilizacijski pridobitvi kazenskega prava: socialnopomiritvena funkcija, ki je povezana s (pretežno) izločitvijo individualne žrtve in njenega socialnega okolja iz kazenskega postopka, in načelo enakega obravnavanja pri odmeri kazni.[34] Država sicer prevzema vlogo, podobno »pooblaščencu« žrtve, saj je očitek, ki ga izreka storilcu, tudi v žrtvinem interesu, iz česar pa ne izhaja, da mora upoštevati tudi osebne želje in potrebe individualne žrtve. Z drugimi besedami: država s kaznovanjem upošteva tudi interese žrtev, vendar pa te žrtve v imenu civilizacijskih pridobitev kazenskega prava *posploši* oziroma *normativira*.[35] V teh okvirih je legitimno pričakovanje žrtev, da očitki storilcem kaznivih dejanj niso trivialni in da se jih diferencira glede na težko kaznivega dejanja, ne morejo pa zahtevati, da država poskrbi za zadovoljitev njihovih individualnih potreb po zadoščenju.[36]

## 7. JE POVZROČANJE ZLA OZIROMA BOLEČINE STORILCU POTREBNO?

Skupno vsem ekspresivnim kaznovalnim teorijam je vprašanje, ali je za komunikacijo, ki jo vidijo kot bistvo kaznovanja, potrebno »zadajanje« bolečine storilcu. Naj-

31 Murphy, prav tam, str. 223.
32 Ambrož, 2008, str. 245–246; Plesničar, 2012, str. 183–184.
33 Hörnle, 2011a, str. 26; Hörnle, 2011b, str. 40-41, Hörnle, 2017, str. 600; Weigend, 2011, str. 38.
34 Hörnle, 2011b, str. 40–41; Hörnle, 2019, str. 530.
35 O dilemah, ki jih prinaša »normativiranje žrtve«, Saliger, 2017, str. 695–696.
36 Hörnle, 2011a, str. 26; Hörnle, 2017, str. 600.

prej je treba pozornost nameniti terminologiji. Besedna zveza »nekomu zadati zlo« je stilno zaznamovana in arhaična. Hkrati je zelo neposredna in s tem neznačilna za tisti del sodobnega kazenskopravnega diskurza, iz katerega so izpuhtele vse brutalne besede, ki opisujejo kaznovanje kot ciljno povzročanje bolečine storilcu.[37]

Vendarle pa obstajajo dobri razlogi za to, da besedno zvezo »zadajanje zla« ohranimo. Manj pomemben razlog je, da se raba besedne zveze v delu novejših razprav v germanskem prostoru krepi: v razpravah o ekspresivnih teorijah kazni se uporablja značilni neologizem Übels-zu-fügung, izraz pomeni nevšečnosti, ki jih država obsojencu ciljno povzroči poleg verbalnega očitka. Bolj pomemben razlog se mi zdi, da tovrstno izražanje ne zamegljuje bistva kazni, ki je – kljub zgodovinskemu procesu postopne debrutalizacije – za storilca v večini primerov zlo oziroma bolečina.

Bistveno vprašanje je, ali ekspresivne kaznovalne teorije, ki se ograjujejo tako od povračilnosti absolutnih teorij kakor tudi od zastraševanja v preventivnih teorijah, lahko delujejo brez povzročanja bolečine storilcu? Pri tem vprašanju se poti zagovornikov ekspresivnih kaznovalnih teorij razcepijo.

Del zagovornikov ekspresivnih teorij se izrecno opredeljuje za to, da povzročanje zla ni potrebno.[38] Avtor meni, da je povzročanje zla oziroma »trda obravnava storilca« (*hard treatment*) le zgodovinsko kontingentna konvencija, simbol, s katerim izražamo očitke. To zgodovinsko konvencijo je mogoče preseči in očitke izraziti drugače: zadoščal naj bi že javni in formalizirani postopek, v katerem bi se storilcu pripisala krivda za njegovo ravnanje. Drugi avtorji so glede tega previdnejši. Bomann-Larsen v svojem zagovoru ekspresivnih kaznovalnih teorij vprašanje potrebnosti povzročanja bolečine storilcu izrecno pusti odprto, kar utemelji s konvencionalno frazo: »*Determinig that issue falls outside of the scope of this paper.*«[39] Walther meni, da je treba najprej preveriti, koliko lahko zadostne učinke dosežemo le z jezikovno-simbolnimi sredstvi (krivdorek, po potrebi tudi določitev kazni ali izrek opomina). Po njeni oceni je treba izražanje očitka okrepiti z realnim posegom v dobrine storilca le v »izjemno težkih primerih«.[40]

Manj zadržana glede okrepitve verbalnih očitkov je Hörnle, po njeni oceni brez povzročanja zla storilcu ne gre.[41] Razlog za to je, da so možnosti za le verbalno stopnjevati očitek zelo omejene. Pri tem niti ne gre za to, da bi za stopnjevanje očitka manjkalo besed, temveč predvsem za to, da je teža le verbalnih sporočil v našem socialnem okolju omejena, in sicer tako, kadar hvalimo kakor tudi, kadar grajamo. Omejenost besednih izraznih sredstev pri pohvalah ljudi pride do izraza v ritualih podeljevanja priznanj, ki so vsi prežeti s simbolnimi okrepitvami (slovesna predaja plakete, denarna nagrada v določeni višini). Tem bolj so simbolne okrepitve potrebne, kadar gre za izražanje očitkov. Vprašanje je seveda, koliko oprijemljivega zla je treba dodati verbalnemu sporočilu, da bo to delovalo verodostojno – to je odvisno od zgodovinske občutljivosti družbe. Popolnoma brez simbolne okrepitve pa v današnjih kulturnozgodovinskih razmerah ne gre, zlasti

37 Christie, 1981, str. 15.
38 Günther, 2002.
39 Bomann-Larsen, 2010, str. 16.
40 Walther, 1999, str. 137.
41 Hörnle, 2011b, str. 41–43.

v primeru najtežjih kaznivih dejanj. Pri teh bi omejitev na besedno grajo delovala protislovno in bi relativizirala izraženi očitek.[42] Avtorica v tej zvezi posebej poudari perspektivo žrtve: če bi bil pri težkih osebnih kaznivih dejanjih storilec deležen le verbalnih očitkov, ti očitki na žrtev ne bi delovali verodostojno. Ta ugotovitev se po avtoričinem mnenju ne spremeni, tudi če verbalnim očitkom dodamo dolžnost storilca, povrniti materialno in nematerialno škodo: pri najhujših kaznivih dejanjih očitka ni mogoče ustrezno izraziti le z naložitvijo dolžnosti storilcu, da poravna določeni denarni znesek.

## 8. RAZPRAVA IN SKLEPNE UGOTOVITVE

Dialektika novejših ekspresivnih kaznovalnih teorij, usmerjenih v komunikacijo z žrtvijo, je zanimiva. Najprej te teorije zavrnejo možnost, da bi država prevzela vlogo maščevalca v imenu žrtve. Dolžnost države opredelijo znatno skromneje: država dolguje žrtvi ugotovitev dejanskega stanja in avtoritativno potrditev, da se ji je zgodilo nekaj pravno nedopustnega.

Toda v drugem koraku pride do obrata: golo verbalno solidariziranje z žrtvijo in očitek storilcu ne zadoščata, v podkrepitev teh izjav je treba storilcu povzročiti oprijemljivo zlo. Država torej žrtvi vendarle dolguje povzročitev zla storilcu, le da do tega vodi nekoliko daljša miselna pot.

Od kod potreba po tako vijugavi miselni poti? Zdi se, da gre za naslednjo napetost:

1) Na letvici vrednot je prepoved povzročanja bolečine oziroma trpljenja postavljena zelo visoko. Zato je težko in nehvaležno zagovarjati kaznovalno teorijo, katere *credo* bi se jasno in glasno glasil, da je storilcu treba povzročiti stisko in trpljenje, saj bo to žrtvi morda prineslo nekaj zadoščenja.
2) Ogorčenje in druga reaktivna čustva, ki jih sprožajo težka kazniva dejanja pri žrtvah, svojcih žrtev in drugih, ki za kaznivo dejanje izvejo, so socialnopsihološko dejstvo. Vsaj pri najhujših kaznivih dejanjih si je težko zamišljati, da družbena obsodba teh dejanj ne bi vsebovala zadajanja zla.

Kako razrešiti to nasprotje? Manjši del avtorjev skuša biti načelen in dosledno nasprotuje zadajanju zla,[43] večina zagovornikov ekspresivnih teorij pa se zavzema za kompromis. Precej je odvisno od izhodiščnega stališča. Z nadzgodovinskega vidika ima Günther najbrž prav, ko opozarja, da je povzročanje bolečine storilcu le začasna socialna konvencija za izražanje očitkov. Prav mogoče je, da bo človek prihodnosti začuden nad našo socialno prakso in bo zanj osupljiv ritual, prežet z mističnim prepričanjem, da je eno zlo mogoče lajšati z zadajanjem drugega. Toda če zadevo pogledamo z vidika tukaj-in-zdaj, se nam zdi nepredstavljivo, da bi pri najhujših osebnih kaznivih dejanjih sankcijo omejili na verbalno grajo.[44] S tega vidika so kompromisi neizbežni. Njihov skupni imenovalec je mogoče povzeti takole:

---

42 Hörnle, 2011a, str. 28. Enak sklep, a bolj skopa utemeljitev v Neumann, 2007, str. 440 in Pawlik, 2004, str. 53.

43 Günther, 2002.

44 Da bi se pri hudih kaznivih dejanjih sankcija omejila na verbalno grajo, je seveda težko predstavljivo tudi z vidika prizadevanj za preventivno delovanje kazni. Toda od tega vidika se zagovorniki ekspresivnih teorij običajno ograjujejo – nujnost zadajanja zla skušajo upravičiti že v okviru ekspresivnih funkcij kazni.

potrebe žrtev kaznivih dejanj je treba vzeti resno in jim dati ustrezen prostor v okviru podviga, imenovanega »upravičevanje in osmišljanje državne kazni«; hkrati pa je treba upoštevanju teh potreb postaviti meje, zlasti s tem, da njihovo upoštevnost omejimo na hujša kazniva dejanja in jih posplošimo (neupoštevnost individualnih pričakovanj žrtve v konkretnem postopku).

Sicer pa so ekspresivne kaznovalne teorije relevantne tudi za slovenski prostor. To, da so te teorije za naš prostor relativna novost, nikakor ne pomeni, da kaznovanje doslej pri nas ni opravljalo ekspresivnih funkcij.[45] Vsako kaznovanje je hkrati tudi krik ogorčenja in neodobravanja, le da te funkcije kazni doslej večinoma nismo tako skrbno razčlenjevali in pojasnjevali, kakor smo to počeli s preventivnimi funkcijami. Eden od razlogov za to je razmeroma banalen: na razpravljanje o ekspresivnih funkcijah kazni smo pogosto gledali kot na »del svežnja« absolutnih teorij, in ko se je avtor odvrnil od absolutnih teorij, so bile v nemilosti oziroma so postale nezanimive tudi ekspresivne funkcije kazni. Pri enačenju ekspresivnih in absolutnih kaznovalnih teorij je šlo za nekaj pavšalnosti: ne biti preventivno naravnan ne pomeni samodejno biti »absoluten« (tj. šteti, da je kazen treba utemeljiti neodvisno od učinkov, ki jih bo (morda) imela v prihodnosti).[46]

Če pustimo razvrščanje ob strani, je po vsebinski plati pomembno, da je dilema »preventivne ali ekspresivne funkcije kazni« v znatnem delu umetna. Ne gre namreč za razmerje ali – ali. Zmerni zagovorniki ekspresivnih teorij tako poudarjajo, da so zanje ekspresivne funkcije kazni le *ena od* sestavin v večplastnem mozaiku funkcij kazni, ki pridobi pomen pri *nekaterih* kaznivih dejanjih, ne izključuje pa preventivnih funkcij kazni, temveč jih dopolnjuje.[47]

Za slovenski pravni prostor je razprava o ekspresivnih funkcijah kazni torej pomembna, saj kazen – hočeš nočeš – učinkuje tudi ekspresivno, vendar ta del njenih učinkov doslej ni bil obširneje obravnavan. Razmislek ni pomemben samo zato, da ekspresivne funkcije kazni prepoznamo ter jih opišemo. Ključno je *normativno vprašanje*, ali in do kod lahko premisleki o želenih ekspresivnih učinkih kazni krojijo teorijo in prakso kaznovanja.

Med ekspresivnimi kaznovalnimi teorijami največ pozornosti vzbujajo tiste, ki so usmerjene v komunikacijo z žrtvijo kaznivega dejanja. Te so bile doslej pri nas v glavnem izvzete iz razprav o namenih kaznovanja. Toda obstajajo nekaj dobrih razlogov, da v razpravo umestimo tudi žrtev in njene potrebe.

Pri težkih kaznivih dejanjih zoper osebno integriteto so odzivna čustva žrtev pričakovana. Ne glede na to, kako jih vrednotimo, jih nemara štejemo za »nizka« ali »nerazumna«, mimo njih ne moremo. Bolj priporočljivo, kakor da jih ignoriramo ali tabuiziramo, je, da o njih odprto razpravljamo – tudi v okviru kazenskopravnega sistema in tudi pri razglabljanjih o namenih kaznovanja. O vprašanjih, katera pričakovanja žrtev so legitimna in do kod jim država v kazenskopravnem sistemu lahko/sme/mora ustreči, je mogoče razumno razpravljati. Razprava nikakor ne spada

45 Širša analiza ekspresivnih razsežnosti v kazenskopravni terminologiji in organiziranosti kazenskega postopka je na voljo v Burghardt, 2018, str. 198–201.

46 Resnici na ljubo se je pavšalnost, da sem o nekaterih ekspresivnih funkcijah kazni razpravljal v okviru obravnave absolutnih teorij, zgodila tudi meni v Ambrož, 2008, str. 241–242.

47 Hörnle, 2011b, str. 58–59; Walther, 1999.

med lažje, od nje si je v najboljšem primeru mogoče obetati začasne kompromise. V članku je bila prikazana ena možnost takšnega kompromisa: ekspresivna funkcija kazni, usmerjena v komunikacijo z žrtvijo kot dopolnilna funkcija, je mogoča pri težkih osebnih kaznivih dejanjih, pri čemer se ne upoštevajo individualne, temveč normativirane potrebe žrtve. Ta kompromis je lahko izhodišče za nadaljnjo razpravo in izboljšave.

**LITERATURA:**


- Ambrož, M. (2008). Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 59*(3), 239–248.
- Ambrož, M. (2016). Namen kaznovanja: pozitivna generalna prevencija. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 67*(1), 5–15.
- Ambrož, M. (2020). Kaznovanje kot komunikacija z žrtvijo kaznivega dejanja. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 70* (1).
- Baurmann, M. (2014). Strafen aus Spaß? Experimentelle Befunde zum Sanktionsverhalten. V C. Prittwitz (ur.), *Rationalität und Empathie: Kriminalwissenschaftliches Symposion für Klaus Lüderssen zum 80. Geburtstag* (str. 50–81). Baden-Baden: Nomos.
- Bomann-Larsen, L. (2010). Revisionism and desert. *Criminal Law and Philosophy, 4*(1), 1–16.
- Burghardt, B. (2018). *Zufall und Kontrolle.* **Tübingen: Mohr Siebeck.**
- Christie, N. (1981). *Limits to pain.* Oxford: Martin Robertson.
- Duff, A. (2001). *Punishment, communication and community.* Oxford: Oxford University Press,
- Günther, K. (2002). Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. V C. Prittwitz (ur.), *Festschrift für Klaus Lüderssen* (str. 205–219). Baden-Baden: Nomos.
- Günther, K. (2014). Zurechnung, Strafe und das Selbstverständnis von Personen. V C. Prittwitz (ur.), *Rationalität und Empathie: Kriminalwissenschaftliches Symposion für Klaus Lüderssen zum 80. Geburtstag* (str. 9–49). Baden-Baden: Nomos.
- Hamel, R. (2009). *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Hörnle, T. (2006). Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht. *Juristenzeitung, 61*(19), 950–958.
- Hörnle, T. (2011a). Gegernwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion. V A. von Hirsch (ur.), Strafe - Warum? (str. 11–30). Baden-Baden: Nomos.
- Hörnle, T. (2011b). *Straftheorien.* Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hörnle, T. (2017). Zwecke und Rechtfertigung staatlicher Strafe. V F. Saliger (ur.), *Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag* (str. 593–605). Heidelberg: C.F. Müller Verlag.
- Hörnle, T. (2019). Straftheorien. V E. Hilgendorf, H. Kudlich in B. Valerius (ur.), *Handbuch des Strafrechts, Band 1: Grundlagen des Strafrechts* (str. 507–537). Heidelberg: C.F. Müller Verlag.
- Klug, U. (1968/1998). Abschied von Kant und Hegel. V T. Vormbaum (ur.), *Strafrechtsdenker der Neuzeit* (str. 571–576). Baden-Baden: Nomos.

- Kmet, S. (2019). Nekaj misli ob noveli ZKP-N. *Pravna praksa, 2019*(27), 9–10.
- Moore, M. S. (2016). Stephen Morse on the fundamental psycho-legal error. *Criminal Law and Philosophy, 10*(1), 45–89.
- Langseth, L. (Režiserka). (2010). *Till det som är vackert* [Film]. Švedska: Demiurg.
- Murphy, J. G. (1990). Getting even: The role of the victim. *Social Philosophy & Policy, 7*(2), 209–225.
- Neumann, U. (2007). Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe. V M. Pawlik in R. Zaczyk (ur.), *Festschrift für Günther Jakobs* (str. 435–450). Köln, Berlin, München: Heymann.
- Pawlik, M. (2004). *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Petrovec, D. (2005). *Kult žrtve.* Ljubljana: GV Založba.
- Plesničar, M. M. (2012). Namen kaznovanja in njegov vpliv na odločanje o sankcijah. *Zbornik znanstvenih razprav, 72,* 181–210.
- Plesničar, M. M. (2015). Dobri in manj dobri razlogi za razlike v kaznovanju. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 66*(2), 116–127.
- Plesničar, M. M. (2017). Postopek odločanja o sankcijah. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 68*(3), 258–268.
- Reemtsma, J. P. (1999). *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem.* München: Beck.
- Saliger F. (2017). Über das kommunikative Moment in neueren, insbesondere expressiven Straftheorien – Einige kritische Anmerkungen. V F. Saliger (ur.), *Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag* (str. 689–700). Heidelberg: C.F. Müller Verlag.
- Strawson, P. (1974). *Freedom and resentment and other essays.* London: Methuen & Co.
- Thaler, R. H. (2019). *Nerazumno vedenje: Razvoj vedenjske ekonomije.* Ljubljana: UMco.
- Walther, S. (1999). Was soll "Strafe"? Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionssystems. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 111*(1), 123–143.
- Walther, T. (2011). Vergeltung als Strafzweck, Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik. *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 6*(7), 636–647.
- Weigend, T. (2010). "Die Strafe für das Opfer?" – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht. *Rechtswissenschaft, 1*(1), 40–57.
- Weigend, T. (2011). Kommentar zu Tatjana Hörnle, Gegenwärtige Strafbegründungstheorien. V A. von Hirsch (ur.), *Strafe - Warum?* (str. 31–41). Baden-Baden: Nomos.

# NALOŽBENE PREVARE

Mag. Tanja Frank Eler, okrožna državna tožilka, Specializirano državno tožilstvo Republike Slovenije

## 1. UVOD

Namen prispevka je opozoriti na razširjenost naložbenih prevar, torej prevar, pri katerih sredstva vlagateljev niso bila vložena v predstavljeno naložbo, temveč so šla v žepe organizatorjev sheme. Prikazane so nekatere najznačilnejše oblike naložbenih prevar in njihove značilnosti, s poudarkom na ponzijevih in piramidnih shemah, ki sta v Sloveniji najbolj razširjeni. Opisani sta dve najbolj razvpiti Ponzijevi shemi, ki sta jih zasnovala Charles Ponzi in Bernard Madoff. V nadaljevanju so navedene značilnosti naložbenih prevar z nekaterimi najpogostejšimi identifikacijskimi znaki, ki kažejo na to, da je določeno shemo mogoče opredeliti kot investicijsko prevaro. Na kratko so navedene ugotovitve glede vlagateljev – oškodovancev in razlogi za majhno število prijav teh kaznivih dejanj Prispevek je torej namenjen predvsem strokovnjakom, ki v praksi naletijo na tovrstna ravnanja. Med uporabljenimi viri prevladuje literatura v angleškem jeziku, predvsem ameriškega izvora, ki je na tem področju najobširnejša.[1]

### 1.1 Opredelitev investicijske prevare

Prevare so izjemno razširjen in kompleksen družbeni pojav, ki ima različne oblike. Prispevek se ukvarja s posebnim področjem prevar, to je investicijskimi prevarami. Gre za prevarantske sheme, katerih namen je prepričati investitorje v posebno naložbeno priložnost (na primer podjetje, finančni instrument, investicijski sklad, nepremičninski projekt), ki pa v resnici ne obstaja, organizatorji sheme pa vedo, da ne bodo uresničili njihovih pričakovanj. Naložbena priložnost so delnice, delež v družbi ali dolžniški instrumenti, ki so jih izdale dvomljive družbe in ki naj bi temeljili na novem in vznemirljivem izdelku, tehnologiji ali drugi poslovni priložnosti.[2]

Investicijske prevare temeljijo torej na ponujanju določenih naložb, ki dejansko obstajajo in lahko prinesejo velike donose. V značilnih investicijskih prevarah se tako navidezno tržijo različne donosne naložbene priložnosti, na primer različni finančni instrumenti, alternativni viri energije, redke kovine oziroma surovine, nepremičnine, kriptovalute ali kriptožetoni. Vendar pa prevaranti praviloma ne vlagajo v te produkte, temveč jih uporabijo le za vabo, na katero naj se ujamejo vlagatelji, cilj njihovega delovanja pa je pridobitev premoženjske koristi. Investicijske prevare je zato na prvi pogled težko razmejiti od legitimnih naložb, po katerih se zgledujejo, organizatorji shem pa se vedejo podobno kakor običajni podjetniki.

1 Za začetek še terminološko pojasnilo. Na tem področju se tudi v slovenskih besedilih pogosto uporabljajo izrazi, ki so se ohranili iz angleškega jezika, zato je iskanje najustreznejšega prevoda včasih precejšen izziv. Zaradi jasnosti je zato ob slovenskem izrazu naveden tudi angleški izvirnik.

2 Blanton: nav. delo, str. 4-5.

Naložbene prevare so lahko organizirane na dva načina. Pri preprostejših prevarantskih projektih organizatorji pod različnimi pretvezami od vlagateljev preprosto poberejo denar, zatem pa poniknejo. Pri izvedbi pogosto uporabljajo navidezna podjetja, ustanovljena v davčnih oazah, kar jim zagotavlja anonimnost in omogoča, da izginejo brez sledu. Poleg tega na ta način opeharjenim investitorjem odvzamejo možnost povračila. V večini primerov pa so investicijske prevare zasnovane dolgoročno, na primer v obliki t. i. ponzijevih shem.[3] Za oba pristopa pa je značilno, da ne gre za neko hipno, priložnostno kaznivo dejanje, temveč je vzpostavljena vnaprej premišljena in organizirana struktura.

Za investicijske prevare je značilno, da si storilci zelo prizadevajo za ustvarjanje videza, da je njihov projekt zakonit in uresničljiv, zato uporabljajo različne strategije,[4] ki naj preprečijo, da bi oškodovanci prezgodaj ugotovili, da projekt v ozadju nima nobene ekonomske logike. Uspešnost projekta temelji na učinkovitem sistemu povečevanja števila prihodnjih vlagateljev, kar je posebej značilno za ponzijeve in piramidne sheme. Proces razširjanja sheme poteka na dva načina. Pri prvem se uporabljajo metode, ki ne vključujejo osebnih stikov. Zanj je značilno, da poteka predvsem po spletu, na primer družabnih omrežjih.[5] Drug pristop je bolj ciljno usmerjen, vanj so vključeni pospeševalci prodaje, ki osebno tržijo shemo (na primer s telefonsko prodajo, trženjem od vrat do vrat).[6] Pri ambicioznejših projektih sodelujejo finančni posredniki, ki naložbo tržijo pri svojih strankah. Tako so ugledne mednarodne finančne institucije po vsem svetu opravljale storitve in prejemale plačilo za pridobivanje novih vlagateljev za razvpitega Bernarda Madoffa.[7] Posredniki, ki pridobivajo nove investitorje, so za svoje storitve bogato nagrajeni, pri čemer ni nujno, da so seznanjeni z nepošteno naravo naložbene priložnosti, ki jo ponujajo.[8]

Informacijski napredek je storilcem omogočil večji razpon sredstev in priložnosti za izvedbo investicijskih prevar. Ker se aktivnosti lahko opravljajo po spletu in ni več potreben osebni stik, ni več potrebe po zaposlovanju osebja za prodajo. Anonimnost, ki jo zagotavlja splet, ščiti prevarante pred razkritjem. Poleg tega brezosebnost spletnih odnosov pomeni manj čustvenih posledic tudi za prevarante. Možnost izvedbe povsem brez osebnih stikov povzroča večji obseg investicijskih prevar kakor v preteklosti.[9]

Prispevek se osredotoča na prevare, ki so usmerjene v širši krog posameznikov in se praviloma izogibajo institucionalnim vlagateljem, torej dobro poučene vlagatelje, ki se poklicno ukvarjajo z naložbami, vlagajo večje količine kapitala in imajo v svoji lasti večje portfelje finančnih naložb, kakor so banke, zavarovalnice, pokojninski skladi ipd. Mednje spadajo tudi druga velika podjetja, katerih glavna dejavnost je vlaganje v finančne instrumente, nacionalne in regionalne vlade ter mednarodne finančne institucije, poleg tega pa lahko na lastno zahtevo status pridobijo tudi majhna in srednje velika podjetja ter fizične osebe.[10] Gre torej za osebe, za katere

3 Nolasco, Vaughn, del Carmen: nav delo, str. 378.
4 Blanton: nav. delo, str. 4-5.
5 O tem več v Comet: nav. delo.
6 Shover, Coffey, Sanders: nav. delo, str. 61-62.
7 Frankel: nav. delo, str. 80–81.
8 Prav tam, str. 80.
9 Prav tam, str. 78.
10 Dobro poučeni vlagatelj je opredeljen v členu 2/e prospektne uredbe 2017/1129 (Uredba (EU)

se šteje, da imajo ustrezno znanje in izkušnje, potrebne za presojo tveganj, povezanih z vlaganjem v finančne instrumente.

Predmet prispevka pa so predvsem tiste naložbene prevare, v katere so svoja sredstva investirale osebe, ki tega znanja in izkušenj nimajo in so brez okrilja, ki ga zagotavlja institucija. Ko pride do razkritja, so te zgodbe medijsko zelo odmevne. Kljub številnim primerom in razvpitosti pa statistični podatki o njihovem obsegu niso na voljo.

## 2. ZNAČILNE OBLIKE NALOŽBENIH PREVAR

V teoriji se je izoblikovalo nekaj značilnih oblik investicijskih prevar. Poznavanje značilnosti lahko olajša prepoznavanje nepoštenih shem, v nadaljevanju pa tudi ugotavljanje elementov kaznivega dejanja. V nadaljevanju sta podrobneje opisani dve najbolj razširjeni obliki, to sta Ponzijeva in piramidna shema. Vsaj na kratko pa velja omeniti še:

a) klicne centre (»*boiler room frauds*«). Kakor pove že prevod bistveno bolj slikovitega angleškega izraza kurilnica oziroma kotlovnica, gre za izjemno intenzivne in agresivne prodajne tehnike, katerih namen je, da pri naslovniku spodbudijo hitro in nepremišljeno odločitev.[11] Gre za nenaročene in nepričakovane klice ali sporočila, s katerimi nedoločeni krog možnih strank nagovarjajo k nakupu storitve. Delovanje klicnih centrov temelji na ustvarjanju pritiska, da je treba investirati takoj, sicer bo priložnost izgubljena za vedno.[12] Predmet prodaje so običajno poceni finančni instrumenti s prikazanimi fantastičnimi možnostmi rastmi vrednosti. Zaradi uspešne tržne manipulacije njihova vrednost sprva res eksponentno raste, dokler prenapihnjeni balon poči. Če je do nedavnega veljalo prepričanje, da Slovenija ni tarča tovrstnih aktivnosti,[13] se je to pred kratkim spremenilo. Med številnimi žrtvami mednarodne svetovne prevare, imenovane Tovarna goljufij, *(»Fraud Factory«*), ki se je izvajala iz klicnega centra v Ukrajini, so bili namreč tudi Slovenci. Združba, ki je imela sedež v Kijevu ter franšize v Albaniji in Gruziji in je za vzpostavitev stikov z vlagatelji uporabljala Facebook, je vlagateljem obljubljala donose iz investicij v kriptovalute in manj znane finančne instrumente;[14]
b) prevare s predplačilom (»*advance fee fraud*«) v različnih oblikah, vsem pa je skupno, da se od naslovnika zahteva vnaprejšnje plačilo (provizija, prispevek) za izdelek ali storitev, ki ga nato ne prejeme. Storilci oškodovance nagovarjajo k vplačevanju v investicijske projekte tako, da jim pošiljajo bolj ali manj splošna elektronska sporočila ali oglase. Zaradi načina izvedbe so tovrstne prevare

2017/1129 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. junija 2017 o prospektu, ki se objavi ob ponudbi vrednostnih papirjev javnosti ali njihovi uvrstitvi v trgovanje na reguliranem trgu, in razveljavitvi Direktive 2003/71/ES, UL L 168/12, z dne 30. junija 2017).

11 Izraz spominja tudi na dejstvo, da so klicni centri pogosto v kleteh ali drugih pomožnih prostorih.

12 Roest: nav. delo, str. 27. Delovanje klicnih centrov zelo nazorno prikažeta filma Vroča linija (*Boiler room*) in Volk z Wall Streeta.

13 Pred časom so bili odkriti klicni centri v Sloveniji, pri čemer so bile njihove aktivnosti usmerjene na Kitajsko. Organizatorji, ki so delovali v kriminalni združbi, so bili pred kratkim obsojeni zaradi kaznivega dejanja trgovine z ljudmi, ker so nad izvajalci izvajali fizično in psihično nasilje in jih prisiljevali, da so izvrševali kazniva dejanja goljufije. Center delovanja je bil v Mariboru z izpostavami po Sloveniji.

14 Med ogoljufanimi najmanj 25 Slovencev <https://www.ostro.si/si/zgodbe/med-ogoljufanimi-najmanj-25-slovencev> (29. 7. 2020).

povezane z neznatnimi stroški in tveganjem in so zato široko zastavljene. Za uspeh je tako treba prepričati le majhen del naslovnikov;[15]

c) prevare, ki izkoriščajo pripadnost skupini (»*affinity frauds*«) in pri katerih se prevarant usmeri v določeno etnično, demografsko, versko ali drugo posebno skupino ljudi, ki ji tudi sam pripada ali pa se pretvarja, da je njen član. Na svojo stran najprej pridobi ugledne člane skupnosti, ki nevede postanejo pospeševalci prodaje prevarantskega naložbenega programa. Za tovrstne prevare je značilno, da izrabljajo občutek pripadnosti in zaupanje med člani skupnosti. Podobne strategije sta uporabljala tudi prevaranta Charles Ponzi, ki je naprej začel delovati med italijanskimi priseljenci v ZDA, ter Bernard Madoff, ki je svoj ugled najprej začel graditi med člani judovske skupnosti v New Yorku;[16]

d) visoko donosni investicijski programi (»*high-yield investment programs*« oziroma *HYIP*). Gre za spletne investicijske programe, pri katerih so kljub temu, da naj bi šlo za malo tvegane ali povsem netvegane investicije, obljubljeni nerealno visoki donosi, programe pa izvajajo nosilci brez ustreznih licenc. Sredstva za izplačilo se zagotavljajo z vplačili novih investitorjev, pri čemer se večina sredstev prelije v žepe organizatorjev sheme. Finančna struktura teh shem je pravzaprav enaka tradicionalni Ponzijevi shemi, pri čemer je za visoko donosne investicijske programe značilno, da se izvajajo izključno na spletu, omogoča pa jih obsežni spletni prevarantski ekosistem;[17]

e) sheme »napihni in zavrzi« (»*pump and dump*«), pri katerih prevaranti z zavajajočimi informacijami in tržno manipulacijo s tem, da razširjajo lažno promocijsko gradivo po družbenih omrežjih, umetno izjemno napihnejo ceno finančnega instrumenta. Ko njegova cena naraste, jo prodajo in zaslužek pospravijo v žep. Cena delnice zato strmoglavi,[18] vlagateljem pa ostanejo ničvredne delnice.[19]

## 3. PONZIJEVE SHEME

### 3.1 Charles Ponzi

Pri Ponzijevi shemi gre za eno od tipologij, ki so znane več stoletij. Ime je dobila po ameriškem prevarantu italijanskega porekla Charlesu Ponziju (1882–1949), ki sicer ni bil njen idejni avtor, bil pa je prvi, ki mu jo je uspelo izvesti v tako velikem obsegu. Svojo »poslovno idejo« je črpal pri mednarodnem poštnem kuponu,[20] ki ga je bilo mogoče zamenjati za znamke. Naložba je temeljila na razliki v ceni med italijanskimi in ameriškimi poštnimi kuponi, Ponzi je stranke prepričeval, da trgovanje z razliko med menjalnimi tečaji v obeh državah lahko prinese ogromne dobičke.[21] Vlagateljem je zagotavljal, da bodo v 45.-ih dneh dosegli 50-odstotni donos, na ta način pa mu je uspelo zbrati več milijonov dolarjev.[22] Obljubljene donose je začetnim investitorjem plačeval z denarjem novih strank, predvsem pa je z njihovim denarjem financiral svoj razkošni življenjski slog.[23]

15 Več o tem v Lamberger, Slak, Dobovšek: nav. delo.
16 Perri, Brody: nav. delo, str. 306; Blois, Ryan: nav. delo, str. 192.
17 Neisius, Clayton: nav. delo.
18 Blanton: nav. delo, str. 3.
19 Roest: nav. delo, str. 32.
20 IRC – *International Reply Coupon.*
21 Frankel: nav. delo, str. 15.
22 Furman, DeJoy: nav. delo, str. 65.
23 Frankel: nav. delo, str. 17.

Njegova zamisel je bila torej zelo preprosta in navidezno popolnoma izvedljiva, vendar je bila le krinka.[24] Na ta način je privabil izjemno veliko število vlagateljev, ki so sprva dobivali relativno visoke donose, vendar so vsa izplačila vlagateljem temeljila le na vplačilih novih vlagateljev. Po tem, ko je shemo razkril vztrajni raziskovalni novinar in sodni prepovedi sprejemanja novih vložkov, je prišlo do preplaha in množičnega dvigovanja sredstev, kar je seveda povzročilo sesutje sheme, Ponzi pa je bil obsojen na zaporno kazen.[25]

## 3.2 Bernard Madoff – ponzi ponzijev

V zadnjih letih je daleč največ medijske in akademske pozornosti pritegnila Ponzijeva shema, ko jo je zasnoval razvpiti Bernard Madoff in bi morala biti opozorilo vsem vlagateljem. Glede njenega obsega so v virih navedene različne številke, po katerih naj bi Madoff preslepil od 4.000 do 10.000 investitorjev, ocena zneska oškodovanja pa se giblje med 15 in 65 milijardami dolarjev.[26] V okviru sheme, ki jo je izvajal kar štirideset let, je Madoff svojim strankam – sprva izključno članom judovske skupnosti v New Yorku, sčasoma pa mednarodni klienteli, med drugim uglednim finančnim institucijam – ponujal produkt, ki naj bi nastal na podlagi kompleksne naložbene strategije. Donosi, ki jih je obljubljal, niso bili pretirano visoki, saj so znašali od 10 do 12 odstotkov letno, pri čemer niso bili odvisni od gibanja finančnih trgov.[27]

Madoff je užival ugled vodilnega finančnega strokovnjaka, na Wall Streetu je dosegel tako rekoč zvezdniški status. Okrog svojega podjetja je načrtno ustvarjal mit ekskluzivnosti in pri svojih vlagateljih ustvarjal vtis, da so s tem, ko so dobili dostop do naložbe, vstopili v skupino izbrancev.[28] Vlagatelje je v poročilih redno seznanjal z aktualnim obsegom premoženja in povsem fiktivnim donosom.[29] Njegova zgodba se je končala s sesutjem sheme konec leta 2008, marca 2009 je bil po priznanju krivde za več kaznivih dejanj obsojen na 150 let zapora.[30]

Danes se zdi skoraj neverjetno, da je shema lahko delovala toliko časa in v takem obsegu ter da je Madoffu uspelo preslepiti izjemno izkušene vlagatelje, dobrodelne organizacije in naložbene sklade. Nenavadno je tudi bilo, da Madoffove stranke očitno niso izvajale nikakršnih skrbnih pregledov, ki bi vključevali preverjanje revizorjev. Za Madoffa je namreč vse od leta 1991 dalje revizijske preglede opravljala malo znana družba Friehling & Horowitz z vsega tremi zaposlenimi, od katerih je bil le eden revizor.[31] Madoffu pa niso pretirano zaupali le investitorji, temveč tudi nadzorni organi. Čeprav so nadzorniki večkrat izvedli pregled poslovanja Madoffovega podjetja, je bil ta površen in ni vključeval sistematične in celovite finančne preiskave, pri pregledu pa so bili spregledani številni opozorilni znaki.[32]

---

24 Nolasco, Vaughn, del Carmen, nav. delo, str. 377.
25 Sander: nav. delo, str. 13.
26 Geis: nav. delo, str. 89.
27 Nolasco, Vaughn, del Carmen, nav. delo, str. 376; Frankel, nav. delo, str. 19.
28 Frankel, nav. delo, str. 20.
29 Geis, nav. delo, str. 90.
30 Quisenberry: str. 1.
31 Geis: nav. delo, str. 90.
32 Quisenberry: nav. delo, str. 3.

## 4. PIRAMIDNE SHEME

Za piramidne sheme je značilno, da temeljijo na stalnem dotoku članov, ki morajo pridobivati nove udeležence, da povrnejo sredstva, ki so jih vplačali. Bistvo sheme je vzpostavljanje strukture članov, ki jih organizatorji privabljajo z obljubami o hitrem zaslužku in spodbujajo k aktivnemu novačenju novih članov. Denarni donosi so torej neposredno odvisni od sposobnosti pridobiti nove udeležence v obstoječo strukturo. Z vključitvijo so povezani relativno visoki vstopni stroški, ki se včasih skrivajo v stroških za udeležbo na seminarjih ali za literaturo. Pozneje ko se vlagatelj vključi v sistem, manjše so njegove možnosti, da prejme izplačilo vplačanih sredstev, še manj pa je verjetno izplačilo dobička. Izgube velike večine vplačnikov na dnu piramide se prelevijo v dobitek za majhno manjšino na vrhu strukture.[33]

Ker je delovanje piramidne sheme odvisno od stalnega pritoka svežih vplačil, kar pa ne more trajati v nedogled, je njen konec neizogiben. Pri tem pa investitorji ne dobijo podatkov o tem, koliko ljudi je vključenih pred njimi in na kateri ravni v shemi so, predvsem pa jim organizatorji prikrijejo najpomembnejšo informacijo, ali je piramidni projekt v fazi rasti ali pa je tik pred propadom.[34]

Organizacija piramidne sheme se sicer zgleduje po uveljavljenem modelu (zakonitega) mrežnega trženja kot oblike neposredne prodaje. Zanj je značilna distribucija izdelkov na več ravneh, tako da so stranke/kupci hkrati vključeni v sistem kot sodelavci.[35] Mrežno trženje je način, kako se izogniti trgovini na drobno in vsem z njo povezanim stroškom. Prodajalci so udeleženi pri delu dobička sorazmerno z obsegom lastne prodaje in prodaje, ki so jo izvedli njihovi posredni ali neposredni rekruti.[36]

Organizatorji piramidnih shem stremijo k temu, da bi bili kar najbolj podobni strukturi mrežnega trženja,[37] vendar je med njima bistvena razlika, ki pomeni mejo med zakonitostjo in nezakonitostjo obeh modelov. Če je namen strukture zmanjšanje stroškov oglaševanja in prodaje izdelkov, dobiček pa izvira tako iz prodaje blaga kakor tudi prodaje sodelavcev, pripeljanih v sistem, gre za zakonito mrežno trženje. Če pa se donos ustvarja le z vplačili vlagateljev v shemo, in ne z vlaganjem vplačanega denarja, pa gre za piramidno shemo.[38]

Investicijske piramidne sheme je treba razlikovati tudi od denarnih verig, ki prav tako temeljijo na piramidni strukturi. Na tej metodologiji so tudi v Sloveniji v devetdesetih letih prejšnjega stoletja delovali razvpiti sistemi, kot so Fair Play, Gem Collection ali Catch the Cash. Za slednjega, ki je pravzaprav postal sinonim za denarne verige, je bilo na primer značilno, da je sodelujoči z vplačilom v sistem pridobil pravico pridobivati nove stranke. Za vsako novo stranko je prejel provizijo, pri čemer je bila seveda večina vplačil namenjena udeležencem, ki so bili v sistem vključeni prej. Za pridobivanje članov pa so bili organizirani motivacijski seminarji.

33 Keep, Nat: nav. delo, str. 8-9.
34 Nolasco, Vaughn, del Carmen, nav. delo, str. 377.
35 Keep, Nat: nav. delo, str. 8-9.
36 Hyman: nav. delo.
37 Keep, Nat: nav. delo, str. 6.
38 Prav tam.

Denarne verige so v drugem odstavku 7. člena Zakona o igrah na srečo[39] opredeljene kot igre oziroma dejavnosti, pri katerih udeleženci vplačujejo določene denarne zneske organizatorjem ali drugim udeležencem, ki so se pred njimi vključili v igro oziroma dejavnost in pričakujejo plačilo določenih denarnih zneskov od udeležencev, ki naj bi se za njimi vključili v takšno igro oziroma dejavnost. Opredelitev je povzeta tudi v prvem odstavku 212. člena KZ-1, v katerem je inkriminirano kaznivo organiziranje denarnih verig in nedovoljeno prirejanje iger na srečo.[40]

Ali gre pri projektu za denarno verigo ali prevarantsko investicijsko shemo, je torej odvisno od tega, kako je bila zadeva prikazana vlagateljem. Če se zavedajo, da v ozadju ni nobene investicije in da sodelujejo pri igri na srečo, kar pomeni, da je višina dobitka neposredno odvisna od števila udeležencev, ki jih bodo sami uspeli zvabiti v sistem, gre za organizacijo nedovoljenih denarnih verig. Če pa so prepričani, da bodo njihova sredstva vložena v neki projekt, iz katerega naj bi nato prejemali izplačila, pa gre za prevarantske piramidne investicijske sheme.

## 5. PRIMERJAVA PONZIJEVIH IN PIRAMIDNIH SHEM

Čeprav je obema shemama skupna glavna značilnost, da se izplačila starim investitorjem zagotavljajo le iz vplačil novih, večino sredstev pa organizatorji pospravijo v svoj žep, je med obema oblikama nekaj bistvenih razlik. Tako so piramidne sheme v primerjavi s ponzijevimi bistveno bolj kompleksne, hierarhično strukturirane, pri čemer se v strukturi vzpostavljajo posamezne dokaj samostojne skupine. Vlagatelji so pravzaprav člani te strukture, česar se tudi zavedajo, saj so aktivno vključeni v pridobivanje novih vlagateljev v shemo. Njihov zaslužek je namreč neposredno odvisen od vplačil novih vlagateljev, ki jih sami pridobijo.[41] Za piramidne sheme je tudi značilno, da se določeni delež naložbe preliva po hierarhični lestvici navzgor tako, da vedno največ zaslužijo osebe na vrhu piramide.

Naslednja razlika je v tem, da je Ponzijeva shema v primerjavi s piramidno bistveno bolj stabilna, saj za svoje vzdrževanje ne potrebuje hitre rasti. Najznačilnejši in najbolj poučen primer je prav že večkrat omenjeni Bernie Madoff, ki mu je več desetletij uspevalo ohranjati videz izjemno uspešnega poslovanja, čeprav je šlo dejansko za Ponzijevo shemo. Na drugi strani pa piramidni sistem zaradi svoje strukture zahteva hitro rast in eksponentno povečevanje števila vlagateljev. Iz tega razloga se obseg vlagateljev prej izčrpa, zato se shema hitreje sesuje.[42]

Naslednja razlika je v obsegu vključenosti obstoječih vlagateljev v delovanje sheme. Medtem ko jim pri Ponzijevi shemi ni treba pridobivati novih vlagateljev, je za delovanje piramidnih shem nujno, da so vlagatelji aktivno vključeni v novačenje novih članov. Od števila pridobljenih investitorjev je namreč neposredno odvisen

39 Uradni list RS, št. 14/11 – uradno prečiščeno besedilo, 108/12, 11/14 – popr. in 40/14 – ZIN-B).

40 »Kdor organizira, sodeluje ali pomaga pri organiziranju ali izvajanju denarnih verig, pri katerih udeleženci vplačujejo določene denarne zneske organizatorjem ali drugim udeležencem, ki so se pred njimi vključili v igro ali dejavnost in pričakujejo plačilo določenih denarnih zneskov od udeležencev, ki naj bi se za njimi vključili v tako igro ali dejavnost, se kaznuje z zaporom do treh let.«

41 US Securities and Exchange Commission: Ponzi Schemes: What are some of the similarities and differences between Ponzi and pyramid schemes? <https://www.sec.gov/fast-answers/answersponzihtm.html#PonziVsPyramid> (31. 7. 2020)

42 Prav tam.

prejeti donos. Glede na to značilnost se vlagatelji pri piramidnih shemah za razliko od investitorjev v ponzijeve sheme običajno zavedajo, da denar služijo s pridobivanjem novih članov, čeprav jim pravi prevarantski značaj sheme ostaja prikrit.[43]

Zadnja bistvena razlika pa je v tem, da imajo vlagatelji v ponzijeve sheme praviloma stike z organizatorjem oziroma ga poznajo. Za piramidne sheme pa to ni nujno, ker vlagatelji vstopajo v shemo na različnih ravneh. Običajno nimajo neposrednega stika z osebami na vrhu piramide, temveč le z vodjo svoje skupine.[44]

## 6. PRODUKTI, KI SE TRŽIJO V NALOŽBENIH PREVARAH

V naložbenih prevarah se trži razpon različnih naložbenih produktov. Lahko gre za precenjene ali ničvredne vrednostne papirje (najpogosteje delnice), ki ne izpolnjujejo pogojev za vstop na organizirani trg. V preteklosti so bili izjemno priljubljeni vzajemni skladi in izvedeni finančni instrumenti.

Za naložbene prevare so posebej vabljive investicije v redke surovine, ki se uporabljajo v proizvodnji visoko tehnoloških izdelkov, na primer v obliki naložbe v delnice neke družbe, ki je imetnica koncesije za izkoriščanje rudnika redkih kovin. Rudnik je običajno geografsko oddaljen, hkrati pa investitor tudi nima potrebnega znanja geologije, tako da težko preveri verodostojnost naložbe.[45] Povpraševanje po teh kovinah v resnici obstaja, vendar jih proizvodna podjetja običajno odkupujejo od velikih dobaviteljev, ki lahko zagotovijo ustrezne količine in izpolnijo druge pogoje.[46]

V preteklosti priljubljene in še vedno aktualne so naložbe v valutne pare (forex).[47] Gre za trg svetovnega decentraliziranega trgovanja z valutami, pri katerem se izkoriščajo nihanja razmerij med valutami. Sprva so na tem trgu lahko delovala samo velika podjetja, skladi in drugi udeleženci, ki so trgovali z velikimi vsotami, z informatizacijo se je pokazala možnost za vzpostavitev lastnih trgovalnih platform, na katerih lahko z valutnimi pari sodelujejo tudi majhni vlagatelji. Gre za poseben trg, za katerega je značilen velik obseg trgovanja, trg deluje neprekinjeno in je izjemno likviden. Na oblikovanje tečaja vplivajo številni dejavniki.[48] Hkrati pa je to priložnost tudi za prevarante, ki na primer ponujajo dostop do trgovalne platforme oziroma storitve posrednikov, ki naj bi se ukvarjali z valutnimi pari, čeprav je to le pretveza, da pobirajo denar od vlagateljev. Prevare pa so lahko tudi bolj prefinjene, na primer v obliki trgovalnih platform, ki manipulirajo s tečaji.[49]

Zdaj aktualni pa so kriptovalute[50] in kriptožetoni, predvsem prva javna ponudba kriptožetonov *(»initial coin offering« oziroma* ICO). Pri slednjih gre za inovativni način zbiranje sredstev s strani širše javnosti za zagon ali razvoj nekega projekta

43 Prav tam.
44 Prav tam.
45 Naylor: nav. delo, str. 89.
46 Bitenc: nav. delo, str. 307-308.
47 Izraz je okrajšava za FOReign EXchange.
48 Roest: nav. delo, str. 34.
49 Roest: nav. delo, str. 35.
50 Med najbolj znanimi je še vedno nedokončana zgodba o projektu OneCoin, v katero naj bi se ujeli tudi številni slovenski vlagatelji.

(start-up). Podobno kakor pri virtualnih valutah se izkorišča tehnologija podatkovnih blokov. Izraz se sicer navezuje na IPO *(»inital public offering«*), torej prvo javno ponudbo vrednostnih papirjev, ki pa je v nasprotju s kriptožetoni področje, ki je izjemno urejeno. Temeljni predpis, ki ureja ponudbo vrednostnih papirjev javnosti in obveznosti razkrivanja nadzorovanih informacij, je Zakon o trgu finančnih instrumentov,[51] podrobneje pa to področje ureja prospektna uredba 2017/1129 in številni drugi predpisi. Projekti prve javne ponudbe kriptožetonov so medijsko sicer izjemno dobro pokriti, saj se oglašujejo predvsem po spletu in družbenih omrežjih. Namenjeni so najširši javnosti, ki pa s temi produkti ni dovolj seznanjena, hkrati pa ni nobenih zahtev, kaj mora vsebovati predstavitvena dokumentacija projekta, na primer katere informacije morajo biti vlagateljem na voljo, kako morajo biti opredeljena tveganja.[52]

Priložnost za izvedbo naložbenih prevar so lahko tudi trgovanje z emisijskimi (ogljikovimi) kuponi, torej z dovoljenji za izpuste emisij ogljikovega dioksida, in nepremičninski projekti, najpogosteje v obliki nakupa poceni nezazidljivega zemljišča, ki naj bi ga v nadaljevanju razparcelirali, pridobili gradbeno dovoljenje in nato prodali po bistveno višji ceni.[53] Seznam seveda ni končen, pri čemer je treba poudariti, da gre za produkte le po imenu, dejansko pa se sredstva ne vlagajo nikamor.

## 7. PREPOZNAVANJE NALOŽBENIH PREVAR

V nadaljevanju opisujemo okoliščine, ki so lahko v pomoč pri naknadnem ugotavljanju, da je šlo pri naložbi dejansko za prevaro. Hkrati so za morebitne vlagatelje najpogostejši opozorilni znaki, za katere se je uveljavil tudi izraz rdeče zastavice (***»red flags«***).

Med najpogostejšimi opozorilnimi znaki so zagotovila vlagateljem o zagotovljenih in nadpovprečno visokih donosih ob hkrati izjemno nizkem tveganju.[54] Gre za kombinacijo, ki je za vsakega vlagatelja najbolj zanimiva, hkrati pa neuresničljiva, saj vsaka donosna investicija pomeni določeno raven tveganja.

Naložba se prikazuje kot ekskluzivna, ponudba pa časovno omejena. Na ta način se bolj ali manj intenzivno ustvarja pritisk na vlagatelje in preprečuje, da bi vlagatelji preverili investicijo.[55] Značilno je poslovanje brez pogodb z ustrezno vsebino, v kateri bi bile jasno opredeljene pravice in obveznosti pogodbenih strank, ter brez druge običajne dokumentacije. S tem je povezano podajanje nepopolnih informacij (glede ponudnika, finančne storitve, pravice do odstopa, jamstvenih shem ipd.).[56] Produkti, ki se ponujajo, so prikazani kot zapleteni in zato težko razumljivi.[57]

Hkrati storilci uporabljajo najrazličnejše strategije, s katerimi pri žrtvah ustvarjajo vtis, da gre za zaupanja vreden in pošten dogovor. Uporabljajo dokumentacijo, ki

51 Uradni list RS, št. 77/18, 17/19 – popr. in 66/19.
52 Daniel N.: nav. delo.
53 Bitenc, M.: nav. delo, str. 308.
54 Blanton: nav. delo, str. 3.
55 Roest.: nav. delo, str. 91–93.
56 Nolasco, Vaughn, del Carmen: nav. delo, str. 384.
57 Blanton: nav. delo, str. 3.

je oblikovana strokovno, možne stranke sprejemajo v urejenem okolju, organizirajo brezplačne seminarje, predstavitve in promocije, posle pa ponujajo prodajalci, ki so izučeni v prodajnih tehnikah. V procesu pridobivanje stranke uporabljajo različne tehnike privabljanja, vključno s tem, da s svojimi žrtvami zgradijo odnos, ki temelji na prijateljstvu in zaupanju.[58]

V praksi se za naložbene priložnosti, ki se pozneje izkažejo za finančne prevare, največkrat ugotovi, da ponujeni naložbeni produkti v Sloveniji niso registrirani oziroma da ponudniki nimajo dovoljenja za trženje v Sloveniji, nimajo poslovne registracije, podružnice, licence in/ali registracije pri Agenciji za trg vrednostnih papirjev (ATVP) ali sorodni instituciji katere druge države članice EU.[59] Dovoljenje ATVP za opravljanje investicijskih storitev investitorjem namreč zagotavlja tudi dostop do ključnih informacij glede vodstva podjetja, finančnih podatkov, finančnega produkta in nato tudi nadzor nad poslovanjem ponudnika.

Sporazumi pogosto vsebujejo tudi določbo, ki vlagateljem določeno obdobje onemogoča prosto razpolaganje s finančnim instrumentom (*»lock-up period*«). Tako na primer delnic določeno obdobje ni mogoče prodati oziroma jih je v tem obdobju mogoče prodati le drugim udeležencem sheme. Tovrstne določbe v naložbenih poslih sicer niso neobičajne, vendar pa je za prevarantske sheme značilno, da je obdobje blokade bistveno daljše. Gre za določbo, ki vlagateljem onemogoča, da bi prekmalu ugotovili, da je naložba dejansko ničvredna. Po poteku blokade, ko organizatorji sheme pogosto niso več dosegljivi, pa ugotovijo, da se delnic ne splača prodati.[60]

Organizatorji veliko truda vlagajo v vzdrževanje prepričanja o uspešnosti sheme. Zato izdajajo dokumentacijo, ki potrjuje, da so bila sredstva uporabljena za naložbo, nato pa dokumentacijo, ki vlagateljem lažno izkazuje doseženi dobiček oziroma donose. Hkrati vlagatelje intenzivno spodbuja k ponovnemu vlaganju fiktivnega dobička, s čimer se izognejo temu, da bi ga bilo treba izplačati. V manjšem obsegu tudi dejansko izplačajo donose nekaterim vlagateljem, pri čemer ni nujno, da je edino merilo »kdor prvi pride, prvi melje«. Prednost pri izplačilu imajo lahko osebe, ki imajo med vlagatelji največji ugled in vpliv na mnenje, ali osebe, ki so najbolj vztrajne v svojih zahtevkih in jih je najbolj nujno treba pomiriti. Dodatni manever, ki je namenjen kupovanju časa, je konverzija naložbe *(»roll-over«*), pri kateri organizatorji po tem, ko se sesuje prva naložba, vlagateljem ponudijo prenos sredstev v nadomestno, po možnosti še bolj donosno, vendar prav tako fiktivno naložbo.[61]

V zaključni fazi, ko začnejo vlagatelji terjati izplačilo, imajo organizatorji sheme pogosto dodatne formalne zahteve za izplačilo donosov, na primer da mora biti pisni zahtevek podan na posebnem obrazcu, ki mu je treba priložiti določeno dokumentacijo, zahtevek mora biti poslan priporočeno po pošti (čeprav ima na primer vlagatelj osebne stike z organizatorjem). Včasih so določeni prekluzivni roki za vložitev zahtevka, kar pomeni, da mora biti zahtevek vložen najmanj en mesec pred

58 Bitenc: nav. delo, str. 313.
59 Bitenc: nav. delo, str. 311.
60 Roest: nav. delo, str. 46.
61 US Securities and Exchange Commission: Ponzi Schemes <https://www.sec.gov/fast-answers/answersponzihtm.html> (5. 8. 2020).

iztekom roka za izplačilo investicije. Če vlagatelj ta rok zamudi, se rok za izplačilo podaljša za dodatno obdobje, vse z namenom, da se oteži vlaganje zahtevkov in zavlačuje izplačilo.

Pojasnila glede dejavnikov, ki preprečujejo izplačilo, so številna in odvisna od okoliščin. Pogosto je pojasnilo, da so sredstva blokirana zaradi aktivnosti nadzornih institucij (na primer urada za preprečevanja pranja denarja), ali pa je sredstva zadržala banka oziroma druga finančna institucija, razlog pa je preverjanje določenih dejstev (na primer v povezavi z ukrepi preprečevanja pranja denarja ali financiranja terorizma). Vedno gre za začasne ukrepe ali nesporazum, ki bo kmalu razrešen, tako da naj bi bilo izplačilo mogoče v kratkem, čeprav pa to obdobje traja nekaj let. V zadnji fazi so običajni izgovori, da je neizplačilo posledica nepredvidenih razmer na trgu, čeprav je bilo v predstavitvi rečeno, naj bi bila investicija zanesljiva in izjemno dobro zavarovana, tako da naj bi bila skoraj imuna na dogajanje na trgu. Zelo prikladen izgovor je bila kriza finančnih trgov leta 2008, zato je pravzaprav pričakovati, da bo to vlogo v prihodnosti imela finančna kriza zaradi epidemije novega koronavirusa.

## 7.1 Druga faza prevare

Neredko je po prvi fazi še druga faza prevare (»*recovery room scam*«[62]). Ko investitor ugotovi, da je naložba brez vrednosti, organizatorji pa poniknejo, se pojavijo osebe, ki vlagateljem ponujajo novo priložnost, pri čemer se izkaže, da želijo le zaslužiti v brezizhodnem položaju, v katerem se znajdejo vlagatelji. V takšnem položaju storilci razočaranim oškodovancem ponudijo pomoč pri izterjavi sredstev ali izsleditvi storilcev. Včasih zatrjujejo, da so povezani z državno nadzorno institucijo (na primer policijo, agencijo za nadzor nad trgom finančnih instrumentov ipd.) ali se celo izdajajo za njenega predstavnika. Drug način je, da navajajo, da imajo kupca za nasedlo naložbo, na primer nekega bogatega posameznika, ki naj bi znižal svoje davčne obveznosti z odkupom terjatev od ogoljufanih vlagateljev, ali da imajo kupca, ki je pripravljen kupiti določeno minimalno število delnic, ki jih vlagatelj še nima. Na ta način prepričajo vlagatelje, da kupijo še več ničvrednih delnic. Naslednja možna strategija je ponujanje storitev odvetniške družbe, najete za zastopanje oškodovancev v pravnih (civilnih, kazenskih) postopkih zoper organizatorje, ponujanje storitev stečajnega upravitelja ali posrednika za izterjavo dolga od organizatorjev. Kakršna koli je storitev, vedno je zanjo treba plačati določeni zneska kot nagrado, provizijo ali kakšen drug lažni strošek.[63]

Posledica je ponovna viktimizacija oškodovancev. V ozadju so snovalci izvirne prevarantske sheme ali drugi storilci, ki od prvih pridobijo t. i. sezname lahkoverneže (»*sucker lists*«), torej sezname ljudi, ki so že investirali v prevarantske sheme in ki naj bi bili torej bolj dovzetni za tovrstne manipulacije.[64]

62 Izraz sicer pomeni sobo za okrevanje, lahko pa se nanaša tudi na besedo »*recover*«, torej povračilo.
63 Roest: nav. delo str. 47–50.
64 Prav tam, str. 33 in 34.

## 8. MALO PRIJAV KAZNIVIH DEJANJ

Značilnost investicijskih prevar je tudi, da se relativno malo **oškodovanih** vlagateljev odloči za prijavo kaznivega dejanja,[65] za kar je možnih več dejavnikov. Prvi je ta, da se morda ne zavedajo, da so bili žrtve prevare in živijo v utvari, da je šlo le za nasedlo investicijo.[66] Nemara jih od prijave odvrača občutek, da so na neki način prispevali k prevari oziroma da so zanjo deloma sami odgovorni.[67] Razlog za neprijavo je lahko nezaupanje v uspešnost državnih institucij (policijo, tožilstvo, sodišče) pri pregonu storilcev.[68] Nezanemarljivi razlogi so zagotovo tudi občutek osramočenosti zaradi lastne naivnosti, zaradi česar se oškodovanci nočejo izpostavljati pred bližnjimi in javnostjo, ter predvideno nelagodje in stres, ki ga bodo doživljali v kazenskem postopku. Razlog za pasivnost oškodovancev je tudi dvom v uspešnost izterjave dolgov, kar pojasnjuje predvsem, zakaj se le zelo malo oškodovancev odloči za tožbo in izvršbo v civilnih postopkih. Dejavnik pri odlašanju s prijavo kaznivega dejanja je tudi vprašljivo poreklo vloženih sredstev.[69] Neverjetno dolgo so vlagatelji prepričani, da so njihove možnosti za povračilo sredstev večje, če ne sprožijo kazenskega postopka, saj jih storilci prepričujejo, da v primeru prijave svojega denarja ne bodo več videli. Poudariti je treba tudi, da tovrstna izkušnja na oškodovance izredno slabo vpliva materialno, čustveno, psihološko in zdravstveno.[70]

Zaradi časovnega zamika prijave organizatorji shem pogosto niso več dosegljivi ali pa nimajo več premoženja, na katerega bi oškodovanci ali preiskovalci lahko posegli.

## 9. SKLEP

Investicijske prevare so lahko zelo ciljno usmerjene, se pripravljajo in izvajajo dalj časa ter vključujejo aktivnosti, katerih namen je, da se prepreči odkritje dejanja in storilca. Pri investicijskih prevarah storilci uporabljajo širok razpon tehnik in strategij, ki spadajo v sklop. t. i. socialnega inženiringa. Zanje je značilno, da storilec z uporabo socialnih veščin oziroma tehnik, kakor so vztrajno prigovarjanje, vzbujanje zaupanja, avtoritativni nastop, ustvarjanje časovnega pritiska ipd. vpliva na oškodovanca. Pri socialnem inženiringu storilec izkoristi zaupljivost žrtve in jo tako rekoč pregovori v izvršitev zanjo škodljivega ravnanja, uspešnost pa je odvisna od njegove prepričljivosti oziroma sposobnosti manipuliranja. Pri izvedbi storilci uporabljajo znane poslovne in trženjske modele.

Storjena dejanja imajo hude posledice za oškodovance. Povzročena premoženjska škoda je relativno visoka, oškodovanci pa pogosto izgubijo vse svoje prihranke. Kljub temu se pogosto ne odločijo za prijavo, zato lahko storilci ostanejo nekaznovani.

---

65 Podatki za Združeno kraljestvo na primer kažejo, da investicijske prevare prijavijo le en odstotek do trije odstotki oškodovancev (gl. Button, Lewis, Tapley, nav. delo, str. 25).
66 Button, Lewis, Tapley: nav. delo, str. 26.
67 Prav tam.
68 Prav tam.
69 Lamberger, Slak; Dobovšek: nav. delo, str. 197.
70 Bitenc: nav. delo, str. 303.

Pri investicijskih prevarah gre za zadeve, ki so z vidika preiskovanja iz več razlogov izjemno zahtevne in dolgotrajne. Od storitve kaznivega dejanja do prijave in začetka preiskovanja praviloma preteče veliko časa, kar za preiskovalce pomeni precejšnje težave pri pridobivanju dokumentacije. Evidenc o vlagateljih in vloženih sredstvih ni ali pa so nepopolne. Izziv za preiskovanje sta obseg in strukturna zapletenost shem. Število oškodovancev je veliko, poleg tega je treba ugotoviti, na kakšen način so storilci oblikovali in izvedli prevaro.[71] Za naložbene prevare je pogosto značilna mednarodna razsežnost, kar pomeni, da preiskovanje zahteva mednarodno sodelovanje. Delo preiskovalcev zahteva posebna ekonomska računovodska znanja in znanja s področja računalniške forenzike.

Naložbene prevare so izjemno trdovraten fenomen. Čeprav opisane tipologije niso nove in so bile izvedene že ničkolikokrat, se vedno znova potrdi, da jim ljudje vztrajno nasedajo. Gre za donosne strategije z izjemno sposobnostjo prilagajanja trenutni situaciji na investicijskem trgu. Svojevrsten paradoks prevar je, da je njihova edina stalna značilnost sposobnost neprestanega spreminjanja. V taki ali drugačni obliki so vedno aktualne in bodo zagotovo tudi v prihodnosti. Finančna kriza leta 2008 je na površje naplavila številna odklonska ravnanja,[72] zato je podobna razkritja pričakovati tudi v obdobju likvidnostnih težav zaradi epidemije novega koronavirusa.

71 Prav tam, str. 321.

72 To trditev najbolj nazorno prikaže prav zadeva Madoff, katere razkritje je bilo posledica finančne krize leta 2008. Investitorji so želeli množično potegniti svoja sredstva iz sheme, teh zahtevkov pa shema ni zdržala.

## SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:


- BETTS, Michael J.: *Investigation of Fraud and Economic Crime*. Oxford University Press, Oxford, 2017.
- BITENC, Mateja: Naložbene prevare: viktimološki pregled. *Varstvoslovje* 2016, letn. 18, št. 3, str. 303–324.
- BLANTON, Kimberly: *The Rise of Financial Fraud*. Brief 12-5. Boston: Center for Retirement Research, Boston College, 2012.
- BLOIS, Keith; RYAN Annmarie: Affinity Fraud and Trust within Financial Markets. *Journal of Financial Crime,* 2013, 20, str. 186–202.
- BUTTON, Mark; LEWIS, Chris; TAPLEY, Jacki: *Fraud Typologies and Victims of Fraud*. *Literature Review,* National Fraud Authority, London, 2009.
- COMET, Catherine: Anatomy of a Fraud: Trust and social Networks. *Bulletin de méthodologie sociologique*, BMS, 2011, str. 45–57.
- DANIEL N.: *What is the Difference between an ICO and an IPO?* <https://baseberry.com/archives/533> (1. 8. 2020).
- DVORŠEK, Anton; SELINŠEK, Liljana: *Problematika finančnega kriminala v Sloveniji*. Fakulteta za policijsko-varnostne vede, Ljubljana, 2005.
- FRANKEL, Tamar: *The Ponzi Scheme Puzzle: A History and Analysis of Con Artists and Victims*. New York: Oxford University Press, 2012.
- FURMAN, Donald J.; DEJOY, John S.: Before and after Bernie: Ponzi Regulation or Lack Thereof? *International Review of Business Research Papers* 5, 2009, str. 63–71.
- GEIS, Gilbert: Unaccountable External Auditors and Their Role in the Economic Meltdown. V: Will, S., Handelman S.; Brotherton, D. C. (ur.), *How They Got Away with It: White Collar Criminals and the Financial Meltdown.* New York: Columbia University Press, 2013, str. 85–103.
- HYMAN, Michael R.: *Multilevel Marketing: A pyramid scheme by design*. New Mexico State University, 2007.
- KEEP, William W.; NAT, Peter J. Vander: Multilevel Marketing and Pyramid Schemes in the United States: A historical Analysis. *Journal of Historical Research in Marketing,* 2014, Vol. 6, Issue 4.
- LAMBERGER, Igor; SLAK, Boštjan; DOBOVŠEK, Bojan: Kriminalistično preiskovanje spletnih goljufij s predplačili. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, št. 2, 2013, str. 195–203.
- MOORE, Tyler; HAN, Jie; CLAYTON, Richard: The Postmodern Ponzi Scheme: Empirical Analysis of High-Yield Investment Programs. V: Keromytis, A. D. (ur.), *Financial Cryptography and Data Security*. Berlin: Springer, 2012, str. 41–56.
- NAYLOR, R. Thomas: The alchemy of fraud: Investment scams in the precious-metals mining business. *Crime Law Social Change 47*, 2007, str. 89–120.

- NEISIUS, Jens, CLAYTON Richard: *Orchestrated Crime: The High Yield Investment Fraud Ecosystem*. Prispevek na konferenci APWG (Anti-Phishing Working Group) E-Crime Research Symposium, Birmingham, AL, September 23–25, 2014.
- NOLASCO, Claire Angelique R. I.; VAUGHN, Michael S.; DEL CARMEN, Rolando V.: Revisiting the Choice Model of Ponzi and Pyramid Schemes: Analysis of Case Law. *Crime, Law and Social Change* 60, 2013, str. 375–400.
- PERRI, Frank S., BRODY, Richard, G.: The Optics of Fraud: Affiliations that Enhance Offender Credibility. *Journal of Financial Crime*, Vol. 19, Isssue 3, 2012, str. 305–320.
- REURINK, Arjan: *Financial Fraud: A literature Review.* MPIfG Discussion Paper, No. 16/5, Max Planck Institute for the Study of Societies, Köln, 2016.
- ROEST, Frans: *Share Fraud & Boiler Room Scams Exposed*, Institute of Fraud Auditors, Belgija, 2018.
- SANDER, Peter: Afera Madoff: *Prevara ter zlom največje finančne piramide*, Soleco, Ljubljana, 2010.
- SHOVER, Neal; COFFEY, Glen S., SANDERS, Clinton R.: Dialing for Dollars: Opportunities, Justifications, and Telemarketing Frauds. *Qualitative Sociology* 27, 2004, str. 59–75.
- TOMASIC, Roman: The Financial Crisis and the Haphazard Pursuit of Financial Crime *Journal of Financial Crime* 18, 2011, str. 7–31.
- QUISENBERRY, William L.: Ponzi of All Ponzis: Critical Analysis of the Bernie Madoff Scheme. *International Journal of Econometrics and Financial Managment*, 2017, Vol. 5, št. 1, str. 1–6.

# OPREDELITEV STORILCA V PREKRŠKOVNIH AKTIH

Doc. dr. Liljana Selinšek, Inštitut za kriminologijo, Pravna fakulteta v Ljubljani

## 1. UVOD

Izraz »storilec prekrška« je v tretji alineji 18. člena Zakona o prekrških (ZP-1)[1] opredeljen kot splošni izraz za kršitelja, obdolženca in osebo, ki ji je bila izrečena sankcija za prekršek. V okviru tega splošnega izraza so v zakonu, pa tudi v teoriji in praksi to različni subjekti: fizična oseba, posameznik, neposredni storilec, samostojni podjetnik, zasebnik, pravna oseba, odgovorna oseba ipd., pri čemer razmerje med njimi ni vedno *a priori* jasno. Prispevek obravnava vprašanja, povezana s tem, kako v prekrškovnem aktu (odločbi, sodbi, pa tudi plačilnem nalogu) pravilno ugotoviti oziroma določiti status storilca prekrška.

## 2. OPREDELITEV STORILCA

Pri opredelitvi storilca v prekrškovnih aktih ločujemo formalno in materialno opredelitev storilca. Medtem ko formalna opredelitev zahteva določno in natančno opredelitev osebnih podatkov storilca, materialna opredelitev zahteva določitev ustreznega statusa storilca glede na okoliščine konkretnega primera.

### 2.1 Formalna opredelitev

Formalna opredelitev storilca je zelo natančno določena z ZP-1. Tako morata v skladu s četrtim odstavkom 56. člena ZP-1 in tretjim odstavkom 57. člena ZP-1 *izrek odločbe o prekršku in plačilni nalog* zajemati osebne podatke kršitelja, in sicer osebno ime in EMŠO, oziroma za tujce rojstne podatke, državljanstvo in stalno oziroma začasno prebivališče. Pri odgovorni osebi je treba navesti tudi zaposlitev. Pravna oseba se v izreku *odločbe o prekršku in plačilnem nalogu* konkretizira z imenom in sedežem ter matično številko. V izreku *sodbe o prekršku* so osebni podatki obdolženca razširjeni še na kraj rojstva in poklic (tudi če ne gre za odgovorno osebo), medtem ko za opredelitev pravne osebe zadostujeta firma oziroma ime in sedež, ni pa potrebna matična številka (tretji odstavek 135. člena ZP-1).

Prekrškovni organi in sodišča podatke, potrebne za formalno opredelitev storilca prekrška, pridobivajo primarno iz uradnih evidenc, pri čemer jim morajo v skladu s četrtim odstavkom 45. člena ZP-1 vsi državni organi in nosilci javnih pooblastil brezplačno nuditi potrebno pomoč in podatke, upravljavci zbirk osebnih podatkov pa jim morajo prav tako brezplačno zagotoviti vse osebne podatke, potrebne za ugotovitev dejstev v zvezi s postopkom in za izvršitev sankcij. Navedena določba velja kot podlaga za pridobitev osebnih podatkov za potrebe prekrškovnega postopka.[2]

1 Uradni list RS, št. 29/11 – uradno prečiščeno besedilo, 21/13, 111/13, 74/14 – odl. US, 92/14 – odl. US, 32/16, 15/17 – odl. US in 73/19 – odl. US.

2 Čas, Jenull in Orel, nav. delo, stran 243.

## 2.2 Materialna opredelitev

Materialna opredelitev zahteva določitev statusa storilca prekrška in jo je treba v konkretnem primeru primarno razbrati iz materialnopravnih določb ZP-1, upoštevati pa je treba tudi določbo o prekršku, ki se obravnava v tem primeru.

V hitrem postopku o prekršku se za osebo, zoper katero je začet ta postopek, uporablja izraz kršitelj, v rednem sodnem postopku o prekršku pa tistega, proti kateremu je pred sodiščem vložen odložilni predlog, imenujemo obdolženec.[3] Ta dva izraza – kršitelj in obdolženec – sta torej temeljna označevalca aktivnega subjekta prekrška v odločbi oziroma sodbi o prekršku, ki pa nato glede na okoliščine konkretnega primera praviloma potrebujeta ustrezno konkretizacijo oziroma natančnejšo opredelitev.[4]

Ob upoštevanju določb splošnega dela ZP-1 je lahko kršitelj oziroma obdolženec glede na svojo naravo fizična ali pravna oseba.

Pri pravni osebi nadaljnjih opredelitev v splošnem delu ZP-1 ni, pravni red in splošna pravna teorija pa sta toliko dodelana, da praviloma ni sporno, kateri subjekti imajo status pravne osebe. Pravna oseba se najpogosteje opredeljuje kot organizacija ali skupina ljudi, ki jo pravni red priznava kot nosilca civilnopravnih pravic in obveznosti, in sicer na podlagi vpisa v konstitutivni register.[5] Pravna oseba nima procesne sposobnosti, zato lahko v prekrškovnem postopku opravlja dejanja samo po svojem zastopniku, bodisi zakonitem, bodisi statutarnem. Če je zastopnik pravne osebe hkrati v postopku kršitelj oziroma obdolženec, mora pravna oseba določiti drugega zastopnika.[6]

Glede fizičnih oseb lahko iz materialnopravnih določb ZP-1 razberemo dve skupini fizičnih oseb, ki so lahko odgovorne za prekršek.

Prva skupina je »navadna« fizična oseba, ki lahko v konkretnem primeru deluje kot neposredni storilec, posredni storilec, sostorilec, pomagač ali napeljevalec (prim. 9. in 11. člen ZP-1; smiselno tudi 20., 37. in 38. člen Kazenskega zakonika (KZ-1).[7]

Druga skupina pa je fizična oseba »s statusom«, kamor spadajo:

- samostojni podjetnik posameznik (14.a člen ZP-1),
- posameznik, ki samostojno opravlja dejavnost – zasebnik (14.a člen ZP-1), in
- odgovorna oseba pravne osebe, samostojnega podjetnika, zasebnika, državnega organa ali organa samoupravne lokalne skupnosti (15.a člen ZP-1).

---

3 Prim. prvo in drugo alinejo 48. člena ZP-1.

4 Pri tem so neposredno pomembne materialnopravne določbe ZP-1 o odgovornosti za prekršek. Storilci prekrška so lahko namreč le subjekti, ki so za prekršek odgovorni.

5 Več o pravnih osebah gl. Trstenjak, nav. delo, in Berden, nav. delo.

6 Prim. 93. člen ZP-1, ki se po določbi drugega odstavka 58. člena ZP-1 smiselno uporablja tudi v hitrem postopku o prekršku.

7 Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20 in 91/20.

Materialna opredelitev storilca prekrška je zapletena predvsem zato, ker lahko fizične osebe s statusom, torej podjetniki, zasebniki in odgovorne osebe, v konkretnem primeru delujejo v enaki vlogi kakor navadne fizične osebe, torej kot neposredni storilci, posredni storilci, sostorilci, pomagači ali napeljevalci. Ni pa to nujno, ker so lahko fizične osebe s statusom seveda odgovorne tudi in izključno samo v okviru svojega statusa. Navedeno je odvisno od okoliščin konkretnega primera, pri čemer morajo biti te pravilno ocenjene tudi z vidika določitve statusa storilca, saj se na to določitev veže pravna kvalifikacija prekrška in posledično tudi sankcija.

### *2.2.1 Primer*

Za nazornejšo predstavitev materialne opredelitve storilca prekrška vzemimo hipotetični primer:

> V gostinskem lokalu samostojnega podjetnika – gostinca delajo štiri osebe: vodja strežbe in trije natakarji, od katerih je en samostojni podjetnik sam. Nekega večera v tem lokalu postrežejo pijačo več kakor očitno alkoholiziranemu mladoletniku.

Ustrezna prekrškovna določba v tem primeru je 16. člen Zakona o omejevanju porabe alkohola (ZOPA),[8] konkretno naslednji odstavki oziroma točke:

> 16. člen ZOPA
>
> Z globo od 4.000 do 33.000 eurov se za prekršek kaznuje *pravna oseba*:
>
> […]
>
> 2. ki prodaja ali ponuja alkoholne pijače ali pijače, ki so jim dodane alkoholne pijače, osebam, mlajšim od 18 let (prvi odstavek 7. člena);
>
> 3. ki prodaja alkoholne pijače osebam, ki kažejo očitne znake opitosti od alkohola (drugi odstavek 7. člena);
>
> […]
>
> Z globo od 1.600 do 8.000 eurov se za prekršek iz prejšnjega odstavka kaznuje *samostojni podjetnik posameznik* oziroma posameznik, ki samostojno opravlja dejavnost.
>
> Z globo od 800 do 2.000 eurov se za prekršek iz prvega odstavka tega člena kaznuje odgovorna oseba pravne osebe, *odgovorna oseba samostojnega podjetnika posameznika* oziroma odgovorna oseba posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost.
>
> *Kdor* omogoči osebi, mlajši od 18 let, pitje alkoholne pijače na javnem mestu ali ji ponudi alkohol na javnem mestu, da bi ga pila, ali ji kako drugače omogo-

8 Uradni list RS, št. 15/03 in 27/17.

či, da pije alkoholno pijačo na javnem mestu, se za prekršek kaznuje z globo 250 eurov.

[…]

Z vidika materialne opredelitve storilca prekrška so v tem primeru med drugim mogoče naslednje možnosti:

a) mladoletnika postreže »navaden« natakar,
b) mladoletnika postreže vodja strežbe,
c) mladoletnika postreže samostojni podjetnik – natakar sam.

Vprašanje je, kdo in v kakšni vlogi je v posameznem primeru odgovoren za prekršek.

V primeru a, ko je mladoletnika postregel navaden natakar, je ta deloval kot odgovorna oseba podjetnika v širšem pomenu, torej kot oseba, pooblaščena opravljati delo v imenu, na račun, v korist in s sredstvi samostojnega podjetnika (prvi odstavek 15. člena ZP-1), in *hkrati* kot neposredni storilec prekrška. Ker je storilec prekrška znan in odgovoren, prekršek pa je storil v imenu, na račun in v korist samostojnega podjetnika, sta za prekršek odgovorna natakar in samostojni podjetnik. Natakarju se očita prekršek in izreče sankcija, predpisana za odgovorno osebo,[9] in sicer pod pogoji iz 15.a člena ZP-1. Samostojnemu podjetniku pa se očita prekršek in izreče sankcija po drugem odstavku 16. člena ZOPA[10] in pod pogoji iz 14.a in 14. člena ZP-1 (odgovornost za drugega).[11] V izreku prekrškovnega akta je natakarja torej treba opredeliti kot odgovorno osebo (kakor rečeno, gre za odgovorno osebo v širšem pomenu), samostojnega podjetnika pa kot nosilca podjema, torej brez dodatnih oznak.

V primeru b, ko je mladoletnika postregel vodja strežbe, je enako kakor v primeru a. Tudi vodja strežbe je v tem primeru odgovorna oseba v širšem pomenu, torej fizična oseba, ki je odgovorna za storitev prekrška, ki se očita samostojnemu podjetniku (v bistvu torej nič drugega kot neposredni storilec).

Če bi bil v primeru a, ko je mladoletnika postregel navaden natakar, skupaj s tem natakarjem v službi tudi vodja strežbe (ki pa ne bi imel nič s strežbo pijače mladoletniku[12]), se zastavi vprašanje, ali bi bilo vodjo strežbe mogoče opredeliti kot odgovorno osebo v ožjem pomenu, torej kot osebo, ki je pooblaščena izvajati dolžno

9 Konkretna pravna kvalifikacija v tem primeru je tretji odstavek 16. člena ZOPA v zvezi z 2. točko prvega odstavka 16. člena ZOPA in tretji odstavek 16. člena ZOPA v zvezi s 3. točko prvega odstavka 16. člena ZOPA (gre torej ***za pravi idealni stek dveh prekrškov***).

10 Tudi v tem primeru gre za ***pravi idealni stek dveh prekrškov*** (drugi odstavek 16. člena ZOPA v zvezi z 2. točko prvega odstavka 16. člena ZOPA in drugi odstavek 16. člena ZOPA v zvezi s 3. točko prvega odstavka 16. člena ZOPA).

11 Podrobnejša predstavitev določb o odgovornosti za prekršek presega temo tega prispevka, je pa dostopna v literaturi, npr. v Čas, Jenull in Orel, nav. delo, strani 83–85 in 97–124.

12 Primer ima seveda lahko še več variacij (na primer pijačo za mladoletnika pripravi en natakar, postreže pa jo drugi in bi v tem primeru lahko uporabili teorijo o sostorilstvu, lahko bi bili zraven tudi napeljevalci, morda celo kakšen posredni storilec ipd.), vendar pretirano hipotetiziranje ne bi prispevalo k temeljnemu sporočilu tega prispevka, zato se omejujemo na osnove.

nadzorstvo, s katerim se prekršek lahko prepreči (drugi odstavek 15. člena ZP-1), in torej poleg natakarja[13] in samostojnega podjetnika kaznovati tudi vodjo strežbe kot (še eno) odgovorno osebo. Odgovorna oseba je v ožjem pomenu lahko ob upoštevanju vzpostavljene prakse Vrhovnega sodišča Republike Slovenije[14] odgovorna le za opustitveni prekršek. Ker so za ta primer ustrezni izvršitveni načini prekrška iz 16. člena ZOPA izključno storitveni, v prekrškovni normi ni predpisane opustitve, ki bi jo bilo mogoče očitati vodji strežbe, zato ni podlage za njegovo odgovornost.

V primeru c, ko je mladoletnika postregel samostojni podjetnik sam, je ta podjetnik odgovoren za prekršek po drugem odstavku 16. člena ZOPA, in sicer kot samostojni podjetnik – neposredni storilec. Čeprav ZP-1 tega niti ne zahteva niti ne predvideva, zaradi jasnosti ne bi bilo nič narobe, če bi s to besedno zvezo kršitelja opredelili že v izreku odločbe, torej: *»samostojni podjetnik … je odgovoren, da je kot neposredni storilec [storil prekršek …].«* Vsekakor pa je treba njegov status pojasniti v obrazložitvi prekrškovnega akta, če jo je v konkretnem primeru treba izdelati. Odgovorne osebe, ki bi ji lahko očitali prekršek, pa v tem primeru ni. Kakor je že pred časom nesporno pojasnilo Vrhovno sodišče Republike Slovenije, ista fizična oseba namreč ne more biti za isti prekršek hkrati kaznovana kot samostojni podjetnik in odgovorna oseba samostojnega podjetnika (sodba IV Ips 134/2010 z dne 21. 9. 2010).

## 3. STORILEC V PREKRŠKOVNIH DOLOČBAH

Pomembno je torej, v kateri vlogi v konkretnem primeru deluje kršitelj oziroma obdolženec, pri čemer je treba poleg že navedenih institutov materialnega dela ZP-1 ustrezno upoštevati tudi določbe posebnega dela prekrškovnega prava, torej prekrškovne določbe, ki jih je treba uporabiti v konkretnem primeru.

Določbe posebnega dela prekrškovnega prava so izjemno razvejane, krog možnih storilcev pa opredeljujejo različno glede na vrsto prekrška, ki ga določajo. V nekaterih prekrškovnih določbah je storilec opredeljen glede na dejavnost ali lastnost, ki jo ima v konkretnem primeru, kar je treba ustrezno upoštevati tudi v izreku odločbe oziroma sodbe o prekršku. Tako na primer Zakon o pravilih cestnega prometa (ZPrCP)[15] kot neposredne storilce različnih prekrškov določa voznike, pešce, potnike, jahače, pri določenih prekrških vse udeležence cestnega prometa ipd. Pri tem je pomembno, da storilec, ki se mu očita določen prekršek, v konkretnem primeru nastopa oziroma ravna v posebni vlogi oziroma ima lastnost, ki jo zahteva opis prekrška. Če je za določeno kršitev predvidena sankcija samo za pešca, iste kršitve na podlagi iste prekrškovne določbe ni mogoče očitati kolesarju. Kadar je posameznik lahko v različnih vlogah, je treba ugotoviti tudi, v kateri vlogi je deloval v času izvršitve prekrška.[16]

---

13 Ponovimo, da je natakar v tem primeru odgovorna oseba v širšem pomenu, katere ravnanje je tudi podlaga za odgovornost samostojnega podjetnika.

14 Več o tem Zobec, nav. delo, strani 196–201. Prim. tudi sodbo Vrhovnega sodišča Republike Slovenije IV Ips 32/2019 z dne 19. 5. 2020.

15 Uradni list RS, št. 82/13 – uradno prečiščeno besedilo, 69/17 – popr., 68/16, 54/17, 3/18 – odl. US, 43/19 – ZVoz-1B in 92/20.

16 Prim. sodbo Vrhovnega sodišča Republike Slovenije IV Ips 18/2020 21. 7. 2020, ki se nanaša na primer, ko v postopku o prekršku ni bilo ugotovljeno, ali je posameznik, ki opravlja avtotaksi prevoze, v času napačnega parkiranja opravljal dejavnost avtotaksi prevozov ali pa je vozilo uporabljal v

Najpogostejši so v posebnem delu prekrškovnega prava prekrški, za katere je določena odgovornost:

- pravne osebe,
- samostojnega podjetnika in zasebnika in
- odgovorne osebe pravne osebe, samostojnega podjetnika, zasebnika, državnega organa ali organa samoupravne lokalne skupnosti.

Pomemben razlog za novo in razširjeno opredelitev odgovorne osebe, ki je bila v 15. člen ZP-1 vnesena z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o prekrških (ZP-1G),[17] je bilo prav dejstvo, da (pre)številne prekrškovne določbe niso določale odgovornosti neposrednega storilca prekrška, kar je šibilo specialno-preventivno vlogo prekrškovnega prava, hkrati pa prekrškovno odgovornost mestoma bližalo objektivni odgovornosti, kar seveda ni v bilo skladu s sodobnim kaznovalnim pravom.

### 3.1 Posebej o prekrških, za katere je predpisana odgovornost tako (navadne) fizične kakor tudi odgovorne osebe

Nova ureditev odgovornosti pravnih oseb, podjetnikov, zasebnikov in odgovornih oseb, uzakonjena z novelo ZP-1G, je odprla številna vprašanja, na katera sta teorija in praksa sčasoma oblikovali ustrezne odgovore in rešitve, da lahko danes rečemo, da je področje te odgovornosti sicer zahtevno, a obvladljivo. Še vedno pa ostajajo določena odprta vprašanja predvsem tam, kjer teorija in praksa nimata enotnih stališč. Eno takih področij je primer, ko prekrškovni predpis za isti prekršek določa odgovornost odgovorne osebe (tudi odgovorne osebe v širšem pomenu) in odgovornost neposrednega storilca – posameznika, pri čemer se v konkretnem primeru ta dva statusa prekrijeta (gl. na primer zgornja primera a in b, ko sta natakar oziroma vodja strežbe ravnala kot odgovorni osebi delodajalca in hkrati kot neposredna storilca prekrška). Konkretno v praksi in teoriji obstajajo različna mnenja o vprašanju, ali se v tem primeru posameznik šteje za odgovorno osebo in se mu torej izreče globa, predpisana za odgovorno osebo, ali se posameznik označi za neposrednega storilca in se mu izreče globa, predpisana za posameznika.

Vrhovno sodišče Republike Slovenije je v sodbi IV Ips 113/2013 z dne 21. 11. 2013 zavzelo stališče, da se »*neposredni storilec prekrška, ki ima hkrati status odgovorne osebe po prvem odstavku 15. člena ZP-1, obravnava po določbah o odgovornosti odgovorne osebe za prekršek samo, če predpis, ki določa prekršek, ne določa tudi odgovornosti neposrednega storilca prekrška; sicer pa za prekršek odgovarja kot neposredni storilec prekrška.*« Ob tem je zapisalo še da je »*novelirani 15. člen ZP-1 pojem odgovorne osebe razširil, saj statusa odgovorne osebe ne veže več na »opravljanje poslov«, ampak na »opravljanje dela«*.

Dejansko stanje, ki je bilo podlaga za odločitev, je bilo naslednje: A je kot udeleženec v cestnem prometu vozil vlečno vozilo s pripetim priklopnim vozilom po lokalni

zasebne namene.

17 Uradni list RS, št. 9/11.

cesti skozi naselje. V naselju ga je ustavila in izvedla kontrolo pooblaščena uradna oseba prekrškovnega organa (policist), ki je ugotovila, da je A storil:

- prekršek po drugem odstavku 37. člena Zakona o delovnem času in obveznih počitkih mobilnih delavcev ter o zapisovalni opremi v cestnih prevozih (ZDCOPMD),[18] ker ni imel obveznega neprekinjenega dnevnega počitka in je s tem kršil drugi odstavek 8. člena Uredbe 561/2006/ES, in
- prekršek po devetem odstavku 74. člena ZPrCP, ker tovor na vozilu ni bil pritrjen s primernimi trakovi.

37. člen ZDCOPMD kot aktivne subjekte prekrška, o katerem se je določalo v konkretnem primeru, določa pravno osebo, samostojnega podjetnika in zasebnika (prvi odstavek), odgovorno osebo pravne osebe, podjetnika ali zasebnika (drugi odstavek) in voznika[19] (tretji odstavek). 74. člen ZPrCP pa kot aktivne subjekte prekrška, ki se uporablja v tem primeru, določa voznika, ki ne potrebuje vozniškega dovoljenja (sedmi odstavek), voznika motornega vozila (osmi odstavek) in pravno osebo, podjetnika, zasebnika in njihovo odgovorno osebo ter odgovorno osebo državnega organa ali organa samoupravne lokalne skupnosti (deveti odstavek). Prekrškovni organ je storilca v tem primeru opredelil kot odgovorno osebo in mu izrekel sankcijo po določbah za odgovorne osebe. Vrhovno sodišče pa je zavzelo drugačno stališče in v navedeni sodbi odločilo, da je storilec prekrška, ki je hkrati neposredni storilec prekrška in odgovorna oseba po prvem odstavku 15. člena ZP-1, za prekršek odgovorna kot neposredni storilec prekrška (kadar predpis o prekršku določa tako odgovornost odgovorne osebe kakor tudi odgovornost neposrednega storilca prekrška).

Mnenje avtorice tega prispevka o tem vprašanju je nasprotno in izhaja iz tega, da ZP-1 odgovorni osebi s tem, ko jo določa kot vrsto storilca oziroma kot fizično osebo s statusom, daje poseben položaj oziroma »višji status«, ki bi moral v primeru, ko ima neposredni storilec hkrati status odgovorne osebe, prevladati.[20] Če predpis o prekršku določa, da sta za prekršek odgovorna tako neposredni storilec kakor tudi odgovorna oseba, bi bilo treba takega posameznika v prekrškovnem postopku torej šteti za odgovorno osebo. Argumenti za to stališče so; najprej se na načelni ravni zastavlja vprašanje, ali je prav, da je voznik, ki *v službi s prevoznim sredstvom delodajalca* stori cestnoprometni prekršek, obravnavan kot voznik – posameznik le zato, ker ZPrCP za konkretni prekršek predvideva tudi odgovornost »navadnih« fizičnih oseb, medtem ko na primer prodajalec, ki *v službi v trgovini* proda alkoholno pijačo očitno alkoholizirani osebi, za prekršek odgovarja kot odgovorna oseba delodajalca, ker ZOPA odgovornosti prodajalca kot »navadne« fizične osebe za ta primer ne predvideva. Razlog za to je nedoslednost posebnega dela prekrškovnega prava, ki je pri nas daleč od optimalnega in bi potreboval korenito sistemsko preobrazbo. Tam, kjer je mogoče, pa bi bilo smiselno vzpostaviti vsaj temeljno enakost med storilci, četudi gre za prekrške z različnih področij. Poleg tega na vrednostni ravni obstaja razlika med primerom, ko fizična oseba – posameznik naloži kupljeni hladilnik na prikolico in ga za prevoz do doma ustrezno ne zavaruje, in med primerom, ko na tovornem vozilu tovora ustrezno ne zavaruje

18 Uradni list RS, št. 45/16 – uradno prečiščeno besedilo, 62/16 – popr. in 92/20 – ZPrCP-E.
19 Torej posameznika.
20 Prim. tudi Selinšek, nav. delo, strani 27–28.

poklicni voznik. Pri »navadni« fizični osebi vožnja ni njena dejavnost, za katero bi bila odgovorna pri opravljanju svojega dela, medtem ko je poklicni voznik v službi primarno odgovoren tudi za to, da spoštuje cestnoprometne predpise. Zato bi moral biti za prekrške, ki jih stori v službi voznik s prevoznim sredstvom delodajalca, obravnavan kot odgovorna oseba delodajalca (kadar zakon seveda predvideva tudi odgovornost odgovorne osebe). Gre v bistvu prav za to, kar je vrhovno sodišče zapisalo v sodbi IV Ips 113/2013: »*Novelirani 15. člen ZP-1 je pojem odgovorne osebe razširil, saj statusa odgovorne osebe ne veže več na »opravljanje poslov«, ampak na »opravljanje dela«.*

Omenjena sodba vrhovnega sodišča zadeva področje cestnega prometa, vendar pa je jedro sodbe splošno in jasno v tem, da je treba upoštevati tudi k zgoraj omenjeni 16. člen ZOPA. Četrti odstavek tega člena namreč predvideva tudi odgovornost posameznika – navadne fizične osebe, ki na javnem mestu mladoletniku omogoči stik z alkoholno pijačo. Pod opis tega prekrška je mogoče uvrstiti tudi prodajo alkoholne pijače mladoletni osebi v gostinskem lokalu, kar pomeni, da se ob upoštevanju stališča Vrhovnega sodišča Republike Slovenije zastavi vprašanje, ali bi morali pravno opredelitev prekrškov odgovornih oseb (torej natakarja in vodje strežbe) v delu, ki se nanaša na strežbo alkohola mladoletni osebi, iskati v četrtem, in ne v tretjem odstavku 16. člena ZOPA. Vprašanje ni nepomembno, ker so zagrožene globe precej različne.

## 4. SKLEP

Za pravilno materialno opredelitev storilca prekrška oziroma določitev njegovega statusa v konkretnem primeru je torej treba ustrezno kombinirati materialnopravne določbe ZP-1 in prekrškovno določbo, ki se uporablja v konkretnem primeru. Ugotovljeni primarni ali prevladujoči status storilca je treba zapisati v izrek prekrškovnega akta.[21] V primeru kombinacije statusov (npr. samostojni podjetnik – neposredni storilec) pravnoformalno v izreku sicer zadostuje navedba primarnega statusa, priporočljivo pa je, da se zaradi jasnosti doda tudi drugi status ali pa se ta vsaj ustrezno obrazloži v obrazložitvi (kadar se ta napiše). Kadar je konkretni primer zapleten oziroma status storilca ni očitno jasen, pa je najbolje – tako kakor tudi sicer v življenju – izhajati iz zdrave pameti oziroma, če zapišemo malce bolj učeno, odprto vprašanje rešiti logično in izkustveno sprejemljivo.

21 Prim. sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije IV Ips 58/2016 z dne 20. 12. 2016, s katero je vrhovno sodišče ustavilo postopek o prekršku, ker v opisu dejanskega stanja prekrška v plačilnem nalogu nista bila konkretizirana kršitelj oziroma storilec prekrška in zakonski znak odgovorne osebe.

## LITERATURA:


- BERDEN, Andrej. Prispevek k teoriji pravne osebe I in II. Pravna praksa 1999, leto 18, št. 27/28, str. I-XII in št. 36, str. str. I–V.
- ČAS, Petra; JENULL, Hinko, OREL, Nuša (red.). Zakon o prekrških s komentarjem. Ljubljana: GV založba, 2018.
- SELINŠEK, Liljana. Aktualna vprašanja glede odgovornosti pravnih in fizičnih oseb za prekrške. V: Pravosodni bilten, 2013, letn. 36, št. 1, str. 21–39.
- TRSTENJAK, Verica. Pravne osebe. Ljubljana: GV založba, 2003.
- ZOBEC, Barbara. Odgovornost pravnih oseb za prekršek (problematika v zvezi s prakso vrhovnega sodišča posebej v zvezi z opustitvijo dolžnega nadzorstva). V: Pravosodni bilten. 2014, letn. 35, št. 1 (2014), str. 193–201.

# ODVZEM PREMOŽENJSKE KORISTI – VSE POMEMBNEJŠI INSTITUT V SODOBNEM KAZENSKEM PRAVU?[1]

Mag. Vanja Verdel Kokol, višja sodnica, Okrožno sodišče v Mariboru

## 1. UVOD

Pravni institut odvzema premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, je tradicionalno umeščen v vse sodobne kazenskopravne sisteme. Vendar ideja izravnalne pravičnosti, ki je pravni filozofski temelj tega institutu, sega že v antične čase. Tako je Aristotel[2] ob temeljnem razlikovanju med pravičnostjo v širšem pomenu in pravičnostjo v ožjem pomenu v okviru slednje razlikoval med razdeljevalno pravičnostjo (pozneje poimenovano *iustitia distributiva*) in izravnalno pravičnostjo (*iustitia commutativa*). Kakor je utemeljil v Nikomahovi etiki, je slednja v ustreznem (korektnem) upoštevanju medsebojnih odnosov, ki so lahko bodisi pogodbeni (hoteni) bodisi deliktni oziroma protipravni (nehoteni). Izravnalna pravičnost se tako po eni strani kaže kot pogodbena izmenjava enakovrednih dobrin, po drugi strani pa kot popravna (korektivna) pravičnost,[3] katere obliki sta nadomestitvena (restitucijska) pravičnost in povračilna (retributivna) pravičnost. Čeprav se je sprva v zgodovini izravnalna pravičnost prepoznavala kot pravičnost zasebnega prava,[4] zlasti v času, ko je bilo kazensko pravo še zasebno pravo, se je tudi pozneje, ko je postalo javno pravo, to merilo obdržalo. Če je povračilna pravičnost značilna kaznovalna pravičnost, izraža nadomestitvena pravičnost težnjo, da se vzpostavi stanje, kakršno je bilo pred posegom v zavarovano premoženjsko dobrino.

Prav tako je mogoče iz rimskopravnega zgodovinskega izročila izpostaviti merilo pravičnosti, po katerem ne more nihče na temelju svojega delikta izboljšati svojega položaja – *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*.[5] To z drugimi besedami pomeni, da je v nasprotju z načelom pravičnosti, da bi imel kdo koristi iz prepovedanega dejanja.[6]

Tudi Dworkin[7] je mnogo pozneje, ko je razmejeval pravila od načel, to merilo pravičnosti povzdignil v načelo, da se nihče ne sme okoristiti s protipravnim ravnanjem,[8] kar so v svoje kazenskopravne sisteme vključile vse sodobne države. V nekaterih

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice na Forumu o finančni in gospodarski kriminaliteti 2020, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekal 11. novembra 2020. Vsebina prispevka je nastala v okviru priprave doktorske disertacije z naslovom Odvzem premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, kot zakonodajni, teoretični in praktični problem na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru pod mentorstvom prof. dr. Damjana Korošca.
2 Aristoteles, prevod: Gantar, nav. delo, str. 155.
3 Prim. tudi Pavčnik, nav. delo, str. 515.
4 Radbruch, nav. delo, str. 201.
5 Kranjc, nav. delo, str. 164.
6 Prav tam.
7 Prim. Pavčnik, nav. delo, str. 432–433.
8 Dworkin, nav. delo, str. 105–106 in 109–110; prim. tudi Pavčnik, nav. delo, str. 432–433.

izmed njih pa je odvzem premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, celo ustavna kategorija.

Slovenija ureja obravnavani institut zlasti na ravni zakonske ureditve, pri čemer na prvi pogled jasna in preprosta zakonska zahteva, da nihče ne more obdržati premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, zlasti v sodni praksi pogosto povzroča številne dileme. Vse bolj je prisoten trend prenosa spornih vprašanj s klasičnih materialnopravnih institutov na ukrepe *sui generis*, usmerjene v odvzem premoženjske koristi. Tako se sprva obrobna vprašanja pogosto prelevijo v ključna, ki vplivajo na usodo zadeve.

Zaradi umestitve obravnavane teme v ustrezni pravni okvir je treba najprej razlikovati med različnimi odvzemi premoženjske koristi v našem pravu. Tako ločimo:

- kazenskopravni odvzem, v okviru katerega razlikujemo:
  - klasični odvzem (z nosilno določbo 75. člena Kazenskega zakonika – KZ-1[9]),
  - razširjeni odvzem (z nosilno določbo 77.a člena KZ-1),
  - procesni odvzem (498.a člen ZKP);
- civilnopravni odvzem po Zakonu o odvzemu premoženja nezakonitega izvora – ZOPNI;[10]
- upravno-davčni odvzem (obdavčitev nenapovedanih dohodkov z nosilno določbo 68.a člena Zakona o davčnem postopku – ZDavP-2[11]) in
- prekrškovni odvzem (z nosilno določbo 28. člena Zakona o prekrških – ZP-1[12]).

V nadaljevanju obravnavam kazenskopravni odvzem premoženjske koristi, pri čemer bodo izpostavljena določena materialnopravna vprašanja, procesnopravni vidik v povezavi z institutom sporazumevanja o krivdi, obravnavano pa bo tudi mednarodnopravno sodelovanje, na področju katerega se z novo Uredbo (EU) 2018/1805 spreminja pravna podlaga.

## 2. MATERIALNOPRAVNE PREDPOSTAVKE ODVZEMA PREMOŽENJSKE KORISTI

Ukrep kazenskopravnega odvzema premoženjske koristi je primarno urejen v sedmem poglavju splošnega dela KZ-1, in sicer v določbah od 74. do 77.c člena, ki

9 Uradni list RS, št. 50/2012 – UPB, 54/2015, 6/2016, 38/2016, 27/2017, 23/2020, 91/2020, 175/2020 – ZIUOPDVE.

10 Uradni list RS, št. 91/2011, 25/2014, 98/2015 – odl. US, 16/2017 – odl. US, 53/2018 – odl. US.

11 Uradni list RS, št. 13/2011 – UPB4, 24/2012 – ZDDPO-2G, 24/2012 – ZDoh-2I, 32/2012, 94/2012, 101/2013 – ZDavNepr, 111/2013, 22/2014 – odl. US, 40/2014 – ZIN-B, 25/2014 – ZFU, 90/2014, 95/2014 – ZUJF-C, 23/2015 – ZDoh-2O, 23/2015 – ZDDPO-2L, 91/2015, 63/2016, 69/2017, 13/2018 – ZJF-H, 36/2019, 66/2019, 36/2020 – ZIUJP, 49/2020 – ZIUZEOP, 61/2020 – ZIUZEOP-A, 89/2020, 145/2020 – odl. US. V zvezi s tem načinom odvzema je pomembna zadnje navedena odločba Ustavnega sodišča RS U-I-113/17 z dne 30. 9. 2020, ki je razveljavila 70-odstotno davčno stopnjo (po novem je torej ta ponovno največ 50-odstotna) in dovolila obdavčitev po navedenem določilu le od 1. januarja 2009 dalje.

12 Uradni list RS, št. 29/2011 – UPB8, 21/2013, 111/2013, 74/2014 – odl. US, 92/2014 – odl. US, 32/2016, 15/2017 – odl. US, 27/2017 – ZPro, 73/2019 – odl. US.

določajo osebe, ki jim je mogoče odvzeti premoženjsko korist, in na kakšen način, nadalje vprašanje prikritega razpolaganja in odvzema premoženja hudodelske združbe, ter navsezadnje, kakšno je razmerje odvzema premoženjske koristi do oškodovanca in njegovega premoženjskopravnega zahtevka.

Kot protipravna premoženjska korist se glede na določbo 74. člena KZ-1 obravnava vsako povečanje premoženja storilca, ki ima svoj izvor v izvršitvi kaznivega dejanja. Izvršitev kaznivega dejanja je torej prva od zakonsko predpisanih predpostavk za uporabo tega ukrepa. Za izrek odvzema premoženjske koristi pa morajo biti po zakonu izpolnjene vse tri predpostavke, o katerih mora biti sodišče prepričano, in sicer:

- ugotovljeno kaznivo dejanje,
- pridobitev premoženjske koristi in
- povezava med prejšnjima predpostavkama.

Iz navedenih predpostavk torej izhaja, da naše pravo odvzem premoženjske koristi na ravni splošne določbe pogojuje z izvršenim kaznivim dejanjem. Zato je treba omeniti v teoriji[13] poglobljeno kot teoretično-doktrinarni koncept razdelani abstraktni **splošni pojem kaznivega dejanja**, ki je eden temeljnih pojmov, če ne celo osrednje vprašanje v sodobni dogmatiki kazenskega materialnega prava. Tudi v slovenski teoriji je večdelni splošni pojem kaznivega dejanja pojmovan kot gibalo vse sodobne teorije splošnega dela materialnega kazenskega prava.[14] Gre za poseben znanstveno-pravno visoko dognani sistem, ki ga tvorijo ključni elementi kot nujne splošne predpostavke kaznivosti. Za opredelitev dejanja za kaznivega namreč ne zadostuje, da določeno dejanje ustreza opisu posameznega kaznivega dejanja v posebnem delu zakona, temveč morajo biti izpolnjene vse nujne predpostavke kaznivosti, torej tiste, ki so podane pri vsakem kaznivem dejanju. Tako morajo biti vselej izpolnjene štiri splošne predpostavke, imenovane tudi klasični elementi kaznivega dejanja, ki jih izhajajoč iz nemške visoko razvite kazenskopravne znanosti razvrščamo na: človekovo voljno ravnanje (*Handlung*), izpolnjenost biti inkriminacije (*Tatbestandsmäßigkeit*), protipravnost (*Rechtswidrigkeit*) in storilčevo krivdo (*Schuld*).

Slovenska teorija[15] govori tudi o tridelnem oziroma tristopenjskem splošnem pojmu kaznivega dejanja, saj poudarja zraščenost ravnanja z bitjo kaznivega dejanja, tako da kot element kaznivega dejanja opredeljuje človekovo, z voljo obvladljivo *ravnanje, ki izpolnjuje bit kakšne inkriminacije*.

Zakonsko besedilo 74. člena KZ-1, kot je zdaj oblikovano in ki pogojuje uporabo ukrepa odvzema premoženjske koristi z »ugotovitvijo kaznivega dejanja«, predpostavlja izpolnitev vseh navedenih temeljnih elementov splošnega pojma kaznivega dejanja, vključno s krivdo. Tak koncept torej načeloma napeljuje na sklep, da bi se lahko premoženjska korist odvzela le takrat, ko bi bili izpolnjeni vsi klasični elementi splošnega pojma kaznivega dejanja, kar bi se postopkovno

13 Prim. Roxin, nav. delo, str. 195–198; Bavcon in drugi, nav. delo, str. 148–157; Novoselec, 2016, nav. delo, str. 99–102.
14 Korošec, nav. delo, str. 26.
15 Bavcon in drugi, nav. delo, str. 150 in 157.

odrazilo v obsodilni sodbi.[16] Vendar je po drugi strani iz drugih materialnopravnih določb, in sicer iz petega odstavka 3. člena KZ-1, mogoče sklepati, da odvzem premoženjske koristi ni nujno vezan na krivdo storilca. Po tej določbi se namreč lahko storilcu, ki ni kriv, ker ob izvršitvi protipravnega dejanja ni bil prišteven, prav tako izreče odvzem premoženjske koristi. Slednje pa utrjuje še določba prvega odstavka 503. člena ZKP, po kateri sme sodišče izreči odvzem premoženjske koristi tudi v sklepu, s katerim izreče varnostni ukrep obveznega psihiatričnega zdravljenja ter varstva v zdravstvenem zavodu in obveznega psihiatričnega zdravljenja na prostosti, in torej ne le v sodbi, s katero spozna obtoženca za krivega, oziroma v sklepu o sodnem opominu ali v sklepu o vzgojnem ukrepu. Iz tega izhaja sklep, da naša zakonodaja z izjemo posebnega, ne na obsodbo vezanega procesnopravnega odvzema koristi po 498.a členu ZKP, ne daje pravne podlage za odvzem premoženjske koristi, če je v kazenskem postopku izdana oprostilna sodba. Prav tako ne, če je izdana zavrnilna sodba (na primer zaradi zastaranja), čeprav lahko taka odločba v obrazložitvi posredno ugotavlja kaznivo dejanje (kakor določa drugi odstavek 74. člena KZ-1).

Tako se zastavlja vprašanje, ali je taka ureditev ustrezna, kar je lahko še posebej aktualno pri dejanski ali pravni zmoti, kadar popolnoma izključuje krivdo (ne pa tudi protipravnosti) in utemeljuje izrek oprostilne sodbe (2. točka 358. člena ZKP). Glede na vsebino določil tretjega in petega odstavka 3. člena KZ-1, 74. člena KZ-1 in 503. člen ZKP namreč ni predviden odvzem premoženjske koristi pri oprostilni sodbi, in to niti pri tisti, ki je izdana v primeru izključene protipravnosti (po 1. točki 358. člena KZ-1), niti v primeru neizogibne dejanske ali pravne zmote, ki obe povsem izključita krivdo (2. točka 358. člena KZ-1 v zvezi s prvim odstavkom 30. člena in prvim odstavkom 31. člena KZ-1). Ustreznost take ureditve je vprašljiva, saj obstoj razloga za izključitev protipravnosti (še zlasti pa ne v primeru protipravnega dejanja ob le izključeni krivdi) ne more popraviti neupravičenosti pridobljene premoženjske koristi. Prepuščanje tega vprašanja civilnim postopkom, ob že sproženem kazenskem postopku, ne more biti v skladu s koherentnostjo pravnega sistema in pomeni le negospodarno podvajanje postopkov ter s tem zmanjšano učinkovitost pravnega sistema.

Določba 74. člena KZ in z njo povezane določbe tretjega in petega odstavka 3. člena KZ ter 503. člena ZKP tako dogmatično niso popolnoma ustrezno oblikovane, saj bi bilo pravilneje, če bi zakon ukrep odvzema premoženjske koristi pogojeval s protipravnim dejanjem (*rechtswidrige Tat*[17]) oziroma ravnanjem, za katerega je zagrožena kazen (*mit Strafe bedrohte Handlung*), kakor je to izrecno predvideno v nemškem, avstrijskem in tudi hrvaškem pravu.

Ob tem se zastavlja tudi vprašanje, zakaj je v našem KZ-1 pogosto tudi takrat, ko dogmatično to ni sprejemljivo, v veljavi izraz kaznivo dejanje (na primer pri pravni zmoti[18]). Podobno je nedosledno uporabljen izraz kaznivo dejanje tudi v kazenskoprocesni zakonodaji pri razlogih za oprostilno sodbo, saj je po 1. točki 358. člena

16 Tako tudi Novoselec, 2009, nav. delo, str. 501.

17 Nemški kazenski zakon v 5. točki prvega odstavka 11. člena StGB opredeljuje protipravno dejanje kot »samo tisto dejanje, ki izpolnjuje bit kaznivega dejanja« (*rechtswidrige Tat: nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht*).

18 Tako je v prvem odstavku 31. člen KZ-1 zapisano, da storilec kaznivega dejanja, ki iz upravičenih razlogov ni vedel, da je to dejanje v nasprotju s pravom, ni kriv.

ZKP kot prvi razlog za izrek oprostilne sodbe določeno, da dejanje, za katero je obtoženec obtožen, po zakonu ni kaznivo dejanje. Nato pa je v 2. točki 358. člena ZKP naveden še poseben razlog glede obstoja okoliščin, ki izključujejo krivdo ali kaznivost. Teorija[19] se je s tem fenomenom pred časom že ukvarjala z nosilno ugotovitvijo, da to najbrž izvira iz danes že preseženega starejšega razumevanja kaznivega dejanja le v objektivnem pomenu kot sinonima za protipravno ravnanje, ki ustreza zakonskemu opisu kaznivega dejanja. Sistemsko se je izven kaznivega dejanja krivda obravnavala kot kazenska odgovornost, kar je v nasprotju z modernim kazenskim pravom, ki krivdo jasno umešča v splošni pojem kaznivega dejanja (objektivno-subjektivno razumevanje kaznivega dejanja).

Vendar je težko zagovarjati stališče, da ima v veljavni določbi 74. člena KZ-1 kaznivo dejanje le objektivni pomen, saj v tem primeru opisanih dilem ne bi bilo. Tako razumevanje namreč ni v skladu z drugima, že navedenima zakonskima določbama 3. člena KZ-1 in 503. člena ZKP, iz katerih izhaja, da je v kaznivem dejanju zajeta krivda. Za izrek ukrepa odvzema premoženjske koristi namreč predpostavljata izvršitev kaznivega dejanja z izrečeno obsodilno sodbo oziroma tej primerljivo sodno odločbo, pri čemer sta izrecno navedeni le dve izjemi v primeru obeh medicinskih varnostnih ukrepov. Če bi imelo kaznivo dejanje le objektivni pomen, bi morala obstajati podlaga za izrek tega ukrepa tudi v drugih primerih izključitve krivde. Tako je izraz očitno kaznivo dejanje v 74. členu KZ-1 uporabljen nedosledno, enkrat v objektivno-subjektivnem pomenu, drugič pa le v objektivnem pomenu (pa tudi v tem pomenu le za neprištevne storilce).

Nedvomno torej naš pravni red za zdaj dopušča odvzem premoženjske koristi le pri obsodilni sodbi oziroma tej sodbi primerljivi meritorni odločbi. Na kakšen način se lahko sprejme ta odločitev, določa KZ-1 v sedmem poglavju, v katerem je urejen odvzem premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem.

## 3. NAČINI ODVZEMA PREMOŽENJSKE KORISTI

Načine izvršitve odvzema premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, lahko razvrstimo po dveh merilih, subjektivnem in objektivnem.

Po **subjektivnem merilu** opredelimo *osebe*, ki jim je dopustno odvzeti premoženjsko korist, in to so:

- storilec, sostorilec ali udeleženec kaznivega dejanja,
- drug prejemnik koristi in
- tretja oseba, na katero je bila korist prenesena.

To merilo razlikovanja je pomembno zato, ker se prvima dvema skupinama oseb premoženjska korist odvzame vselej, medtem ko se tretji skupini premoženjska korist odvzame le pod natančno določenimi pogoji.

Po **objektivnem merilu** pa razvrstimo *premoženje*, ki se zaradi uresničitve namena tega instituta odvzema v natančno določenem zakonskem zaporedju. To pome-

19 Ambrož, nav. delo, str. 23–24.

ni, da se naslednji način uporabi šele, če predhodni način ni mogoč. Po tem merilu razlikujemo:[20]

- *primarni odvzem,* in sicer se odvzamejo v prvi vrsti denar, dragocenosti in vsaka druga premoženjska korist, ki je bila (neposredno) pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega;
- *sekundarni odvzem* v obliki nadomestnega premoženja, to je premoženja, ki vrednostno ustreza premoženjski koristi;
- *terciarni odvzem* v obliki naložitve plačila denarnega zneska, ki vrednostno ustreza premoženjski koristi.

### 3.1 Odvzem premoženjske koristi storilcu ali drugemu prejemniku

Oseba, ki se ji odvzame premoženjska korist, je zaradi značilnosti ukrepa, ki je vezan na izvršitev kaznivega dejanja, predvsem storilec kaznivega dejanja. Zato je tudi zakonodaja dolgo določala le storilca kot tistega, ki mu je dopustno odvzeti premoženjsko korist. Šele s Kazenskim zakonikom Republike Slovenije[21] se je ta ukrep razširil še na drugega prejemnika koristi, ko je prevladalo spoznanje, da ni vedno storilec tisti, ki si pridobi korist, temveč je to pogosto tudi kdo drug, zlasti so bile to v novih družbenih razmerah gospodarske družbe, ki jih je storilec lastniško (kot ustanovitelj) ali upravljavsko obvladoval. Enako kakor storilcu pa se seveda premoženjska korist odvzame tudi sostorilcu ali udeležencu kaznivega dejanja in napeljevalcu ali pomagaču.

Kadar se odvzame korist drugemu prejemniku, to v kazenskem postopku zahteva posebno pozornost sodišča, saj ima v tem primeru še dodatnega udeleženca, ki mu morajo biti zagotovljene ustrezne pravice. Tako v fazi preiskave kakor tudi glavne obravnave mora biti povabljen na zaslišanje (za pravno osebo njen zastopnik), vendar njegova navzočnost na glavni obravnavi res ni nujna. To pomeni, da je glavna obravnava izvedena, čeprav se je prejemnik koristi ne udeleži, na kar pa mora biti posebej opozorjen.[22] Sicer pa ima prejemnik koristi v postopku tudi posebne pravice, in sicer lahko predlaga dokaze in tudi (z dovoljenjem sodnika) postavlja vprašanja obdolžencu, pričam in izvedencem. Zanj tudi ne velja morebitna procesna odločitev sodnika oziroma senata o izključitvi javnosti iz glavne obravnave.

Ob tem pa je enako, kakor to velja za storilca, sostorilca ali drugega udeleženca kaznivega dejanja, tudi za drugega prejemnika koristi edini pogoj za odvzem ugotovitev, da je bila z izvršitvijo kaznivega dejanja ali zaradi njega pridobljena premoženjska korist. Sodišče se torej v teh primerih ne ukvarja z nobenimi subjektivnimi ali objektivnimi predpostavkami, temveč mora premoženjsko korist odvzeti takoj, ko ugotovi, da so jo navedeni subjekti pridobili. Uzakonjen je torej obvezni odvzem premoženjske koristi, pri čemer sodišče ne more opustiti te odločitve, če bi na primer ugotovilo, da gre za neznatno premoženjsko korist (kakor je to primer v avstrijskem in hrvaškem pravu) ali (kakor je upoštevno v angleškem pravu) da je storilec prezadolžen in od njega ni mogoče pričakovati vračila koristi. Vse, kar naše pravo v upravičenih primerih omogoča storilcu oziroma drugemu prejemniku

20 Tako tudi Selinšek, nav. delo, str. 350–351.
21 Uradni list RS, št. 63/1994.
22 Prim. 500. člen ZKP.

koristi, je obročno odplačilo v primeru, ko je naloženo plačilo denarnega zneska, pri čemer je maksimalni rok plačila dve leti.

Načine odvzema premoženjske koristi in njihovo zaporedje uporabe, ki je odvisno od tega, kakšno premoženje storilec ali drugi prejemnik v času odvzema še ima, natančneje določa kazensko materialno pravo, in sicer v 75. členu KZ-1. Ob tem je treba poudariti, da se odvzame premoženjska korist, kakor je ugotovljena ob dokončanju kaznivega dejanja, ne glede na to, ali je storilec oziroma prejemnik koristi pozneje z njo kakor koli razpolagal oziroma je stvar uničena. V slednjem primeru ni mogoče uporabiti načina odvzema, ki ga sicer sodišče mora prednostno uporabiti, torej odvzeti dejansko pridobljene koristi v naravi.

### *3.1.1 Primarni odvzem*

Ob ugotovljenih pogojih za izrek ukrepa odvzema premoženjske koristi mora sodišče najprej ugotoviti, ali tisti, ki je korist pridobil, z njo še vedno razpolaga oziroma mu je bila že zasežena v predhodnem postopku. Ob pritrdilnem odgovoru se odvzame tako ugotovljena premoženjska korist. Primarni odvzem premoženjske koristi torej pomeni odvzem denarja, dragocenosti in vsake druge premoženjske koristi, ki je bila pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega in z njo storilec ali prejemnik koristi še vedno razpolaga. Ta način se uporabi prednostno in ga z drugimi besedami imenujemo tudi odvzem v naravi (*confiscatio in natura*). Odvzame se lahko vse, kar je mogoče finančno ovrednotiti, pri čemer spada v ta način odvzema vse premoženje, ki ga ima storilec ob dokončanju kaznivega dejanja, prav tako tudi s tem premoženjem povezane koristi, kakor so obresti, plodovi, dobiček, najemnine in podobno. Sem spada tudi premoženje, ki ga je storilec ali neposredni prejemnik koristi pridobil v zameno za neposredno pridobljeno korist (na primer stvar, ki si jo je kupil z neposredno pridobljeno koristjo), kakor tudi pridobljena korist zaradi kaznivega dejanja (na primer nagrada za izvršitev kaznivega dejanja[23]).

Sicer pa se v sodni praksi ta način odvzema premoženjske koristi najpogosteje uporabi v primerih, ko se obdolžencu v predkazenskem postopku zaseže gotovina ali drugo premoženje, ki ga je pridobil z izvršitvijo kaznivega dejanja. S tem načinom pa ne smemo zamenjevati varnostnega ukrepa odvzema predmetov, ki se včasih tudi napačno uporabi v primerih zaseženega denarja.

### *3.1.2 Sekundarni odvzem*

Kadar se ne uporabi primarni odvzem premoženjske koristi, kar je najpogosteje tedaj, kadar storilec ali prejemnik koristi s slednjo razpolaga (na primer jo zapravi, uspešno skrije) ali se ta uniči oziroma kako drugače izgine, se premoženjska korist odvzame na način nadomestnega odvzema. Ta način odvzema koristi je bil v naše pravo vnesen z novelo KZ-A,[24] ki je pred naložitvijo denarnega zneska v plačilo določila, da se storilcu ali drugemu prejemniku koristi, ki mu ni mogoče odvzeti neposredno pridobljene koristi, odvzame premoženje, ki ustreza premoženjski koristi. Nadomestno premoženje, ki se v tem primeru odvzame, je premoženje,

23 Nagrada, ki je bila dana za izvršitev kaznivega dejanja vnaprej, se odvzame pod pogojem, da je bilo kaznivo dejanje dokončano ali vsaj poskušeno – prim. Bele, nav. delo, str. 519–520.

24 Kazenski zakonik (KZ), Uradni list RS, št. 23/1999.

ki po vrednosti ustreza pridobljeni premoženjski koristi in je pogosto tudi predmet začasnega zavarovanja. Vendar pa odvzem nadomestnega premoženja storilcu ali prejemniku koristi ni pogojen s predhodnim začasnim zavarovanjem tega premoženja, temveč je lahko ta ukrep uporabljen le kot sredstvo za učinkovitejšo izvršitev sekundarnega načina odvzema premoženjske koristi. Kadar je odrejeno začasno zavarovanje na takšnem nadomestnem premoženju, mora biti premoženje, ki je predmet začasnega zavarovanja, v sodni odločbi, s katero se odvzame korist, tudi zajeto, saj v nasprotnem primeru ni podana podlaga za podaljšanje začasnega zavarovanja.[25]

Pomembno je tudi poudariti, da je lahko nadomestno premoženje popolnoma zakonito pridobljeno, zato je treba še previdneje uporabljati določbe o odvzemu koristi, da ne pride do neutemeljenega posega v premoženje siceršnjega prejemnika koristi. Tako je treba posebno pozornost nameniti ugotavljanju vrednosti, da se nesorazmerno ne poseže v premoženjsko stanje storilca oziroma prejemnika koristi. Prav tako zaradi takšnega odvzema ne sme biti ogroženo njuno preživljanje oziroma preživljanje njunih družin.[26] Pri tem načinu odvzema sicer zakonito pridobljenega premoženja je vprašljiv tudi pravni položaj drugih upnikov prejemnika koristi, saj je slednji svoje zakonito premoženje lahko obremenjeval in so njegovi upniki tudi smeli pričakovati zavarovanje svojih terjatev.

Takšen nadomestni odvzem tudi sicer vzbuja kar nekaj vprašanj in dilem, ki se jim sodna praksa včasih želi izogniti tudi s tem, da namesto sekundarnega odvzema uporabi kar terciarni odvzem, to je naložitev denarnega zneska v plačilo, in torej preskoči zakonsko predvideni vrstni red. Ta način v primerjavi s sekundarnim odvzemom ni enostavnejši le v fazi sprejemanja odločitve o načinu odvzema, temveč je tudi enostavneje izvršljiv, saj se državnim organom ni treba ukvarjati z nadaljnjo prodajo odvzetega premoženja. Vendar so instančna sodišča že v več svojih odločbah opozorila na zakonsko predpisani vrstni red odvzema in odločitev nižjih sodišč tudi spremenila oziroma razveljavila.[27]

Kadar sodišče storilcu ali drugemu prejemniku koristi odvzame nadomestno premoženje, je treba v izreku sodbe poleg višine odvzete premoženjske koristi nujno opredeliti tudi *vrsto in obseg premoženja*, ki je predmet odvzema. Na tak način oblikovana odločba o odvzemu premoženjske koristi in seveda obrazložitev odločitve sta nujni, ne le zato, ker sodišče s tem načinom odvzema občutno poseže v obdolženčevo ali prejemnikovo ustavno pravico do zasebne lastnine (33. člen Ustave Republike Slovenije) (URS), temveč predvsem zaradi njegove ustavne pravice do pravnega sredstva (25. člen URS), ki pa je lahko učinkovita le, če je obdolženec ali prejemnik koristi določno seznanjen s podatki, koliko znaša odvzeta premoženjska korist, katero nadomestno premoženje mu je bilo odvzeto in v kolikšnem obsegu, vključno z razlogi sodišča za takšno odločitev.[28]

Zakonska določba, ki opredeljuje odvzem nadomestnega premoženja, je toliko splošna, da vpliva na različno izrekanje tega ukrepa v sodni praksi. Izreki sodb so

25 Sklep VSL II Kp 58554/2012 z dne 19. 1. 2018.
26 Selinšek, nav. delo, str. 351. Tako tudi Bele, nav. delo, str. 524.
27 Prim. sodba VS RS I Ips 24608/2013 z dne 2. 6. 2016; sodba VSM III Kp 22460/2015 z dne 11. 12. 2018; sodba VSM IV Kp 4621/2015 z dne 10. 1. 2019.
28 Prim. sklep VSL II Kp 58554/2012 z dne 19. 1. 2018.

zelo različni, od tega, da na primer pri odvzemu nepremičnin nalagajo vpis lastninske pravice v korist Republike Slovenije,[29] drugi le nalagajo odvzem nepremičnin,[30] obstajajo pa tudi sodbe, ki nalagajo že kar prodajo nepremičnin.[31] Ti primeri jasno kažejo, da sodišča niso popolnoma enotna v načinu oblikovanja izreka odvzema nadomestnega premoženja. Vrsta in obseg premoženja, ki ustrezata pridobljeni premoženjski koristi, sta sicer praviloma jasno določena, vendar se odločitve razlikujejo v tem, ali se nadomestno premoženje preprosto odvzame ali pa se vpiše lastninska pravica v korist Republike Slovenije oziroma celo odredi prodaja nadomestnega premoženja na javni dražbi. Slednje je lahko vprašljivo, saj posega v pravico države do upravljanja odvzetega premoženja.

Kadar ni mogoče odvzeti niti premoženjske koristi, s katero prejemnik koristi še razpolaga, niti nadomestnega premoženja, se uporabi zadnji, terciarni način odvzema koristi.

### *3.1.3 Terciarni odvzem*

Po tem načinu se storilcu oziroma drugemu prejemniku koristi naloži plačilo denarnega zneska, ki mora ustrezati pridobljeni premoženjski koristi. Tudi v tem primeru gre za t. i. nadomestni odvzem, ki se uporabi šele, če primarni in sekundarni način odvzema nista mogoča. Sicer pa je sodna praksa[32] že opozorila, da mora biti tudi pri nadomestnem odvzemu predhodna pridobitev premoženjske koristi izkazana, in ne le domnevana. Pri tem so bile poudarjene jezikovna razlaga prvega odstavka 75. člena KZ-1 in logična razlaga drugega odstavka tega člena ter teleološka razlaga 74. člena KZ-1. Če ni znan dejanski obseg premoženjske koristi, logično tudi nadomestni odvzem ni mogoč. Ob tem je višje sodišče tehtno poudarilo, da vztrajanje pri nasprotnem pomeni pretvarjanje odvzema premoženjske koristi v kazensko sankcijo, torej v nekaj, v kar se zaradi razlike v namenih ne sme spremeniti.

V odločbi o odvzemu premoženjske koristi pa se lahko navedeni načini odvzema med seboj tudi kombinirajo, seveda v zakonsko določenem zaporedju. Tako je mogoče izreči tudi nadomestni odvzem z naložitvijo denarnega zneska, če z neposrednim odvzemom oziroma odvzemom nadomestnega premoženja premoženjska korist ni bila v celoti odvzeta.

## 3.2 Odvzem premoženjske koristi osebi, na katero je korist prenesena

V nasprotju z obveznostjo odvzema premoženjske koristi bi bila ureditev, ki ne bi omogočala odvzema koristi tudi v primeru, če se ta prenese na tretjo osebo. Tako se premoženjska korist odvzame, čeprav je ni pridobil storilec oziroma drug prejemnik koristi, temveč je bila prenesena na tretjo osebo. Do prenosa pride, če storilec oziroma drug neposredni prejemnik koristi premoženjsko korist fizično izro-

29 Sodba VSM II Kp 34177/2012 z dne 5. 2. 2015.
30 Sodba VSK III Kp 5961/2013 z dne 28. 11. 2014; sodba VSM III Kp 22460/2015 z dne 11. 12. 2018.
31 Sodba VSM IV Kp 4621/2015 z dne 10. 1. 2019 (v zvezi s sodbo Vrhovnega sodišča RS I Ips 4621/2015 z dne 23. 7. 2020).
32 Sodba in sklep VSM III Kp 43645/2011 z dne 10. 4. 2013.

či tretjemu z namenom, da mu omogoči razpolaganje s sredstvi oziroma stvarjo.[33] Prenos se torej smiselno presoja po stvarnopravnih pravilih, ki zahtevajo poleg izročitve tudi sprejem z voljo za razpolaganje s stvarjo.[34] Tako na primer le izročitev z namenom prevoza ali hrambe stvari ne bo zadoščala za ugotovitev, da je prišlo tudi do prenosa premoženjske koristi. V tem primeru se korist še vedno odvzame storilcu oziroma neposrednemu prejemniku. Mogoče pa so tudi odločitve, da se korist delno odvzame storilcu (ali neposrednemu prejemniku), delno pa tistemu, na katerega je bila prenesena.

V primerjavi z nemškim pravom, ki prehod premoženja na tretje osebe in pogoje odvzema ureja zelo natančno, je to v KZ-1 glede fizičnih oseb dokaj skopo urejeno le v dveh odstavkih 75. člena KZ-1. Kar zadeva prenos na pravne osebe, zakon podobno kakor pri prenosu na fizične osebe razlikuje na eni strani med prenosom, ki je opravljen s strani storilca ali njegovih bližnjih sorodnikov na gospodarsko družbo ali drugo pravno osebo, ki je v njihovi večinski lasti ali imajo v njej pravico izvajati prevladujoči vpliv ali nadzor (domneva brezplačnosti v skladu s 77.c členom KZ-1), in na drugi stani med prenosom premoženjske koristi na pravne osebe, ki niso pod vplivom storilca oziroma njegovih bližnjih sorodnikov (77. člen KZ-1).

Tudi v zvezi s prenosi premoženjske koristi na fizične osebe se zakonsko razlikujeta dve vrsti prejemnikov tako prenesene koristi. Tako veljajo nekoliko drugačni pogoji odvzema koristi, če gre za bližnje osebe oziroma sorodnike storilca (sorodstveni prenos), kakor v primeru, kadar je bila premoženjska korist prenesena na druge tretje osebe (splošni prenos).

Ob tem je pomembno tudi poudariti, da je mogoče premoženjsko korist tretjim osebam, z izjemo določenih posebnosti pri sorodstvenem prenosu, odvzeti le na primarni način, torej z odvzemom dejansko v naravi pridobljene premoženjske koristi.[35] Takšen sklep izhaja iz dejstva, da sekundarni in terciarni način nista izrecno dovoljena. Prav tako je takšno sklepanje ustrezno zaradi posebnosti prenosa premoženjske koristi pri sorodstvenem prenosu, ki samo v teh primerih pod določenimi pogoji dopušča odvzem nadomestnega (zakonitega) premoženja, vendar le, če gre za takšno premoženje storilca, ki ga je ta prenesel, da bi onemogočil odvzem premoženjske koristi, ni pa dopustno odvzemanje nadomestnega premoženja bližnjim osebam oziroma sorodnikom.

### *3.2.1 Splošni prenos premoženjske koristi*

Premoženjska korist, ki je bila prenesena v okviru splošnega prenosa, torej na osebe, ki ne spadajo v družinski oziroma sorodstveni krog storilca, se lahko tretjemu odvzame le pod dvema kumulativno podanima predpostavkama, in sicer:

- pod objektivnim pogojem, da je bila korist nanje prenesena brezplačno ali za plačilo, ki ne ustreza dejanski vrednosti, in pod nadaljnjim
- subjektivnim pogojem, če so vedeli ali bi lahko vedeli, da je bila premoženjska korist pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega.

33 Prim. Bele, nav. delo, str. 528.
34 Prim. sodba VSM I Cp 356/2015 z dne 11. 9. 2015.
35 Tako tudi Lamešič, nav. delo, str. 179.

Glede obeh predpostavk velja, da jih mora dokazati tožilstvo in se torej ne domnevata. Ob tem pa odvzem pri splošnem prenosu ni omejen le na prvi prenos, temveč se lahko ob izpolnitvi navedenih zakonskih pogojev izreče tudi nadaljnjim pridobiteljem, če so korist pridobili v naravi, torej prav tista, ki je bila pridobljena neposrednemu prejemniku. Tretjim osebam se lahko pri splošnem prenosu odvzame premoženjska korist le v naravi (primarni odvzem), ne pa tudi v obliki nadomestnega premoženja. Ob tem pa je treba poudariti, da je odvzem koristi tretjim osebam (za razliko od obveznega odvzema koristi storilcu ali drugemu neposrednemu prejemniku) vedno lahko le fakultativni,[36] saj je namesto njega mogoče uporabiti tudi terciarni način odvzema premoženjske koristi z naložitvijo plačila denarnega zneska storilcu oziroma neposrednemu prejemniku koristi. To je jasno razvidno iz tega, ker je v določbi uporabljena besedna zveza »lahko odvzame«. Za katero možnost se sodišče odloči, je odvisno od okoliščin primera, pri čemer je osrednje vodilo, da se čim bolj zagotovi spoštovanje splošnega pravila iz 74. člena KZ-1. Seveda pa pri tem ni nepomembno tudi načelo gospodarnosti, po katerem sodišče ravna z izbiro možnosti, ki zagotavlja čim hitrejšo in finančno čim ugodnejšo izvršitev odločbe o odvzemu.

### *3.2.2 Posebnosti pri sorodstvenem prenosu*

Nekoliko drugačna pravila pa veljajo, kadar storilec kot neposredni prejemnik premoženjske koristi to prenese na svoje bližnje sorodnike. Čeprav zakon uporablja izraz »bližnji sorodnik«, so te osebe storilčev zakonec, oseba, s katero živi v zunajzakonski skupnosti,[37] ali partner iz registrirane istospolne partnerske skupnosti, krvni sorodnik v ravni vrsti, brat ali sestra ali drug krvni sorodnik v stranski vrsti do vštetega tretjega kolena, sorodnik po svaštvu do vštetega drugega kolena, posvojitelj ali posvojenec, rejnik ali rejenec ali druge osebe, s katerimi živi storilec v skupnem gospodinjstvu.[38] Ne glede na to, da vseh navedenih razmerij po strogi jezikovni razlagi ni mogoče šteti za sorodstvena, pa je po teleološki razlagi treba pri sorodstvenem prenosu upoštevati prav vsa, v 224. členu KZ-1 navedena razmerja.[39] Gre namreč nedvomno za osebe, s katerimi je storilec tesneje, pogosto družinsko, povezan, zato ne bi bilo upravičljivo, da bi se kot bližnji sorodniki ozko upoštevala le razmerja, ki jih lahko označimo za strogo sorodstvena.

Kadar je torej bila premoženjska korist, pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, prenesena na bližnje osebe oziroma sorodnike storilca kaznivega dejanja v zgoraj opisanem pomenu, ali če je bilo zaradi onemogočanja odvzema premoženjske koristi na te osebe preneseno kakšno drugo njegovo premoženje, se jim to obvezno odvzame (obligatorni odvzem).[40] Pri sorodstvenem prenosu je torej dopustno prejemnikom koristi odvzeti:

---

36 Tako tudi Bele, nav. delo, str. 528.

37 Za zunajzakonsko skupnost se (širše kakor to velja za družinsko zakonodajo – prim. 4. člen Družinskega zakonika – DZ, Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 16/19 – ZNP-1, 22/2019, 67/2019) v skladu s KZ-1 šteje dalj časa trajajoča življenjska skupnost moškega in ženske, ki nista sklenila zakonske zveze (četrti odstavek 99. člena KZ-1), torej ne glede na to, ali sicer izpolnjujeta pogoje za sklenitev zakonske zveze ali ne.

38 224. člen KZ-1.

39 Tako tudi Bele, nav. delo, str. 529. Drugače Bavcon in drugi, nav. delo, str. 467.

40 Tudi ESČP je vzpostavilo stroga merila za odvzem premoženjske koristi družinskim članom storilca – prim. zadevo *Aboufadda proti Franciji*, v kateri je francosko sodišče staršema odvzelo nepremičnino (družinsko hišo), ker je bila po presoji sodišča pridobljena s sinovo preprodajo prepovedanih drog.

- neposredno pridobljeno premoženjsko korist, ki je bila nanje prenesena v prvotni obliki (primarni odvzem), in
- nadomestno premoženje storilca, če je bilo nanje preneseno zaradi onemogočanja odvzema premoženjske koristi (omejeni sekundarni odvzem[41]). Pri slednjem načinu odvzema je treba opozoriti, da se takšen prenos ne domneva, temveč mora tožilec dokazati, da je bil prenos nadomestnega premoženja izveden zaradi onemogočanja odvzema premoženjske koristi. S tem se skuša preprečiti, da se ne bi kazenskopravno posegalo v vsa civilnopravna razmerja med storilcem in njegovimi bližnjimi oziroma sorodniki, torej tudi tista, ki so relativno časovno oddaljena od izvršitve kaznivega dejanja oziroma z njim niso povezana.[42]

Pri odvzemu na podlagi sorodstvenega prenosa zadošča le izpolnitev objektivnega pogoja, to je, da pridobitelji za takšno korist oziroma premoženje niso plačali dejanske vrednosti, oziroma z drugimi besedami, da je bila premoženjska korist nanje prenesena ali premoženje nanje preneseno brezplačno ali za plačilo, ki ne ustreza dejanski vrednosti. Pri tem se slednje tudi domneva, in sicer gre za izpodbojno pravno domnevo (*praesumptio iuris*), ki velja, dokler ni dokazano nasprotno. Ob objektivnem pogoju je torej v primeru prenosa na bližnje sorodnike določeno tudi obrnjeno dokazno breme, saj se tem premoženjska korist ali premoženje odvzame, razen če dokažejo, da so zanj plačali dejansko vrednost.

Odvzem premoženjske koristi osebi, na katero je korist prenesena, se v sodni praksi relativno redko uporablja, saj se ta ukrep praviloma izreče storilcu kaznivega dejanja. V zadnjih letih, odkar je v veljavi novela ZKP-K, pa se odvzem premoženjske koristi večkrat obravnava tudi v povezavi z novejšim institutom, ki se je v našem pravu uveljavil po zgledu pravnih ureditev *common law*. Zato v nadaljevanju obravnavamo ta vidik, ki v sodni praksi nemalokrat vzbuja številne dileme.

## 4. VPLIV SPORAZUMEVANJA O KRIVDI NA INSTITUT ODVZEMA PREMOŽENJSKE KORISTI

S pomembno novelo ZKP-K (2012) sta bila v naš kazenski postopek vnesena nova instituta, prenesena iz sistema *common law* (*plea bargaining*), in sicer predobravnavni narok, na katerem se lahko obdolženec izreče o krivdi, in sporazum o priznanju krivde. Sporazum o priznanju krivde lahko opredelimo kot pisni dogovor med državnim tožilcem[43] na eni strani in obdolžencem na drugi strani, pod kakšnimi pogoji bo obdolženec na sodišču priznal krivdo za kaznivo dejanje, opisano v obtožbi. Takšen sporazum nato sodišče preizkusi na predobravnavnem naroku in ga bodisi sprejme bodisi zavrne. Na predobravnavnem naroku, ki pomeni vmesno fazo med pravnomočnostjo obtožnice in razpisom glavne obravnave,[44] pa lahko obdolženec, tudi če predhodno ne sklene sporazuma z državnim tožilcem, prizna krivdo. Oba instituta sta bila v naš sistem prenesena zaradi težnje po večji gospodarnosti in

41 V tem primeru ne gre za klasični sekundarni odvzem, saj se ne more odvzeti nadomestno premoženje bližnjemu sorodniku, temveč le nadomestno premoženje storilca kot prenosnika.
42 Stroligo v: Penko in Stroligo, nav. delo, str. 39–40.
43 Sporazum o priznanju krivde lahko na strani obtožbe sklene le državni tožilec, ne pa tudi subsidiarni ali zasebni tožilec.
44 Tako Horvat, nav. delo, str. 20.

pospešitvi kazenskega postopka, da bi se ta poenostavil in postal gospodarnejši. Tako se je naš kazenski postopek še približal adversarnemu in konsenzualnemu modelu kazenskega postopka, ki tradicionalno velja v sistemih *common law*. Pri tem je za konsenzualne postopke značilno, da proces sodniškega odločanja ni več čvrsto vpet v okvire pravno logičnega mišljenja, saj sodišču ni treba utemeljiti upravičenosti sprejema priznanja krivde.[45] To pa lahko ima številne pomanjkljivosti, ki izvirajo iz manjše kontradiktornosti, ki je sicer temeljna metoda kazenskega postopka.

Iz analize, ki jo letno opravljajo na Vrhovnem državnem tožilstvu Republike Slovenije v okviru skupnega poročila o delu državnih tožilstev,[46] izhaja, da se je institut sporazumevanja o krivdi v slovenski pravosodni praksi uspešno uveljavil. Leta 2013 je bilo povprečno 17 pogajanj in 13 sklenjenih sporazumov, leta 2019 pa že povprečno 31 pogajanj in 28 sklenjenih sporazumov. Kakor je navedeno v navedenem letnem poročilu za leto 2019, so se državni tožilci leta 2019 pogajali deset odstotkov manj kakor preteklo leto, vendar je bila uspešnost pogajanj večja, saj so bila v 90 odstotkih končana s sklenitvijo sporazuma o priznanju krivde. Pri tem je večinoma prišlo do pogajanj na pobudo obrambe ali obdolžencev, zlasti v primerih očitanih težjih kaznivih dejanj ali v pripornih zadevah.

**Čeprav tožilska organizacija institut ocenjuje kot uspešen, pa je ureditev sporazumevanja o krivdi poleg številnih kritik teorije**[47] zlasti z vidika »neformalnih« pogajanj izven sporazuma o priznanju krivde odprla tudi nekatera vprašanja, povezana z odvzemom premoženjske koristi. Osnovno izhodišče nove ureditve je bilo, da odvzem premoženjske koristi ne more biti predmet sporazuma o priznanju krivde, razen načina odvzema.

V sodni praksi niso redki primeri, ko se državni tožilec z obdolžencem podrobno dogovori o vseh vidikih kaznivega dejanja, opiše dejanje, razloži pravno kvalifikacijo, dogovorita se o vseh teh elementih, vključno s kazensko sankcijo, stroški in podobno; vprašanje odvzema premoženjske koristi pa ostane nedorečeno. Ker je odvzem premoženjske koristi pravilno uporabo kazenskega materialnega prava, mora sodišče o tem odločiti po uradni dolžnosti, torej ne glede na izostanek vsakršnega predloga državnega tožilca.[48] Odločitev o odvzemu premoženjske koristi je seveda lahko presenečenje za obdolženca, ki je bil prepričan, da bo z doseženim sporazumom v celoti rešen njegov položaj v kazenskem postopku. Tako se v zvezi s tem zastavlja vprašanje, ali je ureditev optimalna, da bi prepre-

45 Več o tem: Dežman, nav. delo, str. 1379–1380. Avtor ob tem opozarja, da zoper sklep, s katerim sodišče sprejme sporazum o priznanju krivde ali izjavo o priznanju krivde, ni pritožbe. K temu lahko dodam, da ima tudi obsodilna sodba, ki jo sodišče izda na podlagi priznanja krivde, omejene razloge, saj se obrazložitev izreka o krivdi omeji le na ugotovitev, da je obtoženec priznal krivdo pred predsednikom senata, ki je priznanje sprejel. Svojevrstna pomanjkljivost pa je tudi dejstvo, da odloča o priznanju isti sodnik, ki bi sicer moral voditi pogosto dolgotrajen in zapleten kazenski postopek, kar mu je z obdolženčevim priznanjem prihranjeno.

46 Podrobneje: Skupno poročilo o delu državnih tožilstev za leto 2019, Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije, str. 69–73.

47 Dežman, nav. delo, str. 1373–1383; Tratnik Zagorac, nav. delo, str. 205–236; Gorkič, 2011, nav. delo, str. 9–19; Šugman Stubbs, nav. delo, str. 29 (priloga II–VII).

48 Kar je teorija že kritizirala, češ da bi moralo v skladu z ustavnimi procesnimi jamstvi tudi za odvzem premoženjske koristi veljati obtožno načelo in bi moral državni tožilec postaviti zahtevo ter zatrjevati izpolnjenost vsebinskih predpostavk za izrek odvzema premoženjske koristi (Gorkič, 2014, nav. delo, str. 589).

čila takšne presenetljive odločitve, ki lahko pri obdolžencu upravičeno vzbudijo občutek izigranosti, to pa je lahko vprašljivo tudi z vidika ustavnopravnih jamstev (29. člen URS).

### 4.1 Sklenitev sporazuma o priznanju krivde

Glede na jasno določilo drugega odstavka 450.b člena ZKP odvzem s kaznivim dejanjem pridobljene premoženjske koristi ne more biti predmet sporazuma o priznanju krivde, razen načina odvzema. Taka ureditev je posledica obveznosti odvzema premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, zato s takim zahtevkom (države) stranke ne morejo razpolagati. Zahtevek države za odvzem koristi se lahko umakne le pred premoženjskimi interesi oškodovanca, ne pa tudi obdolženca.

Na podlagi zgoraj navedene določbe instančna sodišča redno zavračajo pritožbene navedbe, ki izpodbijajo odločitve o odvzemu premoženjske koristi iz razloga, da niso bile dogovorjene s sporazumom o priznanju krivde. Slovenska ureditev se v tem pogledu razlikuje od primerljive hrvaške,[49] ki v okviru sporazuma o priznanju krivde predvideva posebno izjavo obdolženca o predlogu državnega tožilca za odvzem premoženjske koristi, kar zagotavlja, da se ta vidik preuči ob izjavi o priznanju krivde. To je pomembna okoliščina, saj se sodba, ki jo izreče sodišče prve stopnje na podlagi sprejetega sporazuma o priznanju krivde (enako velja tudi ob sprejetem priznanju krivde brez sklenjenega sporazuma), v našem pravu ne sme izpodbijati zaradi zmotne ali nepopolne ugotovitve dejanskega stanja.[50] V okvir ugotovljenega dejanskega stanja pa spadajo tudi ugotovitve glede višine protipravne premoženjske koristi, ki je bila pridobljena s kaznivim dejanjem.[51] Poleg tega se sodba, izrečena na podlagi sklenjenega sporazuma o priznanju krivde, če je izrečena v skladu s pogoji, ki jih je državni tožilec določil za priznanje krivde v obtožnici ali s sklenjenim sporazumom o priznanju krivde, ne more izpodbijati zaradi odločbe o kazenskih sankcijah, odvzemu premoženjske koristi, stroških kazenskega postopka, premoženjskopravnih zahtevkih in zaradi odločbe o objavi sodbe v tisku, po radiu ali televiziji.[52] To pa ne pomeni, da prvostopenjska sodba, četudi je izrečena v skladu s sprejetim sporazumom, ne more biti razveljavljena prav zaradi odločbe o odvzemu premoženjske koristi. Tako je bila v novejši sodni praksi[53] sodba v tem delu razveljavljena zaradi absolutne bistvene procesne kršitve nezadostne obrazloženosti sodbe (11. točka prvega odstavka 371. člena ZKP), čeprav je prvostopenjsko sodišče upoštevalo sporazum o priznanju krivde, v katerem se sicer stranki nista dogovarjali glede odvzema koristi, vendar je bila ta del opisa kaznivega dejanja in je sodišče po uradni dolžnosti odvzelo še premoženjsko korist. Odločitev o odvzemu koristi tako ne sme biti nekaj obrobnega, temveč mora sodišče to vprašanje posebej obravnavati zlasti zato, ker gre za odločanje po uradni dolžnosti, ko zakonsko ni predvideno vključevanje strank. Ureditev, ki ne dopušča dispozitivnega razpolaganja z ukrepom odvzema premoženjske koristi, je sicer v skladu s splošnim načelom, da nihče ne more obdržati premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem ali zaradi njega.

49 Prim. 5. točka četrtega odstavka 360. člena hrvaškega KZ.
50 Drugi odstavek 370. člena ZKP.
51 Tako tudi sodba VSL VI Kp 19290/2017 z dne 27. 7. 2017.
52 Kar zadeva odvzem premoženjske koristi, se ta omejitev izpodbijanja lahko nanaša le na način odvzema, saj je le to lahko predmet sporazuma.
53 Sodba in sklep VSL VI Kp 51967/2014 z dne 3. 3. 2020.

A vendar se zdi primerljiva hrvaška ureditev, ki izrecno zahteva izjavo obdolženca v zvezi s tem institutom, tudi zaradi zapletov pri odločanju, ustreznejša z vidika poštenosti postopka.

Zakon torej ne dopušča, da bi se lahko stranke pogajale o vprašanju, ali bo korist odvzeta ali ne, in če bo, v kolikšni višini, čeprav je primerno, da na ta vidik v primeru odvzema koristi obdolženca opozorita državni tožilec in zlasti njegov zagovornik. Ob tem zakon dopušča, da se stranke lahko dogovorijo o tem, na kakšen način bo ukrep odvzema premoženjske koristi izvršen.

### 4.2 Sporazum o načinu odvzema premoženjske koristi

Stranke lahko z dogovorom obidejo zakonski vrstni red, ki natančno predvideva zaporedje načinov odvzema. Tako se lahko na primer namesto sekundarnega odvzema koristi z odvzemom nadomestnega premoženja stranke dogovorijo, da se bo odvzem premoženjske koristi izvršil s plačilom določenega denarnega zneska (terciarni odvzem), prav tako je v dispoziciji strank dogovor o morebitnem obročnem odplačilu premoženjske koristi, seveda v zakonskih okvirih.

Vse navedeno glede na izrecno določbo, ki dopušča dogovarjanje o načinu odvzema, nedvomno velja pri sklepanju sporazuma o priznanju krivde. Enako pa mora veljati tudi v primerih, ko obdolženec prizna krivdo na predobravnavnem naroku, saj sta priznanje krivde na naroku in sklenitev sporazuma o priznanju krivde primerljiva pravna položaja in dopuščata takšno široko razlago.

Za obdolženca je lahko način, na katerega se bo izvršil odvzem premoženjske koristi, odločilnega, včasih celo usodnega pomena. Če na primer obdolženec prebiva v hiši, ki je predmet začasnega zavarovanja za odvzem premoženjske koristi, ali pa so začasno zavarovani poslovni prostori gospodarske družbe, ki ji je treba odvzeti premoženjsko korist, pri čemer so ti prostori bistveni za nadaljevanje njene gospodarske dejavnosti.

### 4.3 Procesni vidik obravnavanja odvzema premoženjske koristi

V zvezi z obravnavanjem odvzema premoženjske koristi v primerih priznanja krivde se zastavlja nadaljnje vprašanje, kdaj je ta ukrep mogoče obravnavati, saj gre v teh primerih za poenostavljene postopke brez opravljene glavne obravnave.

Ni dvoma, da se takrat, ko je med strankama sklenjen sporazum o priznanju krivde, o vprašanjih, ki ne smejo biti predmet sporazuma, odloči na naroku za izrek kazenske sankcije.[54] Po drugi strani pa za primere, ko pride do priznanja krivde brez sporazuma, v okviru določb o predobravnavnem naroku ni nobenih posebnih zakonskih določb, ob tem pa naj bi se na naroku za izrek kazenske sankcije v dokaznem postopku izvajali le dokazi, ki so pomembni za izrek kazenske sankcije.[55]

54 Tretji odstavek 450.b člena ZKP.

55 Prim. četrti odstavek 285.č člena ZKP. Kadar pride do priznanja krivde pozneje na glavni obravnavi, sodišče ne izvede posebnega naroka za izrek kazenske sankcije, temveč nadaljuje glavno obravnavo ob smiselni uporabi določb o naroku za izrek kazenske sankcije, pri čemer se v kontradiktornem dokaznem postopku izvajajo le dokazi, ki so pomembni za izrek kazenske sankcije.

Taka zakonodaja daje vtis, da je bil institut odvzema premoženjske koristi v okviru določb o priznanju krivde popolnoma prezrt.

Zaradi takšne pomanjkljive zakonodaje se je sodna praksa[56] že morala izreči o vprašanju, na kakšen način naj se obravnava institut odvzema premoženjske koristi v primeru priznanja krivde. Zavzela je stališče, da je treba v obeh primerih, torej tako v primeru sporazuma o priznanju krivde kakor tudi takrat, ko pride do priznanja na predobravnavnem naroku, uporabiti določbe, ki veljajo za sporazum o priznanju krivde, torej da se o tem odloča na naroku za izrek kazenske sankcije. Takšno stališče se je kljub temu, da pri odvzemu premoženjske koristi ne gre za kazensko sankcijo, uveljavilo zato, ker je po veljavni zakonodaji v primeru priznanja krivde bodisi z izjavo na predobravnavnem naroku bodisi s sporazumom o priznanju krivde le še narok za izrek kazenske sankcije tista (zadnja) faza postopka, ko je še mogoče kontradiktorno obravnavati vprašanja glede odvzem premoženjske koristi.

Vendar ta vprašanja niso vedno preprosta, zato se lahko postopek zaradi tega precej zaplete in vodi celo do tega, da je vprašljivo obdolženčevo priznanje krivde. Obdolženec seveda priznanja krivde v tej fazi postopka ne more več preklicati,[57] a v dvomu se lahko znajde sodišče, ki je predhodno priznanje že sprejelo. Gre za položaj, do katerega je v praksi že prišlo, ko je sodišče v okviru predobravnavnega naroka premalo pozornosti namenilo presoji okoliščin, ali je priznanje jasno in popolno ter podprto z drugimi dokazi v spisu.[58] V ustavnosodni presoji[59] je bila v zvezi s tem posebej poudarjena poizvedovalna dolžnost sodišča, da skrbno preveri obdolženčevo priznanje krivde, kar ne izključuje niti določenih (pod)vprašanj obdolžencu.[60] Ta poizvedovalna dolžnost, ki od sodišča zahteva skrbno presojo, ali je obdolženec razumel pomen in posledice danega priznanja, ali je bilo priznanje prostovoljno, pa tudi ali je priznanje jasno in določno ter podprto z drugimi dokazi v spisu, ima zaradi varstva domneve nedolžnosti v skladu s 27. členom URS ustavnopravni pomen.

Podoben položaj si je mogoče zamisliti tudi glede pridobljene premoženjske koristi, ki je del opisa dejanja, saj se lahko zgodi, da se ključna vprašanja, zaradi katerih je lahko vprašljivo tudi priznanje krivde, odprejo šele na naroku za izrek kazenske sankcije. Če se na primer šele na tem naroku, potem ko je obdolženec krivdo že priznal, začne razjasnjevati, da v opisu dejanja zatrjevana korist ni bila tako visoka, to lahko vpliva tudi na pravno kvalifikacijo dejanja. Sodišče si mora zato že v zgodnejši fazi postopka, to je še preden sprejme priznanje krivde, prizadevati, da ni nobenega dvoma v to, kar je obdolženec priznal. Sicer lahko tvega, da se bo šele na naroku za izrek kazenske sankcije izkazalo, da priznanja sploh ne bi smelo sprejeti.

Z vidika poštenega postopka se tako zastavlja vprašanje ustreznosti ureditve, ki predsednika senata v postopku na podlagi sprejetega sporazuma o priznanju kriv-

56 Prim. sodba VSL VI Kp 48106/2014 z dne 5. 7. 2016, sklep VSL X Kp 18270/2015 z dne 19. 3. 2019 ter sodba in sklep VSL VI Kp 51967/2014 z dne 3. 3. 2020.
57 Tretji odstavek 285.c člena ZKP.
58 Prim. sklep VSM III Kp 44424/2017 z dne 20. 8. 2019.
59 Prim. odločbo Ustavnega sodišča RS Up-186/15 z dne 4. 7. 2019, 16. točka obrazložitve.
60 Prim. pritrdilno ločeno mnenje sodnice dr. Katje Šugman Stubbs k odločbi Ustavnega sodišča RS Up-186/15 z dne 4. 7. 2019.

de oziroma na podlagi priznanja krivde na predobravnavnem naroku ne zavezuje k posebnemu ravnanju, tj. opozorilu obdolžencu, da bo njegovo priznanje vplivalo tudi na odločbo o odvzemu premoženjske koristi. V sodni praksi so namreč relativno pogosti ugovori v pritožbenem postopku zoper sodbo, izdano na podlagi priznanja krivde, da je bila odločitev o odvzemu premoženjske koristi za obdolženca presenečenje. Po stališčih sodne prakse[61] posebna pozornost predsednika senata glede tega institutu ni potrebna, saj ZKP tega ne predvideva.

Vendar takšna stališča niso povsem v skladu s temeljnimi pravili poštenega kazenskega postopka, ki so v jedru načela pravičnosti kot najvišjega procesnega načela,[62] pravica do poštenega postopka pa je tudi temeljno načelo Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP), izraženo v njenem 6. člen. Zato bi bilo ustrezneje, četudi ZKP ne predvideva posebnega ravnanja predsednika senata med predobravnavnim narokom, da bi sodišče pred odločitvijo o sprejemu sporazuma oziroma priznanja krivde, obdolženca izrecno poučilo tudi o posledicah njegovega priznanja glede odvzema premoženjske koristi oziroma glede morebitno priglašenega premoženjskopravnega zahtevka oškodovanca, kar vse bo posledica njegovega priznanja in obsodilne sodbe. To ne nasprotuje pravilom izvedbe predobravnavnega naroka, nasprotno, ustreza četrtemu odstavku 285.c člena ZKP, po katerem se lahko obdolženec ob priznanju krivde izjavi o tem, ali pripozna premoženjskopravni zahtevek oškodovanca. Navedeno določilo izrecno podpira razlago, da je pred odločitvijo o priznanju krivde treba izpostaviti tudi vzporedna vprašanja, kakor sta premoženjskopravni zahtevek oškodovanca in z njim v določenem obsegu povezani institut odvzema premoženjske koristi. Kadar je podan premoženjskopravni zahtevek oškodovanca, je vsekakor primerno, da predsednik senata obdolženca na to posebej opozori,[63] saj se le v tem primeru lahko polno izrazi zahteva navedenega določila, ki predvideva izjavo obdolženca tudi glede priglašenega premoženjskopravnega zahtevka. Morebitno indicirana napotitev oškodovanca na pravdo pa pomeni hkrati aktivacijo obveznega odvzema premoženjske koristi, zato je tudi razprava o tem institutu na predobravnavnem naroku neizbežna, kar z materialno-procesnim vodstvom zagotovi razpravljajoči sodnik.

Obdolženec mora tako biti jasno seznanjen s posledicami priznanja, saj to vpliva tudi na nadaljnjo odločitev o odvzemu premoženjske koristi. To velja še toliko bolj, če premoženjska korist ni zajeta v tenorju obtožbe, saj je potem lahko odločitev sodišča o odvzemu koristi za obdolženca res popolno presenečenje. Zato predsednik senata ob obdolženčevi izjavi, da priznava dejanje po obtožbi oziroma ob sprejemanju sporazuma o priznanju krivde, ravna pravilno, če nekaj pozornosti nameni tudi temu, ali je obdolženec dovolj jasno seznanjen z dejstvom, da bo njegovo priznanje imelo za posledico odvzem premoženjske koristi, in še zlasti, kakšen bo obseg tega odvzema.

Institut odvzema premoženjske koristi pa ima zlasti v zadnjih dvajsetih letih zelo pomembno vlogo tudi v mednarodnopravnem sodelovanju, pri čemer je zaradi aktualnosti posebej pomembna nova ureditev na ravni EU.

---

61 Prim. sodbi VS RS I Ips 45450/2012 z dne 13. 11. 2014 in I Ips 11937/2014 z dne 7. 4. 2016 ter sodbo VSK II Kp 8807/2017 z dne 8. 6. 2017.

62 Dežman in Erbežnik, nav. delo, str. 220–221.

63 Takšne so tudi nove ustavnosodne usmeritve v skladu z že omenjeno odločbo Ustavnega sodišča RS Up-186/15 z dne 4. 7. 2019.

## 5. MEDNARODNOPRAVNO SODELOVANJE

19. decembra 2020 se je začela uporabljati Uredba (EU) 2018/1805 Evropskega parlamenta in Sveta o vzajemnem priznavanju sklepov o začasnem zavarovanju in sklepov o odvzemu, ki spreminja pravno podlago za mednarodnopravno sodelovanje.[64] V nadaljevanju so zato zaradi pomembnosti nove uredbe za sodno prakso navedeni nekateri njeni bistveni poudarki.

Glede priznanja in izvršitve sklepov o začasnem zavarovanju v drugi državi članici (uredba ne zavezuje Danske in Irske,[65] zato v razmerju do teh držav še vedno veljata okvirna sklepa[66]) uredba predvideva, da država izdajateljica prek organa izdajatelja neposredno pošlje državi izvršiteljici, to je njenemu izvršitvenemu organu, posebno potrdilo iz priloge I uredbe. Praviloma naj bi torej zadostovalo potrdilo, vendar lahko države članice s posebno izjavo pogojujejo priznanje in izvršitev takšnih sklepov s tem, da se jim poleg navedenega potrdila pošlje tudi izvirnik sklepa ali njegova overjena kopija.[67] Država izdajateljica potrdila o začasnem zavarovanju pošlje tisti državi članici (praviloma eni, izjemoma več državam), za katero utemeljeno domneva, da ima oseba, zoper katero je bil izdan sklep, v njej premoženje ali dohodek.

Izvršitveni organ prizna in izvrši sklep o začasnem zavarovanju, kakor če bi šlo za domači sklep, razen v izjemnih primerih, če

- se sklicuje na katerega izmed razlogov za nepriznanje oziroma neizvršitev,
- se sklicuje na kakšen razlog za odlog oziroma
- začasnega zavarovanja ni mogoče izvršiti, ker je bilo premoženje že odvzeto, je izginilo oziroma je uničeno ali ga ni mogoče najti, ob tem pa tudi ne obstaja nadomestno premoženje, ki bi ga bilo mogoče odvzeti, če je država izdajateljica v potrdilu navedla tudi to možnost.

Določeni so tudi dokaj strogi roki odločanja, saj mora država izvršiteljica o priznanju sklepa odločiti najpozneje v 48 urah od takrat, ko je prejela popolno potrdilo, nato pa mora sklep nemudoma izvršiti, in sicer mora najpozneje v nadaljnjih 48 urah po sprejetju odločitve o priznanju sprejeti tudi konkretne ukrepe za izvršitev sklepa. Bistvenega pomena je tudi trajanje začasnega zavarovanja, saj so različne nacionalne ureditve rokov za začasno zavarovanje večkrat po nepotrebnem povzročale zaplete. Z uredbo je tako predvideno, da ostane premoženje v drugi državi članici začasno zavarovano vse dotlej, dokler država izvršiteljica dokončno ne odgovori na sklep o odvzemu, oziroma država izdajateljica ne obvesti države izvršiteljice o odločitvi ali ukrepu, zaradi katerega sklep ni več izvršljiv ali ga je treba umakniti. Država izvršiteljica pa lahko ob upoštevanju okoliščin primera državi izdajateljici predloži tudi obrazloženo zahtevo, s katero od nje zahteva, da

64 Podrobneje o vsebini uredbe: Verdel Kokol, nav. delo, str. 45–48.

65 Od 1. januarja 2021 se uredba ne uporablja več niti za Združeno kraljestvo, ki je s tem dnem v razmerju do EU postalo »tretja država«, saj se je na podlagi Sporazuma o izstopu Združenega kraljestva iz EU prehodno obdobje urejanja nadaljnjih odnosov med to državo in EU končalo 31. decembra 2020.

66 Okvirni sklep Sveta 2003/577/PNZ o izvrševanju sklepov o zasegu premoženja ali dokazov v Evropski uniji in Okvirni sklep Sveta 2006/783/PNZ o uporabi načela vzajemnega priznavanja odredb o zaplembi.

67 V tem primeru mora biti prevedeno le potrdilo o začasnem zavarovanju.

omeji obdobje začasnega zavarovanja premoženja. Če se država izdajateljica z omejitvijo ne strinja, o razlogih za to obvesti izvršitveni organ države izvršiteljice. V tem primeru ostane premoženje začasno zavarovano v skladu z zgoraj navedenim splošnim pravilom. V primeru molka organa, če se organ izdajatelj v šestih tednih od prejema zahteve ne odzove, pa izvršitveni organ sklepa o začasnem zavarovanju ni več zavezan izvršiti.

Sklepi o odvzemu premoženjske koristi se priznajo na podlagi posebnega potrdila iz priloge II uredbe. Če država izdajateljica pošlje le potrdilo o odvzemu brez predhodnega potrdila o začasnem zavarovanju, lahko država izvršiteljica zaradi poznejše izvršitve sklepa o odvzemu kot del ukrepov v zvezi z izvršitvijo odvzema sama odredi začasno zavarovanje zadevnega premoženja v skladu s svojim nacionalnim pravom.

Sklepi se izvršijo po pravu države izvršiteljice z izjemo, da mora država izvršiteljica izvršiti sklep, izdan zoper pravno osebo, četudi v njenem pravu ni predvidena kazenska odgovornost pravnih oseb. Izvršitveni organ odločitev o priznanju in izvršitvi sklepa o odvzemu sprejme nemudoma, najpozneje pa v 45 dneh po prejemu potrdila o odvzemu, o čemer pošlje obvestilo organu izdajatelju. Vendar iztek navedenega roka izvršitvenega organa ne odveže obveznosti, da nemudoma odloči o priznanju in izvršitvi sklepa o odvzemu in sklep tudi izvrši. Glede izvršitve pa je treba v primeru, kadar ni razlogov za odlog, sprejeti potrebne konkretne ukrepe, da se sklep o odvzemu izvrši nemudoma ter vsaj enako hitro in prednostno kakor v podobnem domačem primeru.

V zvezi z razpolaganjem z denarjem, pridobljenim na podlagi izvršitve sklepa o odvzemu, uredba v bistvenem ostaja pri prejšnji ureditvi. Če ni drugačnega dogovora med državama oziroma se sredstva ne namenijo za oškodovance, država izvršiteljica z denarjem razpolaga na naslednja načina: če znesek, pridobljen z izvršitvijo sklepa o odvzemu, znaša 10.000 evrov ali manj, pripada državi izvršiteljici; če pa znesek, pridobljen z izvršitvijo sklepa o odvzemu, znaša več kakor 10.000 evrov, država izvršiteljica prenese 50 odstotkov zneska na državo izdajateljico. Ob tem uredba posebej ureja pravni položaj oškodovancev, kar je novost glede na doslej sprejete pravne akte ne le EU, temveč tudi na splošno, saj je izrecno predvidena povrnitev začasno zavarovanega oziroma odvzetega premoženja ali denarja oškodovancem, prav tako je tudi natančneje kakor doslej urejeno vprašanje razpolaganja z začasno zavarovanim oziroma odvzetim premoženjem.

Omeniti velja še časovno ločnico, kajti potrdila o začasnem zavarovanju in potrdila o odvzemu, poslana pred 19. decembrom 2020, med državami članicami, ki jih zavezuje ta uredba, še naprej urejata okvirna sklepa 2003/577/PNZ in 2006/783/PNZ do dokončne izvršitve sklepa o začasnem zavarovanju ali sklepa o odvzemu.

Pomemben praktični vidik je tudi način pošiljanja potrdil: po uredbi se potrdila o začasnem zavarovanju in potrdila o odvzemu pošljejo neposredno izvršitvenemu organu oziroma, kadar je to ustrezno, osrednjemu organu (iz drugega odstavka 24. člena uredbe), in to na kakršen koli način, ki omogoča pisni zapis in izvršitvenemu organu omogoči, da se prepriča o pristnosti potrdila o začasnem zava-

rovanju oziroma odvzemu. Na spletni strani Evropske pravosodne mreže[68] so že prevodi vseh potrdil, vključno s slovenskima novima potrdiloma, ki nadomeščata doslej navedena obrazca po ZSKZDČEU-1. Prav tako se na tej spletni strani že dopolnjuje preglednica (po časovnem zaporedju, kakor posamezne države sporočajo podatke), v kateri so za vsako državo članico EU, ki jo uredba zavezuje, navedeni pristojni organi za izdajo in sprejem potrdil, prav tako je navedena morebitna izjava države članice, ali zahteva poleg potrdila tudi sklep o začasnem zavarovanju oziroma odvzemu. Pomembna informacija, navedena v preglednici, je tudi navedba jezika oziroma jezikov, ki jih država sprejema, pri čemer lahko praktiki, kakor že omenjeno, uporabijo vnaprej pripravljene prevode potrdil.

## 6. SKLEP

Mednarodnopravno sodelovanje na področju začasnega zavarovanja in odvzemov premoženjske koristi je v EU že dolgo eno od prednostnih področij. Čim učinkovitejšemu čezmejnemu sodelovanju je namenjena tudi Uredba (EU) 2018/1805, ki se je šele dobro začela uporabljati in bo na njen učinek še treba počakati. Odpravila naj bi ovire, ki vplivajo na manjše število izvršenih sklepov o začasnem zavarovanju in odvzemu premoženjske koristi, ki je tako ostajala v rokah storilcev kaznivih dejanj. Druga pomembna novost uredbe je okrepitev varstva pravic oškodovancev v primerih z mednarodnim elementom, pri čemer imajo oškodovanci prednost pred interesom držav pri uveljavljanju ustrezne odškodnine.

Sicer pa je institut odvzema premoženjske koristi tudi na domačem pravnem prizorišču vse pogosteje izpostavljen. Sodna praksa, navedena v prispevku, odstira le del izzivov, s katerimi se ukvarjajo strokovnjaki v pravosodni praksi ob uporabi tega ukrepa. Jasno je, da se težavna vprašanja ne nanašajo več le na klasične kazensko materialnopravne institute, temveč vedno bolj tudi na ukrep odvzema premoženjske koristi. Tako se večkrat zgodi, da sprva obrobna vprašanja postanejo odločilna in kot taka vplivajo na potek zadeve. To se kaže tudi pri poenostavljenih postopkih, ki se končajo na podlagi sporazuma o priznanju krivde oziroma priznanja krivde na predobravnavnem naroku, zato je treba tudi v teh postopkih ukrepu odvzema premoženjske koristi nameniti posebno pozornost, in to ne le na naroku za izrek kazenske sankcije, temveč tudi že v zgodnejši fazi sprejemanja sporazuma oziroma na predobravnavnem naroku.

V sodni praksi prihaja do zapletov tudi pri izrekih, kar se kaže na primer pri sekundarnem odvzemu z odvzemom nadomestnega premoženja, pri čemer so izreki sodb, kadar gre za odvzem nepremičnin, neenotni, včasih zajemajo celo že prodajo nepremičnin, kar je vprašljivo, saj lahko s tem posegajo v pravico države do upravljanja odvzetega premoženja.

Nekatere dileme pa se odpirajo tudi na dogmatičnem področju. Naše pravo za razliko od nemškega, avstrijskega in hrvaškega namreč povezuje odvzem premoženjske koristi z ugotovljenim kaznivim dejanjem, kar pa predpostavlja izpolnitev vseh njegovih temeljnih elementov, vključno s krivdo. To pomeni, da se lahko odvzame le z obsodilno sodbo oziroma tej primerljivo sodno odločbo, pri čemer odvzem premoženjske koristi tudi zaradi protipravnega dejanja (nekrivdnega ravnanja) iz-

68 European Judicial Network (EJN): https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/.

jemoma omogočajo določbe 3. člena KZ-1 in 503. člena ZKP. A to je dopustno le v primeru obeh medicinskih varnostnih ukrepov, ni pa pravne podlage za odvzem premoženjske koristi, če je v kazenskem postopku izdana oprostilna sodba (na primer zaradi neizogibne dejanske ali pravne zmote, ki obe popolnoma izključita krivdo, ne pa tudi protipravnosti). To je še posebej vprašljivo, saj takšna ureditev omogoča, da pridobitelj obdrži premoženjsko korist, čeprav ta izvira iz protipravnega dejanja.

Glede na navedene materialnopravne in procesnopravne dileme, s katerimi se ukvarjata teorija in sodna praksa, ob tem pa tudi vse pomembnejše mednarodnopravno sodelovanje na področju kazenskopravnega odvzema premoženjske koristi, je lahko vprašanje, zastavljeno v naslovu tega prispevka, le še retorično.

## SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:


- AMBROŽ, M., Zakonodajna raba izraza kaznivo dejanje, *Pravna praksa*, 2010/24-25, str. 23–24.
- ARISTOTELES, prevod: GANTAR, K. *Nikomahova etika*, Ljubljana: Slovenska matica, 2016.
- BAVCON, L., ŠELIH, A., KOROŠEC, D., AMBROŽ, M. in FILIPČIČ, K. *Kazensko pravo, Splošni del, šesta izdaja*. Ljubljana: Uradni list RS, 2018.
- BELE, I. *Kazenski zakonik s komentarjem, splošni del*. Ljubljana: GV Založba, 2001.
- DEŽMAN, Z. in ERBEŽNIK, A. *Kazensko procesno pravo Republike Slovenije*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- DEŽMAN, Z. Priznanje krivde in novela ZKP-K, *Podjetje in delo*, 2012/6-7, str. 1373–1383.
- DWORKIN, R. *Izbrane razprave*, Ljubljana: GV Založba, 2011.
- GORKIČ, P. Pravni vidiki pogajanj in sporazumov o krivdi v kazenskem postopku, *Zbornik 4. Konference kazenskega prava in kriminologije*, 2011, str. 9–19.
- GORKIČ, P. Dokazovanje v postopku odločanja o odvzemu premoženjske koristi in premoženja. *Pravnik*, 2014, 69(9/10), str. 575–601.
- HORVAT, Š., *Zakon o kazenskem postopku z novelo ZKP-K, Uvodna pojasnila*, Ljubljana: GV Založba, 2012.
- KOROŠEC, D. Shematski pregled temeljnih teoretičnih problemov posebnega dela KZ-1, *Odvetnik*, 2020, 3 (96).
- KRANJC, J. *Latinski pravni reki*, Ljubljana: GV Založba, 2006.
- LAMEŠIČ, B. Odvzem premoženjske koristi in obrnjeno dokazno breme, (KZ, ZKP). *Pravosodni bilten*, 2014/3, str. 173–185.
- NOVOSELEC, P. *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Sveučilište u Zagrebu, 2009.
- NOVOSELEC, P. *Opći dio kaznenog prava*. Osijek: Pravni fakultet, 2016.
- PAVČNIK, M. *Teorija prava: Prispevek k razumevanju prava, 5., pregledana in dopolnjena izdaja*, Ljubljana: GV Založba, 2015.
- RADBRUCH, G. *Filozofija prava*, Ljubljana: GV Založba, 2007.
- ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- SELINŠEK, L. *Kazensko pravo: Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana: GV Založba, 2007.
- Skupno poročilo o delu državnih tožilstev za leto 2019, *Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije*. < https://www.dt-rs.si/letna-porocila > (31. 12. 2020).
- STROLIGO, K. v: PENKO, B. in STROLIGO, K. *Uvodna pojasnila k noveli Kazenskega zakonika*. Ljubljana: Uradni list RS, 2000.

- ŠUGMAN STUBBS, K. Anomalije pri uporabi instituta pogajanj o priznanju krivde v slovenskem kazenskem postopku, *Pravna praksa*, 2015/3-4, str. 29 (priloga II–VII).
- TRATNIK ZAGORAC, A. Kritičen pogled na pogajanja o priznanju krivde, *Pravnik*, 2013, 130 (1-2), str. 5–39.
- VERDEL KOKOL, V. Kriminalitetnopolitični pomen kazenskopravnega odvzema premoženjske koristi, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2020/1, str. 42–54.

# POMEN MOTIVOV PRI GOSPODARSKIH KAZNIVIH DEJANJIH[1]

Mag. Andrej Ferlinc, nekdanji vrhovni državni tožilec, svétnik

## 1. UVOD

Gospodarske družbe in druge pravne osebe, ki se ukvarjajo z gospodarskimi posli, razpolagajo z velikim premoženjem in nedvomno odločilno vplivajo na blaginjo v posamezni državi. Zato zakonodaje številnih držav, še posebej članic Evropske skupnosti, skušajo tudi s kazensko zakonodajo doseči, da bi fizične in gospodarske osebe delovale na svobodnem trgu pošteno in v skladu s konkurenčnim pravom. S storitvami kaznivih dejanj ne bi smele dosegati konkurenčne prednosti in tako namenoma potiskati v slabši položaj tiste, ki delujejo v skladu s predpisi. Vendar pa družba, v kateri je le finančni uspeh povzdignjen do pomembne vrednote, ne more pričakovati, da bodo vselej prevladali motivi, ki so nasprotni kriminalnim. Še zlasti v razmerah kričeče neenakosti na področju produkcije in distribucije storilci tehtajo med razumnim uspehom v normalnem gospodarskem procesu ter lažjo in preprostejšo potjo do cilja, če kot sredstvo za doseganje motivacijskega cilja storijo kaznivo dejanje. [2] Ta vidik ni le pravni, temveč predvsem družbeni, vendar ga je zaradi te dvojnosti treba obravnavati posebej. Toda po drugi strani je motiv tudi izrazita pravna kategorija.

## 2. PRAVNI POMEN IN VLOGA MOTIVA

Spoznanje o »pravnosti« motiva izhaja zlasti iz tistih gospodarskih kaznivih dejanj, pri katerih izostanek motiva ali namena (na primer pri kaznivih dejanjih, pri katerih je *dolus coloratus* element kaznivega dejanja, davčni zatajitvi in podobno) pomeni, da ustrezno kaznivo dejanje niti ne more biti podano, če pravosodni organi motiva ne poznajo in ga zato tudi ne zatrjujejo. Če k temu dodamo, da kljub zakonski zahtevi, da mora biti pri nekaterih kaznivih dejanjih naklep utemeljen z motivom ter ob tem še opozorimo na materialno razumevanje krivde, ki vsebuje zahtevo po vrednotenju formalne vsebine (predvsem psihičnega odnosa do kaznivega dejanja v obliki naklepa ali malomarnosti, upoštevajoč še prištevnost in zavest o protipravnosti), potem je pomen motiva nedvomno še večji, kakor smo to morda pripravljeni priznati. Prav z vidika motiva lahko iščemo socialnoetično in moralno utemeljenost krivde v elementih formalnega razumevanja krivde na način, da lahko sodišče storilcu izreče očitek ali grajo. Toda očitek ali grajo je storilcu mogoče izreči le, če je deloval v normalnih motivacijskih okoliščinah in se na ta način svobodno odločal za kaznivo dejanje ali proti njemu. Okoliščine neprištevnosti, skrajne sile ali silobrana na primer nikakor ne morejo normalno motivirati storilca k »odločitvi, da bi ravnal drugače« (nem. *Zumutbarkeit des andern Verhältnis*) in sodišče krivde (ali protipravnega ravnanja) ne more ugotoviti ter na storilcu očitati ali ga grajati v

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorja na forumu o finančni in gospodarski kriminaliteti 2020, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekal na daljavo 11. novembra 2020.

2 Comer, nav. delo, str. 23–25.

skladu z normativno ureditvijo krivde.[3] Toda pred obravnavo gospodarskih kaznivih dejanj, kakor jih sprožajo motivi, je treba najprej z vidika kazenskega prava podati opredelitev motiva. Pri tej nalogi niti psihologija ni enotna. Za kazensko pravo (in kriminologijo) pa se zdi, kakor da si takega cilja niti ni zastavilo.

**Motiv je psihološka pobuda, ki v storilcu spodbudi, usmerja, vzdržuje in opraviči aktivnost za dosego motivacijskega cilja s kaznivim dejanjem**.[4]

## 3. SPLOŠNO O MOTIVIH ZA STORITEV GOSPODARSKIH KAZNIVIH DEJANJ

Splošna storilnostna naravnanost se kot ena izmed značilnosti današnje družbe v primerih gospodarskih kaznivih dejanj pogosto spremeni v darvinistično grabežljivo. Storilci hote ali nehote vplivajo (ali so že vplivali) na spremembe družbe, ki lahko privedejo do nastanka svetovne družbene krize. Vendar pa videnje le posledic brez osebnosti storilcev v kazensko pravo vnaša nevarnost, da navidezne ali resnične prednostne naloge tudi v kazensko pravo vnašajo preveč tehnicističnih rešitev. S takšnim pristopom lahko pride do preusmeritve pozornosti od notranje vsebine storilčevega (motiviranega) ravnanja, pri katerem je storilec aktivni in zavestni subjekt, do storilca kot objekta, pri katerem se odgovornost za krivdo nekako izgublja. Zato se brez poznavanja motivov na ta način lahko zamaje tudi področje krivde.

Sicer pa je kriminalno organiziranje poslovanja od zunaj pogosto videti kot pošteno. Izrek »posel je posel« ne more določevati moralne podlage iz svojega lastnega »obnašanja«.[5] Sebičnost, ki jo posamezna oseba pri gospodarskem poslovanju širi v okolje, je po eni strani lahko značilnost načina gospodarskega poslovanja, po drugi strani pa tudi vzrok za nastanek kriminalnih motivov. Namesto da bi bilo storilčevo poslovanje usmerjeno k pozitivnemu cilju, pozitivni vrednoti, je usmerjeno k negativnemu cilju, to je največkrat k pridobitvi protipravne premoženjske koristi.[6] Preprosta resnica je, da tisti, ki najde smisel v poštenem in ustvarjalnem delu, tudi nima motiva, da bi »kradel in goljufal«. Že kitajska klasična filozofija je v okviru taoizma poznala misel, da ima tisti, ki najde v skromnosti zadovoljstvo, zmeraj dovolj.[7] Za današnji čas bi takšna misel kljub njeni lepoti in koristnosti lahko odvračala od ambicioznega in drznega postavljanja motivacijskih ciljev pri gospodarskem poslovanju, ki pa za svojo učinkovitost vendarle ne bi smelo uporabljati gospodarskih kaznivih dejanj.

Napaka prakse pravosodnih organov je pogosto v tem, da niti ne poskuša ugotavljati kriminalnih motivov, češ da gre za normalna poslovna tveganja, pa čeprav je na primer oškodovancev včasih na stotine. V gospodarnostno načelo, kako z določenimi sredstvi (s čim manjšimi sredstvi po najpreprostejši poti) doseči čim večji učinek, se vriva kaznivo dejanje kot sredstvo za doseganje takih učinkov. S kriminalnim motivom pa sodišča v marsikateri zadevi dokazujejo storilčev naklep.[8]

3 Ferlinc, nav. delo
4 Več Ferlinc, nav. delo (2020), str. 65.
5 Wells, nav delo, str. 23.
6 Kvaščev, nav. delo, str. 79.
7 Klasiki daoizma (prev. Milčinski), nav. delo, str. 46.
8 Več First, nav. delo, str. 23.

Na splošni ravni se je glede motivov in motivacijskih procesov vendarle treba najprej vprašati, kako je mogoče, da nekateri postopoma vsiljujejo tezo, da so lahko tudi najhujše goljufije ali na primer korupcijska kazniva dejanja rezultat tistega, kar »vsi delajo«, pri čemer postaja pošteno ravnanje le izjema, ki ga nekateri označujejo kot naivnost. Nevarnost je v tem, da v gospodarskem poslovanju storjeno kaznivo dejanje ni več deviacija, pač pa postaja deviacija pravzaprav pošteno ravnanje, kaznivo dejanje pa »deviacija deviacije«. Korupcijska kazniva dejanja kot del gospodarskega kriminala s tega vidika niso le vzrok revščine na eni strani in bogatenja na drugi, ampak je revščina posledica. Ali se torej fizična ali pravna oseba, ki ravna s poštenimi motivi in si pošteno ravnanje v skladu s predpisi postavi za motivacijski cilj, že vnaprej ne izloči iz gospodarske tekme, hkrati pa sprejme očitek, da se pač »ni znašla«?(!). Tudi če si ne prizadevamo odgovoriti na to vprašanje, lahko pritrdimo stališču, da se je proti gospodarskim kaznivim dejanjem najtežje boriti, kadar postanejo del sistema in načina življenja. V takšnem položaju namreč prenehajo delovati motivi proti storitvam kaznivih dejanj. Zaradi neuspešnega preprečevanja (tudi z uporabo kazenskega prava) pa kazniva dejanja kot vzorec vedenja polagoma tudi sama zase postajajo cilj in motiv.[9]

Vendar pa v težkih gospodarskih razmerah, ki jih zdaj še povečuje epidemija bolezni covid-19, vest storilca in grožnja s kazenskim pregonom ne moreta biti edina odvračilna dejavnika od kaznivih dejanj na področju gospodarskega kriminala. Angleški avtor A. Lesky je v tej zvezi razvil teorijo o t. i. »dvojni motivaciji«.[10] Po tej teoriji družbena pravila (med katera spada tudi zakonodaja, op. A. F.) določajo le določeno vrsto motivov, predvsem takih, ki spodbujajo k spoštovanju pravil in podrejanju takšnim motivom. Druga vrsta motivov pa je določena s človekovo svobodno voljo, odločati se za storitev ali proti storitvi kaznivega dejanja. Če kriminalni motivi nenadoma niso videti več kot del kriminalnih aktivnosti in po sistemu mafijskega pronicanja prodirajo v vse pore družbenega življenja, so namenjeni tudi prikrivanju drugih kriminalnih motivov pri že izvršenih kaznivih dejanjih.[11] Izvršena kazniva dejanja na področju gospodarskega kriminala so huda in pogosto izražajo stalno in močno potenco,[12] ki ima moč, da si sama postavlja kriminalne motivacijske cilje. Na ravni posameznih oseb pa literatura navaja štiri teorije, ki izražajo tehtanje med razumnim uspehom v normalnem gospodarskem procesu in navidezno večjo učinkovitostjo, ki naj bi jo povzročilo kaznivo dejanje na področju gospodarskega kriminala.

## 4. TEORIJE KRIMINALNE MOTIVACIJE ZA STORITEV GOSPODARSKIH KAZNIVIH DEJANJ

Teorije, ki se ukvarjajo s kriminalno motivacijo, so:

- teorija diferenciranih priložnosti,
- teorija prikrivanja,

9 Allport, nav. delo. Avtor na več mestih poudarja, da lahko motivirana vedenja postanejo funkcionalno samostojna, kadar prenehajo biti sredstvo za uresničitev prvotnega motivacijskega cilja in postanejo motivacijski cilj sam.

10 Povzeto po Nabergoj, nav, delo, str. 675.

11 Več Mantovani, nav. delo, str. 674.

12 Mantovani, nav. delo, str. 675

- teorija deviacije,
- teorija minimalne in splošne zarote.[13]

**Teorija diferenciranih priložnosti** se ukvarja s storilčevo zaznavo in obravnavo razlike med mnogo manjšo realno možnostjo, da storilec s poštenim delom pride do zanj še sprejemljivega premoženjskega rezultata, in med priložnostjo, ki jo glede veliko lažje poti ob možnosti pridobitve še precej večje premoženjske koristi nudi storitev kaznivega dejanja. Kriminalne motive je pričakovati ob veliki razdalji med skrajnima poloma, ki stana eni strani mnogo lažja pot s kaznivim dejanjem ter težavna in naporna pot s poštenim poslovanjem na drugi strani.

**Teorija prikrivanja** se ukvarja z vprašanjem razmerja med možnostjo prikritja storitve kaznivega dejanja, zlasti na primer s prikazovanjem, da je šlo pravzaprav za poslovna tveganja, in realno možnostjo, da je takšno dejanje odkrito. Od spoznanja ugodnosti tega razmerja (le storilec ima na primer strokovno znanje za zapletene navidezne in dejanske transakcije prek računalniških programov) je nato odvisen nastanek kriminalnih motivov, ki so neposredno usmerjeni v storitev kaznivih dejanj.

**Teorija odklona** izhaja iz podobnih izhodišč. Preučuje odklon od normalnega gospodarskega poslovanja. Večja ko je stopnja odklona, bolj deluje kot dejavnik odvračanja na eni strani, po drugi strani pa opredeljuje stopnjo motivacije na ta način, da kaže, kako intenzivno je storilec (ali več storilcev) želel posledico ali pa v pomenu morebitnega naklepa morda le privolil vanjo.[14]

**Teorija splošne minimalne ali maksimalne zarote**[15] se nanaša na odnos do »svoje« gospodarske družbe. Na eni strani je lojalnost, na drugi pa možnost s kaznivimi dejanji čim več pridobiti in nato gospodarsko družbo zapustiti. Višji uslužbenci oziroma tisti, ki imajo možnost nadzora, morajo biti še posebej pozorni na znake in obvestila, ki pomenijo razloge za sum, da lahko skupaj z drugimi uslužbenci preprečijo nastanek kriminalnih motivov in s tem tudi gospodarskih kaznivih dejanj.[16] Zato nekateri avtorji poudarjajo izreden pomen pravočasnega prepoznavanja pravih vzrokov in njihovo različnost ter možnosti za nastanek kriminalnih motivov. Kriminalne motive obravnavajo kot »skrajno kompleksne«,[17] zlasti kadar gre za različna, slabo utemeljena nakazila denarnih sredstev drugim. Ni na primer zaman opozorilo, da so motivi za korupcijske delikte zelo pogosto tesno povezani z motivi za poslovne goljufije,[18] saj storilci s poslovnimi goljufijami najprej pridobijo sredstva, ki jih nato uporabijo za korupcijski delikt.

Vsaj bežno se je treba ustaviti tudi pri motivih v zvezi s kazensko odgovornostjo pravnih oseb. V zvezi z motivi se zastavlja vprašanje, ali je pravna oseba lahko udi nekakšna »moralna oseba« kot moralni temelj za uveljavljanje kazenske odgovornosti: je torej pravno osebo mogoče šteti za agregat s sicer podobnimi možnostmi, da nanj lahko naslovimo prav takšen ali podoben očitek kakor na individualnega

13 Comer, nav. delo, str. 24, 23.
14 Glej še Horvatič, nav. delo, str. 127–130.
15 Comer, nav. delo, prav tam.
16 Jones, nav. delo, str. 2.
17 Več Jones, nav. delo, str. 3, 59.
18 Jones, nav. delo, str. 36, 3.

storilca? C. Wells na to vprašanje odgovarja pritrdilno, ker jo obravnava kot »entiteto« z lastnimi motivacijskimi cilji in vrednotami.[19] Če namreč pravna oseba na podlagi zločinskih motivov vse svoje sile usmeri v kriminal, je lahko podobna inteligentnemu stroju, ki je še veliko nevarnejši kakor individualni storilec, pa četudi pri tem ne predstavlja skupnega seštevka misli in volje ljudi. Takšna stališča so sicer v nasprotju s pravnimi ureditvami, ki v skladu z načelom akcesornosti krivdo pravne osebe vežejo na individualnega storilca v obliki odločilnega prispevka k njegovi izvršitvi kaznivega dejanja.

## 5. MOTIVI V ZVEZI Z ZNAČILNIMI GOSPODARSKIMI KAZNIVIMI DEJANJI

**Zloraba položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti** po 240. členu Kazenskega zakonika-1 (KZ-1)[20] je postala osrednje kaznivo dejanje, čeprav se je zlasti teorija v preteklosti trudila, da bi mu ohranila subsidiarni pomen. Še več: vse do zadnje spremembe tega člena v noveli KZ-1E je moral storilec tega kaznivega dejanja delovati bodisi s koristoljubnim bodisi z oškodovalnim namenom.[21] Sprememba pa je kaznivo dejanje zasnovala celo tako, da ga je mogoče storiti tudi z morebitnim naklepom.[22] Za zakonsko besedilo – očitno po vzoru germanskega pravnega prostora – se zdi, da omejuje storilce tega kaznivega dejanja le na nezvestobo do lastne gospodarske družbe. Če bi bilo takšno sklepanje za naše razmere edino pravilno, potem ne bi mogli upoštevati, da je zloraba položaja vsako kaznivo poslovanje, ki ga storilcu omogoča njegov položaj, ki ga druge osebe nimajo in v zvezi s katerim storilec s svojo lastno aktivnostjo pridobi sredstva ali povzroči škodo, med tem ko so mu na primer pri poneverbi (209. člen KZ-1) sredstva zaupana in je dovolj le prilastitev, ki aktivno ravnanje storilca omejuje le na prikrivanje prilastitve (na primer s ponareditvami listinske dokumentacije kot t. i. kritnim deliktom).

V nasprotju s takšnimi izhodišči bi bilo pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti treba izhajati iz goljufije oziroma poslovne goljufije. Razlika je le v tem, da je storilec zaradi svojega položaja v gospodarski družbi na vrhu hierarhične lestvice odločanja in seveda samega sebe ne more preslepiti ali spraviti v zmoto. Preprosto: za zlorabe položaja je značilno, da tudi tedaj, ko so izvršene hkrati v več gospodarskih družbah z udeležbo več storilcev, »vsi vse vedo«. Storilci so zato lahko še nevarnejši, kakor so nevarni pri goljufijah oziroma poslovnih goljufijah. Nezakoniti posli – na primer navidezni posli z motivom hkrati izčrpati premoženje dveh gospodarskih družb – bi vselej morali pomeniti možnost uporabe inkriminacije kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti in zato kaznivo dejanje po 266. paragrafu nemškega KZ ali 153. paragrafu avstrijskega KZ ne more biti edini vzor za vzpostavitev ustrezne prakse. Napačna praksa bi lahko privedla do absurdnega položaja, da bi bila motivacijska podlaga za lojalnost ali zvestobo največja prav tedaj, kadar bi storilec za »svojo« gospodarsko družbo in s tem tudi zase pridobil največ protipravne premoženjske koristi. Tako sklepanje, ki bi v določenih primerih lahko neupravičeno povzročilo celo opustitev pregona, pa bi bilo vsekakor absurdno.[23]

19 Wells, nav. delo, str. 83.
20 Uradni list RS, št. 55/08, 39/09 in nasl., 27/17/KZ-1E.
21 Korošec in drugi (ured.), nav. delo, str. 968 (Kozina).
22 Korošec, (Kozina), prav tam.
23 Ferlinc, nav. delo (2016), str. 8.

Po drugi strani zakonodajalčev pristanek, da je lahko kaznivo dejanje storjeno tudi z morebitnim naklepom, ne bi smela omogočiti, da bi že neznatna kršitev kakega podzakonskega predpisa kljub tveganju, ki je navsezadnje značilnost gospodarskega poslovanja, omogočila pregon vsakega, ki bi mu pravosodni organi pripisali, da je »privolil« v škodljivo posledico. Tudi v germanskem pravnem prostoru kljub opustitvi namena oziroma motiva, da si storilec pridobi protipravno premoženjsko korist, torej naklepa, **»**obarvanega z motivom**«** (*dolus coloratus*), so spoznali, da tvegani gospodarski posli niso podlaga za kazenskopravno ukrepanje. Ne glede na zakonski zapis kaznivega dejanja zlorabe zaupanja (nem. *Untreue*) in načelno pristajanje, da je takšno kaznivo dejanje mogoče izvršiti tudi z morebitnim naklepom, je nastala doktrina oziroma nauk o namenu kršitve (nem. *Zweckverfehlungslehre*),[24] ki naj bi – tudi na podlagi ugotovljenih motivov – pokazala, kateri cilji so pravzaprav v interesnem območju storilca.

**Pranje denarja** kot kaznivo dejanje po 245. členu KZ-1 je s stališča motivov in motivacije še posebej zanimivo**.** Ciljni odnos, ki je za obstoj motiva odločilnega pomena, je naveden v zakonskem opisu: je del biti (nem. *Tatbestand*) tega kaznivega dejanja. Motivacijski cilj storilca je, da z enim izmed izvršitvenih dejanj (sprejetje denarja ali premoženja, za katero storilec ve, da je bilo pridobljeno s kaznivim dejanjem, njegova zamenjava, hramba, razpolaganje z njim, uporaba pri gospodarski dejavnosti, drug način, določen z zakonom o preprečevanju pranja denarja) pa prikrije izvor denarja. Neposredno iz zakona izhajajoči motiv, prikriti kriminalni izvor sredstev, je v pomoč pri reševanju nekaterih temeljnih vprašanj o značilnostih tega kaznivega dejanja, še zlasti zato, ker ni bilo enotnih stališč, ali naj bo storilec predhodnega kaznivega dejanja poleg za to dejanje odgovoren tudi za pranje denarja. Toda prav storilec predhodnega dejanja – na primer trgovec z orožjem ali mamili – ima največji interes in s tem tudi motiv, da denar tudi opere. Vendar poseben namen ali »motiv pranja« v našem zakonu niti ni posebej omenjen, ampak ga je zakonodajalec le bežno omenil s splošno določbo, da storilec »… na drug način … s pranjem zakrije ali poskusi zakriti njegov izvor«.

Takšno izhodišče kaže na določeno protislovje, saj različne sumljive transakcije in naklepne sklenitve posameznih škodljivih poslov kažejo, da storilec deluje pravzaprav z motivom, kako doseči čim večji dobiček oziroma **čim večjo korist**. Zaradi tega je mogoče zavzeti stališče, da vsakega običajnega nakupa ali drugega komercialnega posla samega po sebi ni mogoče šteti za pranje denarja. Toda zelo dobro se da utemeljiti tudi nasprotno stališče. Vsak komercialni posel ali finančna transakcija, pri kateri pri storilcu obstaja zavest, da se s transakcijo tudi prikrije izvor sredstev in takšen učinek storilec tudi **želi** poleg gospodarskega učinka, kaže na kaznivo dejanje pranja denarja. Poleg »rentabilnostnega motiva« gre namreč tudi za »motiv pranja«. Vprašanje je le, kateri motiv prevladuje. Vprašati se je torej treba, kaj je namen posamezne sumljive transakcije, čeprav je v zvezi s takšno dilemo težava pri določitvi splošnih meril, ki bi onemogočala preveliko arbitrarnost. To pa je lahko tudi razlog za previdnost zakonodajalca, da v inkriminacijo kaznivega dejanja pranja denarja ne vnaša preveč subjektivnih elementov. Tako kakor v slovenski zakonodaji izrecni »motiv pranja« ni navaden niti v italijanski [25] niti v avstrijski

24 Foregger, Fabrizy, nav. delo, str. 502 in 503.

25 Franchi, Feroci, Ferrari, nav. delo, str. 115. Zakonski opis najdemo v 648.-bis členu italijanskega Codice Penale pod *Riciclaggo*

zakonodaji,[26] medtem ko (nekoliko starejša) hrvaška teorija šteje kaznivo dejanje pranja denarja le za posebno obliko prikrivanja. [27] Tudi za slovensko inkriminacijo kaznivega dejanja pranja denarja ni mogoče trditi, da bi pomembno odstopala od drugih držav članic EU in je popolnoma ustrezna.

Kaznivo dejanje **zlorabe notranje informacije** po 238. členu KZ-1 prav tako nudi priložnost za razpravo o motivih. Motiv za storitev tega kaznivega dejanja je razviden že na prvi pogled, saj storilec želi neupravičeno pridobiti prednost, ki jo nudi pridobitev ali razpolaganje s cenovno občutljivo informacijo, zaradi česar lahko pride do pomembnega vpliva na ceno vrednostnih papirjev. Storilec ali oseba, ki je takšno cenovno informacijo pridobila, jo izkoristi na organiziranem trgu v Republiki Sloveniji ali v drugi državi članici Evropske unije. Predmet trgovanja torej niso notranje informacije same, pač pa gre za trgovanje (nakupovanje in prodajanje) vrednostnih papirjev. Razkritja notranje informacije, na primer o nameravanem nakupu ali prodaji večje količine in vrednosti vrednostnih papirjev, s katero se spremeni lastniška struktura, informacije o prihodnjih statusnih spremembah, ki pomembno vplivajo na gospodarski in finančni položaj gospodarske družbe, o poslovnih dogodkih, ki vplivajo na gospodarski položaj družbe, so lahko takšne notranje informacije, ki lahko pomembno vplivajo na ceno vrednostnih papirjev.

Neposredni motivacijski cilj storilca kaznivega dejanja je prav v nasprotju z načeli trgovanja in trga v izognitvi tržnim zakonitostim, ki veljajo na organiziranem trgu vrednostnih papirjev, ker zaradi motiva pridobitve premoženjske koristi želi z notranjo informacijo razpolagati sam, še preden postane takšna informacija javna. Sporočanje notranjih informacij nepoklicani osebi ne pomeni ničesar določenega, **če taka oseba sploh nima motiva ali namena, da bi bila v ožjem ali širšem** pomenu udeležena pri borzni aktivnosti. Literatura se ukvarja z dvema motivacijskima teorijama. Prva je t. i. *desire-belief theory*, [28] kar je težko dobesedno prevesti, vendar pa je mogoče pojasniti, da se teorija ukvarja z vprašanjem, kateri motivacijski dejavniki so neposredni vzrok za storitev kaznivega dejanja, za prehod k dejanju glede na to, katere učinke svojega ravnanja želi storilec in za katere verjame, da jih bo lahko dosegel. Druga, t. i. *schematic motivational theory,* pa temelji na poznavanju »sheme«, to je rednega toka dogodkov (in vzročnih zvez) in v tej zvezi povzročenega motiva storilca, da ob koncu toka dogodkov glede na storilčevo pričakovanje pride do pomembnega vpliva na ceno vrednostnih papirjev.[29]

Področje **korupcijskih deliktov** je z »motivacijskega vidika« videti preprosto, vendar zanimivo, kadar je korupcijska nagrada usmerjena v pričakovano pasivno ravnanje prejemnika podkupnine. Po prvem odstavku 241. člena KZ-1 je nesorazmerna nagrada lahko motiv za zanemarjanje koristi »svoje« gospodarske družbe v skladu s teorijami, ki so bile prikazane v splošnem delu tega prispevka pod točko 3. Po pravu javnih naročil lahko prav zanemarjanje koristi, ki je motivirana s korupcijsko nagrado ali plačilom, ki jo storilec zanemari že v zgodnji posamezni fazi izbire najboljšega ponudnika, vzrok za poznejšo izbiro neustreznega ponudnika. Poleg koristoljubnih motivov pri korupcijskih deliktih je treba opozoriti na motive

26 List, nav. delo, str. 223. 165. paragraf avstrijskega StGB vsebuje zelo zapleteno zakonsko opredelitev kaznivega dejanja pranja denarja, ki pa kljub dolžini ne vsebuje subjektivnih elementov.
27 Več Horvatić, nav. delo, str. 520.
28 Wollheim, nav. delo str. 102.
29 Wollheim, prav tam.

storilca, ki so usmerjeni v preprečevanje delovanja načel svobodne konkurence in svobodnega trga kot (še vedno) dvema pomembnima kazenskopravnima vrednotama oziroma dobrinama. Če namreč pride do sklenitve posla zaradi plačane podkupnine, in ne zato, ker bi bil izdelek boljši ali cenejši in zato bolj konkurenčen, je očitno, da je v primerih, kadar postane korupcija del sistema, lahko ogrožen ekonomski sistem.

Kadar je naročnik velikih investicij država ali njeni uslužbenci, v posameznih državah v zvezi s korupcijskimi motivi usmerjajo storilce tudi v pridobivanje ekonomske in politične moči.

**Davčna zatajitev** po 249. členu KZ-1 je primer kaznivega dejanja, ki ne more biti storjeno z drugačnim motivom, kakor je zapisan v zakonu in je določeno v besedilu, da storilec ravna »zato, da bi se sam ali kdo drug popolnoma ali deloma izognil plačilu davkov«. Voljno ravnanje, ki je kazenskopravno pomembno, izhaja iz davčne dolžnosti oziroma kršitve temeljne obveznosti, ki je po Zakonu o davčnem postopku (ZDavP-2),[30] da davčni zavezanec plača na podlagi zakona določen znesek (44. člen ZDavP-2), ki ga obračuna sam ali ga izračuna davčni organ po podatkih, ki mu jih sporoči davčni zavezanec. Motiv, ki hkrati označuje tudi prepovedano posledico, je pri tem kaznivem dejanju torej del biti oziroma zakonskega opisa. Ker v sklopu t. i. materialnega kazenskega prava to ni edino kaznivo dejanje, ki v zakonskem opisu vsebuje motiv, [31] to kaže, da pri motivih ne gre le za njihovo sociološko ali psihološko obravnavo, ampak tudi za temeljna pravna vprašanja.

**Povzročitev stečaja z goljufijo ali nevestnim poslovanjem** po 226. členu KZ-1 prav tako kakor kaznivo dejanje davčne zatajitve že v kazenskopravni normi izraža motiv ali namen. Zakonski opis namreč vsebuje zahtevo, da storilec ravna z namenom »da obveznosti ne bi bile plačane«, takšen namen pa je brez izrecne navedbe mogoče prepoznati tudi pri kaznivem dejanju oškodovanja upnikov po 227. členu KZ-1, čeprav ga zakon izrecno ne navaja. Storilec zaradi uresničitve takšnega namena nesmotrno troši sredstva, se čezmerno zadolžuje, pravočasno ne izterja dolgov, sklepa škodljive pogodbe, neodplačno ali navidezno prenaša premoženje na druge osebe ali na drug način zmanjšuje vrednost svojega premoženja ali vrednost premoženja, ki ga upravlja. Pri nevestnem poslovanju pa storilec ne ravna motivirano: resnično lahko sicer naklepoma opušča posamezna dolžnostna ravnanja, vendar brez posebnega motivacijskega cilja, zaradi česar se povzročitev stečaja kaže kot objektivni pogoj kaznivosti.

Končno je vendarle treba omeniti še kaznivo dejanje **poslovne goljufije** po 228. členu KZ-1, saj tega kaznivega dejanja ni mogoče dokazati, **če storilcu ni dokazan namen preslepitve. Če naj gre za z goljufivim namenom oziroma z namenom preslepitve motivirano kaznivo dejanje, je treba že v predkazenskem postopku zbrati ustrezne objektivne podatke in dokaze, saj ni pričakovati, da bi storilec priznal**, da je ravnal z namenom preslepitve. Eno izmed objektivnih meril je v pravilnem odgovoru na vprašanje, ali so bila sredstva pogodbenih partnerjev ali tistih, ki so vstopili v gospodarski posel, uporabljena za gospodarsko aktivnost, ki prinaša dohodek in s tem povečuje možnost za izpolnjevanje obveznosti iz po-

30 Uradni list RS, št. 13/2011 in nasl.

31 V drugih poglavjih KZ-1 na primer besedilo »kdor koga razžali« ali preprečitev uradnega dejanja uradni osebi in podobno.

godbenih odnosov. Če naj gre za poslovno goljufijo, potem na primer navidezna gospodarska dejavnost ni usmerjena v normalne gospodarske cilje, temveč pogosto v cilje, ki celo radikalno zmanjšujejo možnost za izpolnjevanje pogodbenih ali drugih obveznosti. Za takšne motivacijske cilje gre, kadar je navidezna pozitivna gospodarska dejavnost pravzaprav »gola poraba« in je tudi storilčev naklep, da posluje prav na takšen način. V takšnem poslovanju je tudi že vsebovana storilčeva odločitev, da s premoženjem ne posluje na podjetniško običajen način zaradi pridobitve dobička ali dohodka, temveč storilec tudi premoženje, s katerim razpolaga, izkoristi za pridobitev protipravne premoženjske koristi na račun drugega.[32]

## 6. SKLEPNE MISLI

**Številna vprašanja glede pravnega, vendar pa tudi sociološkega in psihološkega pomena motivov in motivacije pri gospodarskih kaznivih dejanjih niso drugačna kakor pri drugih kaznivih dejanjih. So pa močneje izraž**ena in zato zahtevajo še več poglobljenega razmisleka, ki ga obseg tega prispevka ne omogoča. Preučevanje motivov je **še zlasti** pomembno v sedanjem času, ko je celotno družbo prepredla informacijska tehnologija, ki je v marsičem celo človekov um in njegovo zavest reducirala na objekt znanstveno pozitivističnega (in mehanicističnega) raziskovanja človekove psihe. Splošna storilnostna naravnanost družbe pa vendarle ne sme postati sinonim za grabežljive motive, niti za samovoljno spreminjanje vrednot tako, da bi zakonodajalec odklonska vedenja inkriminiral kot gospodarska kazniva dejanja le glede na svojo družbeno moč. Tudi pomemben nemški teoretik in raziskovalec kazenskega prava Roxin s svojimi poudarki o kaznivem dejanju kot antisocialnem vedenju vodi h kaznivemu dejanju kot personalnemu izrazu kaznivega ravnanja. Na ta način pride do relativno svobodnega prepleta objektivnih in subjektivnih elementov, ki šele skupaj tvorijo kaznivo dejanje kot podlago za ugotavljanje krivde, med katere ne spadata le naklep in malomarnost, ampak tudi motiv. [33]

32 Smith, Hogan, nav. delo, str. 300 in 295.

33 Roxin, nav. delo, str. 315, 282, primerjaj še s Schönke/Schröder, nav. delo, str. 145.

## SEZNAM LITERATURE:


- ALLPORT, W. Gordon: Pattern and Growth in Personality (prev. Stevanović, D.), Beograd 1969, Kultura – Beograd.
- COMER, J. Michael: Corporate Fraud, second Edition, New York, Paris, Johanesburg, Tokyo 1985, McGRAW-HILL Book Company (UK) Limited.
- FERLINC, Andrej: Motivi za kazniva dejanja, Ljubljana 2020: Fakulteta za družbene vede, Založba FDV.
- FERLINC, Andrej: Kaznivo dejanje zlorabe položaja pri gospodarski dejavnosti z vidika predvidenih sprememb kazenske zakonodaje, Ljubljana 2016, revija PP, št. 34.
- FIRST, Harry, Bussiness Crime, Westbury, New York 1990, TheFoundation Press, Inc.
- FOREGGER Egmont, FABRIZY, Ernst, Eugen: Strafgesetzbuch (StGB), 7. izdaja, Wien 1984, Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung.
- FRANCHI, Luigi, FEROCI Virgilio, FERRARI Santo: Codice Penale, Milano 1995, Editore Ulrico Hoepli.
- HORVATIĆ, Željko: Novo hrvatsko kazneno pravo, Zagreb 1997, »Organizator« Zagreb.
- JONES, Peter: Combating Fraud and Corruption in the Public Sector, London, New York, Melbourne 1993, Champman & Hall.
- Klasiki daoizma (prevedla Maja Milčinski), Ljubljana 1992, Slovenska matica v Ljubljani.
- KOROŠEC, Damjan in drugi (ured.): Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), (KOZINA, Jože), Ljubljana 2019, Uradni list Republike Slovenije, Pravna fakulteta v Ljubljani.
- KVAŠČEV, Radivoj: Psihologija stvaralaštva, Beograd 1981, ZUiNS.
- LIST, Walter: Strafrecht, Wien 1996, Manz´sche Verlags-und Universitätsbuchhandlung.
- MANTOVANI, Ferando, Diritto Penale-Parte Generale, Firenze-Padova 2001, Universita di Firenze, CEDAM.
- NABERGOJ, Irena Avsenik: Ljubezen in krivda Ivana Cankarja, Ljubljana 2005, Mladinska knjiga.
- ROXIN, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, München 2006, Verlag C. H. Beck.
- SCHÖNKE, Adolf, SCHRÖDER: Strafgesetzbuch, Kommentar, München 2001, Verlag C. H. Beck.
- SMITH, John, HOGAN, Brian: Criminal Law, London, Edinburgh, Dublin 1996, Downing College, Cambridge, University of Leeds, Butterworths.

- WELLS, Celia: Corporations and Criminal Responsibility, Oxford 1993, Clarendon press.
- WOLHEIM, Richard, Crime, Punishment and »Pale criminality«, v Thomas Morawetz: Criminal Law, Ahgate, Dartmouth, Burlington, Aldershot, Singapore, Sidney 1999, University of Connectitut, USA.

# PSIHOLOŠKE ZNAČILNOSTI MLADOSTNIŠKEGA OBDOBJA IN DELINKVENTNO VEDENJE[1]

Dr. Tristan Rigler, univ. dipl. psih., spec. klin. psih., stalni sodni izvedenec za psihologijo, Univerzitetna psihiatrična klinika Ljubljana

## 1. UVOD

Mladostništvo je razvojno obdobje v človekovem življenju, ko se otrok oblikuje v odraslo osebo. Začne se s puberteto, ki se izkaže v sekundarnih spolnih znakih, konča pa se, ko oseba telesno in psihično dozori in izpolnjuje merila odraslosti. V sodobnem času je konec mladostništva nemalokrat zakrit in ga je težko določiti. Odrasli obdobje mladostništva pogosto označujejo s turbulenco, kljubovalnostjo, težavami, impulzivnostjo in podobno Še vedno pogosto slišimo izraz, da nekoga »mečejo hormoni« in da je »značilen pubertetnik«. Sodobna znanost in klinična praksa omogočata, da bolje razumemo dogajanje in funkcionalnost tega razvojnega obdobja. Razumevanje mladostnika je namreč ključno za doseganje njegovih zastavljenih ciljev in uspešen konec tega razvojnega obdobja.

## 2. ADOLESCENCA

### 2.1 Zgodovina

Razvojno obdobje mladostništva oziroma adolescence je glede na druga razvojna obdobja dokaj mlado. V preteklosti so dobro prepoznali obdobje otroštva, odraslosti in starosti. To dobro prikaže že antična Sfingina uganka, ki se glasi: »Katero bitje hodi zjutraj po štirih, popoldne po dveh, zvečer pa po treh?« Tudi beseda »adolescenca« ima korenine v antiki, in sicer izvira iz latinske besede »adolescere«, ki pomeni »rasti«. Ta izraz dobro opisuje proces, ko se otrok spreminja v odraslo osebo. Morda nam je v današnjem času to razumevanje samoumevno, vendar je bil ta proces v preteklosti pogosto spregledan, saj so menili, da se otrok neposredno spremeni v odraslega. Tak dogodek je bil v plemenskih skupnostih in starih civilizacijah povezan z iniciacijskim obredom, v katerem je otrok postal odrasel. Dečke je pogosto čakal preizkus moškosti, kakor je na primer samostojni ulov živali, deklice so svojo odraslost izkazale z zmožnostjo rojevanja. Tudi danes obstajajo ostanki teh ritualov, ki se v različnih verah in kulturah kažejo kot obredi, ki otroka postavljajo v bolj odraslo vlogo (na primer birma, bar micvah). V zahodnem svetu različni zakoni in pravila opravljajo vlogo teh ritualov s tem, ko otroku dajejo več pravic in hkrati odgovornosti. To se odraža na primer v volilni pravici, kazenski odgovornosti, pravici do vozniškega izpita, nakupa alkoholnih pijač in podobno S temi pravicami otrok vstopa med odrasle in dostopne so mu stvari, ki jih je kot otrok lahko le opazoval pri ljudeh, ki so mu bili večinoma nadrejeni. Eden od ostankov iniciacijskih ritualov je tudi matura, kjer že beseda pove, da naj bi s tem dejanjem otrok dozorel in postal odrasel.

1 Prispevek ja za objavo prirejeno predavanje avtorja na temo Poravnalci v kazenskih zadevah, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekalo 3. 9. 2020 v Ljubljani.

V sodobnih časih zahodnega sveta redko srečamo osemnajstletnika ali osemnajstletnico, ki se popolnoma osamosvoji od svojih staršev ter doseže osebnostno in ekonomsko neodvisnost. Na takšne posameznike ali posameznice se v našem okolju neredko gleda s sumničavostjo - zakaj se je tako hitro ločil ali ločila od družine, pri čemer okolica najpogosteje sklepa, da gre za družinske težave ali neprimerno vzgojo. Zares je naša družba razcepljena med potiskanje otrok v samostojnost in odraslost, po drugi strani pa v zbujanje občutka anksioznosti in tesnobe, če bi se odcepili od primarne družine in živeli življenje, ki ni v skladu s pričakovanji družine ali družbe. Tega razcepa in dvojnosti v sporočilih mladostniki ne razumejo, ju pa občutijo. Pojavijo se lahko občutki tesnobe, zmedenosti, jeze in praznine, ki nato paradoksalno še dodatno jezijo in frustrirajo odrasle.

V preteklosti so menili, da je mladostništvo samo po sebi težavno obdobje in Anna Freud je trdila celo, da če mladostnik v svojem vedenju ni težaven, je to odraz psihopatologije.[2] Poznejše raziskave so pokazale, da gre večina mladostnikov skozi to obdobje z zelo malo težavami ali pa skoraj brez njih.[3] Pri tem pa obstaja določen odstotek mladostnikov, pri katerih je to obdobje burno, težavno in lahko doseže tudi razsežnosti psihopatologije.

## 2.2 Mladostnik danes

V današnjem času se mladostniki spoprijemajo z izzivi, s katerimi niso bili še nikoli v zgodovini človeštva. To sicer velja za vse mladostnike v zgodovini, saj so bili vedno soočeni z okoljskimi dejavniki, katerim so se morali ali prilagajati ali pa se jim upirati. V celotni zgodovini človeštva velja, da so v vsakem obdobju zgodovine odrasli nergali, da tako grozne mladine še ni bilo in da se mladi res ne znajo obnašati. Zato so odrasli običajno uvedli sankcije, zaostrovanje pravil, kaznovanje, strukturiranje in nadzorovanje mladostnikov. To je bilo za mladostnika razlog, povod in možnost, da se odraslim upre, oblikuje svoj slog in lastno individualnost. Prav to pa je bistvo adolescence: razvoj individualnosti, vzpostavitev samostojnosti in odcepitev od matične družine. Danes imajo mladostniki nadvse težko nalogo, saj redkeje doživijo strukturirano omejevanje vedenja in usmerjanje. Starši so pogosto preplavljeni s širokim naborom različne literature in oddaj, ki svetujejo o vzgoji otroka in pri tem naletijo tudi na nasprotujoče informacije. V tej zmedi se nato znajdejo tudi mladostniki, ki jim je po eni strani omogočeno odločanje pod krinko prevzemanja odgovornosti, po drugi strani pa doživljajo pasivno agresivnost okolice, ker sami ne ugotovijo, kaj okolica želi od njih. Da bi bila zmeda še večja, ima povprečen mladostnik več znanja o informatiki kakor njegovi starši in njegov dostop do informacij je širši in hitrejši kakor kdaj koli v zgodovini človeštva. Zato odrasli niso več vir modrosti, niso več dragoceni vir informacij, ki se je nekoč prenašal iz roda v rod, temveč jih prehiti mobilna naprava v mladostnikovem žepu. Da bi bila zmeda še večja, lahko današnji mladostniki z različnimi dejavnostmi na spletu (youtuberji, igranje iger, spletno hazardiranje) v kratkem času zaslužijo več kakor njihovi starši v svojem poklicu. Težje kot kadar koli prej odrasli učimo mladostnike, da morajo hoditi v šolo, se učiti in imeti dobre ocene, da bodo tako prišli do dobre službe. S tem odrasli skoraj popolnoma izgubimo avtoriteto, ki pritiče pametnim,

2 FREUD, Anna. Adolescence. Psychoanal. St. Child, 1958, št. 13, str. 255-278.
3 OFFER, Daniel, SCHONERT-REICHL, Kimberly. Debunking the myths of adolescence: Findings from recent research. Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry, 1992, št. 6, str. 1003-1014.

inteligentnim in modrim osebam, ki jih je otrok še nedolgo nazaj občudoval. Zato v sodobnem obdobju mladostništva namesto jeze in odpora proti avtoritetam prihaja do razvrednotenja in praznine.

### 2.3 Razvojni mejniki

Obdobje mladostništva v grobem delimo na tri podpodročja.[4] Literatura se v delitvi teh podpodročij razlikuje in različni avtorji postavljajo različne mejnike. Na splošno pa velja, da se to razvojno obdobje deli na zgodnjo, srednjo in pozno adolescenco.

Zgodnja adolescenca se začne s puberteto in sekundarnimi spolnimi znaki, kakor so poraščenost po telesu, zmožnost reprodukcije, sprememba glasu pri dečkih, menstruacija pri deklicah. Te spremembe spremlja reorganizacija na biološkem, kognitivnem, socialnem in emocionalnem področju. Praviloma deklice v to obdobje vstopijo prej, pri starosti od deset do dvanajst let, medtem ko dečki običajno pridejo v puberteto v približni starosti od dvanajst do štirinajst let. Medtem ko so v obdobju zgodnje adolescence v ospredju nagle biološke spremembe, so v obdobju srednje adolescence bolj poudarjeni psihološki dejavniki. Srednja adolescenca se pojavi v približnem okviru od 14 do 16 let (vedno obstajajo individualne razlike) in to obdobje prinaša običajno najbolj naporno obdobje tako za adolescenta, kot za njegovo okolico. V srednji adolescenci je mladostnik že dokaj dobro usvojil svojo spolno in fizično moč, ki ga oziroma jo je lahko ob začetku teh sprememb begala. Mladostnik v tem obdobju preverja meje svoje okolice tako v družini kakor tudi v širši okolici, kar nemalokrat vodi v težavne položaje in spore. Po tem obdobju je pozna adolescenca, ki običajno nastopi v starosti od šestnajst do osemnajst let. V zadnjem obdobju so medosebni odnosi stabilnejši in mladostnik že prevzema večjo odgovornost. Nato naj bi se začelo obdobje zgodnje odraslosti, ki pa se zaradi okoljskih dejavnikov običajno zavleče za nekaj let.

Pred koncem obdobja adolescence velja omeniti še predhodni in novejši pojav, in sicer obdobje predadolescence. To obdobje se omenja šele v zadnjih letih in v popularni kulturi otroke v obdobju od devet do dvanajst let imenujejo tudi »tweens«, kar je izpeljanka iz angleških besed »between« (vmes, med) in »teenager« (najstnik). To obdobje formalno ne spada v adolescenco, saj še ni pubertetnih znakov, značilnih za to obdobje. Se pa v tem obdobju pred puberteto že kažejo vedenjski znaki, ki jih težje umeščamo v vedenje otrok in so bolj značilni za vedenje mladostnikov. Mednje spadajo večje zanimanje za popularno kulturo, oponašanje in pooseblјanje z vplivneži v tej kulturi, večji poudarek na odnosih z vrstniki, kljubovalnost in povečano tveganje za tvegane oblike vedenja.

## 3. ZNAČILNOSTI ADOLESCENCE

### 3.1 Psihološke značilnosti

Z razvojem pri mladostniku nastajajo številne spremembe, ki jih opaža tudi njegova okolica. Mladostnik kognitivno močno napreduje in razvija mišljenje, ki je še posebej v pozni adolescenci že blizu mišljenju odraslega, a še ne dosega te ravni

4 LEWIS, Melvin (ur.). Child and adolescent psychiatry: A comprehensive textbook (3rd ed.). Lippincott Williams & Wilkins Publishers, 2002.

zrelosti. V psiholoških značilnostih tega obdobja so pogosta nihanja razpoloženja, zaletavost, spori z okolico in nagnjenost k tveganemu vedenju.

Razpoloženje mladostnikov je pogosto nestabilno in naglo spreminjajoče, pri čemer so povod za spremembo lahko zunanji ali notranji dejavniki. Mlajši adolescenti težje prepoznajo in opredelijo svoje razpoloženjsko stanje, kar pri njih povzroča dodatno zmedo. Starejši mladostniki imajo praviloma boljše sposobnosti prepoznave svojega razpoloženja, kar jim daje boljše možnosti za regulacijo in samonadzor.

Pogosto je čustveni odziv mladostnikov hiter, silovit in v svoji amplitudi širok. Tako lahko ob najmanjših spremembah naletimo na burne odzive, ki segajo od občutkov žalosti in potrtosti, do občutkov evforije in vzhičenosti. Takšna stanja so razvojno pogojena in spadajo v sklop razvoja in dozorevanja možganov. Če pa takšna nihanja presegajo običajne razsežnosti, ki že ovirajo mladostnikovo delovanje, je treba razmišljati o diagnostiki in ugotavljanju morebitne psihopatologije.

Impulzivnost je ena od najpogostejših značilnosti predvsem mlajših in tudi srednjih adolescentov. Gre za značilnost, ki se v vedenju izkaže kot prenaglo, burno in slabo premišljeno vedenje, ki ga vodijo čustvena stanja. Takšne oblike vedenja so redko ustrezne glede na kontekst in mladostniki jih večinoma pozneje obžalujejo. Kljub obžalovanju pa obstaja velika verjetnost, da bodo podobno vedenje ponovili, saj so še v procesu učenja na lastnih napakah in razvijanja samokontrole. Impulzivno vedenje je eden od pomembnih dejavnikov za tvegane oblike vedenja, saj pomenijo način delovanja, v katerem mladostnik izvede dejanje z malo ali nič premisleka in ga k temu vodi trenutni vzgib.

Pomemben dejavnik v ravnanju adolescenta je tudi prisotnost egocentrizma. Ta se pomembno razlikuje od egocentrizma, ki je prisoten pri predšolskih otrocih, saj veliko mladostnikov premore lastnosti vživljanja v drugo osebo, razumevanje čustev drugih in mišljenje druge osebe. Kljub zmožnostim empatije pa je njihovo mišljenje in delovanje še vedno egocentrično na poseben način. To nam kažeta dva pojava, ki sta značilna za to obdobje, nemalokrat pa sta prisotna tudi pri odraslih osebah. Prva lastnost je , ko ima mladostnik občutek, da ga vsi ljudje gledajo, opazujejo in ocenjujejo. To je zanj naporno, saj se zato čezmerno obremenjuje s svojim videzom, hkrati pa pretirano nadzira svoje gibanje in pojavnost v okolici. Drugi pojav, značilen za to obdobje, pa je osebna fabula, ki pomeni način mišljenja, da so njegove izkušnje edinstvene in da drugi ljudje ne morejo razumeti njegovega doživljanja, razmišljanja, počutja in čustvovanja. Občutek ima, da je edinstven ter da so prav tako njegove izkušnje in doživljanja tako edinstveni, da niso primerljiva z drugimi.

## 3.2 Kognitivne značilnosti

Pogosto se zastavlja vprašanje, ali mladostniki nočejo ali ne morejo nadzirati svojega vedenja, ki je nemalokrat v neskladju s pričakovanji odraslih. Razvoj nevroloških slikovnih preiskav in nevropsiholoških tehnik je v zadnjih desetletjih povzročil veliko pomembnih odkritij, ki so v pomoč pri odgovoru na to kompleksno vprašanje.

Veliko pozornosti je bilo namenjeno razvoju čelnega režnja možganov, ki se pri človeku najpozneje dokončno razvije. Zgodnejše raziskave so pokazale, da se čelni reženj razvija še celotno obdobje adolescence in se konča v odrasli dobi. Novejše

raziskave kažejo celo, da se čelni reženj razvija vse do človekovega tridesetega leta. To je tudi dobra novica, saj nakazuje na prožnost možganov in možnosti za spremembe v daljšem razponu človekovega življenja.

Pomembnost čelnega režnja je za človekovo delovanje izrednega pomena. Ta predel možganov, ki je v sprednjem delu lobanje, je evolucijsko najmlajši in ljudi pomembno in bistveno loči od primatov ter človeku podobnih opic. V tem predelu možganov je centralni supervizijski sistem, ki deluje kot dirigent za druge možganske funkcije in jih med seboj usklajuje, uravnava, nadzira in vodi. Čelni oziroma frontalni del možganov je odgovoren za lastnosti, ki so najbolj značilne za človeško vrsto: nadzor impulzov, odlaganje trenutnih vzgibov, načrtovanje, predvidevanje, usmerjanje in vzdrževanje pozornosti, delovni spomin, zmožnosti abstraktnega mišljenja in sprejemanje pravil. Ni naključje, da je velika večina mladostnikov na teh področjih zelo šibka. Redko zmorejo predvideti posledice svojih dejanj, večinoma ravnajo impulzivno, z malo predhodnega načrtovanja ter med svojim delovanjem v delovnem spominu težko ohranjajo in upoštevajo postavljena pravila. Seveda se opisane lastnosti med posamezniki in glede na podpodročje adolescence močno razlikujejo. Sodobna znanost daje vse več dokazov, da mladostniki pogosto ne zmorejo nadzirati svojega vedenja ter načrtovati in predvidevati tako učinkovito kakor odrasli. Ker so nekateri mladostniki že v srednji adolescenci, v pozni pa še posebej telesno razviti že toliko, da so podobni odraslim, lahko odrasli od mladostnikov preveč pričakujejo. Kljub njihovemu odraslemu videzu in tudi govoru, ki nemalokrat vsebuje oponašanje odraslega nastopanja, je njihovo mišljenje pogosto še zelo konkretno ali pa psevdoabstraktno.

## 4. ZNAČILNOSTI MLADOLETNIH STORILCEV KAZNIVIH DEJANJ

Adolescenca je razvojno obdobje, v katerem je pogostost tveganih vedenj največja. Med ta tveganja vedenja spadajo tudi družbeno nesprejemljive oblike vedenja, ki ustrezajo merilom kaznivih dejanj. Ameriške statistike kažejo, da kljub temu, da mladostniki tvorijo le osem odstotkov prebivalstva, povzročijo polovico vseh nasilnih kriminalnih dejanj.

Za mladostniško vedenje pogosto uporabljamo izraze, kakor so delinkventnost, vedenjske motnje in disocialno vedenje. Te oblike vedenja so v adolescenci zelo pogoste. Pri tem je uporabno vedeti, da je delinkventnost pravni izraz, vedenjske motnje je psihiatrični izraz, disocialno vedenje pa je oblika vedenja.[5] Nevrološke in nevropsihološke razvojne lastnosti pojasnijo oblike vedenja, ki so značilne za adolescenco, a ne morejo v celoti razložiti, zakaj se nekateri mladostniki vedejo na način, ki krši socialne norme in družbena pravila. Pomembno je poudariti tudi, da se storilci kaznivih dejanj med seboj zelo razlikujejo.

### 4.1 Ugotavljanje ozadja disocialnih dejanj

Čeprav so številna dejanja mladostnikov v odkritem in neposrednem neskladju s pravili in vsebujejo elemente kaznivega dejanja, pa ne moremo *a priori* sklepati, da

5 STEINER, Hans, FELDMAN, Shirley. Child or adolescent antisocial behavior. V: Kaplan H. I., Sadock, B.J. (ur.), Comprehensive Textbook of Psychiatry, vol. VII. Baltimore, Williams & Wilkins, 1999, str. 2903–2909.

gre pri storilcu takega dejanja za disocialno vedenje. Disocialno vedenje je oblika vedenja, ki je v neskladju z družbenimi pravili in pri kateri gre za odsotnost empatije ter razumevanja za trpljenje sočloveka.

Kadar je takšen vzorec vedenja prevladujoč in se ne spreminja, govorimo o osebnostni motnji, natančneje o disocialni osebnostni motnji. V takšnih primerih gre za trajni vzorec notranjega doživljanja in vedenja, ki pomembno odstopa od pričakovanj posameznikove kulture.[6] Ta vzorec je vztrajen in neprožen ter je prisoten na dveh ali več področjih, kakor so: mišljenje, čustvovanje, medosebni odnosi in kontrola impulzov. Pri mladostnikih redko diagnosticiramo osebnostno motnjo, saj njihov razvoj praviloma še ni končan, zato je še prožen in spreminjajoč. Kljub temu pa pri nekaterih mladostnikih že ugotavljamo stabilne lastnosti, ki kažejo, da je osebnostna motnja že zakoreninjena. Poznamo več različnih vrst osebnostne motnje, a tista, za katero je najbolj značilno kršenje pravil in pomanjkanje empatije, je prav disocialna osebnostna motnja. Ker jo redko določimo pri mladostnikih, govorimo o disocialnih dejanjih.

Obstajajo različni modeli taksonomije in opazovanja, s katerimi bolj zanesljivo prepoznavamo mladostnike, pri katerih je večje tveganje za ponovno povzročanje disocialnih vedenj.[7,8] Eden takšnih modelov je preučevanje prevalence psihopatologije pri delinkventnih mladostnikih. Takšen model je neodvisen od delinkventnosti (pravni izraz), posameznikovih lastnosti (na primer impulzivnost in temperament) in določa merila, ki se povezujejo s posebnimi oblikami zdravljenja (na primer depresije, manije, posttravmatske stresne motnje).

Za ugotavljanje disocialnih vedenj v okviru takšnega modela so potrebni trije pomembni koraki.

V prvem koraku ločuje naključno, situacijsko in od okolja spodbujano disocialno vedenje od disocialnih vedenj, ki imajo visoko verjetnost ponavljanja. Pri situacijskem vedenju obstaja velika verjetnost, da se konča, ko se spremeni okolje, ko se uvede kazen ali po edukaciji glede kriminalnega dejanja in doživljanja žrtev. Pri ponavljajočih obstaja notranja škodljiva disfunkcionalnost, ki povzroča, da je vedenje manj dostopno za intervencije. Pomembno je namreč vedeti, ali pomeni mladostnikovo neprimerno vedenje psihopatologijo, ki jo je mogoče diagnosticirati in zdraviti. V nasprotju s prisotnostjo psihopatologije ugotavljamo, ali je bilo to vedenje slučajno, ali se je zgodilo v povezavi s situacijo ali okoljskimi dejavniki. Pri tem pa je treba oceniti tudi, kakšna je verjetnost trajanja takšnega vedenja.

Drugi korak je ugotavljanje psihopatološkega procesa v povezavi z disocialnim vedenjem. Ali gre pri posamezniku za disfunkcijo kontrole agresivnosti, kakor je to na primer pri opozicionalni motnji. Na tej stopnji ugotavljamo, ali gre pri posamezniku za razpoloženjsko motnjo (depresivnost, manija), anksioznost ali motnjo pozorno-

6 AVGUŠTIN AVČIN, Bojana, ZADRAVEC, Tina. Osebnostne motnje. V: Drobnič R., M., Pregelj, P. (ur.). Izbrana poglavja iz otroške in mladostniške psihiatrije. Ljubljana: NUK, 2018.

7 STEINER, Hans. Mental health services for juvenile delinquents. Journal of the California Alliance for the Mentally Ill, 1999, letn. 14, str. 73-75.

8 STEINER, Hans. Work Group on Quality Issues, AACAP: Practice parameters for the assessment and treatment of children and adolescents with conduct disorder. Journal of American Acadademy of Child and Adolescent Psychiatry, 1997, št. 36, str. 122–1395.

sti. Preveriti moramo morebitno prisotnost težje psihopatologije, kakor so na primer psihoza, shizofrenija ali avtizem. Ne nazadnje pa je treba preveriti tudi, ali lahko mladostnikovo vedenje povežemo z anatomskimi okvarami centralnega živčnega sistema, kakor so na primer epilepsija, možganske poškodbe ali frontalni sindrom.

Zadnji, tretji korak, je vzpostavljanje vzročne povezave z motnjo. Na tej končni točki skušamo mladostnikovo ozadje povezati z njegovim vedenjem. Tako na primer ugotavljamo, ali je razpoloženjska motnja vodila v zlorabo psihoaktivnih snovi, vedenjske motnje in izpostavljenost travmatskim izkušnjam, ki so povzročile posttravmatsko stresno motnjo in nadaljnje agresivno vedenje.

## 4.2 Psihopatologija v adolescenci v povezavi z disocialnimi vedenji

V obdobju mladostništva se izraziteje pokažejo nekatere motnje, ki so pri otroku prirojene in lahko povzročijo vedenjske motnje v večjem obsegu. Druga vrsta pa so motnje, ki se prvič pojavijo v adolescenci in pomenijo spremembo v običajnem ali pričakovanem vedenju otroka oziroma mladostnika.

### *4.2.1 Hiperkinetični sindrom*

Hiperkinetični sindrom je poleg motenj avtističnega spektra eden najbolj popularnih sindromov ali motenj, ki se diagnosticira pri otrocih. V angleščini se imenuje *attention deficit and hyperactivity disorder*, zato tudi v Sloveniji to motnjo pogosto imenujemo kar s kratico ADHD. Angleška opredelitev je širša, saj vsebuje motnje pozornosti in hiperaktivnost, medtem ko slovenska vsebuje v opisu le slednjo, a se nanaša na isto motnjo. Pri otroku so namreč mogoče tri oblike te motnje: motnje pozornosti, hiperaktivnost in impulzivnost ali pa oboje hkrati. Otroci, ki trpijo zaradi motenj pozornosti brez hiperaktivnosti, so običajno manj moteči in bolj zasanjani, težko se osredotočijo, so neorganizirani, delujejo pozabljivo in površno. Otroci s težavami na področju hiperaktivnosti in impulzivnosti so moteči za okolico, saj ne zmorejo nadzorovati svojih impulzov, so običajno zelo dobro energetsko opremljeni in delujejo, kakor da nikoli niso pri miru. Motnje pozornosti in hiperaktivnost združujejo oba dejavnika in so težka motnja, ki ovira posameznika pri uresničenju njegovih potencialov, hkrati so taki posamezniki moteči za okolico. Zaradi svoje nezmožnosti osredotočanja in ločevanja bistvenega od nebistvenega, energetske opremljenosti in visoke impulzivnosti ti otroci in mladostniki pomenijo zelo visoko tveganje za povzročitev kriminalnih dejanj. Pri tem je treba vedeti, da takšnih dejanj ne povzročajo vsi mladostniki s hiperkinetičnim sindromom, zato ne moremo enostavno vzpostaviti vzročno-posledične povezave, saj bi sicer vsi povzročali kriminalna dejanja. Zato ne moremo reči, da pri posamezniku s hiperkinetičnim sindromom ta pomeni olajševalno okoliščino. Je pa takšna motnja lahko pomemben dejavnik pri nastanku disocialnih oblik vedenja.

### *4.2.2 Motnje razpoloženja*

V adolescenci prvič nastanejo motnje razpoloženja, ki so podobne klinični sliki motenj v odrasli dobi. Tako lahko mladostniki izkažejo depresivno stanje, ki ustreza diagnostičnim merilom. Morda si je težko zamišljati, da depresivna oseba, ki ji primanjkuje volje, energije in je v svojem delovanju upočasnjena, lahko izvrši kriminalno dejanje. Depresivno razpoloženje pogosto spremlja suicidalnost in praviloma je

človekova agresivnost usmerjena proti sebi. V agitirani obliki pa se ta agresivnost lahko usmeri tudi na okolico z malo skrbi za posledice. Omeniti je treba še obliko depresivnosti, ki se ne kaže z značilnimi znaki, temveč se odraža v posameznikovi povišani razdražljivosti, agitaciji, tesnobi in jezavosti. Ta oblika je težko prepoznana in je bolj značilna za moški spol. V takšnem stanju delovanja z znižano frustracijsko tolerantnostjo je tveganje za disocialne oblike vedenja večje.

Prav tako v adolescenci prvič nastanejo manične motnje, ki so kot takšne tudi prepoznane zaradi bolj jasne klinične slike. Manična motnja je nasprotje od depresivnosti. Posamezniki, ki trpijo zaradi nje, so polni energije, vrvežavi, privzdignjenega razpoloženja, velikopotezni, evforični in nekritični do lastnega vedenja. Pogosto okolica sumi, da so pod vplivom psihoaktivnh snovi, ki povzročajo stanje evforije in privzdignjenosti. V takšnih stanjih je posameznik nekritičen in lahko sebi in drugim povzroči škodo. Običajno gre za finančno škodo, saj manična oseba pogosto nekritično in neselektivno porablja denar za nesmiselne ali pretirane nakupe. Lahko pa v svoji privzdignjenosti tak posameznik izvede tudi dejanja, ki so v nasprotju z zakoni, saj je impulziven, nekontroliran in nekritičen.

### *4.2.3 Motnje mišljenja*

Določena psihopatološka stanja povzročajo, da posameznik doživlja motnje mišljenja, ki pomembno in bistveno izkrivljajo njegovo doživljanje resničnosti. Med takšnimi poznamo psihotične epizode, pri čemer je posameznik pod vplivom halucinacij, doživljanj in zaznav, ki niso resnične. Te lahko pomembno vplivajo na njegovo doživljanje sveta in povzročajo vedenja, ki niso v skladu z objektivno stvarnostjo. Večina ljudi s takšnimi motnjami ni nevarna za okolico, zlasti če so te motnje primerno in strokovno obravnavane. V določenih primerih pa pride tudi do nasilnih in kriminalnih dejanj, saj posameznik doživlja okolico na svojski in izkrivljen način. Na stik osebe s stvarnostjo pomembno vplivajo tudi blodnje, ki pomenijo utrjena prepričanja, ki niso dostopna za spremembo kljub jasnim nasprotnim dokazom. Ta se razlikujejo glede na vsebino ter pomembno vplivajo na posameznikovo mišljenje in vedenje. Če je na primer posameznik prepričan, da se proti njemu kuje zarota, da ga preganjajo, nadzorujejo in zasledujejo, je sumničav in nezaupljiv do večine ljudi. Takšni občutki preganjanja in paranoidne vsebine lahko v določenih primerih povzročijo tudi kriminalna dejanja. Pomembno je omeniti tudi ljubosumnostne blodnje, pri katerih je posameznik prepričan, da mu partner ni zvest, in to kljub nasprotnim dokazom. Za obdobje mladostništva so te motnje pomembne, saj v tem obdobju nastanejo prvič in tudi shizofrenija ima svojo prvo pojavnost v tem obdobju.

### *4.2.4 Disociativne motnje*

Disociativne motnje nastanejo kot odziv na hudo travmatsko doživetje in pomenijo zaščito za posameznika, ki skuša, kolikor je mogoče, nadaljevati s svojim običajnim delovanjem. Čeprav je to obrambni način delovanja, pa se lahko posameznik disociira (odcepi) v takšnem obsegu, da ne zmore nadzirati svojega vedenja, v določenih primerih se svojih dejanj ne spomni. Disociativne motnje so tudi pri psihotičnih motnjah, ko posameznik izgubi podobo o sebi in deluje na zanj značilen način, kar je povezano s psihopatološkimi procesi.

### *4.2.5 Zloraba psihoaktivnih snovi*

Zloraba psihoaktivnih snovi pomeni škodljivo uporabo in odvisnost. Pri prvi gre za vzorec vedenja, ki povzroča, da posameznik ne more izpolnjevati svojih obveznosti, obvladovati svojih težav in je povečano nagnjen k tveganemu vedenju. Pri odvisnosti pa so prisotni povišana tolerantnost za substanco, odtegnitveni znaki, opuščanje pomembnih aktivnosti, povečanje porabe časa za aktivnosti, usmerjene v uporabo substanc, in nadaljevanje uporabe kljub poslabšanju zdravstvenega stanja zaradi uporabe psihoaktivnih snovi. Najpogostejša substanca med adolescenti je alkohol. Zloraba psihoaktivnih snovi lahko pomembno vodi in usmerja posameznikovo vedenje, ki se izrazi v disocialnih oblikah.

## 4.3 Vzroki za disocialno vedenje

### *4.3.1 Dejavniki pred rojstvom in kmalu po njem*

Perinatalni dejavniki so pomemben vir vzrokov, ki lahko vplivajo na poznejši razvoj disocialnih dejavnikov. Dejavniki tveganja so nedostopnost prenatalne oskrbe, materina zloraba psihoaktivnih snovi s, njeno kajenje ali slaba prehrana, kar vse povzroča slabši razvoj centralnega živčevja. Po rojstvu in v otroštvu pa so dejavniki tveganja naporen temperament, ”nevarna” navezava na starše, nedostopni ali nedosledni starši ter groba vzgoja. Zavračanje s strani vrstnikov in neuspeh v šoli ali izvenšolskih dejavnostih so prav tako možni dejavniki tveganja za razvoj disocialnega vedenja.

### *4.3.2 Biološki dejavniki*

Ti vsebujejo genetske dejavnike, poškodbe centralnega živčevja, manjšo vzburjenost živčevja, odstopanja na področju nevrotransmiterjev in naporen temperament. Učinek teh bioloških dejavnikov je najbolj očiten v kombinaciji z okoljskimi prikrajšanji in drugimi dejavniki tveganja. Dednost je najbolj dvomljiv dejavnik za nastanek disocialnega vedenja, pri čemer je več dokazov, da dednost vpliva na nastanek nenasilnih kriminalnih dejanj.

Poškodba centralnega živčnega sistema ob rojstvu ali v otroštvu je prav tako dejavnik tveganja za nastanek disocialnega vedenja. To potrjujeta dve hipotezi, in sicer, da je poškodba frontalnih predelov povezana z agresivnimi zločini in da je nepravilno delovanje temporalnega režnja povezano s spolnimi zlorabami.

Nižja vzburjenost centralnega živčnega sistema ima pomembno vlogo, saj se je izkazalo, da otroci z nižjo osnovno vzburjenostjo iščejo več zunanjih dražljajev. Ti pa so bolj povezani s tveganimi, nevarnimi in tudi disocialnimi oblikami vedenja.

### *4.3.3 Psihološki dejavniki*

To področje vključuje tudi nevropsihološke dejavnike, sposobnost učenja, pogojevanja, inteligentnost in osebnostne dejavnike. Več nevropsiholoških primanjkljajev je pogosto prisotnih pri mladostnikih, ki storijo disocialna dejanja. Ta vključujejo

učne težave, nepravilno delovanje čelnega režnja in leve hemisfere ter zmanjšano lateralizacijo za jezikovne sposobnosti. Izkazalo se je, da se ti mladostniki počasneje učijo na napakah in slabše učijo izogibanja neprijetnim dražljajem.

Mladostniki, ki izvajajo disocialna dejanja, imajo običajno nižji inteligenčni količnik, so slabši na področju višjih spoznavnih funkcij in verbalnem področju, predvsem pri moralnem presojanju.

Pri osebnostnih lastnosti imajo ti mladostniki več težav glede samokontrole, nadzora nad lastnimi impulzi, odgovornosti in blaženja lastne agresivnosti. Težave s samokontrolo povečuje prisotnost posttravmatske stresne motnje, ki ni neobičajna pri disocialnih mladostnikih.

### *4.3.4 Družbeni dejavniki*

Družina je pomemben prediktor za mladostniško disocialno vedenje. Družinska patologija, zloraba, zanemarjanje in spolno nadlegovanje so le nekateri izmed pogostih pojavov v družinah otrok, ki razvijejo disocialne oblike vedenja. Vedno več dokazov je, da je kakovost starševanja pomembna pri razvoju agresivnosti, impulzivnosti in neubogljivosti pri otrocih. To vključuje odsotnost staršev, pomanjkanje nadzora in neučinkovite složnosti starševanja. Družinski vplivi niso omejeni le na odnos med staršem in otrokom, temveč so vplivni tudi drugi dejavniki. Med najpomembnejše se uvrščajo ločitev, ločenost ali spori med staršema.

Vplivi vrstnikov postanejo pomemben dejavnik dokaj pozno v razvoju. Obstaja majhna verjetnost, da le vpliv vrstnikov povzroči disocialna dejanja. Vpliv vrstnikov je pomembnejši pri disocialnih oblikah vedenja, ki nastanejo pozneje, ko so adolescenti bolj dovzetni za pritiske vrstnikov. Mladostnike, ki so izključeni iz bolje socializiranih skupin, lažje sprejmejo skupine disocialnih vrstnikov.

Pomemben družbeni dejavnik je tudi širše okolje, v katerem otrok odrašča. Če otrok odrašča v okolju z visoko stopnjo brezposelnosti, slabšo dostopnostjo izobrazbe, nižjim ekonomskim standardom in nizkim socialnim položajem staršev, je tveganje za razvoj disocialnih oblik vedenja večja.

### *4.3.5 Drugi dejavniki*

Poleg navedenih dejavnikov velja omeniti tudi šolski neuspeh, ki je povezan s poznejšim nastankom disocialnega vedenja. Pomemben dejavnik so tudi množični mediji, pri čemer so zlasti pereči tisti, ki zelo nazorno kažejo nasilje. To je v sodobnem času poudarjeno s čedalje boljšo računalniško grafiko in drugimi tehnološkimi napredki. Za to so posebno dojemljivi mladostniki, ki potrebujejo več vzburjenja in jim to pomeni vzorec za disocialno vedenje. Pri tem velja poudariti tudi zmanjšano občutljivost, ko se prag tolerantnosti pri posamezniku zniža, če je pogosto izpostavljen dražljajem. Tako lahko mladostniki razvijejo nekritično tolerantnost do nasilja in agresivnih vsebin, kar povečuje tveganje, da bodo takšne oblike vedenja tudi sami izvedli.

## 5. SKLEP

Pregled razvojnih dejavnikov, nevropsiholoških vplivov in okoljskih dejavnikov ter prisotnost psihopatologije kaže, da je nastanek disocialnega vedenja in delinkventnosti kompleksen proces. Mladostniki so za takšne oblike vedenja posebno izpostavljena in ranljiva skupina, ki zahteva dodatno pozornost. Ugotovitve na področju razvoja možganov kažejo, da so možnosti za psihološki razvoj pri mladostniku še zelo odprte ter da je še veliko prostora za izboljšave in pomembne spremembe. Ob spoznanju, da je to dobra novica, hkrati odraslim in širši družbi nalaga veliko odgovornost za razvoj adolescentov in njihovo delovanje v odraslosti.

**SEZNAM LITERATURE:**


- CARR, Alan, *The Handbook of Child and Adolescent Clinical Psychology: A Contextual Approach (2nd ed.).* Routledge, 2006.
- DROBNIČ RADOBULJAC, Maja, PREGELJ, Peter. (ur.). *Izbrana poglavja iz otroške in mladostniške psihiatrije (vol. I – IV).* Ljubljana: NUK, 2018.
- FREUD, Anna. Adolescence. *Psychoanal. St. Child*, 1958, št. 13, str. 255–278.
- LEWIS, Melvin (ur.). *Child and adolescent psychiatry: A comprehensive textbook (3rd ed.)*. Lippincott Williams & Wilkins Publishers, 2002.
- OFFER, Daniel, SCHONERT-REICHL, Kimberly. Debunking the myths of adolescence: Findings from recent research. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry,* 1992, št. 6, str. 1003–1014.
- SADOCK, Benjamin, J., SADOCK, Virginia A. *Kaplan & Sadock's Comprehensive Textbook of Psychiatry (2 Volume Set).* Lippincott Williams & Wilkins, 2004.
- STEINER, Hans, FELDMAN, Shirley. Child or adolescent antisocial behavior. V: Kaplan H. I., Sadock, B.J. (ur.), *Comprehensive Textbook of Psychiatry, vol. VII. Baltimore,* Williams & Wilkins, 1999, str. 2903–2909.
- STEINER, Hans. Mental health services for juvenile delinquents. *Journal of the California Alliance for the Mentally Ill,* 1999, št.. 14, str. 73–75.
- STEINER, Hans. Work Group on Quality Issues, AACAP: Practice parameters for the assessment and treatment of children and adolescents with conduct disorder. *Journal of American Acadademy of Child and Adolescent Psychiatry*, 1997, št. 36, str. 122–1395.

# FINANČNI POPRAVKI PRI KORIŠČENJU SREDSTEV IZ EVROPSKIH KOHEZIJSKIH SKLADOV[1]

Franc Seljak, vrhovni sodnik, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

## 1. UVOD

Zmanjšanje neskladja med stopnjami razvitosti različnih regij in zaostalost regij z najbolj omejenimi možnostmi je eden od pomembnih ciljev držav članic Evropske unije.[2] Ta naj bi bil dosežen s pospeševanjem vsesplošnega skladnega razvoja ter s krepitvijo ekonomske, socialne in teritorialne kohezije. Eden od nosilnih instrumentov za doseganje tega cilja je delovanje strukturnih skladov, prek katerih se zagotavljajo finančni viri (prvi odstavek 175. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU)). Že PDEU se v navedenem prvem odstavku 175. člena sklicuje na evropski kmetijski usmerjevalni in jamstveni sklad, usmerjevalni oddelek, evropski socialni sklad in evropski sklad za regionalni razvoj. Zato mora biti vzpostavljen ustrezen mehanizem, prek katerega je omogočen dostop do teh namenskih sredstev, kakor tudi nadzorni sistem, s katerim se zagotavlja nadzor nad koriščenjem teh sredstev, ter popravni ukrepi v primeru ugotovljenih odstopanj od predpisanih pravil pri koriščenju teh sredstev. Zagotavljanje nepovratnih sredstev iz evropskih skladov pomeni korist za končnega upravičenca, ki pa ima pravno podlago le ob popolni skladnosti s pravom EU in nacionalnim pravom.

Splošna pravila delovanja navedenih skladov urejajo številne uredbe, ki kot popravni mehanizem držav članic in Evropske komisije (v nadaljevanju: Komisija) določajo finančne popravke, katerih namen je odprava nepravilnosti pri koriščenju sredstev iz navedenih strukturnih skladov. Uveljavljanje tega mehanizma posega v pravne položaje oseb, ki so udeležene v postopkih koriščenja sredstev teh skladov. Med temi subjekti so pogosto vzpostavljena tudi pogodbena razmerja, zato se pogosto odpira vprašanje vpliva mehanizma finančnih popravkov na njihov pogodbeni položaj.

V zadnjih letih se na slovenskih sodiščih uveljavljajo številni pravdni zahtevki, ki so neposredno povezani z izvajanjem finančnih popravkov. Finančni popravki se v teh postopkih lahko kažejo kot podlaga zahtevkov države zoper končne upravičence do nepovratnih sredstev iz strukturnih skladov za vrnitev (sorazmernega dela) že prejetih sredstev ali pa kot podlaga za ugovore države zoper zahtevke končnih upravičencev za izpolnitev pogodbene obveznosti države iz sklenjene pogodbe o sofinanciranju posameznih projektov. Sodna praksa v zvezi s tovrstnimi zahtevki se postopoma oblikuje. Do nekaterih pravnih vprašanj se je s tem v zvezi že opredelilo tudi Vrhovno sodišče Republike Slovenije (v nadaljevanju: vrhovno sodišče). Namen tega prispevka je opozoriti na nekatera vprašanja, ki se odpirajo v tovrstnih

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorja na gospodarskopravni šoli 2020, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala od 14. do 16. oktobra 2020 na daljavo.

2 Glej 174. in 175. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU) oziroma 158. in 159. člen Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (PES).

pravdah, kakor tudi na že zavzeta stališča v domači sodni praksi (predvsem vrhovnega sodišča) ter na nekatere najpomembnejše odločbe Splošnega sodišča ter Sodišča Evropske unije, na katera so naša sodišča po načelu primarnosti prav tako vezana.

## 2. UREDITEV STRUKTURNIH SKLADOV V SEKUNDARNIH PRAVNIH VIRIH EU

Čeprav so posamezni strukturni skladi urejeni z različnimi uredbami,[3] pa je delovanje skladov poenoteno z Uredbo (EU) št. 1303/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. decembra 2013 o skupnih določbah o Evropskem skladu za regionalni razvoj, Evropskem socialnem skladu, Kohezijskem skladu, Evropskem kmetijskem skladu za razvoj podeželja in Evropskem skladu za pomorstvo in ribištvo, o splošnih določbah o Evropskem skladu za regionalni razvoj, Evropskem socialnem skladu, Kohezijskem skladu in Evropskem skladu za pomorstvo in ribištvo ter o razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 1083/2006 (v nadaljevanju Uredba št. 1303/2013). Že iz naslova te uredbe je razvidno, da je bilo to področje pred tem urejeno z Uredbo 1083/2006. Pretežni del zadev, ki so bile do tedaj obravnavane v naši sodni praksi, so se nanašale na dejanske primere iz časa veljavnosti Uredbe 1083/2006. Vendar se nosilne določbe v obeh uredbah, ki se nanašajo na finančne popravke, ne razlikujejo, zato bi že zavzeta stališča sodne prakse, ki temeljijo na Uredbi 1083/2006, morala veljati tudi za poznejše primere iz časa veljavnosti Uredbe 1303/2013.

## 3. PRIREJENI POLOŽAJ DRŽAV ČLANIC IN KOMISIJE PRI UPRAVLJANJU IN NADZORU

Izvajanje operativnih programov sofinanciranja operacij iz evropskih skladov pomeni izvrševanje proračuna EU.[4] Zakonodaja EU zato že z določbami, ki urejajo ustroj organov v državi članici, poudarja odgovornost držav članic za vzpostavitev sistema upravljanja in nadzora (člena 74.1 in 122.1 Uredbe 1303/2013). Uredba nalaga državam članicam vzpostavitev organov upravljanja, (po potrebi) organa za

3 Uredba (EU) št. 1301/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. decembra 2013 o Evropskem skladu za regionalni razvoj in o posebnih določbah glede cilja »naložbe za rast in delovna mesta« ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1080/2006, Uredba (EU) št. 1304/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. decembra 2013 o Evropskem socialnem skladu in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 1081/2006, Uredba (EU) št. 1299/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. decembra 2013 o posebnih določbah za podporo cilju »evropsko teritorialno sodelovanje« iz Evropskega sklada za regionalni razvoj, Uredba (EU) št. 1302/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. decembra 2013 o spremembi Uredbe (ES) št. 1082/2006 o ustanovitvi evropskega združenja za teritorialno sodelovanje (EZTS), kar zadeva razjasnitev, poenostavitev in izboljšanje ustanavljanja in delovanja takih združenj, Uredba (EU) št. 1300/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. decembra 2013 o Kohezijskem skladu in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 1084/2006, Uredba (EU) št. 1305/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. decembra 2013 o podpori za razvoj podeželja iz Evropskega kmetijskega sklada za razvoj podeželja (EKSRP) in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 1698/2005 in Uredba (EU) št. 508/2014 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o Evropskem skladu za pomorstvo in ribištvo in razveljavitvi uredb Sveta (ES) št. 2328/2003, (ES) št. 861/2006, (ES) št. 1198/2006 in (ES) št. 791/2007 in Uredbe (EU) št. 1255/2011 Evropskega parlamenta in Sveta (https://ec.europa.eu/regional_policy/sl/information/legislation/regulations/).

4 Dr. Luka Bernard in Julija Žičkar, Služba za analize in raziskave pri Vrhovnem sodišču Republike Slovenije, Nekatera vprašanja pravil vračanja nepovratnih evropskih sredstev zaradi kršitev pravil o javnem naročanju (primerjalnopravna analiza), točka 1.4, julij 2020 (v nadaljevanju primerjalnopravna analiza).

potrjevanje in revizijskega organa.[5] Na takšni ureditvi temelji tudi kontrolni mehanizem, ki naj bi preprečeval koriščenje sredstev strukturnih skladov v nasprotju z njihovim namenom.

## 4. PORAZDELITEV VLOGE KOMISIJE IN DRŽAV ČLANIC PRI IZVAJANJU NADZORA

Tako Uredba 1083/2006 v prvem odstavku 98. člena kakor tudi Uredba 1303/2013 v prvem odstavku 143. člena uveljavljata primarno odgovornost držav članic za preiskovanje nepravilnosti ter izvajanje potrebnih finančnih popravkov in izterjav. Finančni popravki, ki jih z izvedbenimi akti izvaja Komisija, imajo torej popravni pomen.[6] Hkrati je izrecno poudarjeno sodelovanje Komisije z revizijskimi organi (128. člen Uredbe 1303/2013). Na ta način naj bi bil vzpostavljen enovit sistem nadzora nad namensko uporabo sredstev iz strukturnih skladov.

Tako uveljavljeni sistem nadzora nad izvajanjem programov za koriščenje sredstev iz evropskih skladov postavlja različne organe države članice v poseben (pogosto konflikten) položaj. Na ravni sprejemanja političnih odločitev se pogosto skuša doseči maksimiranja učinka pri izvajanju programov za koriščenje sredstev iz evropskih skladov. Gre za legitimni interes vsake države članice, ki ga skuša doseči tudi z optimizacijo delovanja organov, ki jih mora vzpostaviti v skladu z evropsko zakonodajo. Tako delujejo finančni popravki, ki nalagajo preklic celotnega prispevka ali dela prispevka Unije za operativni program, v nasprotni smeri. Zato so tudi v pravdah, v kateri se uveljavljajo učinki finančnih popravkov, pogosto obravnavana nasprotujoča stališča organov upravljanja in revizijskega organa.

## 5. POSTOPEK UVELJAVLJANJA FINANČNIH POPRAVKOV V DRŽAVI ČLANICI

Navedeni uredbi ne posegata v postopkovna pravila, ki naj jih uporabljajo države članice pri uveljavljanju finančnih popravkov. Z uredbama ni poenoten način, s katerim se ob sodelovanju organa upravljanja zagotavljajo nepovratna sredstva končnim uporabnikom posameznih projektov. Slovenska pravna ureditev v fazi odločanja o pravici do sredstev iz strukturnih skladov temelji na odločanju v upravnem postopku. Različna pa je ureditev izplačila oziroma vračila že izplačanih sredstev.[7] Odločanje tudi o teh vprašanjih v upravnem postopku je na primer urejeno v Zakonu o kmetijstvu v 29. do 57. členu. Drugačen način uveljavljanja izplačila nepovratnih sredstev pa je urejen glede kohezijskih sredstev. Tako na primer 28. člen Uredbe o porabi sredstev evropske kohezijske politike v Republiki Sloveniji v programskem obdobju 2014–2020 za cilj naložbe za rast in delovna mesta (Uradni list RS, št. 29/15 s spremembami do 67/18) predvideva, da posredniški oziroma izvajalski organ po odločitvi o podpori oziroma po pravnomočnosti sklepa o izbiri z upravičencem sklene pogodbo o sofinanciranju. Vzpostavljeno je torej civilnopravno

5 122. do 127. člen Uredbe 1303/2013, pred tem primerljiva ureditev v 58. do 62. členu Uredbe 1083/2006.

6 144. člen Uredbe 1303/2013, posebej točka b) prvega odstavka.

7 Ž. Rejc, Zahtevki za vrnitev sofinanciranja in zavrnitve izplačil v pravnih okvirih dvofaznosti postopka dodeljevanja nepovratnih sredstev, Pravna praksa št. 29-30/2020, stran 10.

razmerje med državo in upravičencem, ki pa vsebuje tudi javnopravne elemente. Pogodbenim strankam je sodno varstvo njihovih položajev omogočeno predvsem v civilni pravdi. Finančni popravki se zato v pravdi izražajo kot podlaga za dajatveni zahtevek države za povrnitev (dela) že izplačanih nepovratnih sredstev na podlagi pogodbe ali pa kot ugovorni razlog države zoper izpolnitveni zahtevek končnega uporabnika na podlagi pogodbe.

Glede pogodbe o sofinanciranju in njenih učinkov je Vrhovno sodišče Republike Slovenije sprejelo stališče v sodbi III Ips 80/2018 z dne 12. 2. 2019. Odločilno vprašanje v zadevi je bilo, ali je terjatev upravičenca do izplačila sredstev iz strukturnega sklada na podlagi pogodbe o sofinanciranju lahko predmet zastavne pravice v korist tretje osebe. Tožnik je namreč izplačilo uveljavljal na podlagi sklenjene zastavne pogodbe, s katero je kreditojemalec zastavil svojo terjatev do tožene stranke (države) na podlagi pogodbe o sofinanciranju izgradnje hotela. Vrhovno sodišče je zavrnitev revizije utemeljilo z naslednjimi argumenti:

*Načelo namenskosti uporabe sredstev je v Uredbi 1083/2006 poudarjeno skozi stroga pravila o izdatkih, ki so upravičeni do prispevka iz skladov (56. člen Uredbe 1083/2006) in pravila, ki za določeno časovno obdobje prepovedujejo spreminjanje projekta (57. člen Uredbe 1083/2006). Civilnopravna razmerja, v katera vstopa upravičenec, da bi zagotovil pogoje za uveljavitev izplačila nepovratnih javnih sredstev, na način izpolnjevanja zavez tožene stranke iz pogodbenega razmerja z upravičencem ne vplivajo. Tako vzpostavljen režim dodeljevanja sredstev iz skladov zato upravičencem ne omogoča civilnopravnega prenosa svojega pogodbenega položaja iz takšnega razmerja s toženo stranko. Prevzeto zavezo za izplačilo sredstev iz sklada lahko ob upoštevanju Uredbe 1083/2006 izpolni tožena stranka zgolj upravičencu, ki mu je tak status priznan v pogodbi na podlagi predhodno izvedenega (upravnega) postopka.*

*V Pogodbi o sofinanciranju tožeča stranka ni nastopala kot upravičenec v smislu Uredbe 1083/2006. Na podlagi Pogodbe o sofinanciranju tudi družba A., d. o. o. kot upravičenec ni pridobila civilnopravne terjatve do tožene stranke, ki bi bila v pravnem prometu. Takšno upravičenje zato ne more biti predmet zastavne pravice (tretji odstavek 128. člena SPZ). Zastavna pogodba, ki jo je sklenila tožeča stranka z družbo A., d. o. o., ni mogla ustvariti učinka iz 180. člena SPZ, da bi morala tožena stranka nepovratna javna sredstva po Pogodbi o sofinanciranju izplačati tožeči stranki. S tem, ko je tožena stranka 4. 10. 2012 družbi A., d. o. o. nakazala znesek 787.520,00 EUR na njen transakcijski račun, ni ravnala v nasprotju s 180. členom SPZ.*

## 6. POSTOPEK UVELJAVLJANJA FINANČNIH POPRAVKOV PRED KOMISIJO

Če je način uveljavljanja finančnih popravkov v državah članicah prepuščen njihovi avtonomiji, pa Uredba 1303/2013 v 145. členu ureja postopek pred Komisijo pri sprejemanju odločitve o finančnem popravku.[8] Ta ureditev omogoča državi članici sodelovanje v tem postopku, in sicer kot:

8 V Uredbi 1083/2006 je bila primerljiva ureditev v 100. členu.

- možnost podajanja pripomb na začasne ugotovitve Komisije v svojem pregledu (prvi odstavek 145. člena Uredbe 1303/2013),
- možnost dokazovanja, da je dejanski obseg nepravilnosti manjši kakor v oceni Komisije (drugi odstavek istega člena),
- podajanje pojasnil in informacij na zaslišanju pred Komisijo (četrti odstavek istega člena).

Odločitev o finančnih popravkih sprejme Komisija z izvedbenimi akti. Pri tem je časovno omejena, saj mora biti sprejeta v šestih mesecih od dneva zaslišanj ali dneva prejema dodatnih informacij, če se država članica strinja, da jih predloži po zaslišanju. Če se država članica ne udeleži zaslišanja, začne teči šestmesečni rok dva meseca po dnevu vabila na zaslišanje, ki ga je poslala Komisija.[9]

Da pri tem ne gre za instrukcijski rok Komisiji, je jasno pojasnilo Sodišče EU v sodbi C-139/15 z dne 21. 9. 2016,[10] 117. točka obrazložitve sodbe:

*V Uniji, ki temelji na pravu, morajo njena sodišča nadzorovati spoštovanje takega splošnega pravila in, če je potrebno, tudi po uradni dolžnosti preprečiti kakršno koli kršitev tega pravila. Načeli zakonitosti in pravne varnosti namreč nasprotujeta temu, da bi se štelo, da je rok, ki je določen z ureditvijo Unije za sprejetje akta, ki posega v položaj, instrukcijski, in da to, da izdajatelj akta tak rok krši, ne vpliva na njegovo veljavnost.*[11]

Glede postopka sprejemanja odločitve Komisije o finančnih popravkih je treba opozoriti, da gre v tem primeru za postopek med Komisijo in državo članico. Vrhovno sodišče je to poudarilo v sklepu III Ips 61/2018 z dne 12. 4. 2019, v katerem je glede lastnosti zahtevka države za povrnitev dela prejetih sredstev pojasnilo:

*Vendar pa po presoji Vrhovnega sodišča v materialnem pravu ni podlage, da bi lahko država članica od upravičenca v smislu regresa, torej avtomatično in ne glede na okoliščine posameznih primerov, zahtevala vračilo zneska finančnega popravka, ki ga je državi članici v skladu s svojimi smernicami predlagala EK, zgolj zato, ker je tak popravek predlagala EK. Po določbah Uredbe 1083/2006 gre namreč za dva ločena postopka, za katera veljajo različna pravila, v postopku pred EK pa upravičenec niti ni stranka.*

Tako kakor velja na splošno za vse akte Komisije, je na podlagi 263. člena PDEU mogoč sodni preizkus tudi izvedbenega akta Komisije o finančnih popravkih. V skladu s prvim odstavkom 256. člena PDEU je za odločanje o tovrstnih tožbah pristojno Splošno sodišče EU. Zoper njegove odločitve je dovoljena pritožba na Sodišče EU, vendar le glede pravnih vprašanj. Na tej podlagi je nastala obsežna sodna praksa obeh sodišč v postopkih, v katerih so države članice izpodbijale to-

9 Šesti odstavek 145. člena Uredbe 1303/2013.

10 S sodbo je bila zavrnjena pritožba Komisije zoper sodbo Splošnega sodišča EU, s katero je bila razglašena za nično odločba Komisije o naložitvi finančnih popravkov. Kot ničnostni razlog je bil upoštevan prekoračeni rok Komisije za sprejetje odločitve o finančnih popravkih.

11 Sodba se nanaša na primerljivo ureditev v šestem odstavku 100. člena Uredbe 1083/2006, zato ne more biti dvoma glede enakega učinka roka, kakor je opredeljen v šestem odstavku 145. člena Uredbe 1303/2013.

vrstne akte Komisije o finančnih popravkih pri koriščenju nepovratnih sredstev iz evropskih skladov.[12]

Opozoriti je treba tudi na določbo 146. člena Uredbe 1303/2013, da finančni popravek Komisije ne posega v obveznost države članice o izterjavi finančnih popravkov, ki jih izvedejo države članice na podlagi drugega odstavka 143. člena iste uredbe. Država članica je torej zavezana zagotoviti vračila v proračun Unije tako na podlagi finančnih popravkov, ki jih izvede(jo) njen(i) organ(i), kakor tudi finančnih popravkov Komisije.

## 7. NEKATERE ODLOČBE SODIŠČA EU IN VSRS V ZVEZI S FINANČNIMI POPRAVKI[13]

### 7.1 Široka razlaga izraza nepravilnosti

V več sodbah se je Sodišče EU opredeljevalo do vprašanja, katere pomanjkljivosti v postopkih koriščenja nepovratnih sredstev iz evropskih skladov je šteti za nepravilnost, ki so podlaga za finančne popravke. Izražena stališča temeljijo na osnovnem izhodišču, da je temelj za pridobitev nepovratnih sredstev iz evropskih skladov le popolna skladnost s pravom EU in nacionalnim pravom.

Sodba T-265/08[14] z dne 19. 9. 2012

*Poleg tega dejstvo, da imajo nacionalni organi osrednjo vlogo pri izvajanju strukturnih skladov, potrjuje **široko razlago pojma „nepravilnost“**. Napako, ki jo napravijo, je namreč treba ob upoštevanju načel dobrega finančnega poslovodenja iz člena 274 ES in lojalnega sodelovanja iz člena 10 ES, ki ne omogoča svobode držav članic, ter ob upoštevanju dejstva, da je člen 24 Uredbe št. 4253/88 edina določba, ki omogoča zmanjšanje zneska pomoči, če pomoč ni potekala kot je bilo prvotno predvideno, šteti za „nepravilnost“ v smislu člena 24(2) Uredbe št. 4253/88 (sodba Sodišča z dne 24. januarja 2002 v zadevi Conserve Italia proti Komisiji, C-500/99 P, Recueil, str. I- 867, točka 88)*

*Zato je treba ugotoviti, da bi razlaga člena 24(2) Uredbe 4253, ki iz pojma „nepravilnost“ izključuje napake, ki so jih storili nacionalni organi, škodovala polnemu učinku pravila iz navedene določbe.*

Ob površni primerjavi besedila petega odstavka 9. člena Uredbe 1083/2006[15] in 6. člena Uredbe 1303/2013[16] bi lahko sklepali, da je prejšnja uredba zahtevala

12 Na nekatere odločbe in v njih zavzeta stališča je opozorjeno v nadaljevanju. Obširnejši pregled sodne prakse je vsebovan v primerjalnopravni analizi iz opombe 3.

13 Vse citirane odločbe se ne nanašajo le na uredbi 1083/2006 in 1303/2013, temveč tudi na druge uredbe, ki prav tako urejajo podlago za finančne popravke. Zato so tudi ta stališča odločilna glede pogojev za finančne popravke v zvezi s koriščenjem nepovratnih sredstev iz kohezijskih skladov. Poudarke posameznega dela besedila je dodal avtor tega prispevka.

14 Sodba je bila sicer razveljavljena s sodbo Sodišča EU C-549/12 P in C-54/13 P z dne 24. 6. 2015, vendar zato, ker naj bi Komisija zamudila predvideni rok za finančne popravke.

15 *Projekti, ki jih financirajo skladi, so skladni z določbami Pogodbe in akti, ki so bili sprejeti v skladu z njo.*

16 *Dejavnosti, ki se podpirajo iz skladov ESI, so v skladu z veljavnim pravom Unije in nacionalnim pravom v zvezi z njegovo uporabo (v nadaljnjem besedilu: veljavno pravo).*

skladnost le z evropskimi pravnimi viri, novejša uredba pa tudi z nacionalnim pravom. Vendar je Sodišče EU tudi prejšnjo uredbo razlagalo tako, da tudi neupoštevanje nacionalnega prava lahko pomeni nepravilnost po uredbi.

Sodba C-260/14 z dne 26. 5. 2016

*1. člen 1(2) Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 2988/95 z dne 18. decembra 1995 o zaščiti finančnih interesov Evropskih skupnosti, in člen 2, točka 7, Uredbe Sveta (ES) št. 1083/2006 z dne 11. julija 2006 o splošnih določbah o Evropskem skladu za regionalni razvoj, Evropskem socialnem skladu in Kohezijskem skladu in razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1260/1999 je treba razlagati tako, da* ***neupoštevanje nacionalnih predpisov s strani prejemnika sredstev iz strukturnih skladov*** *v okviru postopka oddaje javnega naročila, katerega vrednost je nižja od praga, določenega v členu 7(a) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev, kakor je bila spremenjena z Uredbo Komisije (ES) št. 1422/2007 z dne 4. decembra 2007,* ***lahko pomeni „nepravilnost" v smislu tega člena 1(2) ali navedenega člena 2, točka 7, če to neupoštevanje je oziroma bi lahko škodovalo splošnemu proračunu Unije z naložitvijo neupravičenih izdatkov.***

*2. Člen 98(2), prvi pododstavek, drugi stavek, Uredbe št. 1083/2006 je treba razlagati tako, da so finančni popravki držav članic, če so bili sprejeti za izdatke, sofinancirane iz strukturnih skladov, zaradi nespoštovanja določb na področju javnih naročil, upravni ukrepi v smislu člena 4 Uredbe št. 2988/95.*

*3. Načeli pravne varnosti in varstva legitimnih pričakovanj je treba razlagati tako, da ne nasprotujeta temu, da država članica sprejme finančne popravke, urejene z nacionalnim predpisom, ki je začel veljati po tem, ko naj bi prišlo do domnevne kršitve pravil na področju oddaje javnih naročil, če gre za uporabo novega predpisa za prihodnje učinke položajev, ki so nastali v okviru prejšnje ureditve, kar mora preveriti predložitveno sodišče ob upoštevanju vseh upoštevnih okoliščin zadeve v glavni stvari.*

V 50. točki obrazložitve pa je Sodišče sprejelo tudi pomembno stališče glede narave finančnih popravkov:

*Nazadnje, kot je navedel tudi generalni pravobranilec v točki 105 sklepnih predlogov, je* ***Sodišče že večkrat pojasnilo, da obveznost vračila koristi, ki je bila neupravičeno prejeta zaradi nepravilnega ravnanja, ne pomeni kazni, temveč je zgolj posledica ugotovitve, da zahtevani pogoji za pridobitev koristi iz ureditve Unije niso bili spoštovani, zaradi česar je pridobljena korist neupravičena*** *(glej sodbe z dne 4. junija 2009, Pometon, C-158/08, EU:C:2009:349, točka 28; z dne 17. septembra 2014, Cruz & Companhia, C 341/13, EU:C:2014:2230, točka 45 in navedena sodna praksa, in z dne 18. decembra 2014, Somvao, C-599/13, EU:C:2014:2462, točka 36). Tega sklepa ne more omajati dejstvo, navedeno v predložitveni odločbi, da v konkretnem primeru celotni znesek, ki se ga nadomesti, ne more popolnoma ustrezati izgubi, ki so jo dejansko utrpeli strukturni skladi.*

C-408/16 z dne 6. 12. 2016

*Člen 9(5) in člen 60(a) Uredbe (ES) št. 1083/2006 Sveta z dne 11. julija 2006 o splošnih določbah o Evropskem skladu za regionalni razvoj, Evropskem socialnem skladu in Kohezijskem skladu in razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1260/1999 je treba razlagati tako, da ni mogoče šteti, da se je postopek oddaje javnega naročila, kakršen je ta v postopku v glavni stvari, v katerem so bila uporabljena strožja merila od tistih, ki so določena v Direktivi 2004/18, izvajal ob polni skladnosti s pravom Unije, in zanj ni mogoče za nazaj dodeliti nepovratnega evropskega financiranja.*

*Člen 2, točka 7, Uredbe št. 1083/2006 je treba razlagati tako, da* ***uporaba strožjih meril predizbora ponudnikov od tistih, ki so določena v Direktivi 2004/18, pomeni „nepravilnost" v smislu te določbe, ki upravičuje uporabo finančnega popravka*** *na podlagi člena 98 te uredbe, če ni mogoče izključiti, da je ta uporaba vplivala na proračun zadevnega sklada, kar mora preveriti predložitveno sodišče.*

C-406/14 z dne 14. 7. 2016

2. točka izreka

*Člen 98 Uredbe (ES) št. 1083/2006 Sveta z dne 11. julija 2006 o splošnih določbah o Evropskem skladu za regionalni razvoj, Evropskem socialnem skladu in Kohezijskem skladu in razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1260/1999 v povezavi s členom 2, točka 7, te uredbe je treba razlagati tako, da dejstvo, da je naročnik v okviru javnega naročila gradenj za projekt, ki je prejel finančno pomoč Unije, v nasprotju z Direktivo 2004/18 zahteval, da bodoči izbrani ponudnik z lastnimi sredstvi opravi vsaj 25 % teh del, pomeni „nepravilnost" v smislu navedenega člena 2, točka 7, s katero je upravičena potreba po uporabi finančnega popravka na podlagi navedenega člena 98, če ni mogoče izključiti možnosti, da bo to neupoštevanje vplivalo na proračun zadevnega sklada. Znesek tega popravka je treba določiti ob upoštevanju vseh konkretnih upoštevnih okoliščin in pri tem upoštevati merila iz člena 98(2), prvi pododstavek, te uredbe, namreč naravo ugotovljene nepravilnosti, njeno resnost ter finančno izgubo zadevnega sklada.*

## 7.2 Glede dopustnosti sprejetja notranjih smernic in obstoju pravne podlage

Sodba T-265/08 z dne 19. 9. 2012

*Sodišče opozarja, da lahko Komisija na podlagi člena 24(2) Uredbe št. 4253/88 zmanjša ali odloži pomoč. Ugotavlja, da* ***nič ne nasprotuje temu, da Komisija sprejme Notranje smernice o finančnih popravkih v okviru izvajanja člena 24 Uredbe št. 4253/88 in naloži zadevnim službam, naj jih uporabijo.*** *Notranje smernice tako določajo splošne usmeritve, na podlagi katerih Komisija ob izvajanju člena 24 Uredbe št. 4253/88 načrtuje poznejše sprejetje posameznih odločb, katerih zakonitost bo lahko zadevna država članica izpodbijala pred sodiščem Unije. V skladu s sodno prakso ni mogoče šteti, da tak akt Komisije, ki samo izraža njen namen, da pri izvajanju pristojnosti, ki ji je dana s členom 24 Uredbe št. 4253/88, sledi določenemu načinu ravnanja, ustvarja pravne učinke (sodbi Sodišča z dne*

*27. septembra 1988 v zadevi Združeno kraljestvo proti Komisiji, 114/86, Recueil, str. 5289, točka 13, in z dne 5. maja 1998 v zadevi Združeno kraljestvo proti Komisiji, C-180/96, Recueil, str. I-2265, točka 28).*

V pravdah pred slovenskimi sodišči, v katerih so se uveljavljali finančni popravki zoper prejemnika nepovratnih sredstev, je bilo večkrat obravnavano vprašanje obstoja pravne podlage za uporabo smernic, na podlagi katerih so bili finančni popravki obračunani. V zvezi s tem je vrhovno sodišče zavzelo naslednja stališča:

Sodba III Ips 157/2015 z dne 18. 4. 2017 (enako v zadevah III Ips 159/2015, III Ips 160/2015 in III Ips 11/2016)

*Za izvedbo te uredbe in drugih relevantnih evropskih predpisov je pristojno ministrstvo sprejelo podzakonski akt, Navodila organa upravljanja za pripravo, prijavo in potrjevanje inštrumentov za izvajanje kohezijske politike v programskem obdobju 2007/2013 in Navodila organa upravljanja za izvajanje kontrol po 13. členu Uredbe 1828/2006/ES (v nadaljevanju Navodila). Ta Navodila, ki po vzoru Smernic EK (na katere se tudi sklicujejo) določajo finančne popravke, je sodišče druge stopnje ocenilo za neustaven predpis, saj noben podzakonski akt nobene zadeve ne more urejati izvirno. Menilo je, da se z navodili ministrstva ne morejo izvirno določiti zneski pavšalnih odškodnin, kar finančni popravki po svoji naravi so, niti dolžnost njihovega plačila.*

***Navodila finančnih popravkov ne urejajo izvirno, saj za njihovo odmero obstaja direktna podlaga v 98. členu Uredbe 1083/2006, ki določa tudi merila za odmero.*** *Poleg tega pa tožnica v reviziji pravilno navaja, da so Navodila v obravnavanem primeru postala del pogodbenega prava. Iz tožbenih trditev v tretji točki obrazložitve sodbe sodišča prve stopnje izhaja, da je tožnica že v postopku pred sodiščem prve stopnje navajala, da je bila toženka pri izvajanju projekta dolžna upoštevati tam naštete pravne vire, med katerimi so navedena navodila organa upravljanja. Po presoji Vrhovnega sodišča je torej v obravnavani zadevi treba Navodila, ki se sklicujejo tudi na Smernice EK, upoštevati (že) kot del pogodbene podlage.*

Sklep III Ips 61/2018 z dne 12. 4. 2019

*Uredba 1083/2006, ki se neposredno uporablja v vseh državah članicah, v 98. členu ureja tudi „Finančne popravke držav članic“ in določa, da država članica izvede potrebne finančne popravke v povezavi z odkritimi nepravilnostmi in da ti popravki obsegajo preklic celote ali dela javnega prispevka iz operativnega programa. V osnovi pa opredeljuje tudi merila za odmero finančnih popravkov, saj določa, da država upošteva naravo in resnost nepravilnosti ter finančno izgubo sklada. S to določbo torej pravo EU nalaga državam članicam, da v primeru ugotovljenih kršitev upravičencem do evropskih sredstev naložijo finančni popravek.*

*Navodila so v obravnavanem primeru postala del pogodbenega prava. Sodišče druge stopnje je kot najpomembnejši razlog za zavrnitev tožbenega zahtevka štelo, da ne obstaja pravna podlaga za naložitev pavšalnega zneska finančnih popravkov*

*tožeče stranke toženi stranki. Ker je to stališče napačno, so ostale nepreizkušene številne druge trditve tožeče stranke v pritožbi.*

Sklep III Ips 15/2020 z dne 11. 5. 2020

*Ob upoštevanju že zavzetih stališč Vrhovnega sodišča v sklepu III Ips 61/2018 se izkaže kot zmotno stališče sodišč prve in druge stopnje tudi v tej zadevi, kolikor jih je razumeti, da sploh ne obstaja zakonska podlaga za zaračunavanje finančnih popravkov upravičencu (toženi stranki).*

*Zmotno pa je tudi njuno stališče, da navedena pravila niso postala del pogodbenega prava med pravdnima strankama. Tožeča stranka se v reviziji utemeljeno sklicuje na določbo prve alineje 13. člena Pogodbe, s katero je tožena stranka potrdila, da je seznanjena z dejstvom, da je operacija gradnje sofinancirana s strani evropskih strukturnih skladov in se strinja, da se pri izvajanju operacije gradnje upoštevajo predpisi, ki veljajo za porabo sredstev iz evropskih strukturnih skladov ter predpisi glede državnih pomoči. Pritrditi je sicer stališču tožene stranke v odgovoru na revizijo, da omemba Uredbe 1083/2006 v Pogodbi ne vpliva na samo veljavnost oziroma učinkovanje te Uredbe, saj ti učinki nastopijo na podlagi pravil, določenih v 288. členu PDEU.* ***Vendar smiselna in logična razlaga takšnega pogodbenega določila, ob upoštevanju tudi preostalega dela 13. člena Pogodbe, pripelje do rezultata, da je tožena stranka na ta način pogodbeno prevzela breme naknadnih finančnih popravkov, če razlogi zanje izvirajo iz njene sfere.*** *Pogodbeno (splošno) sklicevanje v prvi alineji 13. člena, da se upoštevajo predpisi, ki veljajo za porabo sredstev iz evropskih strukturnih skladov ter predpisi glede državnih pomoči, je zato treba razumeti, da je na ta način tožena stranka prevzela navedeni pogodbeni rizik ob upoštevanju vseh predpisov s tega področja, torej tudi meril za oblikovanje finančnih popravkov v okviru Smernic, ki so predstavljale konkretizacijo kriterijev, določenih v 98. členu Uredbe 1083/2006. Okoliščina, da se pravdni stranki v Pogodbi nista izrecno sklicevali na Smernice, zato ne more biti odločilna.*

## 7.3 Glede trditvenega in dokaznega bremena

S sodbo C-418/06 z dne 24. 4. 2008 (zavrnjena pritožba Kraljevine Belgije zoper sodbo Sodišča prve stopnje je bila zavrnjena tožba, s katero je bila predlagana razglasitev delne ničnosti odločbe Komisije o izključitvi nekaterih odhodkov držav članic iz sklada EKUJS in znižanje finančnega popravka),

135. do 143. točka obrazložitve sodbe:

*Čeprav mora v skladu z ustaljeno sodno prakso Komisija dokazati kršitev pravil Skupnosti, mora država članica, potem ko je ta kršitev ugotovljena, dokazati, da je Komisija storila napako glede finančnih posledic kršitve (zgoraj navedena sodba z dne 7. julija 2005 v zadevi Grčija proti Komisiji, točka 38 in navedena sodna praksa).*

*Glede vrste uporabljenega popravka je treba ob upoštevanju Smernic opozoriti, da Komisija, če ni mogoče natančno oceniti izgub, ki jih je utrpela Skupnost, lahko*

*določi pavšalni popravek (glej sodbo z dne 18. septembra 2003 v zadevi Združeno kraljestvo proti Komisiji, C-346/00, Recueil, str. I-9293, točka 53).*

*V obravnavani zadevi je šlo za ravno tak primer, stopnja popravka 2 %, ki jo je uporabila Komisija v sporni odločbi, pa je najnižja uporabljiva stopnja (v tem smislu glej zgoraj navedeno sodbo Združeno kraljestvo proti Komisiji, točka 56).*

*Če si je v zvezi s tem Komisija, namesto da bi zavrnila vse odhodke, ki jih zadeva kršitev, prizadevala vzpostaviti pravila za različno obravnavanje kršitev glede na obseg pomanjkljivosti pri nadzorih in stopnjo tveganja za EKUJS, mora država članica dokazati, da so ta merila samovoljna in nepravična (v tem smislu glej sodbo z dne 1. oktobra 1998 v zadevi Italija proti Komisiji, C-242/96, Recueil, str. I-5863, točka 75; z dne 22. aprila 1999 v zadevi Nizozemska proti Komisiji, C-28/94, Recueil, str. I1973, točka 56, in z dne 21. marca 2002 v zadevi Španija proti Komisiji, C-130/99, Recueil, str. I3005, točka 44).*

*Kraljevina Belgija je glede pavšalnega popravka 2 %, ki je bil uporabljen v sporni odločbi, predstavila ekstrapolacijo, ki naj bi dokazala, da je maksimalna škoda, ki naj bi jo utrpel EKUJS, nižja od zneska, ki izhaja iz pavšalnega popravka, ki ga je uporabila Komisija.*

*Ugotoviti je treba, da je ob pomanjkljivosti nadzorov treba pri oceni škode, ki naj bi jo EKUJS zaradi teh nadzorov utrpel, upoštevati zlasti izterjave izplačil pomoči za površino, ki so jih pridelovalci neupravičeno prejeli.*

*Sodišče prve stopnje je tako pravilno ugotovilo, da Kraljevina Belgija ni dokazala, da maksimalna škoda, ki jo je utrpel EKUJS, ne more biti višja od zneska 1.491.085 EUR. V zvezi s tem in v nasprotju trditvami ta država članica, če izterjave neupravičenih izplačil niso bile upoštevane, predstavljena ekstrapolacija ne more dokazati nesorazmernosti zadevnega finančnega popravka.*

*Poleg tega Kraljevina Belgija, s tem da se v fazi pritožbe sklicuje na drugo ekstrapolacijo maksimalne škode, ki naj bi jo EKUJS utrpel zaradi pomanjkljivosti nadzorov, ki so jih izvedli njeni organi, potrjuje relativno dokazno vrednost njenih začetnih ekstrapolacij, ki jih je Sodišče prve stopnje zavrnilo.*

*Iz tega sledi, da Sodišču prve stopnje v zvezi s tem ni mogoče očitati kršitve načela sorazmernosti.*

C 300/02 z dne 24. 2. 2005

*33. Ravno tako je treba opozoriti, da mora Komisija dokazati obstoj kršitve predpisov skupne ureditve kmetijskih trgov (glej zlasti sodbo z dne 19. februarja 1991 v zadevi Italija proti Komisiji, C-281/89, Recueil, str. I-347, točka 19). Posledično je Komisija dolžna utemeljiti odločbo, s katero ugotavlja neobstoj ali pomanjkljivost nadzorov, ki jih izvaja zadevna država članica (glej zgoraj navedeno sodbo Španija proti Komisiji, točka 46).*

*34. Vendar* ***Komisija ni dolžna izčrpno dokazati pomanjkljivosti nadzorov, ki jih opravijo nacionalni upravni organi, ali nepravilnosti zneskov, ki jih ti spo-***

***ročijo, temveč mora podati dokaz o resnem in upravičenem dvomu, ki ga ima glede teh nadzorov ali zneskov*** *(glej sodbo z dne 21. januarja 1999 v zadevi Nemčija proti Komisiji, C-54/95, Recueil, str. I-35, točka 35).*

*35. Po drugi strani zadevna država članica ne more ovreči ugotovitev Komisije, ne da bi svoje trditve podprla z dokazi, ki izkazujejo obstoj zanesljivega in operativnega nadzornega sistema. Če ne uspe dokazati, da so ugotovitve Komisije netočne, te pomenijo elemente, ki lahko povzročijo resne dvome o vzpostavitvi primerne in učinkovite celote ukrepov preverjanja in nadzora (glej sodbo z dne 28. oktobra 1999 v zadevi Italija proti Komisiji, C-253/97, Recueil, str. I-7529, točka 7).*

*36. To ublažitev dokaznega bremena za Komisijo je mogoče pojasniti z dejstvom, da je država članica v najprimernejšem položaju za zbiranje in preverjanje podatkov, potrebnih za potrditev obračuna EKUJS, in je zato dolžna predložiti najpodrobnejši in najpopolnejši dokaz o resničnosti svojih nadzorov in zneskov ter, odvisno od okoliščin primera, o nepravilnosti trditev Komisije (zgoraj navedeni sodbi Nemčija proti Komisiji, točka 35, in Nizozemska proti Komisiji, točka 41).*

Ta stališča je upoštevalo tudi vrhovno sodišče v svojih odločbah.

Sodba VSRS III Ips 157/2015 z dne 18. 4. 2017 (enako v zadevah III Ips 159/2015, III Ips 160/2015 in III Ips 11/2016) glede trditvenega in dokaznega bremena o škodi za proračunska sredstva:

*Toženka je finančni popravek izvedla zaradi ugotovljenih nepravilnosti v postopku javnega naročanja. Glavni namen postopkov oddaje javnih naročil je gospodarna nabava blaga, storitev in gradenj, kar v prvi vrsti pomeni dosego (naj)nižje cene. Ugotovljene nepravilnosti v postopku javnega naročanja tako že same po sebi ustvarijo domnevo možnosti nastanka škode za proračunska sredstva. Toženka je zato s trditvami o izvedenih finančnih popravkih zaradi ugotovljenih nepravilnosti, v katerih so implicitno zajete tudi trditve o škodi na proračunskih sredstvih, zadostila (svojemu) trditvenemu bremenu glede škodljivega vpliva na porabo proračunskih sredstev.*

Sodba III Ips 17/2020 z dne 15. 9. 2020

*Trditveno (in dokazno) breme, da ugotovljene nepravilnosti niso imele škodljivega vpliva na porabo proračunskih sredstev, se je s tem prevalilo na toženko. Toženki je po dovolj prepričljivi presoji sodišča druge stopnje (10. točka obrazložitve izpodbijane sodbe) s trditvami in dokazi, da se pogodbena vrednost del (zajetih z Aneksom št. 2 in 3) v primerjavi s prvotno naročenimi deli ni spremenila (oziroma se ni zvišala), da izvedenih del po obeh spornih aneksih ni bilo mogoče ločiti od prvotno naročenih del in je šlo zgolj za spremembe, ki so jih narekovale utemeljene izboljšave zaradi tehnološkega razvoja, uspelo dokazno breme (glede škodljivega vpliva na porabo proračunskih sredstev) prevaliti nazaj na tožnico. Ta pa niti v pritožbi niti v reviziji ne graja takega stališča pritožbenega sodišča, pač pa le vztraja, da je trditveno in dokazno breme še naprej ostalo na toženi stranki. Tožničino pritožbeno navedbo, da se zaradi neupoštevanja pravil javnega naročanja lahko izkrivlja konkurenca in neupravičeno favorizira določena podjetja, je*

*sodišče v opisanih okoliščinah konkretnega primera pravilno ocenilo kot bistveno presplošno, da bi bilo mogoče šteti, da je tožnica svojemu dokaznemu bremenu zadostila.*

## 7.4 O obstoju škodljivih posledic za proračun EU

Sodba C-199/03 (Irska proti Komisiji ES),

31. točka obrazložitve:

*Poleg tega, kot je poudaril generalni pravobranilec v točki 36 sklepnih predlogov, tudi nepravilnosti, ki nimajo točno opredeljenih finančnih posledic, lahko resno ogrozijo tako finančne interese Unije kot spoštovanje prava Skupnosti in so zato finančni popravki Komisije utemeljeni.*

Sklep VSRS II Ips 217/2018 z dne 10. 10. 2019

*Sodišče druge stopnje je kot razlog za zavrnitev zahtevka štelo neobstoj finančnih posledic za sredstva EU. Ker finančni popravek pomeni prav to, namreč znesek izdatka, ki je bil napačno zaračunan skladu (ki je bil sicer v konkretnem primeru zaradi nemožnosti določitve natančnega zneska določen na podlagi ocene v % od celotne vrednosti), je takšno sklepanje napačno. Ker zaradi tega sodišče druge stopnje ni presojalo drugih navedb tožeče stranke v pritožbi in ni preizkusilo sodbe prve stopnje v celoti, je Vrhovno sodišče na podlagi drugega odstavka 380. člena ZPP reviziji ugodilo, sodbo sodišča druge stopnje razveljavilo in zadevo vrnilo temu sodišču v novo sojenje. Pri ponovnem odločanju bo moralo presoditi zlasti tudi naravo in resnost ugotovljenih nepravilnosti v postopku javnega naročanja ter vsebino pogodbe o sofinanciranju. Te doslej zaradi zmotnih izhodišč še ni presojalo in tudi ne, ali tožeči stranki daje podlago z uveljavljeni zahtevek.*

Sodba in sklep III Ips 10/2020 z dne 13. 10. 2020

*Vrhovno sodišče se ne strinja s presojo sodišča druge stopnje, da kršitev prijavnem razpisu ni bila resna in da je mogoče izključiti možnost posrednega finančnega vpliva na proračun Unije. V obravnavani zadevi je bila v javnem razpisu (sicer v drugi fazi razpisa) uporabljena takšna metodologija točkovanja, daje bilo vsem cenam, ponujenim pod predvideno ceno, dodeljeno enako število točk. Taka metodologija popolnoma nevtralizira učinek cene in ni mogoče oceniti»ekonomsko najugodnejše ponudbe«, saj ponudniki, ki ponudijo ugodnejšo ceno,prejmejo enako število točk kot ponudniki, ki ponudijo višjo ceno. Uporabljena metoda točkovanja ne zagotavlja enake obravnave ponudnikov, kršeno je lahko načelo gospodarnosti in dobrega finančnega poslovodenja. Zato takšna metoda točkovanja predstavlja resno kršitev veljavnih pravil Unije na področju javnih naročil. Res metoda točkovanja kot takšna ni imela neposrednega finančnega vpliva, saj je bila na koncu postopka veljavna le ena ponudba. Vendar pa bi ta metoda točkovanja lahko imela posredni finančni vpliv zaradi svojega odvračilnega značaja, vpliva pa lahko tudi na ponudbene cene različnih ponudnikov, vključno z zmagovalnim.*

### 7.5 Glede upoštevanju načela sorazmernosti

Sodba C-111/15 (Občina Gorje proti Republiki Sloveniji) z dne 7. 7. 2016, 2. točka izreka:

*Člen 71(3) Uredbe št. 1698/2005 v povezavi s členom 30 Uredbe Komisije (EU) št. 65/2011 z dne 27. januarja 2011 je treba razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, kakršna je ta iz postopka v glavni stvari, ki določa, da se zahtevek za izplačilo v zvezi z dejavnostjo, ki je bila izbrana za financiranje iz Evropskega kmetijskega sklada za razvoj podeželja, zavrne v celoti, če so nekateri izdatki za to dejavnost nastali pred izdajo odločbe o pravici do sredstev, čeprav upravičenec do podpore v svojem zahtevku za izplačilo ni namerno podal napačne prijave.*

### 7.6 Upravičenje države za uveljavljanje finančnih popravkov po izbiri izvajalca

Sodba III Ips 157/2015 z dne 18. 4. 2017 (enako v zadevah III Ips 159/2015, III Ips 160/2015 in III Ips 11/2016)

*Pozitiven odgovor na dopuščeno vprašanje je najti v četrtem odstavku 14. člena Pogodbe, v katerem je določeno, da „V primeru, da ministrstvo ugotovi nepravilnosti pri izvajanju predpisov Skupnosti in nacionalnih predpisov v zvezi s postopki lokalne skupnosti pri oddaji javnih naročil izbire soinvestitorja, ravna v skladu s Smernicami za določanje finančnih popravkov pri izdatkih, ki jih sofinancirajo strukturni skladi in Kohezijski sklad, v primerih neupoštevanja pravil o javnih naročilih (COCOF 07/0037/03-SL z dne 29. 11. 2007). V skladu z navedenim bo ministrstvo v primeru ugotovljenih nepravilnosti pri postopku izbire soinvestitorja lahko določilo ustrezne finančne popravke - zmanjšanje/znižanje sofinanciranja upravičenih stroškov iz javnih sredstev.“ Če bi držalo, kar skuša z revizijo uveljaviti revidentka, da je imela toženka že pred sklenitvijo Pogodbe dolžnost preveriti zakonitost tožničinega postopka izbire izvajalca oziroma da je s sklenitvijo Pogodbe priznala pravilnost tožničinih dejanj, bi bilo zgoraj povzeto določilo v Pogodbi povsem odveč. Tako pa je s podpisom te pogodbe toženka med drugim nase prevzela tudi riziko morebitnih, šele po sklenitvi Pogodbe ugotovljenih nepravilnosti pri postopku izbire izvajalca, skupaj z vsemi finančnimi posledicami.*

*Niti iz 2. člena Pogodbe niti iz sklepa o izbiri z dne 1. 2. 2011 (priloga A37), na katera se sklicuje revidentka, ne izhaja, da bi toženka že pred sklenitvijo Pogodbe preverjala zakonitost postopka izbire in se z njim strinjala. Razbrati je le, da je bil izpolnjen razpisni pogoj izbire izvajalca na podlagi postopka o javnem naročanju. Ni mogoče zanikati, da bi toženka lahko že pred sklenitvijo pogodbe preverila zakonitost postopka izvajalca, nikakor pa ob upoštevanju določila četrtega odstavka 14. člena Pogodbe ni mogoče zagovarjati stališča, da je bila njena dolžnost, da to stori še pred podpisom Pogodbe.*

## 8. ALI SO RAZJASNJENA VSA VPRAŠANJA?

V povezavi z zahtevki, ki se na podlagi finančnih popravkov uveljavljajo zoper upravičenca, ki je prejel nepovratna sredstva na podlagi pogodbe o sofinanciranju, je

treba opozoriti še na nekatera vprašanja, glede katerih se sodna praksa še ni ustalila. Se pa pogosto uveljavljajo v okviru ugovorov upravičencev (tožencev) zoper tovrstne zahtevke.

8.1 Ali je položaj upravičenca različen glede na to, ali je odločitev o finančnih popravkih sprejela država članica ali Komisija?

8.2 Ali je sodišče vezano na odločitev Komisije o finančnem popravku?

8.3 Ali se upošteva ugovor upravičenca, da je država opustila potrebno skrbnost v postopku sprejemanja odločitve Komisije o finančnem popravku, vključno zaradi nevložitve ničnostne tožbe zoper izvedbeni akt Komisije?

8.4 Ali je odločilno, pri kom je zaznana nepravilnost, v zvezi s katero se odmerjajo finančni popravki?

8.5 Ravnanja (državnega) organa upravljanja pri upravljanju operativnega programa, na podlagi katerega je upravičenec prejel izplačila - dejanska podrejenost upravičenca.

8.6. Podlaga za odškodninske zahtevke zoper delavca (drugi in tretji odstavek 147. člena OZ, 177. člen ZDR-1) zaradi prikrajšanja končnega upravičenca za neprejeta oziroma vrnjena nepovratna sredstva.

## 9. SKLEP

Finančni popravki so glavni instrument za odpravo nepravilnosti pri koriščenju nepovratnih sredstev iz evropskih skladov. Z njimi je zagotovljeno vračilo koristi, ki je bila neupravičeno prejeta zaradi nepravilnega ravnanja. Veljavni pravni viri Evropske unije nalagajo osrednjo odgovornost državam članicam za preiskovanje nepravilnosti in izvajanje finančnih popravkov, medtem ko imajo finančni popravki Komisije popravljalni pomen. Zavzeta stališča Sodišča EU neposredno učinkujejo tudi na postopno oblikovanje sodne prakse slovenskih sodišč. Raznolikost življenjskih primerov, ki se obravnavajo v tovrstnih sodnih postopkih, pa odpira številna nova vprašanja, na katera bo sodna praksa morala šele odgovoriti.

## LITERATURA:


- Dr. Luka Bernard in Julija Žičkar, Služba za analize in raziskave pri Vrhovnem sodišču RS, Nekatera vprašanja pravil vračanja nepovratnih evropskih sredstev zaradi kršitev pravil o javnem naročanju (primerjalnopravna analiza), julij 2020.
- Žiga Rejc, Zahtevki za vrnitev sofinanciranja in zavrnitve izplačil v pravnih okvirih dvofaznosti postopka dodeljevanja nepovratnih sredstev, Pravna praksa št. 29-30/2020.

# ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST DRUŽB DO TRETJIH OSEB ZA RAVNANJA DELAVCEV IN DIREKTORJEV[1]

Doc. dr. Jerneja Prostor, Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru

## 1. UVOD

Razpravo o odškodninski odgovornosti pravnih oseb – v tem prispevku gospodarskih družb – za škodo, ki jo tretjim osebam povzročijo delavci družbe na eni strani, in za tisto škodo, ki jo na drugi strani tretjim osebam povzročijo člani organov vodenja in nadzora, je sprožila uporaba ustreznih zakonskih določb v praksi, natančneje 147. in 148. člena Obligacijskega zakonika (OZ).[2] Družba je odgovorna za škodo, ki jo povzroči delavec pri delu ali v zvezi z delom tretji osebi, razen če dokaže, da je delavec v danih okoliščinah ravnal tako, kakor je bilo treba (prvi odstavek 147. člena OZ). Odgovorna pa je tudi za škodo, ki jo njen organ povzroči tretji osebi pri opravljanju ali v zvezi z opravljanjem svojih nalog (prvi odstavek 148. člena OZ). Takšna ureditev je pričakovana, dobrodošla in nesporna, njena smiselnost pa je vprašljiva glede neposrednega zahtevka oškodovanca – tretje osebe – zoper povzročitelja škode. V drugem odstavku 147. člena OZ je namreč določeno, da ima oškodovanec pravico zahtevati povrnitev škode tudi neposredno od delavca, če je ta škodo povzročil namenoma. Pri odgovornosti pravne osebe za škodo, ki jo njen organ povzroči tretji osebi, pa primerljive določbe v 148. členu OZ ni. Ali to pomeni, da tretja oseba v primeru, če ji škodo povzroči direktor družbe pri opravljanju svojih nalog, zoper njega nima neposrednega zahtevka za povrnitev škode?

V članku je najprej obravnavana odgovornost gospodarske družbe za ravnanje delavca družbe do tretje osebe, pri čemer so opredeljeni narava in predpostavke te odgovornosti ter ekskulpacijski razlogi, navedeni so nekateri praktični primeri, obravnavan pa je tudi neposredni zahtevek oškodovanca zoper delavca družbe. V nadaljevanju je obravnavana odgovornost družbe do tretje osebe za ravnanja člana organa vodenja ali nadzora. Avtorica odgovarja na zgoraj zastavljeno dilemo glede neposrednega zahtevka tretje osebe zoper direktorja družbe. Pri tem pojasni tudi, kakšna rešitev je sprejeta v za nas s tega področja najbolj primerljivem nemškem pravnem redu.

## 2. ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST DRUŽBE ZA DELAVCE

### 2.1 Narava delodajalčeve odškodninske odgovornosti

Podjetje je zastavljeno kot organizirani proces, v katerem delavci s svojim delom, znanjem, opremo, surovinami, patenti in drugimi produkcijskimi tvorci, ki so odvisni od posamezne gospodarske dejavnosti, ustvarjajo dodano vrednost, ta pa naj bi

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice na Gospodarskopravni šoli 2020, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala od 14. do 16. oktobra 2020 na daljavo.

2 Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

predvsem plemenitila premoženje lastnika podjetja oziroma tistih, ki so udeleženi v lastništvu podjetja. Lastnik podjetja – gospodarska družba – je v razmerju do delavcev njihov delodajalec. V ekonomskem pomenu je delodajalec močnejši subjekt, nastopa kot nosilec ekonomskih koristi iz tega pravnega razmerja, zato je še posebej zavezan varovati delavca pred škodo, kar je podrobneje urejeno tudi v predpisih o varstvu pri delu.[3] Po drugi strani mora tudi delavec delodajalca varovati pred škodo.

Delovno razmerje sicer temelji na pogodbi o zaposlitvi, a sodna praksa odškodninsko odgovornost delodajalca do delavca, pa tudi delavca do delodajalca presoja kot nepogodbeno odškodninsko odgovornost.[4] Možina navaja, da lahko takšna obravnava izhaja že iz zakonske ureditve, saj se v 177. členu Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1)[5] zakonodajalec sklicuje na obliki krivde (hudo malomarnost in namen), kar sta imanentno nepogodbeni odškodninski odgovornosti. Pogodbena odškodninska odgovornost na drugi strani ne temelji na krivdi, temveč na strožji obliki odgovornosti za lastno vplivno območje.[6]

Delavec se mora torej vzdržati ravnanj, s katerimi bi lahko delodajalcu povzročil škodo, oziroma mora ravnati skrbno, da bi lahko pretečo škodo preprečil. Takšno dolžnost ima tudi pri delu ali v zvezi z delom v razmerju s tretjimi. Če je tretja oseba oškodovana zaradi ravnanj ali opustitev delavca, je za nastalo škodo odgovorna družba, razen če ta dokaže, da je njen delavec ravnal tako, kakor je bilo treba (prvi odstavek 147. člena OZ). Družba je torej za škodo, ki jo delavec povzroči tretji osebi, odgovorna po splošnih pravilih (subjektivno – op. a.), za delavca pa je odgovorna objektivno.[7] Pri tem gre za posebno obliko odgovornosti za drugega, pri kateri delodajalec ni odgovoren namesto delavca, temveč je odgovoren na mestu delavca.[8] Ni odgovoren za svoje ravnanje, na primer neustrezno izbiro ali opustitev nadzora nad delavcem kakor pri klasičnih primerih odgovornosti za drugega.[9] Delodajalec velja za domnevnega povzročitelja in domnevno odgovorno osebo – obravnava se kot subjekt odškodninskega razmerja.[10] Za škodo, ki jo je tretja oseba utrpela zaradi ravnanja ali opustitve delavca pri njegovem delu ali v zvezi z delom, je odgovoren (kakor bi ga storil) sam, ne glede na lastno krivdo,[11] saj je delavec ravnal le kot njegova »podaljšana roka«[12] – gre za delodajalčevo objektivno odgovornost za ravnanje delavca.[13] Takšna ureditev je smiselna, saj smo že navedli, da delavec navsezadnje dela v delodajalčevo korist.[14] Vprašanje je, ali je delodajalčeva odgovornost akcesorna delavčevi. Možina namreč kot predpostavko delodajalčeve odškodninske odgovornosti navaja tudi delavčevo naklepno ali malomarno kršitev

3 Možina, nav. delo, 2017, str. 155.
4 Prav tam, str. 156.
5 Uradni list RS, št. 21/13, 78/13 – popr., 47/15 – ZZSDT, 33/16 – PZ-F, 52/16, 15/17 – odl. US in 22/19 – ZPosS.
6 Možina, nav. delo, 2017, str. 156.
7 Mežnar v Belopavlovič in drugi, nav. delo, 2019, str. 1007.
8 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 836.
9 Prav tam, str. 839. Mežnar v Belopavlovič in drugi, nav. delo, 2019, str. 1007.
10 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 837.
11 Možina, nav. delo, 2007, str. 11.
12 Mežnar, nav. delo, 2014, str. 45.
13 Možina, nav. delo, 2007, str. 12. Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, str. 841, kjer se sklicuje na odločbo VSS II Ips 639/95 z dne 16. 11. 1995.
14 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 837.

standarda ravnanja, tj. njegovo krivdo,[15] medtem ko se Jadek Pensa bolj nagiba k odgovornosti delodajalca tudi v primeru delavčeve neprištevnosti.[16]

Pravnopolitični namen ureditve odgovornosti družbe za škodo, ki jo tretji osebi povzroči delavec, je dvojen, in sicer se s tem zagotavlja primerna samoiniciativnost delavcev – te naj ne krni strah pred odškodninsko odgovornostjo za dejanja, ki jih ne opravljajo v svojo korist.[17] Z ureditvijo je zakonodajalec delavca razbremenil odgovornosti za škodo, povzročeno z majhno malomarnostjo.[18] Poleg tega je s takšno ureditvijo skušal tretji osebi – oškodovancu – zagotoviti tudi gospodarsko močnejšega dolžnika.[19] Tveganje neizterljivosti naklepne in s hudo malomarnostjo povzročene škode od povzročitelja namreč trpi delodajalec.[20]

Naslov 147. člena OZ je »Odgovornost delodajalcev«, vendar se ureditev v tej določbi ne nanaša samo na stranke pogodbe o zaposlitvi, temveč je treba ureditev razlagati širše. Velja za vsako delo, četudi ni trajno in na podlagi pogodbe o zaposlitvi, čeprav ni plačano, temveč je bistveno, da se delo opravlja v korist družbe in da je »delavec« v podrejenem položaju ter za delo prejema navodila, torej pri delu ni samostojen.[21] V praksi je vprašljiv položaj podjemnika. Jadek Pensa navaja, da podjemnik ni delavec po 147. členu OZ, saj ta delo opravlja v svojem (ne delodajalčevem) interesu.[22] Vendar pa Možina opozarja, da le iz pogodbenega razmerja ni mogoče zanesljivo presojati, ali je podana odgovornost za »delavca«, saj so v številnih primerih navidezno neodvisni pogodbeniki (sploh dandanes, ko družbe številne naloge prenašajo na zunanje sodelavce – t. i. *outsourcing*) v popolnoma podrejenem položaju.[23]

## 2.2 Škodni dogodek »v zvezi z delom« in razbremenitev odgovornosti

V zakonski dikciji je kot ena od predpostavk delodajalčeve odgovornosti za škodo, ki jo je delavec povzročil tretji osebi, opredeljena okoliščina, da je delavec delo opravljal »/ … / pri delu ali v zvezi z delom / … /«. Glede na delodajalčevo objektivno odgovornost za ravnanje delavca se lahko ta v praksi odgovornosti še najprej razbremeni z dokazovanjem, da je bilo delavčevo ravnanje zunaj okvira njegovih nalog.[24] Sodno prakso razumljivo najbolj zaposlujejo prav tovrstni ugovori delodajalcev.[25] Predpostavka, da je škodljivo dejanje opravljeno v zvezi z delom, je vsekakor izpolnjena, če delavec delo opravlja med delovnim časom, na delovnem mestu

15 Možina, nav. delo, 2007, str. 12. V istem prispevku v nadaljevanju sicer izrazi domnevo, da glede na stališča sodišč tudi zaradi nerazsodnosti delavca ne bi izključili odgovornosti delodajalca.
16 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 840.
17 Prav tam. Delavcu se s tem omogoči bolj brezskrbno in s tem učinkovitejše delo. Mežnar v Belopavlovič in drugi, nav. delo, 2019, str. 1008.
18 Možina, nav. delo, 2007, str. 11. Mežnar v Belopavlovič in drugi, nav. delo, 2019, str. 1007.
19 Pečenko, nav. delo, 2013, str. 25.
20 Možina, nav. delo, 2007, str. 11.
21 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 836. Možina, nav. delo, 2007, str. 11. Glej tudi 14. točko obrazložitve odločbe VSRS VIII Ips 55/2009 z dne 11. 10. 2010.
22 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 836.
23 Možina, nav. delo, 2007, str. 11. Podobno Mežnar, nav. delo, 2014, str. 46, opomba 9 v njenem članku.
24 Možina, nav. delo, 2007, str. 12.
25 Pečenko, nav. delo, 2013, str. 25.

in v okviru organiziranega delovnega procesa, če pri tem ravna v vlogi delavca.[26] Ne zdi se vprašljivo, da na primer je za poškodbo učenke med športno vzgojo odgovorna šola, ker je do poškodbe prišlo zaradi nepravilno nameščenega elementa za odskok. Tako ga je namestila učiteljica nemščine, ki je tisti dan nadomeščala učitelja športne vzgoje.[27]

Predpostavka, da je škodljivo dejanje opravljeno v zvezi z delom, pa na primer ni izpolnjena pri telefonistu, ki na delovnem mestu v delovnem času sodelavcu[28] ali nekomu tretjemu ukrade dragoceno uro.[29] Prav tako predpostavka ni podana, če na primer voznik tovornjaka odvrže cigareto skozi okno, ta pa pristane v kupu slame ob cesti in povzroči požar.[30] Ni nujno, da je dejanje storjeno na delovnem mestu s krajevnega in časovnega vidika, mora pa biti v vzročni zvezi z opravljanjem dela.[31] Kot primer se navaja odgovornost delodajalca (države) za ravnanje policista, ki je izven delovnega časa »pod plaščem avtoritete svoje službe« s hudo zlorabo svojih pooblastil oškodovanki protipravno odvzel prostost. Pri presoji delodajalčeve odgovornosti je lahko v pomoč vprašanje, ali bi delavec brez te zveze s svojim delom imel možnost, da stori škodljivo ravnanje.[32] Če je izpolnjena predpostavka »pri delu ali v zvezi z delom«, je delodajalec odškodninsko odgovoren tretji osebi, četudi ji je delavec škodo povzročil namenoma, a še vedno v zvezi z izpolnjevanjem svojih zadolžitev.[33] Za primer se navaja raznašalec paketov, ki si enega prilasti ali ga izgubi oziroma mu ga ukradejo zaradi premajhne skrbnosti.[34]

Sporna je obravnava zaposlenih novinarjev in urednikov, za katere po stališču Vrhovnega sodišča Republike Slovenije ne velja privilegij izključne odškodninske odgovornosti delodajalca za škodo, povzročeno z majhno malomarnostjo.[35] Njihovo delo naj bi se namreč po naravi stvari opravljalo le namenoma, pri čemer naj bi se namen nanašal »na zavest o žaljivosti (neresničnosti) izjave in na hotenje novinarja, da se žaljiva (neresnična) izjava posreduje«.[36] Strinjati se kaže s stališčem, da novinarjem ne moremo kar povprek očitati, da imajo vselej, ko objavijo članek in se ta izkaže za protipravnega, namen povzročiti škodo. Zatrjevati in dokazati je treba vsaj novinarjev oziroma urednikov morebitni naklep povzročitve škode.[37]

Delodajalec lahko delavca tudi napoti na delo k drugemu »delodajalcu«. V tem primeru sicer delavec z drugim »delodajalcem« ne sklene pogodbe o zaposlitvi, a gre pravzaprav za dejanskega delodajalca. Takšen je bil primer, v katerem je bil varnostnik, zaposlen pri varnostni službi, napoten na delo v diskoteko, kjer je opravljal delo vratarja.[38] Z gostom, ki mu ni dovolil vstopa v diskoteko, sta se sprla,

26 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 838.
27 Cigoj J., nav. delo, 2016, str. 29.
28 Tudi oškodovani sodelavci se v takem primeru v skladu s sodno prakso štejejo za tretje osebe. VDSS Pdp 928/2011 z dne 22. 3. 2012, pri Mežnar v Belopavlovič in drugi, nav. delo, 2019, str. 1006.
29 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 838.
30 Možina, nav. delo, 2007, str. 12.
31 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 838.
32 Prav tam, str. 839. Podobno Mežnar, nav. delo, 2014, str. 48.
33 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 838.
34 Prav tam.
35 Mežnar, nav. delo, 2014, str. 41.
36 Prav tam, str. 52. Glej II Ips 326/2009 z dne 6. 12. 2012.
37 Mežnar, nav. delo, 2014, str. 52.
38 Možina, nav. delo, 2007, str. 12-13. Primer je povzet po tem prispevku.

nato pa ga je vratar nekaj metrov od vhoda brutalno pretepel. Varnostnik ni ravnal ustrezno, saj morajo varnostniki pričakovati tudi pijane goste in napadalna ravnanja ter morajo pri svojem delu izkazati več strpnosti. Običajno je v takih primerih varnostnik v podrejenem položaju tudi v razmerju do upravljavca diskoteke, ki mu daje navodila za delo in delavec deluje kot njegova podaljšana roka. Edino smiselno je, da je v takšnih primerih za ravnanja varnostnika kot delodajalec odgovoren tudi upravljavec diskoteke, in sicer tudi v primeru, če bi varnostnik delo opravljal na črno. Možina sklene, da sta oškodovancu v takem primeru solidarno odgovorna tako varnostna služba kakor tudi formalni delodajalec in upravljavec diskoteke kot dejanski delodajalec.[39]

Delodajalec se sicer odgovornosti lahko razbremeni z dokazom, da je delavec v danih okoliščinah ravnal tako, kakor je bilo treba (prvi odstavek 147. člena OZ). Pri tem je bistveno, da se krivda delavca ne presoja po merilih za delavca, temveč mora delodajalec dokazati, da je delavec ravnal s skrbnostjo, s katero bi moral v danih okoliščinah ravnati delodajalec. Ker je gospodarska družba kot delodajalec strokovnjak, veljajo za presojo delavčevega ravnanja za delodajalca strožja merila (standard poklicne skrbnosti), kakor bi sicer veljala merila za delavca.[40]

## 2.3 Neposredni in regresni zahtevek

Zakonodajalec je v drugem odstavku 147. člena OZ uredil pravno podlago za neposredni odškodninski zahtevek oškodovanca zoper delavca, vendar le za primer, če je ta škodo povzročil namenoma. V tem primeru sta torej oškodovancu odgovorna tako delodajalec kakor tudi delavec, in sicer je njuna odgovornost solidarna.[41] Ureditev je vsebinsko v skladu z določbo tretjega odstavka 135. člena Zakona o javnih uslužbencih (ZJU).[42] Če delavec škodo povzroči namenoma ali iz hude malomarnosti, mora tistemu, ki je oškodovancu povrnil škodo (poleg delodajalca je to pogosto zavarovalnica), povrniti plačani znesek (tretji odstavek 147. člena OZ).[43] Ta ureditev je vsebinsko enaka določbama prvega odstavka 177. člena ZDR-1[44] in prvega odstavka 135. člena ZJU.[45] Pravnopolitični namen takšne ureditve je uravnoteženje težnje po samoiniciativnosti delavca z razbremenitvijo odgovornosti za majhno malomarnost (prvi odstavek 147. člena OZ) in na drugi strani s soodgovornostjo za hudo malomarnost oziroma z neposredno odgovornostjo za namerna ravnanja po obravnavanih določbah. Z njimi se torej preprečuje, da bi delavci na delovnem mestu zlorabili svoj položaj ali ravnali s premajhno skrbnostjo, s katero bi utegnili ravnati, če v nobenem primeru ne bi bili odgovorni za svoja ravnanja.

39 Prav tam.

40 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 839, 841, 842. Navaja sodni odločbi VSS II Ips 639/95 z dne 16. 11. 1995 in VSS II Ips 342/94 z dne 7. 12. 1995. Mežnar v Belopavlovič in drugi, nav. delo, 2019, str. 1007.

41 Mežnar v Belopavlovič in drugi, nav. delo, 2019, str. 1007.

42 Uradni list RS, št. 63/07 – uradno prečiščeno besedilo, 65/08, 69/08 – ZTFI-A, 69/08 – ZZavar-E in 40/12 – ZUJF. Tretja oseba lahko kot oškodovanec zahteva povračilo škode tudi od tistega, ki ji je protipravno povzročil škodo, če je bila škoda povzročena naklepno.

43 Kdor je oškodovancu povrnil škodo, ki jo je povzročil delavec namenoma ali iz hude malomarnosti, ima pravico zahtevati od delavca povrnitev plačanega zneska. V četrtem odstavku 147. člena OZ je določeno, da ta pravica zastara v šestih mesecih od dneva, ko je bila odškodnina plačana.

44 Delavec, ki na delu ali v zvezi z delom namenoma ali iz hude malomarnosti povzroči škodo delodajalcu, jo mora povrniti.

45 Javni uslužbenec je odškodninsko odgovoren za škodo, ki jo protipravno povzroči delodajalcu pri delu ali v zvezi z delom naklepno ali iz hude malomarnosti.

Zanimivo je, da nemška sodna praksa neposredno odgovornost delavca do tretjih oseb izključuje le za zelo majhno malomarnost, medtem ko je delavec za majhno (navadno) malomarnost odgovoren skupaj z delodajalcem. Za hudo malomarnost in namen je odgovoren delavec v celoti.[46]

## 3. ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST DRUŽB ZA DIREKTORJE

### 3.1 Odgovornost družbe po našem pravu

Zakonodajalec je uredil tudi odškodninsko odgovornost pravne osebe za škodo, ki jo tretji osebi povzroči njen organ. Smiselno enako kakor pri odgovornosti za škodo, ki jo povzroči delavec pravne osebe, je odgovornost pravne osebe določena le za primer, če organ škodo povzroči pri opravljanju ali v zvezi z opravljanjem svojih nalog (prvi odstavek 148. člena OZ). Če jo povzroči izven tega okvira, je član organa za škodo odgovoren sam. V primeru gospodarske družbe gre za odgovornost družbe za ravnanja fizičnih oseb, ki so člani organa vodenja ali nadzora družbe.[47] Vendar je razlika v primerjavi z delavci bistvena: direktor družbe je del družbe, je njen organ, brez katerega družba ne deluje. V Zakonu o gospodarskih družbah (ZGD-1)[48] je za primer, če poslovodstvo ne deluje več kakor šest mesecev, predvidena prisilna likvidacija družbe. Ker je poslovodstvo del družbe, so ravnanja direktorjev dejansko ravnanja pravne osebe.[49] Prav iz tega razloga se tudi škodljivo dejanje in odgovornost zanj ne ločujeta kakor pri institutu odgovornosti družbe za škodljivo ravnanje delavca.[50] Zato je razlika tudi v ureditvi glede možnosti ekskulpacije: v prvem odstavku 147. člena OZ je določeno, da družba ni odgovorna, če dokaže, da je delavec v danih okoliščinah ravnal tako, kakor je bilo treba. Primerljive ureditve v 148. členu OZ ni, saj se lahko pravna oseba odgovornosti (tudi za delo svojega organa, čeprav to ni posebej navedeno) razbremeni po splošnih pravilih, tj. če dokaže, da je v danih okoliščinah ravnala s skrbnostjo, ki se od nje pričakuje za določeno vrsto poslov.[51]

Prav tako smiselno enako kakor pri odgovornosti družbe za škodljivo ravnanje delavca je urejen regresni zahtevek družbe, ki je tretji osebi povrnila škodo, zoper njen organ, če je ta tretji osebi škodo povzročil namenoma ali iz hude malomarnosti (drugi odstavek 148. člena OZ; prim. tretji odstavek 147. člena OZ). Namen te ureditve je enak kakor pri regresnem zahtevku družbe zoper delavca: odvračati člane organa vodenja od neskrbnega in nestrokovnega ravnanja.[52] Vendar pa je med delavci in direktorji še ena pomembna razlika: ne glede na takšno zakonsko ureditev so namreč direktorji družbi odškodninsko odgovorni, četudi bi škodo (tretji

46 Več Mežnar, nav. delo, 2014, str. 44-45.
47 V nadaljevanju je obravnavana odgovornost za člane poslovodstva, saj so primeri, ko lahko ti pri opravljanju svojih nalog ali v zvezi z njo oškodujejo tretjo osebo, pogostejši. Glede odgovornosti članov nadzornega sveta za škodo, povzročeno tretji osebi (v konkretnem primeru neutemeljeno odpoklicanemu članu uprave), glej VSRS sklep III Ips 10/2018 z dne 10. 5. 2019.
48 Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US 82/13, 55/15, 15/17 in 22/19 – ZPosS). Prim. tretjo alinejo prvega odstavka 402. člena za d. d. in sedmo alinejo prvega odstavka 521. člena ZGD-1 za d. o. o. V obeh določbah je kot razlog za prenehanje družbe določena okoliščina, če poslovodstvo ne deluje več kakor šest mesecev.
49 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 846.
50 Prav tam, str. 847.
51 Prav tam.
52 Prav tam, str. 846.

osebi) povzročili zaradi majhne malomarnosti.[53] Za direktorje je namreč treba uporabiti ureditev v ZGD-1, saj ta pomeni *lex specialis* glede na določbe OZ in ZDR1.[54] V prvem odstavku 263. člena ZGD-1 je določeno, da mora član organa vodenja ali nadzora pri opravljanju svojih nalog ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika. Če je družbi nastala škoda zaradi kršitve nalog člana organa vodenja ali nadzora, je ta član družbi odgovoren za škodo, razen če dokaže, da je pošteno in vestno izpolnjeval svoje dolžnosti (prvi stavek drugega odstavka 263. člena ZGD-1)[55] – pomeni, da je ravnal s skrbnostjo strokovnjaka. Drugače kakor pri delavcih se odškodninska odgovornost članov organov vodenja presoja po pravilih poslovne odškodninske obveznosti.[56] Gre za krivdno odgovornost.[57]

V zakonski ureditvi odgovornosti družbe za škodljivo ravnanje njenega organa (v 148. členu OZ) tudi ni posebej določeno, da bi imel oškodovanec neposredni zahtevek zoper povzročitelja škode, če bi ta škodo povzročil namenoma, kot velja glede odgovornosti družbe za ravnanje njenega delavca (prim. drugi odstavek 147. člena OZ). V uvodu smo navedli, da takšna ureditev vzbuja pomisleke, saj njena jezikovna razlaga nakazuje, da tretja oseba povrnitve škode ne sme uveljavljati neposredno od člana organa pravne osebe, ki ji jo je ta povzročil pri opravljanju svojih nalog, četudi ji je škodo povzročil namenoma. A smisel ureditev je prav nasproten – širiti odgovornost tudi na pravno osebo. Poudariti velja, da je načeloma vsak odgovoren za škodo, ki jo sam povzroči.[58] Le izjemoma pa je subjekt odgovoren tudi za dejanja drugih, na primer starši za svoje otroke, delodajalec za delavce in pravna oseba za organe.[59] Drugi odstavek 147. člena OZ: »Oškodovanec ima pravico zahtevati povrnitev škode tudi neposredno od delavca, če je ta škodo povzročil namenoma,« zato ne pomeni pravne podlage za neposredni zahtevek zoper delavca, temveč njeno omejitev – le na primer, ko je škoda povzročena namenoma. Kljub temu pa imamo za gospodarske družbe v ZGD-1 posebno ureditev, na podlagi katere je treba skleniti, da izključuje neposredni zahtevek tretje osebe zoper direktorja družbe, razen za primer, ko je družba v stanju neplačevitosti.

Iz ZGD-1 kot posebnega pravnega predpisa izhaja drugačna ureditev, ki ima prednost pred splošno po OZ. Vsaka tretja oseba, ki ji direktor povzroči škodo pri opravljanju svojih nalog ali v zvezi z njimi, je hkrati tudi družbin upnik. Če ni tako in škoda ni povzročena pri opravljanju ali v zvezi z opravljanjem nalog direktorja, jo mora tretji osebi povrniti sam in samo direktor kot posameznik. Za škodo, povzročeno tretji

53 Mežnar v Belopavlovič in drugi, nav. delo, 2019, str. 1012, sklicuje se na sklep VSRS VIII Ips 249/2011 z dne 6. 11. 2012.

54 Prav tam. Pogodba o zaposlitvi torej direktorja ne razbremeni odgovornosti za majhno malomarnost v razmerju do družbe, kakor to velja za druge delavce po 177. členu ZDR-1.

55 Gre za ureditev pri d. d., vendar se smiselno uporablja tudi za poslovodje d. o. o. (glej šesti odstavek 515. člena ZGD-1). Določbe 263. člena ZGD-1 so kogentne. Dolenc, nav. delo, 2010, str. 119.

56 Glej VSRS sklep III Ips 14/2016 z dne 9. 12. 2016: »Položaj članov organov vodenja do družbe je podoben mandatnemu razmerju. Upravo z imenovanjem vežejo določene obveznosti pri vodenju poslov družbe, katerih kršitev utemeljuje njeno odškodninsko odgovornost napram družbi«.

57 Dolenc, nav. delo, 2010, str. 123.

58 Možina, nav. delo, 2013, str. 141. Zato utegne biti odločitev v zadevi VSL II Cp 2331/2012 glede na okoliščine, ki izhajajo le iz besedila sodbe, napačna.

59 Možina, nav. delo, 2013, str. 141. Glej tudi Leuschner v Schubert, nav. delo, 2018, § 31 BGB, r. št. 35. Govori o konkurenci odgovornosti (med pravno osebo in zastopnikom). Prav tam. Glej tudi Mansel v Berger, nav. delo, 2018, § 31 BGB, r. št. 1. Odgovornost po § 31 BGB predpostavlja odgovornost zastopnika. Ta je lahko odgovoren poleg pravne osebe. Prav tam.

osebi, in vsako drugo škodo, ki jo povzroči pri opravljanju svojih nalog ali v zvezi z njimi, je po drugem odstavku 263. člena ZGD-1 direktor odgovoren le družbi. Namen ureditve je podoben kakor pri izvzemu delavčeve odgovornosti v razmerju do oškodovanca v primeru majhne in hude malomarnosti – zagotavljati direktorju neobremenjeno sprejemanje odločitev brez strahu pred odškodninsko odgovornostjo za odločitve in ravnanja, ki jih ne sprejema oziroma opravlja v svojo korist. Direktorji namreč poslovodne odločitve sprejemajo »v razmerah, ki ne dovoljujejo popolnoma racionalnega odločanja / … / Namesto optimalnih odločitev se sprejemajo le zadovoljive odločitve za doseganje zadovoljivih ciljev«.[60] Če takšne ureditve ne bi bilo, bi utegnili biti direktorji pretirano previdni pri odločanju.[61] Po drugi strani si je mogoče zamisliti primer, v katerem direktor sprejme odločitev, da se določena pogodbena obveznost ne bo izpolnila, saj bo s tem za družbo dosegel več koristi. Družba bo sicer morala plačati škodo tej oškodovani pogodbeni stranki (na primer, da ta ne toži na izpolnitev, temveč uveljavlja odškodninsko odgovornost), a na podlagi druge pogodbe, ki jo je družba lahko sklenila prav zato, ker prve ni izpolnila, bo dosegla večji dobiček, kakor je znašala odškodnina zaradi neizpolnitve. V tem primeru je direktor ravnal v dobro družbe in je nastanek škode prve pogodbene stranke škoda, ki jo je vzel v zakup. Vprašanje je, ali bi bilo res prav, da bi oškodovana pogodbena stranka v tem primeru odškodninski zahtevek lahko uveljavljala neposredno zoper direktorja. Zakonska ureditev temu nasprotuje. V takem primeru je vprašljiva tudi odškodninska odgovornost direktorja v razmerju do družbe.

Tretje osebe, ki jih je direktor pri opravljanju svojih nalog ali v zvezi z njimi oškodoval, imajo na podlagi četrtega odstavka 263. člena ZGD-1 tako kakor vsi drugi upniki pravico, da uveljavljajo svojo terjatev zoper direktorja, če jih družba ne more poplačati.[62] V stečaju se terjatev uveljavlja za račun družbe, sicer pa jo upniki uveljavljajo za svoj račun[63] – to velja za obdobje pred stečajem in po njem, torej tudi po tem, ko je družba že prenehala v ožjem pomenu besede, tj. ko je že bila izbrisana iz sodnega registra. Še posebej slednje velja v primeru izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije in končanja stečajnega postopka brez razdelitve upnikom, ko je možnost namernega oškodovanja upnikov oziroma delovanja direktorjev v korist drugih interesov (ne za korist družbe) še večja, a je ostala neraziskana.[64] Vložitev tožbe neposredno zoper direktorja (in družbenike) je v takem primeru edina pot za uveljavljanje pravic upnikov družbe.

Direktorji so torej družbi odgovorni za vsa škodna ravnanja – za razliko od ureditve po OZ so družbi odgovorni tudi za škodo, povzročeno z majhno malomarnostjo. To je terjatev družbe, katere materialnopravni upravičenci so tudi vsi družbini upniki, a le do višine njihove terjatve zoper družbo.[65] Če tretja oseba uveljavlja neposredni

60 Dolenc, nav. delo, 2010, str. 118.

61 Prim. prav tam, str. 122.

62 Stališča o tem, kaj pomeni, če jih družba ne more poplačati, so različna. Ne zadostuje nepripravljenost plačati, po drugi strani tudi ni treba, da bi bila podana insolventnost družbe. Menim, da morajo upniki v tem primeru dokazati, da izvršba zoper družbo na denarna sredstva na njenih transakcijskih računih ni bila uspešna. Več J. Prostor, nav. delo, 2018, str. 200 (sicer za primer uveljavljanja korporacijske kondikcije, ki pa se uveljavlja pod enakim pogojem; prim. drugi odstavek 233. člena ZGD-1).

63 Več prav tam, str. 203, 248.

64 Več prav tam, str. 217 in nasl. (sicer za primer uveljavljanja korporacijske kondikcije, ki je primerljiv z uveljavljanjem odškodninske odgovornosti zoper direktorje).

65 Tudi po prevladujočem stališču v nemški teoriji so tudi upniki materialnopravni upravičenci odškodninske terjatve družbe zoper poslovodstvo. Koch v Hüffer, Koch, nav. delo, 2016, § 93 AktG, r. št. 81. Fleischer v Spindler, Stilz, nav. delo, 2015, § 93 AktG, r. št. 294.

zahtevek zoper direktorja zaradi škode, ki ji jo je ta povzročil pri opravljanju svojih nalog ali v zvezi z njimi, se terjatvi pokrivata. Povedano drugače: terjatev tretje osebe zoper družbo je enaka terjatvi tretje osebe zoper direktorja, ki pa jo lahko pod pogojem neplačevitosti družbe uveljavljajo tudi (vsi!) drugi družbini upniki (glej četrti odstavek 263. člena ZGD-1).[66] Vendar utegne biti takšna ureditev prestroga. Po nemškem pravu, natančneje po ureditvi v petem odstavku § 93 Aktiengesetz (AktG),[67] je upravičenje upnikov omejeno na odškodninske zahtevke zaradi škode, povzročene zaradi hudih kršitev skrbnega in vestnega gospodarja. Vendar pa so direktorji upnikom za določena ravnanja, ki pomenijo hudo kršitev njihovih obveznosti, odgovorni tudi, če je bila kršitev povzročena iz majhne malomarnosti (na primer, če gre za prepovedana vračila vložkov, prepovedana izplačila dobička, nedopustno pridobitev lastnih delnic).[68]

## 3.2 Odgovornost družbe po nemškem pravu

Tretje osebe, ki jim poslovodstvo povzroči škodo pri opravljanju svojih nalog, so upniki družbe. Tudi v Nemčiji družbini upniki na podlagi drugega odstavka § 93 AktG nimajo neposrednega zahtevka za nadomestitev škode zoper člana uprave delniške družbe, tudi ne na podlagi drugega odstavka § 823 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)[69] v zvezi s § 93 AktG. Prav tako neposredni zahtevek ne izhaja iz petega odstavka § 93 AktG.[70] Enako velja za družbe z omejeno odgovornostjo na podlagi drugega odstavka § 43 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG).[71] Če član organa upravljanja krši svoje obveznosti, privede to praviloma le do notranje odgovornosti (direktorja v razmerju do družbe; *Innenhaftung*) – gre za načelo koncentracije odgovornosti. Ko direktor družbi nadomesti škodo, naj bi s tem enako koristil vsem družbenikom in upnikom družbe.[72] Direktor pa je lahko (tako po nemškem kakor tudi angleškem pravu) osebno odgovoren za nedopustno ali deliktno ravnanje, čeprav je to ravnanje opravil kot direktor družbe.[73] Vendar Fleischer poudarja, da je tako samo v primeru obstoja posebne

66 Pri tem ne gre za rubež terjatve družbe zoper poslovodstvo in njen prenos v izterjavo po Zakonu o izvršbi in zavarovanju (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, 11/18, 53/19 – odl. US, 66/19 – ZDavP-2M in 23/20 – SPZ-B), ki je sicer še ena od možnosti za upnike, da pridejo do poplačila svoje terjatve zoper družbo. Več Prostor, nav. delo, 2018, str. 196 in nasl.

67 Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2637) geändert worden ist. Primerjaj drugi odstavek 263. člena ZGD-1.

68 Primerjaj peti odstavek v zvezi s tretjim odstavkom § 93 AktG.

69 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 31. Januar 2019 (BGBl. I S. 54) geändert worden ist. Oseba, ki namerno ali iz malomarnosti nezakonito poškoduje življenje, telo, zdravje, svobodo, lastnino ali drugo pravico druge osebe, mora drugi stranki povrniti škodo, ki iz tega izhaja (prvi odstavek). Enako dolžnost ima oseba, ki krši zakon, ki naj bi zaščitil drugo osebo (prvi stavek drugega odstavka).

70 Koch v Hüffer, Koch, nav. delo, 2018, § 93 AktG, r. št. 65. Peti odstavek § 93 AktG je primerljiv s četrtim odstavkom 263. člena ZGD-1.

71 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2446) geändert worden ist.

72 Fleischer v Fleischer, Goette, nav. delo, 2019, § 43 GmbHG, r. št. 339.

73 Bachner, nav. delo, 2009, str. 183. Na primer v zadevi Williams proti Natural Life Health Foods Ltd je šlo za škodo, povzročeno iz malomarnosti. Tožnik je z družbo sklenil pogodbo na podlagi nepravilnih informacij, ki jih je zagotovila družba, zaradi česar je utrpel škodo. Tožnik je najprej tožil družbo, po

pravne podlage. Tudi Bayer kot pravilno sprejema stališče, da je zunanja – neposredna – odgovornost direktorja (odgovornost direktorja neposredno do tretje osebe; *Außenhaftung*) le izjema.[74] Sodna praksa glede tega vprašanja ni enotna.[75] V nekaterih primerih deliktnega ravnanja člana organa upravljanja (na primer po § 15a Insolvenzordnung (InsO))[76] lahko gre za obveznost nadomestitve škode družbe v skladu s § 31 BGB,[77] ne da bi pri tem odpadla osebna odgovornost direktorja.[78]

V Nemčiji je torej vprašljivo in sporno, kako daleč sega osebna odgovornost direktorja za škodo, povzročeno tretji osebi.[79] V zadevi Baustoff[80] je nemško zvezno sodišče odločalo o odškodninskem zahtevku tretje osebe zoper direktorja družbe z omejeno odgovornostjo, ki je iz malomarnosti povzročil škodo z opustitvijo organizacijskih varnostnih ukrepov. Odškodninsko je odgovoren, če je z opustitvijo povzročil kršitev absolutne (stvarne) pravice.[81] Družba je kupila gradbeni material, prodajalec pa si je na materialu pridržal lastninsko pravico do poplačila celotne kupnine. Družba je gradbeni material uporabila za gradnjo, zaradi česar ga ni bilo več mogoče individualizirati in pridržek lastninske pravice ni imel več pravnega učinka. Prodajalec je s tem izgubil svoje varstvo, zahtevek zoper družbo pa zaradi družbinega finančnega zloma ni imel več nobene vrednosti. Prodajalec je zato zahtevek vložil proti direktorju, ki niti ni vedel za okoliščine primera. Zvezno sodišče je odločilo, da je direktor odškodninsko odgovoren po prvem odstavku § 823 BGB za nezakonito in krivdno – malomarno – kršitev tožnikove stvarne pravice. Prav stvarne pravice druge pogodbene stranke naj bi namreč zahtevale direktorjevo osebno pozornost.[82] Literatura je večinoma kritična do odločitve v tem primeru,[83] ne da bi avtorji pri tem oblikovali enotne smernice.[84] V letu 2012 je nemško zvezno sodišče odločilo, da skrb direktorjev za zakonito ravnanje družbe zavezuje predvsem direktorje v razmerju do družbe, ne pa v zunanjem razmerju s tretjimi.[85] Leta 2014 je

---

prenehanju družbe pa je tožil neposredno direktorja zaradi malomarnega ravnanja. Njegov zahtevek je bil zavrnjen, ker je direktor deloval za družbo, prav tako v njegovem ravnanju ni bilo zaznati nedopustnega ravnanja. Samo družba je bila odgovorna za pravilnost navedenih informacij, ne njen direktor. Drugače pa je v zadevi Standard Chartered Bank proti Pakistan Direktor National Shipping Corporation je bil odškodninsko odgovoren, saj so bili v njegovem ravnanju ugotovljeni vsi elementi odškodninske obveznosti. V tem primeru je namreč direktor osebno pripravil in predložil ponarejene dokumente in s tem deliktno ravnal. V takem primeru se direktor ne more skriti za pravno osebnost. Več in o podatkih o primerih glej prav tam, str. 183-184.

74 Bayer, nav. delo, 2014, str. 897.

75 Fleischer v Fleischer, Goette, nav. delo, 2019, § 43 GmbHG, r. št. 340. Več r. št. 348-349c.

76 Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1693) geändert worden ist. Gre za obveznost, sprožiti insolvenčni postopek, oziroma za deliktno odgovornost zaradi zamude s sprožitvijo insolvenčnega postopka (*Insolvenzverschleppung*). Več Bachner, nav. delo, 2009, str. 188. Prim. pri nas 42. člen Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo, 10/15 – popr., 27/16, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US, 63/16 – ZD-C, 54/18 – odl. US, 69/19 – odl. US, 74/20 – odl. US in 85/20 – odl. US), po katerem je poslovodstvo odgovorno neposredno upnikom za škodo, ki so jo imeli, ker v stečaju niso dosegli polnega poplačila, če je bil nad družbo začet stečajni postopek in če je poslovodstvo pred začetkom stečajnega postopka kršilo določene obveznosti, ki jih ima po tem zakonu.

77 Ta določba je primerljiva z ureditvijo v prvem odstavku 148. člena OZ.

78 Koch v Hüffer, Koch, nav. delo, 2018, § 93 AktG, r. št. 65.

79 Prav tam, r. št. 66.

80 BGHZ 109, 297, 302 (NJW 1990, 976).

81 Koch v Hüffer, Koch, nav. delo, 2018, § 93 AktG, r. št. 66.

82 Bachner, nav. delo, 2009, str. 185.

83 Fleischer v Fleischer, Goette, nav. delo, 2019, § 43 GmbHG, r. št. 348.

84 Koch v Hüffer, Koch, nav. delo, 2018, § 93 AktG, r. št. 66.

85 BGHZ 194, 26 (NJW 2012, 3439). Fleischer v Fleischer, Goette, nav. delo, 2019, § 43 GmbHG, r. št. 349a.

omejilo primere neposredne odškodninske odgovornosti direktorja za kršitve prava varstva konkurence.[86] Direktor je lahko osebno odgovoren za nedopustna ravnanja družbe, ki kršijo to področno zakonodajo, če je pri njihovi izvršitvi udeležen on sam, za opustitve pa samo, če bi moral kršitve zakonodaje s področja varstva konkurence preprečiti po splošnih pravilih deliktnega prava. Samo položaj direktorja in splošna odgovornost za poslovanje družbe torej ne utemeljujeta dolžnosti poslovodstva, da prepreči kršitve zakonodaje o varstvu konkurence v razmerju do zunanjih tretjih oseb. Direktor pa je odgovoren osebno na podlagi svoje osebne obveznosti po pravu varstva konkurence, če je sam postavil poslovni model, ki temelji na kršitvah.[87] V letu 2016 je nemško zvezno sodišče na področju patentnega varstva spet dopustilo širše možnosti za osebno odgovornost direktorja v zunanjem razmerju.[88]

## 4. SKLEP

Gospodarska družba kot delodajalec je odgovorna tretji osebi za škodo, ki ji jo je delavec povzročil pri svojem delu ali v zvezi z delom. Njena odgovornost v razmerju do tretje osebe je subjektivna, medtem ko je za ravnanja delavca odgovorna objektivno. Odgovornosti se lahko razbremeni, če dokaže, da je delavec pri delu ravnal s skrbnostjo, s katero mora posle opravljati tudi sama. Tretja oseba lahko povrnitev škode, ki ji jo je delavec pri delu ali v zvezi z delom povzročil namenoma, uveljavlja tudi neposredno od delavca. Kdo je delavec, je treba razlagati široko – ne gre le za odgovornost delavca, ki je v družbi zaposlen na podlagi pogodbe o zaposlitvi, temveč so bistvene okoliščine, da »delavec« pri delu ni samostojen, je v podrejenem položaju in dela le kot »podaljšana roka družbe«.

Pravna oseba je odgovorna za škodo, ki jo je njen organ povzročil tretji osebi pri opravljanju ali v zvezi z opravljanjem svojih nalog. Praviloma gre za odgovornost pravne osebe poleg povzročitelja škode – člana organa pravne osebe. Pri gospodarskih družbah kot pravnih osebah je v 263. členu ZGD1 posebna ureditev, po kateri morajo člani organa vodenja ali nadzora pri opravljanju svojih nalog ravnati s skrbnostjo strokovnjaka. Njihova odgovornost v razmerju do družbe je subjektivna, presoja pa se po merilih poslovne odškodninske odgovornosti. Nadalje iz 263. člena ZGD-1 izhaja, da tretja oseba kot oškodovanec praviloma nima neposrednega zahtevka za uveljavljanje povrnitve škode zoper direktorja družbe. Povrnitev škode mora uveljavljati od družbe, neposredno od člana organa vodenja ali nadzora pa jo lahko uveljavlja samo, če ji družba škode ne more povrniti. Člani organa vodenja ali nadzora so lahko sicer oškodovancem neposredno odgovorni tudi po posebnih pravnih podlagah, na primer 42. in 43. členu ZFPPIPP.

86 NZG 2014, 991. Fleischer v Fleischer, Goette, nav. delo, 2019, § 43 GmbHG, r. št. 349b.
87 Prav tam.
88 BGHZ 208, 182 (GRUG 2016, 257). Fleischer v Fleischer, Goette, nav. delo, 2019, § 43 GmbHG, r. št. 349c.

**SEZNAM LITERATURE:**


- BACHNER, Thomas. Creditor Protection in Private Companies. Cambridge, New York: *Cambridge University Press*, 2009.
- BAYER, Walter. Die Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers de lege lata und de lege ferenda. *GmbH-Rundschau*. Heft 17/2014, str. 897.
- BELOPAVLOVIČ, Nataša, KRESAL, Barbara, KRESAL ŠOLTES, Katarina, SENČUR PEČEK, Darja (urednice), Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, 2., posodobljena in dopolnjena izdaja. Ljubljana: *LEXPERA, GV Založba*, 2019.
- BERGER, Christian et al. Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 17. Auflage. München: *C. H. BECK, Beck-Online*, 2018.
- CIGOJ, Janja. Odškodninska odgovornost delavca (učitelj). *Pravna praksa*, 2016, *št.* 29-30, str. 32.
- DOLENC, Mile. Odgovornost uprave gospodarske družbe za škodo, povzročeno družbi. *Pravni letopis*, 2010, str. 117.
- FLEISCHER, Holger, GOETTE, Wulf. Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG. 3. Auflage. Band 2, §§ 35-52. München: *C. H. Beck*, 2019.
- HÜFFER, Uwe, KOCH, Jens. Aktiengesetz. 13. Auflage. München: *C. H. Beck*, 2018.
- HÜFFER, Uwe, KOCH, Jens. Aktiengesetz. München: *München Beck, Beck-Online*, 2016.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (redaktorja). Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, 1. knjiga. Ljubljana: *GV Založba*, 2003.
- MEŽNAR, Špelca. Odškodninska odgovornost novinarjev in urednikov po 147. členu OZ – dileme v sodni praksi. *Delavci in delodajalci*, 2014, let. 35, *št.* 1, str. 41.
- MOŽINA, Damjan. Odškodninska odgovornost delodajalca. *Pravni letopis*, 2017, str. 155.
- MOŽINA, Damjan. Odškodninska odgovornost države. *Pravni letopis*, 2013, str. 141.
- MOŽINA, Damjan. Odgovornost upravljavca gostinskega lokala za ravnanje varnostnika. *Pravna praksa*, 2007, *št.* 41-42, str. 11–13.
- PEČENKO, Sandro. O odgovornosti delavcev iz dela pri delodajalcu nasproti tretjim – Primer dr. Vinka Dolenca. *Odvetnik*, 2013, št. 62, str. 25.
- PROSTOR, Jerneja. Korporacijska kondikcija; varstvo upnikov kapitalskih družb s pravili o vezanem kapitalu, doktorska disertacija. Ljubljana: *Pravna fakulteta*, 2018.
- SCHUBERT, Claudia (redaktorica). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB; Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, 8. Auflage. München: *C. H. BECK, Beck-Online*, 2018.

- SPINDLER, Gerald, STILZ, Eberhard. Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1. München: *München Beck, Beck-Online*, 2015.
- BERGER, Christian et al. Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 17. Auflage. München: *C. H. BECK, Beck-Online*, 2018.

# ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST STEČAJNEGA UPRAVITELJA DO TRETJIH OSEB[1]

Lina Burkelc Juras, mag. prav., odvetniška kandidatka, odvetnik dr. Miha Šošić
Doc. dr. Jerneja Prostor, Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru

## 1. UVOD

Stečajni upravitelj je organ postopka zaradi insolventnosti, ki v postopku opravlja svoje zakonsko določene pristojnosti in naloge zaradi varovanja in uresničitve interesov upnikov.[2] Pri tem je upnikom za škodo, ki jim jo povzroči s kršitvijo svojih obveznosti, odgovoren v skladu s posebnim pravilom, določenim v 102. členu Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP). To pravilo pri presojanju odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja kot *lex specialis* izključuje uporabo splošnega pravila iz 131. člena Obligacijskega zakonika (OZ),[3] vendar to velja le za njegovo odškodninsko odgovornost do upnikov, saj »tretje osebe« v zakonski dikciji 102. člena ZFPPIPP niso izrecno omenjene. Kot tretje osebe so mišljene osebe, s katerimi stečajni upravitelj ob upravljanju stečajne mase ali njenega unovčenja sklepa posle za stečajnega dolžnika.

Razpravo o pravni podlagi za odškodninsko odgovornost stečajnega upravitelja do tretjih oseb je sprožila odločitev Vrhovnega sodišča RS v zadevi III Ips 34/2018 iz leta 2019, v kateri je Vrhovno sodišče RS zavzelo stališče, da bi bil v primeru, ko odškodninsko odgovornost stečajnega upravitelja uveljavlja tretja oseba, ki se ne šteje za upnika, stečajni upravitelj za vtoževano škodo lahko odgovoren po splošnih pravilih o odškodninski odgovornosti, torej po 131. členu OZ. Vrhovno sodišče RS je na takšen način nakazalo bistveno razlikovanje med tretjimi osebami in upniki v stečajnem postopku, pri tem pa je vprašljivo, ali je takšno razlikovanje ustrezno, saj so meje odškodninske odgovornosti in razlogi za razbremenitev odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja vprašljivi. Posebna ureditev odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja po ZFPPIPP namreč določa posebne razloge za razbremenitev njegove odgovornosti in omogoča njeno omejitev, po splošnih določbah v OZ pa takšnih posebnih razbremenilnih razlogov in možnosti omejitve ni. Ali to pomeni, da je lahko stečajni upravitelj v primeru povzročitve škode tretjim osebam odgovoren neomejeno? Je takšna ureditev glede na ustrezne zakonske določbe ustrezna ali bi bilo ustreznejše tako za upnike stečajnega postopka kakor tudi za tretje osebe uporabiti posebne določbe ZFPPIPP? Ali bi takšna razlaga pomenila, da je izraz tretje osebe (v tem pomenu) mogoče enačiti z upniki?

---

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorja na Gospodarskopravni šoli 2020, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala od 14. do 16. oktobra 2020 na daljavo.

2 Prvi odstavek 97. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju - ZFPPIPP (Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo, 10/15 – popr., 27/16, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US, 63/16 – ZD-C, 54/18 – odl. US, 69/19 – odl. US, 74/20 – odl. US in 85/20 – odl. US).

3 Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

V članku je najprej okvirno prikazan položaj stečajnega upravitelja v domačem pravu s poudarkom na njegovi odškodninski odgovornosti. V zvezi s tem je pojasnjena pravna podlaga odškodninske odgovornosti, njene omejitve in razlikovanje med upniki stečajnega postopka in tretjimi osebami. V nadaljevanju so analizirane možne pravne podlage odškodninske odgovornosti v določbah ZFPPIPP, OZ in Zakonu o gospodarskih družbah (ZGD-1),[4] opisana pa je tudi nekdanja ureditev v Zakonu o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (ZPPSL).[5] Nato sta obravnavana praktična primera stečaja pravne osebe in osebnega stečaja ter smiselnost razlikovanja med upniki stečajnega postopka in »tretjimi osebami«. Kratko je razložena tudi vloga stečajnega upravitelja v avstrijskem pravnem redu. Avtorici nato odgovorita na zgoraj zastavljeni vprašanji glede ustreznosti razlikovanja med upniki stečajnega postopka in tretjimi osebami ter podata ustrezno pravno podlago za uveljavljanje odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja do tretjih oseb.

## 2. PRAVNI POLOŽAJ IN ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST STEČAJNEGA UPRAVITELJA

Stečajni upravitelj je organ postopka zaradi insolventnosti. Njegove pristojnosti, naloge in odgovornost so določene v posebnem predpisu - ZFPPIPP. Pristojnosti stečajnega upravitelja so najprej okvirno navedene v drugem odstavku 97. člena ZFPPIPP, ki določa, da stečajni upravitelj vodi posle stečajnega dolžnika v skladu s potrebami stečajnega postopka, ga zastopa pri procesnih in drugih pravnih dejanjih (v zvezi s preizkusom terjatev ter ločitvenih in izločitvenih pravic, izpodbijanjem pravnih dejanj stečajnega dolžnika, unovčevanjem stečajne mase, uresničevanjem odstopnih in drugih pravic insolventnega dolžnika kot pravnih posledic začetka stečajnega postopka) in pri drugih pravnih poslih, ki jih insolventni dolžnik lahko izvede v skladu s tem zakonom. Stečajni upravitelj ta pooblastila zakonitega zastopnika stečajnega dolžnika pridobi z začetkom stečajnega postopka, saj se z začetkom stečajnega postopka v primeru stečaja fizične osebe tej omeji poslovna sposobnost tako, da ne more več sklepati pogodb in opravljati drugih pravnih poslov ali dejanj, katerih predmet je razpolaganje z njenim premoženjem (386. člen ZFPPIPP). V primeru stečaja pravne osebe pa prenehajo pooblastila njenih zastopnikov, prokuristov in drugih pooblaščencev za zastopanje in pooblastila poslovodstva za vodenje njenih poslov (prvi in drugi odstavek 245. člena ZFPPIPP). Z začetkom stečajnega postopka je tako stečajni upravitelj pooblaščen za zastopanje stečajnega dolžnika pri vseh poslih in postopkih, ki kakor koli vplivajo na obseg stečajne mase, ne glede na to, ali gre za postopke, ki potekajo v korist ali škodo stečajne mase.[6] Čeprav v literaturi obstajata predvsem dve teoriji o vlogi stečajnega upravitelja, publicistična teorija[7] in teorija zastopanja, je v našem pravnem redu poudarjen predvsem koncept stečajnega upravitelja, ki ustreza teoriji o stečajnem upravitelju kot zakonitem zastopniku stečajnega dolžnika – teoriji

4 Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15, 15/17 in 22/19 – ZPosS.

5 Uradni list RS, št. 67/93, 25/97 – ZJSRS, 39/97, 1/99 – ZNIDC, 52/99, 42/02 – ZDR, 58/03 – ZZK-1 in 126/07 – ZFPPIPP).

6 VSL sklep II Kp 97604/2010 z dne 25. 4. 2018.

7 V skladu s publicistično teorijo velja stečajni upravitelj za uradno osebo, ki opravlja določene uradne funkcije in je organ stečajnega postopka, naveden v zakonu, in pravnih dejanj, ki sodijo v njegovo pristojnost, ne opravlja kot zastopnik stečajnega dolžnika ali stečajnih upnikov, temveč na podlagi pooblastil, pridobljenih od sodišča, ki ga je imenovalo na podlagi zakona. Prelič, nav. delo, 2006, str. 77.

zastopanja.[8] Zato ne preseneča, da pristojnosti stečajnega upravitelja v stečajnih postopkih pravnih oseb popolnoma ustrezajo pristojnosti uprave delniške družbe oziroma poslovodstva družbe z omejeno odgovornosti,[9] le da sta skrčena vrsta in obseg možnih pravnih in drugih poslov (oziroma dejanj). Kakor pri temeljnih obveznostih poslovodstva gre tudi pri obveznostih stečajnega upravitelja za obveznosti z značilnostmi (oziroma pravno naravo) obligacije prizadevanja.[10] Razlike v pooblastilih upravitelja proti pristojnostim poslovodstva družbe se kažejo tudi v cilju, ki ga s svojimi dejanji skuša doseči stečajni upravitelj v stečajnem postopku – njegov cilj namreč ni dobiček, temveč poplačilo upnikov. Prav varovanje in uresničevanje interesov upnikov je namreč bistveno vodilo stečajnega upravitelja pri opravljanju nalog v stečajnem postopku.

Svoje naloge mora stečajni upravitelj opravljati v skladu z ZFPPIPP in predpisi, izdanimi na njegovi podlagi, z drugimi zakoni, ki se uporabljajo za stečajnega dolžnika, in s predpisi, izdanimi na njihovi podlagi, ter po pravilih stroke oseb, ki kot mandatarji opravljajo posle za druge osebe.[11] Pri tem mora ravnati vestno in pošteno, z ustrezno strokovno skrbnostjo ter predvsem tako, da varuje in uresničuje interese upnikov, ki so njegovo glavno vodilo pri opravljanju zakonsko določenih nalog in pristojnosti.[12] Ta usmeritev stečajnega upravitelja izhaja tudi iz dveh temeljnih pravil za opravljanje nalog stečajnega upravitelja, ki sta določeni v tretjem odstavku 98. člena ZFPPIPP. Prvo pravilo stečajnemu upravitelju nalaga enako obravnavo upnikov stečajnega dolžnika in mu prepoveduje, da bi omogočil ali dopustil, da posamezni upniki, ki so v enakem položaju do stečajnega dolžnika, v postopku dosežejo prednostno plačilo ali druge koristi v škodo drugih upnikov. Drugo pravilo pa upravitelju prepoveduje, da bi omogočil ali dopustil, da bi druge osebe pridobile premoženje stečajnega dolžnika, ki spada v stečajno maso, brez zagotovitve enakovredne nasprotne izpolnitve, ali da bi pridobile druge koristi v škodo stečajne mase, ki niso v skladu z zakoni, predpisi in pravili stroke oseb, ki kot mandatarji opravljajo posle za druge osebe.[13] Stečajni upravitelj mora vedno postopati v skladu z načelom zagotavljanja najboljših pogojev za plačilo upnikov iz 47. člena ZFPPIPP (čeprav zastopa stečajnega dolžnika), po katerem je treba postopek zaradi insolventnosti voditi tako, da se zagotovijo najugodnejši pogoji glede višine plačila in rokov za plačilo terjatev upnikov – v stečajnem postopku se to načelo uresničuje s pravili o prodaji premoženja stečajnega dolžnika. Ker za (pravilno) opravljanje nalog in pristojnosti potrebuje ustrezno strokovno znanje in izkušnje in mora procesna dejanja in druga dejanja v okviru svojih pristojnosti opravljati samostojno, ima položaj strokovne osebe in se njegova ravnanja presojajo s strožjim standardom strokovne skrbnosti.[14]

Ob zastopanju stečajnega dolžnika se mora stečajni upravitelj tudi prilagajati potrebam postopka. Stečajni upravitelj tako za razliko od strank v postopku ni le upravičen, temveč ima tudi dolžnost, opravljati posamezna procesna in druga dejanja v

8 Tej teoriji se sicer očita, da naj bi bil po njej položaj stečajnega upravitelja opredeljen le v tistih pravnih razmerjih, v katera vstopa izven stečajnega postopka, zato ta teorija ne pokriva njegovega položaja v vseh pravnih razmerjih. Prav tam.
9 Dolenc, nav. delo, 2013, str. 216.
10 Glej VSL sklep Cst 236/2015 z dne 22. 4. 2015.
11 Prvi odstavek 98. člena ZFPPIPP.
12 Drugi odstavek 98. člena ZFPPIPP.
13 Plavšak, nav. delo, str. 268.
14 Glej VSL sklep Cst 362/2016 z dne 29. 7. 2016.

postopku zaradi insolventnosti, zato ima položaj procesnega organa sodišča,[15] pri tem pa je pri opravljanju svojih nalog podrejen sodniku, ki stečajni postopek vodi – sodnikova navodila so za stečajnega upravitelja obvezna. [16]

Predvsem z vidika presojanja ustrezne pravne podlage za odškodninske zahtevke zoper stečajnega upravitelja je pomembno poudariti, da stečajni upravitelj opravlja posle v imenu in za račun stečajnega dolžnika (pravne ali fizične osebe) in ob sklepanju teh poslov proti drugim osebam zavezuje stečajnega dolžnika. Ker stečajni upravitelj glede svojih obveznosti v postopku zaradi insolventnosti z upniki ni v nobenem poslovnem razmerju, načeloma po splošnih pravilih ni pravne podlage za neposredni odškodninski zahtevek upnikov zoper njega. Odškodninsko odgovornost stečajnega upravitelja do upnikov je zato vzpostavil zakonodajalec v 102. členu ZFPPIPP, ki kot *lex specialis* izključuje uporabo splošnejših določb o odškodninski odgovornosti po 131. ali 263. členu ZGD-1. Stečajni upravitelj je po posebni ureditvi iz 102. člena ZFPPIPP odgovoren po pravilih o nepogodbeni (neposlovni) odškodninski odgovornosti.[17]

## 2.1 Ureditev v ZFPPIPP

Zakonodajalec je na poseben način uredil odškodninsko odgovornost stečajnih upraviteljev v 102. členu ZFPPIPP. V navedenem členu je uzakonil možnost neposrednega odškodninskega zahtevka upnikov zoper stečajnega upravitelja. Če te pravne podlage ne bi bilo, stečajni upravitelj upnikom praviloma ne bi odgovoren, temveč bi bil (kot poslovodstvo družbe po 263. členu ZGD-1 oziroma 131. členu OZ) odgovoren samo v notranjem razmerju stečajnemu dolžniku, upnik pa bi lahko zahtevek za povračilo škode uveljavljal le od stečajnega dolžnika. 102. člen ZFPPIPP v celoti ureja predpostavke upraviteljeve odškodninske odgovornosti in razloge za njeno razbremenitev. Za odškodninsko odgovornost stečajnega upravitelja upnikom morajo biti izpolnjene tri predpostavke: protipravnost ravnanja, ki je izpolnjena, če stečajni upravitelj krši svoje obveznosti (ravna v nasprotju z ZFPPIPP ali drugimi predpisi, ki se uporabljajo za insolventnega dolžnika, oziroma v nasprotju s pravili stroke oseb, ki kot mandatarji opravljajo posle za druge osebe),[18] vzročna zveza in škoda. Upniku škoda nastane, če ob razdelitvi zaradi protipravnega ravnanja upravitelja prejme plačilo svoje terjatve v manjšem znesku, kakor bi ga prejel, če protipravnega ravnanja ne bi bilo.[19] Dolenc opozarja, da se zdi, da je lahko odgovornost, ki jo določajo navedene tri predpostavke, le objektivna odgovornost. Odškodninska odgovornost je namreč lahko *»le krivdna (subjektivna) ali objektivna (brez krivde), ne pa nekaj tretjega.«*[20] Čeprav krivda po posebni določbi ZFPPIPP torej ni predpostavka odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja in se ta odškodninske odgovornosti ne razbremeni že s tem, da dokaže, da ni kriv

15 Kot že pojasnjeno, se v zvezi z vlogo stečajnih upraviteljev v našem pravnem redu pojavljata teorija zastopanja in publicistična teorija. Slednja obravnava stečajnega upravitelja kot procesni organ, ki v stečajnem postopku nima položaja zastopnika stranke postopka (stečajnega dolžnika). Prelič, nav. delo, 2006, str. 77.

16 Sodnikova navodila so za upravitelja obvezna, upravitelj proti odredbi sodnika nima pravice do pritožbe, saj 125. člen ZFPPIPP dovoljuje pritožbo samo proti sklepom sodišča. Plavšak, nav. delo, 2017, str. 267, 269.

17 Plavšak, nav. delo, 2017, str. 269.

18 1., 2. in 3. točka prvega odstavka 98. člena ZFPPIPP.

19 Plavšak, nav. delo, 2017, str. 269, 270.

20 Dolenc, nav. delo, 2013, str. 223.

(da je torej pri opravljanju svojih nalog ravnal z zahtevano skrbnostjo), kar nakazuje na objektivno odgovornost stečajnega upravitelja, pa se lahko stečajni upravitelj odgovornosti razbremeni, če dokaže enega od razbremenilnih razlogov iz drugega odstavka 102. člena ZFPPIPP. Ti so: 1) da je imel upnik škodo zaradi nepravilnih ali nepopolnih podatkov v njegovi prijavi terjatve ali drugih dejanj ali opustitev, ki izvirajo s področja upnika, 2) da je ravnal v skladu s sklepom ali odredbo sodišča, in 3) da je škoda nastala zaradi dogodkov ali ravnanja oseb, ki jih upravitelj, *»čeprav je ravnal z ustrezno profesionalno skrbnostjo, ni mogel niti preprečiti niti odvrniti ali omejiti njihovih škodljivih posledic.«* Stečajni upravitelj v skladu s tretjim odstavkom 102. člena ZFPPIPP odškodninske odgovornosti ni oproščen, ker je ravnal v skladu s sklepom ali odredbo sodišča, če upnik dokaže, da je upravitelj izdajo sklepa ali odredbe dosegel tako, da je sodišču namenoma ali zaradi hude malomarnosti dal nepopolne ali nepravilne informacije, ali na drug nepošten način.

ZFPPIPP tudi pri omejitvi odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja po višini določa hujšo sankcijo za primer, če je bilo dejanje izvedeno ali opuščeno namenoma ali iz hude malomarnosti. V četrtem odstavku 102. člena ZFPPIPP sicer splošno omejuje upraviteljevo odgovornost za škodo, povzročeno v posameznem postopku zaradi insolventnosti, do višine petkratnega zneska nagrade, do katere je upravitelj upravičen v posameznem postopku, a ne manj kot 5.000 evrov, vendar v petem odstavku 102. člena ZFPPIPP dodatno določa še, da odgovornost stečajnega upravitelja ni omejena, če je bilo dejanje izvedeno ali opuščeno namenoma ali iz hude malomarnosti.[21] Hkrati je v zvezi z odškodninsko odgovornostjo stečajnega upravitelja po ZFPPIPP pomembno tudi dejstvo, da je zakonsko določena obveza stečajnega upravitelja, da mora imeti sklenjeno zavarovanje, ki krije njegovo odškodninsko odgovornost iz prvega odstavka 102. člena ZFPPIPP za najnižjo zavarovalno vsoto 500.000 evrov v posameznem letu.[22]

V zvezi z ureditvijo odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja po ZFPPIPP je treba posebej poudariti, da zakonska dikcija prvega odstavka 102. člena ZFPPIPP izrecno določa, da upravitelj za škodo, ki jo povzroči s kršitvijo svojih obveznosti, odgovarja *upnikom.* Ureditev odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja po ZFPPIPP se v tem bistveno razlikuje od prej veljavne ureditve iz ZPPSL. V drugem odstavku 80. člena ZPPSL je bilo namreč določeno, da stečajni upravitelj »*odgovarja vsakemu udeležencu v stečajnem postopku za škodo, ki mu jo prizadene namenoma ali iz hude malomarnosti*«[23] - torej tudi stečajnemu dolžniku ali drugim udeležencem stečajnega postopka poleg upnika (na primer tretjim osebam). Vprašanje, ki se zastavi, je torej, kako je po zdaj veljavni ureditvi iz ZFPPIPP, ki odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja do tretjih oseb izrecno ne ureja, stečajni upravitelj odškodninsko odgovoren tretjim, ter katera je pravilna pravna podlaga za odškodninske zahtevke tretjih oseb zoper stečajnega upravitelja. Dolenc meni, da je stečajni upravitelj po določbah 102. člena ZFPPIPP odgovoren le upnikom, če povzroči škodo komu drugemu, pa je temu odgovo-

21 Skladno tudi s splošnim pravilom v prvem odstavku 242. člena OZ.

22 5. točka drugega odstavka 108. člena ZFPPIPP.

23 Izvzeta je bila torej odgovornost stečajnega upravitelja za škodo, ki jo je povzročil iz lahke malomarnosti. V tem se je njegova odgovornost razlikovala od odgovornosti v skladu s prvim odstavkom 154. člena ZOR (Uradni list SFRJ, št. 29/78, 39/85, 45/89 – odl. US, 57/89, Uradni list RS, št. 88/99 – ZRTVS-B, 83/01 – OZ, 30/02 – ZPlaP in 87/02 – SPZ) oziroma prvega odstavka 131. člena OZ. Dolenc, nav. delo, 2013, str. 218.

ren po splošnih pravilih o odškodninski odgovornosti,[24] vendar ni jasno, ali primeri, ko je škoda povzročena „komu drugemu“, pomenijo tretje osebe, ki niso upniki v stečajnem postopku, primere, ko stečajni upravitelj ne deluje v vlogi stečajnega upravitelja v stečajnem postopku, ali kakšne druge primere. Ali to pomeni, da je 131. člen OZ izključen kot pravna podlaga za zahtevek upnikov za povračilo škode od stečajnega upravitelja, čeprav bi bil lahko pravna podlaga za presojanje zahtevkov za povračilo škode tretjih oseb? Ta dilema bo obravnavana v nadaljevanju.

## 2.2 Ureditev v OZ in ZGD-1

Splošno pravilo o krivdni neposlovni odškodninski odgovornosti z domnevo krivde je v 131. členu OZ. Ta v prvem odstavku, ki se glasi »*kdor povzroči drugemu škodo, jo je dolžan povrniti, če ne dokaže, da je škoda nastala brez njegove krivde*«, ureja pravna dejstva, na nastop katerih pravo veže obveznost povrnitve povzročene škode – t. i. (splošne) predpostavke neposlovne odškodninske odgovornosti: protipravnost ravnanja (škodljivo dejstvo), škodo, vzročno zvezo in krivdo.[25] To splošno pravilo povzema načelo »nikomur škodovati« (*neminem laedere*) iz 10. člena OZ.[26] Splošna ureditev se tako že v tem delu razlikuje od posebne ureditve v ZFPPIPP, kjer se stečajni upravitelj odgovornosti ne more razbremeniti tako, da dokaže, da ni kriv, temveč le, če dokaže obstoj enega izmed v ZFPPIPP taksativno naštetih razbremenilnih razlogov. Po splošnem pravilu o odškodninski odgovornosti v 131. členu OZ odgovornost stečajnega upravitelja tudi ne bi bila z ničimer omejena po višini, do katere bi bil odgovoren stečajni upravitelj, prav tako pa ni jasno, če so v primeru uveljavljanja odškodninskih zahtevkov po 131. členu OZ morebitne obveznosti stečajnega upravitelja pokrite z obveznim poklicnim zavarovanjem, sklenjenim v skladu s 5. točko drugega odstavka 108. člena ZFPPIPP.

Posebnejša od splošne ureditve iz 131. člena OZ je ureditev iz 148. člena OZ, ki ureja odškodninsko odgovornost pravne osebe za škodo, ki jo tretji osebi povzroči njen organ – gre torej za odgovornost družbe za ravnanja fizičnih oseb, ki so člani organa vodenja ali nadzora družbe.[27] Odgovornost pravne osebe je določena le za primer, če organ škodo povzroči pri opravljanju ali v zvezi z opravljanjem svojih nalog.[28] Če jo povzroči izven tega okvira, je član organa za škodo odgovoren sam (po 131. členu OZ). Pravna oseba se lahko odgovornosti (tudi za delo svojega organa, čeprav to ni posebej navedeno) razbremeni po splošnih pravilih, tj. če dokaže, da je fizična oseba v danih okoliščinah ravnala s skrbnostjo, ki se od pravne osebe pričakuje za določeno vrsto poslov.[29] V zakonski ureditvi odgovornosti družbe za škodljivo ravnanje njenega organa po OZ ni posebej določeno, da bi imel oškodovanec neposredni zahtevek zoper povzročitelja škode (člana organa), če bi ta škodo povzročil namenoma (kakor na primer pri odgovornosti delodajalca za delavca po drugem odstavku 147. člena OZ),[30] kljub temu pa iz posebne ureditve

24 Dolenc, nav. delo, 2013, str. 226.
25 Podrobneje: N. Plavšak v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 687, 690-692.
26 Prav tam, str. 701.
27 V nadaljevanju je obravnavana odgovornost članov poslovodstva, saj je mogoče pristojnosti in naloge stečajnega upravitelja v stečajnem postopku primerjati z nalogami poslovodstva.
28 Prvi odstavek 148. člena OZ.
29 Jadek Pensa v Juhart, Plavšak, nav. delo, 2003, str. 846, 847.
30 V zvezi z neposrednim zahtevkom zoper člana organa vodenja ali nadzora gospodarske družbe je treba opozoriti na stališče Vrhovnega sodišča RS v sodbi II Ips 71/2018 z dne 18. 4. 2019 in stališče Višjega sodišča v Ljubljani v sodbi in sklepu I Cpg 682/2014 z dne 23. 9. 2015. Vrhovno sodišče

za gospodarske družbe v 263. členu ZGD-1 izhaja, da neposredni zahtevek tretje osebe zoper člana organa vodenja ali nadzora ni izključen v primerih, ko je družba v stanju neplačevitosti, kakor bo pojasnjeno v nadaljevanju.[31]

V primerih gospodarskih družb je treba namreč uporabiti ureditev v ZGD-1, ki pomeni *lex specialis* glede na določbe OZ. Iz ZGD-1 kot posebnega pravnega predpisa izhaja drugačna ureditev, kakor je splošna po OZ. V prvem odstavku 263. člena ZGD-1 je tako določeno, da mora član organa vodenja ali nadzora pri opravljanju svojih nalog ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika. Če je družbi nastala škoda zaradi kršitve nalog člana organa vodenja ali nadzora, je ta član družbi odgovoren za škodo, razen če dokaže, da je pošteno in vestno izpolnjeval svoje dolžnosti (prvi stavek drugega odstavka 263. člena ZGD-1)[32] – pomeni, da je ravnal s skrbnostjo strokovnjaka.[33] Člani organov vodenja in nadzora so odškodninsko odgovorni, četudi bi škodo (tretji osebi) povzročili zaradi majhne (lahke) malomarnosti.[34] Poudariti je treba, da je v zvezi z 263. členom ZGD-1 vsaka tretja oseba, ki ji član organa vodenja ali nadzora povzroči škodo pri opravljanju svoje funkcije ali v zvezi z njo, hkrati obravnavana tudi kot družbin upnik. Za škodo, povzročeno tretji osebi, in vsako drugo škodo, ki jo povzroči pri opravljanju svoje funkcije ali v zvezi z njo, pa je po drugem odstavku 263. člena ZGD-1 član organa odgovoren le družbi. Oškodovane tretje osebe, ki jih je član organa vodenja ali nadzora oškodoval pri opravljanju svoje funkcije ali v zvezi z njo, imajo na podlagi četrtega odstavka 263. člena ZGD-1 tako kakor vsi drugi upniki pravico, da uveljavljajo svojo terjatev zoper člana organa, če jih družba ne more poplačati.[35] Na podlagi petega odstavka 263. člena ZGD-1 pa imajo vsi upniki, ki so upravičeni opravljati procesna dejanja v stečajnem postopku nad družbo, možnost uveljavljati procesna dejanja v svojem imenu in za račun družbe kot stečajnega dolžnika. V primeru uspeha nato

---

RS je v zadevi II Ips 71/2018 pojasnilo, da kljub temu, da dejanja zakonitih zastopnikov družbo v razmerju do tretjih zavezujejo in se družba svoje odgovornosti ne more razbremeniti na primer s sklicevanjem na določbe o prekoračitvi pooblastil, splošna pravila o učinkih zakonitega zastopanja ne morejo izključiti sleherne obligacijske odgovornosti posameznika, ki je navzven ravnal kot zakoniti zastopnik družbe, če je s svojim ravnanjem udejanjil prvine kakšnega drugega obligacijskopravnega zakonskega dejanskega stanu (npr. civilni delikt ali kvazidelikt, ko zakoniti zastopnik družbe svoj položaj zlorabi ter v resnici ne ravna v korist družbe, ampak ga vodijo lastni nepošteni interesi, ki drugemu hkrati povzročijo prikrajšanje). V takšnih primerih sicer ni neposredno uporabljivo pravilo o spregledu pravne osebnosti (ki se nanaša zgolj na družbenike), vendar to pravilo nudi vrednotni temelj za uporabo 190. člena OZ (neupravičena obogatitev) v primerih, ko je obogaten zakoniti zastopnik družbe (ne pa družba), ki je proti sopogodbeniku nastopal kot zakoniti zastopnik družbe mimo družbe. V zadevi I Cpg 682/2014 pa je Višje sodišče v Ljubljani zavzelo stališče, da bi bilo v primeru prevare zakonitega zastopnika družbe (sicer tudi družbenika), njegovo odškodninsko odgovornost mogoče presojati po 131. členu OZ v zvezi z 49. členom OZ.

31 Več v Prostor, nav. delo, 2020.

32 Gre za ureditev pri d. d., vendar se smiselno uporablja tudi za poslovodje d. o. o. (šesti odstavek 515. člena ZGD-1).

33 Odškodninska odgovornost članov organov vodenja se presoja po pravilih poslovne odškodninske obveznosti, gre za krivdno odgovornost. Glej VSRS sklep III Ips 14/2016 z dne 9. 12. 2016, Dolenc, nav. delo, 2010, str. 123.

34 Mežnar v Belopavlovič in drugi, nav. delo, 2019, str. 1012, VSRS sklep VIII Ips 249/2011 z dne 6. 11. 2012.

35 Neplačevitost ne pomeni nujno tudi insolventnosti. Stališča o tem, kaj pomeni, če upnikov družba ne more poplačati, so različna. Ne zadostuje nepripravljenost plačati, po drugi strani tudi ni treba, da bi bila podana insolventnost družbe. Smiselno je zagovarjati stališče, da morajo upniki v tem primeru dokazati, da izvršba zoper družbo na denarna sredstva na njenih transakcijskih računih ni bila uspešna (navedeno velja za primer uveljavljanja korporacijske kondikcije, ki pa se uveljavlja pod enakim pogojem; prim. drugi odstavek 233. člena ZGD-1). Več Prostor, nav. delo, 2018, str. 200.

izterjani znesek spada v stečajno maso, poplačilo upnikov pa je (odvisno seveda od prezadolženosti stečajnega dolžnika) vprašljivo.

## 2.3 Odškodninska odgovornost stečajnega upravitelja v avstrijskem pravu

V avstrijskem pravu so ključne določbe o stečajnih (likvidacijskih) upraviteljih vsebovane v določbah §§ 80–96 Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO)[36] in v § 1299 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB).[37] Avstrijsko insolvenčno pravo predvideva, da pri uvedbi stečajnega postopka sodišče podobno kakor v Republiki Sloveniji za stečajnega upravitelja imenuje nekaznovano, zanesljivo in strokovno podkovano osebo, ki ima tudi dovolj znanja in izkušenj z insolvenčnimi postopki.[38] Ureditev stečajnega upravitelja v avstrijskem pravu je podobna slovenski tudi v zvezi s pristojnostmi in nalogami stečajnih upraviteljev. Stečajni upravitelji morajo prav tako urediti vse tekoče posle stečajnega dolžnika, izterjati terjatve, povezane s stečajnim dolžnikom, in zagotoviti poplačilo upnikov. Pri tem so v skladu s § 83 IO pooblaščeni za izvajanje vseh pravnih poslov in dejanj stečajnega dolžnika, če njihove pristojnosti v konkretnih primerih ne omeji sodišče. Pri opravljanju svojih nalog in pristojnosti morajo v skladu s § 81 IO in § 1299 ABGB[39] ravnati kot strokovnjaki.[40]

Kljub zadolžitvam, podobnim zadolžitvam stečajnih upraviteljev v našem pravu, je v praksi avstrijskih sodišč zaznati popolnoma drugačno vlogo stečajnih upraviteljev pri opravljanju njihovih nalog in pristojnosti v zvezi s stečajno maso. Iz zakona namreč ni jasno razvidno, v čigavem imenu deluje upravitelj. Prav tako pušča zakon odprto, koga naj bi upravitelj zastopal, dolžnika, stečajno maso ali upnike.[41] Odgovore na ta vprašanja ponujajo tri teorije, ki obravnavajo položaj in odgovornost stečajnega upravitelja. To so teorija zastopanja („*Vertretertheorie*“),[42] organska teorija („*Organtheorie*“) in uradniška teorija („*Amtstheorie*“).[43] Čeprav v avstrijskem pravnem redu ni uradno sprejeta nobena od navedenih teorij, je bolj kot teorija zastopanja, ki je poudarjena pri nas, v ospredju uradniška teorija.[44] Ta ima pred-

36 Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – InsO), StF: RGBl. Nr. 337/1914.

37 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (ABGB), StF: JGS Nr. 946/1811.

38 Tischler, nav. delo, str. 45.

39 Da se za presojo odgovornosti stečajnega upravitelja uporablja § 1299 ABGB je avstrijsko Vrhovno sodišče (Der Oberste Gerichthof) presodilo v zadevi 9Ob77/06y z dne 11. 8. 2006.

40 V skladu z § 1299 ABGB mora tisti, ki ima profesionalno znanje („potrebnimi neobičajnimi veščinami in znanji“) odgovarjati, če takšnega znanja nima.

41 Dellinger in drugi, nav. delo, str. 39.

42 Po tej teoriji je upravitelj zakoniti zastopnik, ki deluje v tujem imenu in za tuj račun. Sporno je, koga zastopa. Četudi deluje v ekonomskem interesu upnikov, stečajna masa v pravnem pomenu ne pripada njim. Zato najbrž zastopa dolžnika, ki je lastnik stečajne mase. Vendar je potem vprašanje, zakaj je upravitelj upravičen v svojem imenu izpodbijati dolžnikova pravna dejanja (pri nas drugače, primerjaj prvi odstavek 276. člena ZFPPIPP). Navsezadnje bi potemtakem upravitelj zastopal stečajno maso, kar bi bilo skladno z organsko teorijo, vendar pa stečajna masa nima pravne subjektivitete. Prav tam, str. 40-41.

43 Več prav tam, str. 38-41. Primerjaj tudi za nemško pravo Bork, nav. delo, str. 34-38.

44 Gre za teorijo, ki je sicer sprejeta v nemškem pravnem redu. Čeprav je opisano koncepcijo stečajnega upravitelja mogoče zaznati v praksi, predvsem v postopkih pred sodišči, sprejemu uradniške teorije v literaturi nasprotujejo zaradi zakonske dikcije § 373 Zivilprozessordnung (Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprocessordnung).StF: RGBl. Nr. 113/1895 - ZPO), ki stečajno maso izrecno obravnava kot stranko v postopku,

vsem procesne posledice. V skladu z uradniško teorijo namreč stečajni upravitelj nastopa v svojem imenu in na primer pri izpodbijanju in uveljavljanju zahtevkov stečajne mase uresničuje svoja upravičenja.[45] Upravitelj je torej sam stranka v civilnih postopkih (t. i. „stranka na podlagi funkcije“)[46] in v pravdnih postopkih nastopa kot tožeča ali tožena stranka.[47] Če želijo upniki stečajnega dolžnika sprožiti postopek za uveljavljanje svojih pravic v zvezi s stečajno maso, ga morajo torej sprožiti zoper stečajnega upravitelja, ne stečajnega dolžnika.[48] Čeprav nastopa v svojem imenu, pa upravitelj deluje za račun dolžnika (ki je lastnik stečajne mase).[49] Ne glede na nedoločnost zakonodaje in različna stališča omenjenih teorij glede položaja stečajnega upravitelja v Avstriji je treba omeniti, da v sodni praksi ni zaznati težav, saj sodišča v glavnem tolerirajo vsako oznako upravitelja v postopku.[50] Enako kakor po ZPPSL, je upravitelj odškodninsko odgovoren *vsem udeležencem postopka* zaradi insolventnosti zaradi zmanjšanja premoženja, ki ga je povzročil z nevestnim izvajanjem svojih pristojnosti. Za utemeljitev odgovornosti zadostuje upraviteljeva lahka malomarnost, ki se lahko uveljavlja tudi po končanem stečajnem postopku.[51] Zaradi poudarjene vloge stečajnega upravitelja kot stranke postopka, ki je za svoje napake tudi osebno odgovoren,[52] se lahko popolnoma drugače kakor v našem pravnem redu presoja tudi pravna podlaga za njegovo odškodninsko odgovornost.

## 3. ANALIZA USTREZNE PRAVNE PODLAGE NA PRIMERIH IZ PRAKSE

V tem poglavju bo stališče v zvezi z ustrezno pravno podlago za odškodninske zahtevke tretjih oseb zoper stečajne upravitelje najprej pojasnjeno na primeru stečaja gospodarske družbe, nato pa še na primeru osebnega stečaja.

### 3.1 Stečaj gospodarske družbe

V zadevi z opr. št. III Ips 34/2018 je Vrhovno sodišče RS 12. 4. 2019 izdalo sodbo,[53] v kateri je presojalo, na podlagi katerih določb je stečajni upravitelj (potencialno) odgovoren za škodo tretji osebi. Dejansko stanje zadeve je bilo naslednje: v prvem pravdnem postopku je stečajna upraviteljica v stečajnem postopku pravne osebe v imenu in za račun stečajnega dolžnika vložila izpodbojno tožbo za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj zaradi oddelitve premoženja na novonastalo družbo zoper to novonastalo družbo – tretjo osebo, ki je bila hkrati upnica v stečajnem postopku.[54] Hkrati s tožbo je vložila predlog za vpis zaznambe izbrisne tožbe na nepre-

---

stečajnega upravitelja pa kot zakonitega zastopnika (kar bi ustrezalo organski teoriji), ter zaradi osebne odgovornosti stečajnega upravitelja, ki v skladu z uradniško teorijo odgovarja. Dellinger in drugi, nav. delo, str. 40.

45 Prav tam, str. 39.
46 Prav tam.
47 Prav tam, str. 40.
48 Prim. za nemško pravo Bork, nav. delo, str. 37.
49 Dellinger in drugi, nav. delo, str. 39.
50 Prav tam, str. 41.
51 Prav tam, str. 44-45.
52 Prav tam, str. 40.
53 Sodba VSRS III Ips 34/2018 z dne 12. 4. 2019 v zvezi z VSL sodba I Cpg 672/2017.
54 Škoda, ki jo je uveljavljala tožnica, ni bila odvisna od vsebine njene terjatve, ki jo je prijavila v stečajnem postopku, zato jo je Vrhovno sodišče RS štelo za tretjo osebo in ne za upnico (10. točka VSRS sodbe III Ips 34/2018 z dne 12. 4. 2019).

mičninah novonastale družbe po 245. členu Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1),[55] na podlagi katerega je bila dovoljena zaznamba izbrisne tožbe. Sodišče prve stopnje je tožbeni zahtevek zavrnilo, prav tako sta bili zavrnjeni pritožba in revizija. Vrhovno sodišče RS je po tehtanju dalo prednost obstanku novoustanovljene družbe. Novonastala družba – tretja oseba zaradi zaznamb izbrisne tožbe nepremičnin ni mogla prodati in zato ni mogla pravočasno poplačati kreditnih obveznosti do bank, zato je morala bankam plačati 464.021,75 evra obresti, kar je v zadevi z opr. št. III Ips 34/2018 (drugi pravdni postopek) vtoževala kot škodo. Njen tožbeni zahtevek je bil sicer zavrnjen, ker je sodišče presodilo, da ni podana protipravnost ravnanja stečajne upraviteljice, vendar se je Vrhovno sodišče RS vseeno izreklo o pravni podlagi odškodninskega zahtevka. Po stališču Vrhovnega sodišča RS 102. člen ZFPPIPP ni ustrezna pravna podlaga za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov tretjih oseb neposredno od stečajnega upravitelja, zato naj bi bil stečajni upravitelj za vtoževano škodo odgovarjal po splošnih pravilih o odškodninski odgovornosti, torej po 131. členu OZ.[56] Ta rešitev je vprašljiva, saj ni utemeljenega razloga za različno obravnavo upnikov in tretjih oseb, ki so prav tako (potencialni) upniki stečajnega dolžnika.

Iz konkretnega primera (drugega pravdnega postopka) izhaja stališče sodišča, da je tožnica kot tretja oseba opredeljena zato, ker je nastala škoda na njenem premoženju, ne pa na stečajni masi, torej na premoženju stečajnega dolžnika, ki je namenjeno poplačilu stečajnih upnikov, ter ker škoda ni bila povzročena na terjatvi, ki jo je tožnica kot upnica uveljavljala zoper stečajnega dolžnika, oziroma naj ne bi izvirala iz razmerja, ki ga je imela tožnica do stečajnega dolžnika. Za vtoževano škodo naj zato ne bi bilo mogoče reči, da je bila povzročena z ravnanjem stečajne upraviteljice v stečajnem postopku oziroma da izhaja iz razmerja med stečajnim upnikom in dolžnikom.[57] Takšnemu stališču ni mogoče pritrditi. Ugotoviti je mogoče, da je v konkretnem primeru t. i. tretja oseba (tožnica) vtoževala domnevno škodo, ki ji je nastala zaradi (utemeljenih ali ne) ravnanj stečajnega dolžnika; stečajna upraviteljica je namreč z izpodbojno tožbo uveljavljala zahtevek v imenu in za račun stečajnega dolžnika. Tretja oseba bi torej lahko odškodninski zahtevek uveljavljala zoper stečajnega dolžnika, saj ji je on (oziroma zanj stečajna upraviteljica) domnevno povzročil škodo. Domnevna škoda tako nedvomno izhaja iz ravnanja stečajne upraviteljice v stečajnem postopku oziroma iz razmerja med stečajnim upnikom in dolžnikom. Če bi tretja oseba s tožbenim zahtevkom zoper stečajnega dolžnika uspela, bi bila (tudi iz tega naslova) upnica stečajnega dolžnika. Dejstvo, ali je tretja oseba upnik stečajnega dolžnika, je tako odvisno od uspeha v pravdnem postopku, v katerem tretja oseba uveljavlja odškodninski zahtevek (ki bi ga lahko torej uveljavljala tudi zoper stečajnega dolžnika). Vendar bo tretja oseba pri vložitvi odškodninskega zahtevka preračunala tudi svoje možnosti za poplačilo, zato bo tožbo raje kot zoper stečajnega dolžnika (ki je v stečajnem postopku in zato prezadolžen ali brez premoženja) vložila zoper stečajnega upravitelja. Iz tega razloga bi bilo primerno, da bi bili takšni posebni položaji ustrezno zakonsko urejeni. Tudi upniki v podobnem položaju načeloma ne tožijo stečajnega dolžnika, ki nima premoženja, saj lahko na podlagi 102. člena ZFPPIPP odškodninske zah-

55 Uradni list RS, št. 58/03, 37/08 – ZST-1, 45/08, 28/09, 25/11, 14/15 – ZUUJFO, 69/17, 11/18 – ZIZ-L in 16/19 – ZNP1.

56 10. točka VSRS sodbe III Ips 34/2018 z dne 12. 4. 2019.

57 V literaturi sicer ni zaslediti nobene specifične definicije tretje osebe ali razlikovalnih kriterijev med tretjimi osebami in upniki stečajnega postopka.

tevke uveljavljajo neposredno od stečajnega upravitelja. Razlikovanje med tretjimi osebami in upniki v stečajnem postopku je torej zgrešeno, ker je tretje osebe, ki uveljavljajo odškodninske zahtevke zoper stečajne upravitelje zaradi ravnanja v stečajnem postopku v vlogi zastopnika stečajnega dolžnika, mogoče enačiti z upniki. Upnik stečajnega dolžnika je namreč vsaka oseba, ki ima terjatev zoper stečajnega dolžnika, to pa je tudi tretja oseba, saj je stečajni upravitelj z določenim ravnanjem, s katerim naj bi tretji osebi povzročil škodo, izvajal svoje pristojnosti in naloge v imenu in za račun stečajnega dolžnika in naproti tretji osebi ni zavezoval sebe, temveč stečajnega dolžnika.

Ob uporabi splošnih pravil o odškodninski odgovornosti za presojanje zahtevkov tretjih oseb za povračilo škode se izniči smisel posebne ureditve odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja v ZFPPIPP, saj tako ni posebnih razlogov za razbremenitev odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja in tudi ne omejitve škode, za katero je odgovoren in za katero ima tudi sklenjeno poklicno zavarovanje odgovornosti. Iz konkretnega primera namreč izhaja, naj bi bilo v pogojih poklicnega zavarovanja stečajnega upravitelja navedeno, da zavarovanje ne krije odgovornosti za škodo, ki izvira iz poklicne dejavnosti zavarovanih oseb, pa ni povezana z upravljanjem v stečajnem postopku. Ob upoštevanju obravnavanega stališča Vrhovnega sodišča RS, da stečajni upravitelj proti tretjim osebam ne opravlja nalog in pristojnosti v stečajnem postopku, škode, povzročene tretjim osebam, obvezno poklicno zavarovanje stečajnega upravitelja tako ne pokriva. Navedeno pomeni, da se položaj stečajnega upravitelja le zato, ker naj bi šlo za tretjo osebo, in ne upnika v stečajnem postopku, neutemeljeno bistveno spremeni. Spremeni pa se tudi položaj tretjih oseb v primerjavi z upniki stečajnega dolžnika. Avtorici ne vidiva stvarnega razloga, zakaj se ne bi tretjim osebam omogočilo enako pravno varstvo kakor upnikom, s čimer bi se omogočila določena stopnja varnosti tudi stečajnemu upravitelju, za katerega odškodninsko odgovornost po 102. členu ZFPPIPP veljajo drugačni pogoji kakor po 131. členu OZ oziroma 263. členu ZGD-1.

Iz navedenega izhaja, da pri presojanju odškodninskih zahtevkov tretjih oseb zoper stečajne upravitelje ni treba uporabiti splošnih določb o odškodninski odgovornosti, in sicer niti 131. člena OZ niti 263. člena ZGD-1. Pri tem velja poudariti, da je izključitev možnosti pasivne legitimacije stečajnega upravitelja po 148. členu OZ, za katero se je v obravnavani zadevi odločilo Vrhovno sodišče RS,[58] pravilna, a ne zaradi določbe OZ, temveč zaradi posebne ureditve v 263. členu ZGD-1. Tudi sodišči prve in druge stopnje sta sicer sklenili, da je uporaba 148. člena OZ izključena, vendar sta pri tem navedli zmotno razlago, da ni mogoče uporabiti 148. člena OZ, ker na podlagi tega člena član organa vodenja ali nadzora za povzročitev škode pri opravljanju svoje funkcije tretjim osebam naj ne bi bil neposredno odškodninsko odgovoren (da torej ni neposrednega zahtevka zoper člana organa), kar kakor že pojasnjeno, ne drži.[59] V drugem odstavku 148. člena OZ je urejena regresna pravica pravne osebe, da zahteva povrnitev plačanega zneska od tistega, ki je škodo povzročil namenoma ali iz hude malomarnosti, o neposrednem zahtevku zoper povzročitelja pa zakon molči, vendar to ne pomeni, da ga izključuje. Če bi določbo 148. člena OZ razlagali kot omejitev odgovornosti fizičnih oseb, ki so člani organov pravnih oseb, navedenega člena OZ sploh ne bi potrebovali, saj bi bila pravna oseba za lastna ravnanja odgovorna kakor vsi drugi po splošnih določbah OZ. Smisel

58 11. točka VSRS sodbe III Ips 34/2018 z dne 12. 4. 2019.
59 6. in 9. točke VSL sodbe I Cpg 672/2017 z dne 9. 1. 2018.

določbe prvega odstavka 148. člena OZ je tako prav v širjenju odgovornosti tudi na pravno osebo, ne pa v tem, da bi se član organa družbe razbremenil odgovornosti. Kakor opozarja Možina, je namreč načeloma vsak sam odgovoren za škodo, ki jo povzroči.[60] 148. člen OZ torej poudarja odgovornost pravne osebe poleg člana organa (ki je odgovoren po splošnih pravilih kakor vsak drug, ki povzroči škodo), neposredno odškodninsko odgovornost direktorjev upnikom pa nato izključujejo določbe ZGD-1, ki so *lex specialis.* Predpostavke za odškodninsko odgovornost po 263. členu ZGD-1 bi sicer bile podane, vendar bi se odškodninski zahtevek moral uveljavljati v korist vseh upnikov, stečajni upravitelj pa bi moral odškodnino plačati družbi (peti odstavek 263. člena ZGD-1). Na tak način bi bila – in v tem delu je mogoče pritrditi stališču Vrhovnega sodišča RS – izvotljena odškodninska odgovornost stečajnega upravitelja, ker tudi po plačilu odškodnine ne bi prišlo do poplačila upnika – tretje osebe v celoti (znesek odškodnine bi namreč spadal v stečajno maso stečajnega dolžnika).

Če bi pritrdili stališču, da je tretjim osebam stečajni upravitelj pri stečaju pravnih oseb odgovoren po 263. členu ZGD-1 (in ne 131. oziroma 148. členu OZ, saj je ZGD-1 *lex specialis*) oziroma v osebnem stečaju po 131. členu OZ, bi bil upravitelj tretjim osebam odgovoren drugače kakor stečajnim upnikom, upniki pa se od tretjih oseb pravzaprav razlikujejo le v tem, da so imeli prvi položaj upnika stečajnega dolžnika že na začetku stečajnega postopka. Prav zaradi tega je smiselno posebno ureditev odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja v 102. členu ZFPPIPP uporabiti tudi v primerih odškodninskih zahtevkov tretjih oseb.

### 3.2 Osebni stečaj

V primeru stečaja fizične osebe (tj. osebnega stečaja) se določbe 148. člena OZ in 263. člena ZGD-1 ne uporabljajo, saj stečajni upravitelj zastopa fizično osebo, glede drugih zadev pa se opisano stališče v zvezi z neustreznostjo razlikovanja med tretjimi osebami in upniki le utrdi. Dejansko stanje je na primer lahko naslednje: stečajni upravitelj je v postopku osebnega stečaja stečajnega dolžnika prodal nepremičnino. Pri tem ob sklepanju kupoprodajne pogodbe za nepremičnino ni upošteval predkupnih pravic, zato je prišlo do razveljavitve kupoprodajne pogodbe. Kupec (ki iz tega razloga ni pridobil nepremičnine) zoper stečajnega upravitelja kot tretja oseba uveljavlja odškodninski zahtevek za stroške, ki jih je imel v zvezi z izjalovljenim poslom (pridobitev kredita in podobno). Tudi v tem primeru je stečajni upravitelj zastopnik stečajnega dolžnika v osebnem stečaju, zato bi pravne posledice sklenjene kupoprodajne pogodbe nastale v razmerju med stečajnim dolžnikom in upnikom, enako velja tudi za pravne posledice (neuspele) sklenitve kupoprodajne pogodbe; kupec je torej upnik stečajnega dolžnika, saj upnik postaneš, ko nastane škoda. Stečajni upravitelj je tudi v razmerju do kupca (oziroma nasploh tretjih oseb) deloval z namenom unovčitve premoženja stečajnega dolžnika, v okviru opravljanja svojih nalog in pristojnosti stečajnega upravitelja in z namenom varstva interesov upnikov, torej v vlogi stečajnega upravitelja, zato razlikovanje med morebitnim odškodninskim zahtevkom kupca (po 131. členu OZ) in drugih upnikov (po 102. členu ZFPPIPP) ni smiselno. Tudi v primerih osebnih stečajev je tako izključena uporaba splošne določbe 131. člena OZ in je ustrezna pravna podla-

60 Le izjemoma subjekt odgovarja tudi za ravnanja drugega - npr. starši za otroke, delodajalec za delavca, pravna oseba za organe, ... Možina, nav. delo, 2013, str. 141.

ga za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov tretjih oseb zoper stečajne upravitelje 102. člen ZFPPIPP.

## 4. SKLEP

Stečajni upravitelj je organ postopka zaradi insolventnosti, ki v postopku opravlja svoje zakonsko določene pristojnosti in naloge zaradi varovanja in uresničitve interesov upnikov. Pri tem je upnikom za škodo, ki jim jo povzroči s kršitvijo svojih obveznosti, odgovoren v skladu s posebnim pravilom, določenim v 102. členu ZFPPIPP. V navedenem členu je zakonodajalec uzakonil možnost neposrednega odškodninskega zahtevka upnikov zoper stečajnega upravitelja. Če te pravne podlage ne bi bilo, bi bila neposredna odškodninska odgovornost stečajnega upravitelja upnikom vprašljiva. Stečajni upravitelj bi bil kot zastopnik v notranjem razmerju odgovoren praviloma le stečajnemu dolžniku, upnik pa bi lahko zahtevek za povračilo škode uveljavljal od stečajnega dolžnika. Morebiti bi lahko v stečaju pravne osebe uveljavljali zahtevke po 263. členu ZGD-1, v osebnem stečaju pa po 131. členu OZ.

Ker 102. člen ZFPPIPP izrecno ne omenja možnosti neposrednega odškodninskega zahtevka tretjih oseb (oseb, s katerimi stečajni upravitelj ob upravljanju stečajne mase ali njenem unovčenju sklepa posle za stečajnega dolžnika), se je v sodni praksi uveljavilo stališče, da bi bila lahko pravna podlaga za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov tretjih oseb zoper stečajnega upravitelja splošna določba 131. člena OZ. Utemeljenega razloga za takšno razlikovanje med upniki stečajnega dolžnika in tretjih oseb ni. Tudi tretje osebe so namreč (vsaj potencialne) upnice stečajnega dolžnika. Upnik stečajnega dolžnika je vsaka oseba, ki ima terjatev zoper stečajnega dolžnika, to pa je tudi tretja oseba, saj je stečajni upravitelj z določenim ravnanjem, s katerim naj bi tretji osebi domnevno povzročil škodo, izvajal svoje pristojnosti in naloge v imenu in za račun stečajnega dolžnika in proti «tretji osebi» ni zavezoval sebe, temveč stečajnega dolžnika. Prav tako ni razloga za omejitev in zavarovanje odgovornosti stečajnega upravitelja le v razmerju do upnikov, ne pa tudi do tretjih oseb. Tretje osebe je tako mogoče enačiti z upniki, zato pri presojanju njihovih odškodninskih zahtevkov zoper stečajne upravitelje ni treba uporabiti določb OZ o odškodninski odgovornosti, in sicer niti 131. člena OZ niti 148. člena OZ in 263. člena ZGD-1 (v primeru gospodarskih družb), temveč je ustrezna pravna podlaga za njihov odškodninski zahtevek 102. člen ZFPPIPP.

## SEZNAM LITERATURE:


- BELOPAVLOVIČ, Nataša, KRESAL, Barbara, KRESAL ŠOLTES, Katarina, SENČUR PEČEK, Darja (urednice). Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, 2., posodobljena in dopolnjena izdaja. Ljubljana: *LEXPERA, GV Založba*, 2019.
- BORK, Reinhard. Einführung in das Insolvenzrecht, 9. Auflage. *Mohr Siebeck*, 2019.
- DELLINGER, Markus, OBERHAMMER, Paul, KOLLER, Christian. Insolvenzrecht, Eine Einführung. Dunaj: *MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung*, 2018.
- DOLENC, Mile. Odgovornost uprave gospodarske družbe za škodo, povzročeno družbi. Ljubljana: *Pravni letopis*, 2010, str. 117.
- DOLENC, Mile. Odškodninska odgovornost stečajnih upraviteljev in odgovornost države zanje. Ljubljana: *Pravni letopis*, 2013, str. 215.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (redaktorja). Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, 1. knjiga. Ljubljana: *GV Založba*, 2003.
- MOŽINA, Damjan. Odškodninska odgovornost države. Ljubljana: *Pravni letopis*, 2013, str. 141.
- PLAVŠAK, Nina. Komentar Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP). Ljubljana: *Tax-Fin-Lex,* 2017.
- PRELIČ, Saša. Oris pravne ureditve prenehanja pravnih subjektov: študijsko gradivo pri predmetu Stečajno pravo. Maribor: *Pravna fakulteta Univerze v Mariboru,* 2006.
- PROSTOR, Jerneja. Korporacijska kondikcija; varstvo upnikov kapitalskih družb s pravili o vezanem kapitalu, doktorska disertacija. Ljubljana: *Pravna fakulteta*, 2018.
- PROSTOR, Jerneja. Odškodninska odgovornost družb tretjim osebam za ravnanja delavcev in direktorjev. Prispevek sprejet v objavo v Pravosodnem biltenu, št. 3, 2020.
- TISCHLER, Mirko Silvo. Insolvenčno pravo v Avstriji. Ljubljana: *Odvetnik,* 2013, str. 45.

# POSTOPEK OSEBNEGA STEČAJA V PRIMERU SMRTI DOLŽNIKA Z VIDIKA INSOLVENČNEGA PRAVA[1]

Mateja Levstek, višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani

Namen postopka osebnega stečaja in postopka stečaja zapuščine je enak – poplačilo navadnih upnikov dolžnika iz njegovega premoženja hkrati in v enakih deležih – 382. in 415. člen Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP).[2] Kaj se zgodi v primeru smrti dolžnika, nad katerim teče postopek osebnega stečaja, ZFPPIPP ne določa, zato je v skladu s prvim odstavkom 121. člena ZFPPIPP treba smiselno uporabiti zlasti pravila Zakona o pravdnem postopku (ZPP),[3] sicer pa odločiti po analogiji, kakor to določa Zakon o sodiščih (ZS)[4] v drugem odstavku 3. člena.[5]

Stečajni postopek je civilni sodni postopek, in sicer nepravdni postopek, za te postopke pa ni značilno, da bi se postopek zaradi smrti ene od strank ustavil oziroma končal, temveč se praviloma nadaljuje, lahko brez prekinitve ali pa potem, ko ga pravni nasledniki prevzamejo. Po 1. točki prvega odstavka 81. člena ZPP se postopek prekine, če stranka umre, pa v pravdi nima pooblaščenca. Po 37. členu Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ)[6] o prekinitvi izvršilnega postopka, ki je nastala zaradi smrti stranke ali njenega zakonitega zastopnika, sodišče obvesti njene dediče, če so mu znani in če ve za njihovo prebivališče, ter nasprotno stranko, če pa sodišču dediči niso znani ali če ne ve za njihova prebivališča, jim sodišče nemudoma postavi začasnega skrbnika. Zakon o nepravdnem postopku (ZNP-1)[7] nima posebnih določb o smrti udeleženca postopka, temveč se na podlagi 42. člena ZNP-1 subsidiarno in smiselno uporabljajo določbe ZPP.

Za civilne postopke torej velja, da se postopek praviloma le prekine, če stranka nima pooblaščenca, sicer do prekinitve ne pride, nadaljuje pa se (praviloma), ko ga

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice na gospodarskopravni šoli 2020, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala od 14. do 16. oktobra 2020 na daljavo.

2 Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo, 10/15 – popravek, 27/2016, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US, 63/2016 – ZD-C, 54/18 – odl. US, 69/19 – odl. US, 74/20 – odl. US in 85/20 – odl. US.

3 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, 10/17, 16/19 – ZNP-1 in 70/19 – odl. US.

4 Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08, 96/09, 86/10 – ZJNepS, 33/11, 75/12 – ZSPDSLS-A, 63/13, 17/15, 23/17 – ZSSve, 22/18 – ZSICT, 16/19 – ZNP-1 in 104/20.

5 Ta določa: Če se civilnopravna zadeva ne da rešiti na temelju veljavnih predpisov, upošteva sodnik predpise, ki urejajo podobne primere. Če je rešitev zadeve kljub temu pravno dvomljiva, odloči v skladu s splošnimi načeli pravnega reda v državi. Pri tem ravna v skladu s pravnim izročilom in z utrjenimi spoznanji pravne vede.

6 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, 11/18, 53/19 – odl. US, 66/19 – ZDavP-2M in 23/20 – SPZ-B.

7 Uradni list RS, št. 16/19.

dediči prevzamejo. Zastavlja se vprašanje, kaj smiselna uporaba teh pravil pomeni za postopek osebnega stečaja.

Stališče iz sklepa VSL Cst 660/2018 z dne 19. 12. 2018 je preseženo; gre za odločbo, sprejeto pred sodniško šolo insolvenčnega prava 2019, kjer je bilo po daljši razpravi z večinskim mnenjem zavzeto stališče, da tako stališče ni pravilno in se postopek osebnega stečaja samo zaradi smrti dolžnika ne konča. Tako stališče je zavzel tudi vrhovni sodnik Franc Seljak.[8]

Če je imel stečajni dolžnik pooblaščenca, do prekinitve postopka niti ne pride, kakor izhaja tudi iz sklepa VSL Cst 545/2019 z dne 18. 12. 2019. V kar nekaj postopkih stečajnega dolžnika zastopa odvetnik, večkrat že od začetka postopka osebnega stečaja. Opozoriti pa velja, da v postopkih zaradi insolventnosti odvetniku za zastopanje stranke ni treba predložiti pooblastila (četrti odstavek 123.a člena ZFPPIPP), zato sodišču niti niso znane morebitne omejitve zastopanja.

Dr. Nina Plavšak je v prispevku za dneve insolvenčnega prava[9] zavzela stališče, da ni razumnih razlogov za ustavitev ali prekinitev postopka, temveč se postopek nadaljuje, in sicer kot postopek osebnega stečaja, in ne kot postopek stečaja zapuščine. Drugačno stališče je avtorica zavzela v komentarju ZFPPIPP,[10] in sicer, da se v primeru smrti stečajnega dolžnika med postopkom osebnega stečaja ta nadaljuje po pravilih stečaja zapuščine. V prispevku[11] je nadalje poudarila, da ni treba uveljavljati ločitve zapuščine po 143. členu Zakona o dedovanju (ZD),[12] saj je enako posledico, kakor jo povzroči ločitev zapuščine, povzročil že začetek postopka osebnega stečaja, ko je razpolagalno upravičenje prešlo na upravitelja. Pri tem zastopa tudi stališče, da smrt stečajnega dolžnika ne vpliva na terjatve upnikov (334. člen Obligacijskega zakonika (OZ)),[13] na dediče kot univerzalne pravne naslednike pa preidejo samo tiste zapustnikove premoženjske pravice, ki jih je zapustnik imel ob smrti.

Z začetkom stečajnega postopka razpolagalno upravičenje s premoženjem, ki spada v stečajno maso, preide na upravitelja in stečajni dolžnik z njim ne more več razpolagati (prvi odstavek 386. člena ZFPPIPP). Ker stečajni dolžnik ni imel neomejene lastninske in drugih premoženjih pravic, saj je pravico razpolaganja pridobil stečajni upravitelj za račun in v imenu vseh upnikov, ki so stranke postopka osebnega stečaja, tudi ni podlage, da bi s smrtjo stečajnega dolžnika na dolžnikove dediče prešla pravica razpolaganja s tem premoženjem. Tudi če je lastninska pravica ali druga premoženjska pravica omejena z zastavno pravico, zastavna pravica s smrtjo dolžnika ne preneha (128. člen Stvarnopravnega zakonika (SPZ)),[14] prav tako kakor ne prenehajo terjatve do (stečajnega) dolžnika (334. člen OZ).

8 Seljak, nav. delo, str. 154–157.
9 Plavšak, Zbornik, str. 51.
10 Plavšak, Komentar, str. 808.
11 Plavšak. Zbornik, str. 51.
12 Uradni list SRS, št. 15/76, 23/78, Uradni list RS, št. 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ, 73/04 – ZN-C, 31/13 – odl. US in 63/16.
13 Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.
14 Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 in 23/20.

Strinjam se s stališčem, da je glede na vse navedeno pravilno, da se postopek osebnega stečaja po smrti stečajnega dolžnika nadaljuje kot postopek stečaja zapuščine.

Smisel prekinitve postopka zaradi smrti stranke je v tem, da se njeni nasledniki – dediči lahko seznanijo s postopkom in se nanj pripravijo, če seveda stranke prej ni zastopal pooblaščenec, ki tega ne potrebuje. V primeru postopka osebnega stečaja razpolagalno upravičenje pripada upravitelju, in sicer v imenu stečajne mase in za račun upnikov, ki so ekonomski lastniki stečajne mase, saj je ta namenjena za njihovo poplačilo (po plačilu stroškov postopka osebnega stečaja). To premoženje, ki spada v stečajno maso v postopku osebnega stečaja, je ločeno od siceršnjega premoženja stečajnega dolžnika, ki je iz stečajne mase po tretjem odstavku 389. člena ZFPPIPP izvzeto in s katerim lahko stečajni dolžnik prosto razpolaga. Zato menim, da ni razloga za prekinitev postopka osebnega stečaja in se ta zaradi smrti stečajnega dolžnika brez prekinitve nadaljuje kot stečaj zapuščine (enako tudi sklep VSL Cst 280/2019 z dne 2. 7. 2019); izdati pa je treba ugotovitveni sklep o nadaljevanju postopka kot postopka stečaja zapuščine. Tak sklep se objavi, s čimer je zagotovljena potrebna publiciteta. Menim pa, da je pravilno, da se tak sklep tudi vroči dedičem, če so sodišču skupaj z naslovi znani. Pred tem je tudi smotrno upravitelja pozvati, da te podatke sporoči stečajnemu sodišču, morda tudi ni odveč, da upravitelj obvesti tudi zapuščinsko sodišče.

Pri tem se ne strinjam s stališčem, da bi se postopek nadaljeval kot postopek osebnega stečaja. Predpostavka za vodenje tega postopka je, da je stečajni dolžnik živ in je tudi stranka glavnega postopka (385. člen ZFPPIPP). S tem ima tudi procesno legitimacijo v tem postopku, s čimer lahko zavaruje svoj pravni in premoženjski interes (predvsem s pritožbo zoper sklepe in z opozarjanjem na nepravilnosti v postopku). Stranka glavnega postopka v postopku stečaja zapuščine pa je tudi zapustnikov dedič, razen če se je odpovedal dedovanju (1. točka prvega odstavka 417. člena ZFPPIPP). To pa nadalje pomeni, da imajo dediči procesno legitimacijo v postopku stečaja zapuščine, s čimer lahko varujejo tudi svoj interes glede zapuščine, medtem ko tega položaja ne bi imeli, če bi se postopek nadaljeval kot postopek osebnega stečaja.

Če po poplačilu stroškov postopka in upnikov stečajna masa še ostane, imajo dediči, če se seveda dedovanju niso odpovedali, pravico do izplačila preostanka unovčene stečajne mase. Če do celotnega poplačila stroškov in upnikov pride pred unovčenjem vse stečajne mase, pa imajo tudi pravico, da se preostalo premoženje prenese nanje. Vse te pravice ima namreč tudi stečajni dolžnik v postopku osebnega stečaja (smiselno 373. člen in 1. točka prvega odstavka 374. člena v zvezi s prvim odstavkom 383. člena ZFPPIPP). Prodaja premoženja, ki ni potrebno za poplačilo stroškov in upnikov, namreč ni smiselna in prinaša le nepotrebne stroške. Namen postopka osebnega stečaja in namen postopka stečaja zapuščine sta s poplačilom upnikov v celoti dosežena, zato ni razloga za nadaljnjo prodajo premoženja.

Če stečajni dolžnik umre v času, ko so stroški stečajnega postopka in upniki že v celoti poplačani, se po mojem mnenju postopek osebnega stečaja prav tako nadaljuje kot postopek stečaja zapuščine. Upravitelj namreč (vsaj praviloma) nima podlage, da bi preostanek zapuščine prenesel na dediče, ki se dedovanju niso

odpovedali. Ti namreč še niso znani oziroma ugotovljeni kot dediči v sklepu o dedovanju, vsekakor pa jim je treba priznati upravičenje do sodelovanja v postopku. Le v postopku stečaja zapuščine pa dediči pridobijo procesno legitimacijo za sodelovanje v postopku, s čimer lahko zavarujejo svoj pravni in premoženjski interes.

Nastane pa položaj, ki ga ureja 373. člen ZFPPIPP, katerega pravila se sicer uporabljajo tako v postopku osebnega stečaja (prvi odstavek 383. člena ZFPPIPP) kakor tudi v postopku stečaja zapuščine (prvi odstavek 416. člena ZFPPIPP). Nadaljnje vodenje postopka nima več pomena, saj je namen postopka že v celoti dosežen, kljub temu pa bi nastajali stroški stečajnega postopka, ki le zmanjšujejo stečajno maso. V takem primeru se ob uporabi pravil 373. člena ZFPPIPP po mojem mnenju s sklepom o končni razdelitvi to premoženje razdeli dedičem. Dedičev in njihovih deležev sicer še ni mogoče določiti in je to predmet sklepa o dedovanju in s tem v pristojnosti zapuščinskega sodišča, ki s sklepom o dedovanju po 214. členu ZD (med drugim) razglasi, kdo so dediči in kakšni so njihovi dedni deleži. Gre pa za položaj, ki je podoben položaju, ko upnik oziroma družbenik ne sporoči upravitelju identifikacijskih podatkov ali računa, na katerega naj se plača znesek, ki pripada upniku oziroma družbeniku (ta je urejen v petem odstavku 373. člena ZFPPIPP). Zato menim, da se tak znesek položi v sodni depozit, o katerem se obvesti zapuščinsko sodišče, ki ga upošteva kot del zapuščine v sklepu o dedovanju. V tem primeru po mojem mnenju smiselna uporaba pravil iz tega člena tudi povzroči, da lahko triletni rok iz desetega odstavka 373. člena ZFPPIPP[15] teče od pravnomočnosti sklepa o dedovanju, kar bi moralo biti vsebovano v izreku sklepa o končni razdelitvi.

Če pa stečajna masa še ni bila v celoti unovčena, gre za podoben položaj, kakor ga ureja 374. člen ZFPPIPP v prvi alineji 1. točke prvega odstavka, in se to premoženje prenese na dediče, o čemer je treba obvestiti tudi zapuščinsko sodišče, ki nato to premoženje prav tako upošteva v sklepu o dedovanju, lahko pa postavi začasnega skrbnika zapuščine (192. člen ZD) ali izvede ukrepe za zavarovanje zapuščine po 191. členu ZD in s tem tudi določi osebo, ki ji stečajni upravitelj lahko izroči neunovčeno stečajno maso.

Med postopkom osebnega stečaja in postopkom stečaja zapuščine je pomembna razlika glede tega, kaj spada v stečajno maso. Zaradi varovanja stečajnega dolžnika so namreč iz stečajne mase po drugem odstavku 389. člena ZFPPIPP izvzeti predmeti in prejemki, ki so izvzeti iz izvršbe po 79. oziroma 101. členu ZIZ. Take omejitve za postopek stečaja zapuščine ni, saj ti predmeti in sredstva niso več potrebni za preživetje stečajnega dolžnika. To pa pomeni, da se s smrtjo stečajnega dolžnika stečajna masa lahko poveča še za predmete in prejemke, ki so bili izvzeti iz stečajne mase v postopku osebnega stečaja. V stečajno maso v postopku stečaja zapuščine namreč spada vse zapustnikovo premoženje, ki ga je imel ob smrti (2. člen ZD).[16] Razpolaganje s temi prejemki in predmeti (na primer avtomobilom), ki so bili izvzeti iz stečajne mase, ni bilo preneseno na stečajnega upravitelja.

Zato mora upravitelj po dolžnikovi smrti uveljaviti ločitev tega premoženja od pre-

15 Ta določa: Če upravičenec do depozita v treh letih po pravnomočnosti sklepa o končanju stečajnega postopka ne vloži zahteve iz devetega odstavka tega člena, sodišče izda sklep, da je pravica do prevzema deponiranega zneska zastarala in da se deponirani znesek prenese na Republiko Slovenijo.

16 Ta sicer določa: Dedujejo se lahko stvari in pravice, ki pripadajo posameznikom.

moženja dedičev in izročitev tega premoženja (prvi in drugi odstavek 418. člena ZFPPIPP). Če so dediči pred tem že razpolagali s tem delom zapuščine, mora upravitelj uveljaviti do dedičev terjatev na podlagi odgovornosti za zapustnikove dolgove po 142. členu ZD.

Menim, da glede premoženja, ki je spadalo v stečajno maso v postopku osebnega stečaja, ni potrebno, da bi upravitelj zahteval ločitev od dedičevega premoženja (drugače sklep VSL Cst 280/2019 z dne 2. 7. 2019). To premoženje je namreč kot stečajna masa, s katero razpolaga stečajni upravitelj, že ločeno od premoženja dedičev in z njim dediči ne morejo in ne smejo razpolagati.

Kadar pa je tekel postopek osebnega stečaja, v katerem se stečajna masa ni oblikovala (dolžnik je brez premoženja, prejemki pa ne presegajo zneskov, ki so izvzeti iz stečajne mase) in se je ta postopek vodil le zaradi odpusta obveznosti, ni razloga za nadaljevanje tega postopka kot postopka stečaja zapuščine. Stečajne mase namreč ni in tudi zapuščine ni, zato v ničemer ne bo izpolnjen namen postopka stečaja zapuščine, ki je v poplačilu upnikov. Postopek odpusta obveznosti se zaradi smrti dolžnika ustavi, saj gre tu za osebno pravico stečajnega dolžnika, ki z njegovo smrtjo izgubi smisel in namen.

Čeprav se postopek osebnega stečaja v primeru smrti stečajnega dolžnika takoj nadaljuje kot postopek stečaja zapuščine, pa po mojem mnenju to ne pomeni, da se vedno takoj v celoti nadaljuje. Kadar stečajni dolžnik umre v fazi prodaje premoženja, oziroma konkretneje, ko je postopek prodaje v fazi objave razpisa javne dražbe ali vabila k dajanju ponudb, bi se po mojem mnenju ta del postopka (torej postopek prodaje) v posebej utemeljenih primerih lahko tudi prekinil. Dedičem stečajnega dolžnika bi bilo treba omogočiti udeležbo pri prodaji. Na primer nepremičnina, ki se prodaja, je lahko njihov dom, lahko so od nje ekonomsko odvisni. Lahko so posebej navezani na določen predmet, ki je sicer del stečajne mase. Zato imajo interes za nakup tega premoženja. Obstaja tudi možnost, da za postopek osebnega stečaja do smrti stečajnega dolžnika sploh niso vedeli in se na nakup določenega premoženja niti niso mogli pripraviti. Če bi dediči take razloge za prekinitev postopka prodaje utemeljili, bi se po mojem mnenju lahko postopek prodaje stečajne mase tudi prekinil.

Vsekakor dedičem ni mogoče naložiti, da poplačajo upnike in stroške postopka, ni pa ovire, da to storijo, če so na to pripravljeni (in imajo za to sredstva oziroma jih lahko zagotovijo v razumnem roku), s čimer bi se prav tako lahko dosegel namen stečajnega postopka; zato bi se postopek zaradi doseženega namena lahko končal.

## Sklepno

Zaradi smrti stečajnega dolžnika, nad katerim je tekel postopek osebnega stečaja, se ta postopek ne prekine, temveč se nadaljuje kot postopek stečaja zapuščine, razen v primerih, ko ni bilo stečajne mase in se je ta postopek vodil le zaradi odpusta obveznosti; postopek odpusta obveznosti se s smrtjo stečajnega dolžnika ustavi. Sodišče o tem, da se postopek nadaljuje kot postopek stečaja zapuščine, izda ugotovitveni sklep, ki ga objavi in pošlje znanim dedičem.

Če po poplačilu upnikov premoženje, ki spada v stečajno maso, še ostane, se s sklepom o končni razdelitvi razdeli dedičem. O dedičih in njihovih deležih nato odloči zapuščinsko sodišče. Morebitni preostali denarni znesek se položi v sodni depozit, dediči pa ga lahko prevzamejo v treh letih po pravnomočnosti sklepa o dedovanju. O preostanku neunovčene stečajne mase se obvesti zapuščinsko sodišče. V stečajno maso v postopku stečaja zapuščine pa spada tudi premoženje, ki je bilo v postopku osebnega stečaja iz nje izvzeto.

Čeprav se postopek osebnega stečaja zaradi smrti stečajnega dolžnika ne prekine, je v posebej utemeljenih primerih smiselno prekiniti postopek prodaje premoženja, da se postopka prodaje lahko udeležijo tudi dediči.

## SEZNAM LITERATURE:


- Dr. PLAVŠAK, Nina. Ali se osebni stečaj v primeru smrti dolžnika nadaljuje kot stečaj zapuščine? V Plavšak, N. (ur.), *Zbornik Dnevi insolvenčnega prava 2020*, 2020, str. 47–51.
- Dr. PLAVŠAK, Nina. *Komentar Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)*, Tax-Fin-Lex, 2017.
- SELJAK, Franc. Problematika sodne prakse o osebnem stečaju, *Pravosodni bilten,* 2019, št. 3, str. 153–173.

# VARSTVO POSEBNIH VRST OSEBNIH PODATKOV, UVAJANJE DIGITALIZACIJE IN ELEKTRONSKO POSLOVANJE[1]

Mag. Andrej Tomšič, namestnik informacijske pooblaščenke, Informacijski pooblaščenec

## 1. UVOD

Uredba (EU) 2016/679 (v nadaljnjem besedilu: splošna uredba[2]) je v neposredni uporabi od 25. maja 2018 in pomeni prvo večjo prenovo evropskega zakonodajnega okvira za varstvo osebnih podatkov, ki ga je opredeljevala Direktiva 95/46 iz leta 1995.[3] Obdelava osebnih podatkov je v dobi hitrega tehnološkega razvoja in pospešene digitalizacije postala vseprisotna, hitra in globalna. Pametni telefoni, umetna inteligenca, profiliranje, računalništvo v oblaku in svetovni splet so le nekatere od novosti, ki so terjale nove načine zakonske obravnave. Splošna uredba ohranja temeljna načela iz predhodne ureditve, več pozornosti pa namenja preprečevalnim ukrepom in načelu odgovornosti, zato uvaja nekatere nove institute. Med te prav gotovo sodijo ocene učinkov na varstvo podatkov, privzeto in vgrajeno varstvo osebnih podatkov, institut pooblaščenih oseb za varstvo osebnih podatkov, povsem novi pa so tudi mehanizmi potrjevanja (certificiranja), obveščanje o varnostnih incidentih in kodeksi ravnanja.

V prispevku bomo podrobneje osvetlili nekatera od pomembnih področij, in sicer varstvo posebnih vrst osebnih podatkov ter instrumenta vgrajenega in privzetega varstva osebnih podatkov ter ocene učinkov na varstvo osebnih podatkov, ki sta ključna na področju digitalizacije in uvajanja elektronskega poslovanja, ki intenzivno potekata tudi na področju pravosodja.

## 2. VARSTVO POSEBNIH VRST OSEBNIH PODATKOV

Pri vsaki obdelavi osebnih podatkov je treba upoštevati temeljna načela varstva osebnih podatkov, kot jih opredeljuje 5. člen splošne uredbe:

- zakonitost, pravičnost in preglednost (angl. lawfulness, fairness and transparency),
- omejitev namena (angl. purpose limitation),
- najmanjši obseg podatkov (angl. data minimisation),

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorja na šoli državnega odvetništva 2020, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala 14. in 15. decembra 2020 na daljavo.

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

3 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 95/46/ES z dne 24. oktobra 1995 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov.

- točnost (angl. accuracy),
- omejitev shranjevanja (angl. storage limitation),
- celovitost in zaupnost[4] (angl. integrity and confidentiality),
- odgovornost (angl. accountability).

Temeljna načela se glede na določbe Zakona o varstvu osebnih podatkov (Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo; ZVOP-1) niso bistveno spremenila, novost je kvečjemu načelo odgovornosti, ki upravljavcem in obdelovalcem osebnih podatkov nalaga preprečevalno in proaktivno ravnanje ter sposobnost izkazati, da njihovo poslovanja poteka skladno z zahtevami splošne uredbe.

Za obdelavo osebnih podatkov mora obstajati pravna podlaga – dovolj je, da upravljavec razpolaga z eno od možnih pravnih podlag, ki jih določa prvi odstavek 6. člena splošne uredbe:

a) posameznik, na katerega se nanašajo osebni podatki, je privolil v obdelavo svojih osebnih podatkov za enega ali več določenih namenov;

b) obdelava je potrebna za izvajanje pogodbe, katere pogodbena stranka je posameznik, na katerega se nanašajo osebni podatki, ali za izvajanje ukrepov na zahtevo takega posameznika pred sklenitvijo pogodbe;

c) obdelava je potrebna za izpolnitev zakonske obveznosti upravljavca;

d) obdelava je potrebna za zaščito življenjskih interesov posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki, ali druge fizične osebe;

e) obdelava je potrebna za opravljanje naloge v javnem interesu ali pri izvajanju javne oblasti, dodeljene upravljavcu;

f) obdelava je potrebna zaradi zakonitih interesov, za katere si prizadeva upravljavec ali tretja oseba, razen kadar nad takimi interesi prevladajo interesi ali temeljne pravice in svoboščine posameznika.

Poudariti je treba, da lahko pravni podlagi po točkah (c) in (e) države članice podrobneje predpišejo v svoji zakonodaji ter da se pravna podlaga po točki (f) ne uporablja za obdelavo v javnih organih pri opravljanju njihovih nalog. Primer pravne podlage po točki (c) je tudi Zakon o državnem odvetništvu (UL; ZDOdv), ki v 7. členu opredeljuje dostop do zbirk osebnih podatkov, evidenc in registrov, podrobnejša pravila pa opredeljuje Pravilnik o poslovanju državnega odvetništva (Uradni list RS, št. 64/17).

Podobno kot ZVOP-1 tudi splošna uredba določa posebne kategorije osebnih podatkov, pri katerih so ob morebitni zlorabi tveganja za posameznika in sam poseg v njegove pravice večja, in sicer gre za tako imenovane *posebne* vrste osebnih podatkov (ZVOP-1 uporablja dikcijo »občutljivi osebnih podatki«), in sicer prvi odstavek 9. člena splošne uredbe določa, da sta prepovedani obdelava osebnih podatkov, ki razkrivajo rasno ali etnično poreklo, politično mnenje, versko ali filozofsko prepričanje ali članstvo v sindikatu, in obdelava genskih podatkov, biometričnih

4 Gre za dva od treh stebrov informacijske varnosti oziroma varnosti podatkov; splošna uredba presenetljivo med temeljnimi načeli ne vsebuje načela razpoložljivosti, ki je splošno uveljavljen tretji steber informacijske varnosti.

podatkov za namene edinstvene identifikacije posameznika, podatkov v zvezi z zdravjem ali posameznikovim spolnim življenjem ali spolno usmerjenostjo. Obdelava navedenih vrst osebnih podatkov je torej v izhodišču prepovedana, dopustna pa je le, če je podana ena od izjem, navedenih v drugem odstavku 9. člena splošne uredbe, povzeto:

a) če je podana izrecna privolitev posameznika (npr. glede podatka o članstvu v sindikatu);

b) če je obdelava potrebna na področju delovnega prava ter prava socialne varnosti in socialnega, za namene izvajanja kolektivnih pogodb;

c) če je obdelava potrebna za zaščito življenjskih interesov;

d) če obdelavo v okviru svojih zakonitih dejavnosti z ustreznimi zaščitnimi ukrepi izvaja ustanova, združenje in podobno s političnim, filozofskim, verskim ali sindikalnim ciljem;

e) če jih posameznik sam objavi;

f) če je obdelava potrebna za uveljavljanje, izvajanje ali obrambo pravnih zahtevkov;

g) če je obdelava potrebna iz razlogov bistvenega javnega interesa;

h) če je obdelava potrebna za namene preventivne medicine ali medicine dela, oceno delovne sposobnosti zaposlenega, zdravstveno diagnozo, zagotovitev zdravstvene ali socialne oskrbe ali zdravljenja ali upravljanje sistemov in storitev zdravstvenega ali socialnega varstva;

i) če je obdelava potrebna iz razlogov javnega interesa na področju javnega zdravja;

j) če je obdelava potrebna za namene arhiviranja v javnem interesu, za znanstveno- ali zgodovinskoraziskovalne ali statistične namene.

Splošna uredba državam članicam dopušča, da ohranijo ali uvedejo dodatne pogoje, tudi omejitve, glede obdelave genskih, biometričnih[5] ali podatkov v zvezi z zdravjem – predvidoma naj bi ta vprašanja opredelil novi Zakon o varstvu osebnih podatkov (ZVOP-2).

Pri obdelavi posebnih vrst osebnih podatkov je treba poudariti, da glede varnosti oziroma zavarovanja podatkov še vedno veljajo določbe 14. člena ZVOP-1, in sicer morajo biti občutljivi osebni podatki posebej označeni ter zavarovani tako, da se nepooblaščenim osebam onemogoči dostop do njih. Prav tako velja zahteva, da se pri prenosu občutljivih osebnih podatkov prek telekomunikacijskih omrežij šteje, da so podatki ustrezno zavarovani z uporabo kriptografskih metod in elektronskega podpisa za nečitljivost oziroma neprepoznavnost med prenosom. Glede na prakso nadzornega organa (Informacijski pooblaščenec[6]) je ključno, da so občutljivi podatki med prenosom šifrirani, zahteva glede elektronskega podpisa pa se v praksi ne preverja, saj je besedilo zakona v tem delu tehnično pomanjkljivo (elektronski podpis namreč ne zagotavlja nečitljivosti podatkov).

5 Glej npr. 3. poglavje ZVOP-1.

6 Glej npr. Smernice Informacijskega pooblaščenca o zavarovanju osebnih podatkov, dostopno na: https://www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/smernice/Smernice_o_zavarovanju_OP.pdf.

V praksi se veliko vprašanj postavlja glede varnega pošiljanja občutljivih podatkov, kot so na primer podatki o zdravstvenem stanju, kaznivih dejanjih ali članstvu v sindikatu po elektronski pošti. Tu se je treba zavedati, da običajna elektronska pošta kot storitev ni bila razvita z osredotočenostjo na varnost in tako lahko prek elektronske pošte poslano vsebino primerjamo kvečjemu z dopisnico in niti ne s pismom v ovojnici. Izvedbeno tako obstajata dve osnovni metodi za zagotovitev varnosti, ki se razlikujeta po zapletenosti izvedbe, in sicer:

a) šifriranje celotne e-pošte ali
b) šifriranje priponk z občutljivimi podatki (pri čemer ti ne smejo biti v besedilu ali zadevi e-pošte).

Ključno je, da so uporabljeni šifrirni mehanizmi takšni, da se v času uporabe štejejo kot varni, da torej niso bile ugotovljene posebne ranljivosti (npr. šifrirni mehanizem AES-256, ki ga podpira tudi večina orodij in izdeluje stisnjene datoteke, medtem ko so npr. za mehanizem MD5 že bile ugotovljene varnostne pomanjkljivosti in stroka odsvetuje njegovo uporabo). Izogibati se je treba uporabi »lastniških« šifrirnih rešitev,[7] katerih trdnost ni bila javno preverjena. Gesla za odpiranje datotek je treba podati po drugem kanalu (če se šifrirana datoteka pošlje po e-pošti, se geslo sporoči po telefonu, prek SMS-sporočila ali na drug ustrezen način, ne pa po e-pošti). Gesla morajo ustrezati uveljavljenim standardom za varno izbiro gesel, pomembno pa je upoštevati tudi vsa preostala klasična priporočila za varnost podatkov in opreme, kot je redno posodabljanje operacijskega sistema, protivirusnih programov in podobno.

## 3. VGRAJENO IN PRIVZETO VARSTVO OSEBNIH PODATKOV

Zagotavljanje vseh načel varstva osebnih podatkov ves čas obdelave osebnih podatkov (od zbiranja do uničenja ali anonimizacije) je temeljni namen zahteve po v*grajenem in privzetem varstvu osebnih podatkov (angl. data protection by design and by default)*, ki je ključno tudi pri razvoju projektov digitalizacije in uvajanju e-pravosodja. Podrobnejšo razlago, usmeritve in priporočila podajajo smernice Evropskega odbora za varstvo podatkov (EDPB), in sicer »Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default« z dne 20. 10. 2020.

Omenjeno zahtevo opredeljuje prvi odstavek 25. člena splošne uredbe, ki določa, da ob upoštevanju najnovejšega tehnološkega razvoja, stroškov izvajanja ter narave, obsega, okoliščin in namenov obdelave – pa tudi tveganj za pravice in svoboščine posameznikov, povezanih z obdelavo in razlikujočih se po verjetnosti in resnosti – upravljavec tako v času določanja sredstev obdelave kot tudi v času same obdelave izvaja ustrezne tehnične in organizacijske ukrepe (kot je na primer psevdonimizacija), oblikovane za učinkovito izvajanje načel varstva podatkov (kot je načelo najmanjšega obsega podatkov), ter v obdelavo vključi potrebne zaščitne ukrepe, da se izpolnijo zahteve splošne uredbe in zaščitijo pravice posameznikov, na katere se nanašajo osebni podatki. Določba glede vgrajenega varstva osebnih podatkov vzpostavlja obveznost upravljavca, da izvaja ustrezne tehnične ter organizacijske ukrepe in upošteva potrebne zaščitne ukrepe.

7 Gre za programsko kodo, ki je last določenega ponudnika in praviloma ni dostopna javnosti, posledično tudi njena varnost ni bila širše preverjena.

»Vgrajeno« varstvo osebnih podatkov se nanaša na izbiro samega sredstva za obdelavo osebnih podatkov – naj bo to računalniški program, namenski spletni program (aplikacija) ali interni postopek ravnanja z dokumentacijo. Treba je že v zasnovi samega sredstva upoštevati načela varstva osebnih podatkov, da na primer aplikacija po nepotrebnem ne zbira več podatkov, kot je treba za izrecen in dopusten namen; da se upoštevajo zahteve po zaupnosti in celovitosti podatkov, na primer tako, da že program samodejno, kolikor hitro je mogoče, podatke pretvori v psevdonimizirane, preden jih poda v nadaljnjo obravnavo, in tako naprej. Upoštevanje načel varstva osebnih podatkov mora biti torej »vgrajeno« v samo sredstvo za obdelavo osebnih podatkov, temeljni poudarek pa je na spoštovanju načela minimizacije v povezavi z načelom namenskosti – izbrana rešitev naj bi obdelovala le najmanjši nabor osebnih podatkov, potreben za dosego zakonitega namena. Upravljavec mora tako zlasti paziti, da se obdeluje minimalna količina podatkov, izvaja minimalni obseg obdelav, zagotavlja minimalni čas hrambe ter podeli minimalno dostopnih pravic.

»Privzeto« varstvo osebnih podatkov se nanaša na prednastavljeno ali predizbrano vrednost v nastavitvah programske opreme ali računalniškega programa (tudi »tovarniške nastavitve« pri elektronskih napravah). V kontekstu varstva osebnih podatkov gre za obveznost upravljavca, da sredstva, s katerimi obdeluje osebne podatke, prilagodi tako, da se obdelava osebnih podatkov izvaja kar najmanj obsežno ter da se vnaprej oziroma privzeto ne zahtevajo določeni osebni podatki, če niso potrebni, oziroma da se posamezniku dopusti, da sam izrazi svojo določitev (kjer je to seveda sploh možno). Zahteva po privzetih nastavitvah se tako v praksi lahko odraža kot na primer:

- potrditvena okenca, ki so vnaprej prazna in izkazujejo namen, da obdelava ne bo potekala, dokler ne bo podana volja posameznika,
- prednost uporabe anonimiziranih podatkov, če se z njihovo obdelavo lahko dosežejo cilji,
- brez hrambe osebnih podatkov, če ta ni potrebna za dosego cilja.

Tehnične in organizacijske ukrepe v tej določbi je treba razumeti široko, in sicer gre lahko za katera koli sredstva ali metode, od računalniških programov, spletnih programov oziroma aplikacij, spletnih obrazcev do praktičnega usposabljanja zaposlenih glede ravnanja z osebnimi podatki. Ukrepi morajo biti ustrezni, tako da je z njimi mogoče učinkovito doseči cilj varstva osebnih podatkov posameznikov, pri zasnovi rešitev za obdelavo osebnih podatkov pa je treba poskrbeti tudi za potrebne zaščitne ukrepe. Ukrepi morajo biti usmerjeni v učinkovito zagotavljanje varstva osebnih podatkov, s tem da se, na primer, posamezniku omogoči poseg v obdelavo (prek uresničevanja svojih pravic), da so v sistemu omogočena samodejna opozorila glede rokov hrambe za posamezno zbirko in podobno. Primer ustreznega ukrepa, ki ga navaja splošna uredba (glej prvi odstavek 25. člena splošne uredbe), je »psevdonimizacija«. To je postopek, v katerem se »surovi« osebni podatki zamenjajo z drugim znakom ali zaporedjem znakov (npr. »stranka 213293«), ki se nato nadalje uporabljajo v procesu obdelave osebnih podatkov. Med metode psevdonimizacije sodijo šifriranje in kodiranje podatkov. Ta ukrep zmanjšuje tveganja za zlorabo osebnih podatkov, saj je za dostop do »surovega« osebnega podatka treba razpolagati z dodatnimi podatki, ki vodijo do konkretnega posameznika, kar zmanjšuje možnost zlorabe, hkrati pa ta ukrep tudi preprečuje nastanek škodljivih

posledic za posameznika, če se z njim seznanijo nepooblaščene osebe. Na tej točki je pomembno poudariti, da psevodnimizacije ne smemo enačiti z »anonimizacijo«, psevodnimizirani podatki so namreč še vedno osebni podatki in je, sicer z dodatnimi koraki, še vedno možna določljivost posameznika. Anonimne podatke je treba razumeti kot takšne, da povezava z določljivim posameznikom ni več možna, kar se doseže s posebnimi metodami in tehnikami, kot je na primer agregacija podatkov.[8]

Upoštevanje načel vgrajenega in privzetega varstva osebnih podatkov pri projektih digitalizacije in e-pravosodja je bistvenega pomena – zanemarjanje teh zahtev pri oblikovanju in izvedbi tovrstnih projektov lahko namreč vodi v zahtevne popravke tako z organizacijskega in tehničnega kot finančnega vidika.

Upravljavec mora pri oblikovanju rešitev za obdelavo osebnih podatkov upoštevati najnovejši tehnološki razvoj. Najnovejši tehnološki razvoj (ang. »state-of-the-art«) je standard, ki mu mora skladno s splošno uredbo zadostiti upravljavec za vsa tehnična sredstva (programsko opremo, aplikacije ipd.) ter organizacijske metode (npr. izobraževanje zaposlenih, uveljavljanje politike čiste mize), s katerimi obdeluje osebne podatke. S tem je torej upravljavec zavezan nenehno spremljati tehnološki razvoj in uporabljati tisto programsko opremo, aplikacije ali metode, ki glede razvoja tehnike kar najbolj zadostujejo načelom varstva osebnih podatkov (od obdelave najmanjšega obsega podatkov do zagotavljanja celovitosti in zaupnosti zbirk, najmanjšega časa hrambe, psevdonimizacije osebnih podatkov v postopkih ipd.). Navedeno torej ne terja od upravljavca, da ima vselej najnovejšo in najdražjo programsko opremo, kar je je na trgu, terja pa zavzetost, da upravljavec pozna sredstva in metode, ki jih uporablja, in hkrati spremlja ponudbo na trgu glede rešitev, ki pretežno zadoščajo načelom varstva osebnih podatkov ter zagotavljajo isti ali primerljivo ustrezen rezultat. Primer, s katerim lahko to ponazorimo, je uporaba sodobnih šifrirnih mehanizmov, kot smo jo pojasnili v prejšnjem poglavju.

Čeprav se morda zdi, da gre za normo, ki jo bo v praksi težko nadzorovati, pa praksa nadzornih organov kaže drugače – nemški nadzorni organ mesta Berlin (Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit) je tako že izrekel globo v višini 14,5 mio EUR spletnemu okolju (platformi) za oddajo nepremičnin, ker tehnično ni bila izvedeno tako, da bi bilo mogoče izvajati roke hrambe, in se podatkov ni dalo izbrisati, s tem pa so bile kršene zahteve po vgrajenem in privzetem varstvu osebnih podatkov.[9]

Drugi odstavek 35. člena splošne uredbe postavlja dodatne zahteve in določa, da upravljavec izvede ustrezne tehnične in organizacijske ukrepe, s katerimi zagotovi, da se privzeto obdelajo samo osebni podatki, potrebni za vsak poseben namen obdelave. Ta obveznost velja za količino zbranih osebnih podatkov, obseg njihove obdelave, obdobje njihove hrambe in njihovo dostopnost. S takšnimi ukrepi se

8 Za podrobnejšo razlago psevdonimizacije in anonimizacije ter opis metod in tehnik za anonimizacijo glej mnenje Delovne skupine za varstvo podatkov iz 29. člena: »Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques« (WP216; 20. 4. 2014).

9 Glej »First multi-million GDPR fine in Germany: €14.5 million for not having a proper data retention schedule in place«, dostopno na www.dataprotectionreport.com/2019/11/first-multi-million-gdpr-fine-in-germany-e14-5-million-for-not-having-a-proper-data-retention-schedule-in-place/> (18. 2. 2021)

zagotovi zlasti, da osebni podatki niso samodejno dostopni nedoločenemu številu posameznikov brez posredovanja zadevnega posameznika. Gre torej za zahtevo po »privzeti minimizaciji«, ki se nanaša na:

najmanjšo količino podatkov,

- najmanjši obseg oziroma namene obdelave,
- najkrajše roke hrambe ter
- omejitev dostopnih pravic na nujne.

Glede spoštovanja načela najmanjšega obsega podatkov mora upravljavec oceniti, kateri osebni podatki so nujno potrebni za izpolnitev določenega in zakonitega namena oziroma brez katerih se ne da izpolniti namena. Pri uporabi že razvitih informacijskih rešitev za obdelavo podatkov so včasih omogočene obdelave osebnih podatkov za namene, za katere upravljavec sploh nima pravne podlage. V tem primeru mora upravljavec odstraniti tiste dele obdelav in zagotoviti zbiranje le potrebnih podatkov za dopustne namene.

Upravljavec mora izrecno in določno opredeliti namene, za katere razpolaga, z ustrezno pravno podlago za obdelavo osebnih podatkov, skladno s 6. oziroma 9. členom splošne uredbe. Izrecna in določna opredelitev namenov je začetna točka za izpolnjevanje skladnost s splošno uredbo – tako za zagotavljanje ustrezne pravne podlage kot za ustrezno informiranje posameznikov in podobno.

Glede na določene in zakonite namene mora upravljavec določiti rok hrambe, skladen z namenom, za katerega se podatki obdelujejo, kolikor ti roki že niso določeni z zakonodajo. Roki morajo biti prilagojeni glede na namen zbiranja ali pričakovane nadaljnje obdelave, »združljive« z namenom zbiranja. Utemeljeni so lahko tudi na zastaralnih rokih, ki izhajajo iz civilnopravne ali kazenske zakonodaje, kadar je namen hrambe na primer uveljavljanje ali obramba pred pravnimi zahtevki (zlasti je slednje lahko ustrezno, ko se osebni podatki obdelujejo v zvezi z izvajanjem pogodbe). Z izvedbenega vidika je pomembno, da upravljavec na učinkovit in sistematičen način zagotavlja brisanje oziroma anonimizacijo.

Poleg navedenih zahtev mora informacijska rešitev zadostiti tudi minimizaciji dostopov do osebnih podatkov. Potrebnost oziroma nujnost (ang. »necessity«) je treba preverjati na ravni organizacije in za vsako zbirko podatkov posebej, posebej pa je treba biti pozoren na morebitne skupinske dostopne pravice ter na pravice upravljavcev (administratorjev) sistema.

## 4. OCENA UČINKOV NA VARSTVO OSEBNIH PODATKOV

Kadar koli ima predvidena obdelava osebnih podatkov na posameznika lahko velik vpliv ali obstaja možnost za veliko tveganje za pravice in svoboščine posameznikov, je upravljavec dolžan izvesti oceno učinkov v zvezi z varstvom osebnih podatkov. Na oceno učinkov v zvezi z varstvom osebnih podatkov se nanašata 35. in 36. člen splošne uredbe, pomembne pa so tudi uvodne določbe (75), (76), (77), (84), (90), (91), (92), (93) ter (95).

Ocena učinkov v zvezi z varstvom osebnih podatkov od upravljavca terja, da na sistematičen način opredeli obdelavo osebnih podatkov, ki jo namerava izvajati; opredeli in oceni tveganja te obdelave za posameznike ter predvidi ukrepe za zmanjševanje zaznanih tveganj.

Izvedena ocena učinkov upravljavcu služi kot dokumentacija za utemeljevanje skladnosti obdelave osebnih podatkov. Če je pravilno in ustrezno izvedena, omogoči ustrezno obvladovanje tveganj, ki so lahko veliko finančno breme ali izguba za organizacijo. Pravočasen razmislek o možnih tveganjih lahko prepreči tudi nekatere varnostne incidente, na primer hekerske napade, s čimer se organizacija izogne izgubi ugleda v javnosti ali zaupanju svojih strank, prav tako pa lahko tudi obvaruje organizacijo pred morebitnimi kaznimi ter odškodninami zaradi nezakonite obdelave osebnih podatkov ali pa prepreči nesmotrna vlaganja v informacijske prenove, ki zajemajo preveč tvegane obdelave osebnih podatkov. Kakovostna izvedba ocene učinka je – poleg tega, da je v določenih primerih, kot pojasnjujemo v nadaljevanju, obvezna – prvenstveno v interesu zavezanca.[10]

## 4.1 Obveznost izvedbe ocene učinkov

Kdaj je izvedba ocene učinkov obvezna, izhaja iz prvega odstavka 35. člena splošne uredbe, ki določa: »*Kadar je možno, da bi lahko vrsta obdelave, zlasti z uporabo novih tehnologij, ob upoštevanju narave, obsega, okoliščin in namenov obdelave povzročila veliko tveganje za pravice in svoboščine posameznikov, upravljavec pred obdelavo opravi oceno učinka predvidenih dejanj obdelave na varstvo osebnih podatkov. V eni oceni je lahko obravnavan niz podobnih dejanj obdelave, ki predstavljajo podobna velika tveganja*«.

Tretji odstavek 35. člena splošne uredbe podrobneje določa, kdaj gre za *možno* (verjetno) *veliko tveganje* glede pravic in svoboščin posameznikov, ko je ocena učinkov na varstvo osebnih podatkov obvezna. Ocena učinkov se tako zahteva zlasti v primerih:

- sistematičnega in obsežnega vrednotenja osebnih vidikov v zvezi s posamezniki, ki temelji na avtomatizirani obdelavi, vključno z oblikovanjem profilov, in je osnova za odločitve, ki imajo pravne učinke v zvezi s posameznikom ali nanj na podoben način znatno vplivajo;
- obsežne obdelave posebnih vrst podatkov iz 9(1). člena ali osebnih podatkov v zvezi s kazenskimi obsodbami in prekrški iz 10. člena, ali
- obsežnega sistematičnega spremljanja javno dostopnega območja.

Glede na določbo četrtega odstavka 35. člena splošne uredbe pa imajo državni nadzorni organi za varstvo podatkov pristojnost, da določijo natančnejša merila oziroma pogoje, kdaj mora upravljavec izvesti oceno učinkov. Ti izhajajo iz smernic EDPB: »*Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is "likely to result in a high risk" for the purposes of*

10 Glej Smernice Informacijskega pooblaščenca o ocenah učinka glede varstva osebnih podatkov z dne 7. 10. 2019, dostopne na: https://www.ip-rs.si/publikacije/prirocniki-in-smernice/ocene-ucinkov-na-varstvo-podatkov/.

*Regulation 2016/679* , WP 248 rev.01.«, ta merila je upošteval tudi Informacijski pooblaščenec pri pripravi seznama dejanj obdelav osebnih podatkov. Seznam je bil glede na zahteve splošne uredbe poslan EDPB, ki ga je tudi potrdil; dostopen je na spletni strani Informacijskega pooblaščenca.[11]

Merila za obveznost izdelave ocene učinka so:

1. **Ovrednotenje in razvrščanje posameznikov, vključno s profiliranjem in napovedovanjem**

   Merilo se zlasti nanaša na okoliščine, v katerih je posameznik ocenjen na podlagi njegovih osebnih podatkov in uvrščen v razrede, ki zanj pomenijo na primer: možnost za prejem bančnega posojila (npr. kreditna sposobnost na podlagi podatkov v SISBON); višino zavarovalne premije; verjetnost za nastanek določene bolezni na podlagi genetskega testiranja in podobno. Če gre pri teh obdelavah za »obsežno« vrednotenje – na primer veliko strank iste storitve ali mnogo osebnih podatkov – je po nacionalnem kriteriju izvedba ocene učinka obvezna.

2. **Avtomatizirano odločanje s pravnimi ali podobnimi pomembnimi učinki**

   tizirane obdelave osebnih podatkov (brez človeškega poseganja) sprejme odločitev, ki na posameznika pravno ali drugače znatno vpliva, na primer o kreditni sposobnosti, upravičenosti do denarne socialne pomoči, štipendije, o usposobljenosti za delo, zdravstvenem zavarovanju.

3. **Sistematični nadzor**

   Merilo sistematičnega nadzora se nanaša na primere, kjer se posameznik ne more izogniti obdelavi svojih podatkov ali se je sploh ne zaveda (npr. sistem samodejnega beleženja registrskih tablic mimo vozečih vozil, videonadzor javnih prostorov iz brezpilotnika ali preverjanje uporabnikov bencinskega servisa s seznamom ubežnikov brez plačila).

4. **Posebne vrste osebnih podatkov in drugi podatki bolj občutljive narave**

. Posebne vrste osebni podatki so, kot smo podrobneje pojasnili v prvem poglavju, na primer informacije o posameznikovem verskem ali političnem prepričanju, podatki v zvezi zdravjem, biometrijski podatki. Sem spadajo tudi podatki v zvezi s kazenskimi obsodbami ali prekrški iz 10. člena splošne uredbe. Med osebne podatke bolj občutljive narave sodijo tudi podatki, povezani s posameznikovimdomačim okoljem, kot so zasebna komunikacija, zabeležke, dnevniki, mnenja, pisma in podobno ter aplikacije, ki zahtevajo dostop do vseh SMS--sporočil, fotografij, stikov, in podobno.

5. **Množičnost obdelave osebnih podatkov**

   Izhajajoč iz uvodne določbe 91 splošne uredbe se množičnost obdelave osebnih podatkov ocenjuje glede na:

- število (ali delež) zadevnih posameznikov,
- obseg podatkov,

11 https://www.iprs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/Ocene_ucinkov/Seznam_dejanj_obdelav_osebnih_podatkov_za_katere_velja_zahteva_po_izvedbi_ocene_ucinka_v_zvezi_z_varstvom_osebnih_podatkov.pdf

- trajanje ali stalnost obdelave,
- geografski obseg obdelave.

  Klasični primeri v zasebnem sektorju so klubi zvestobe pri trgovcih, podatki o uporabi elektronskih komunikacij pri operaterjih, podatki o zavarovancih in škodnih primerih pri zavarovalnicah, podatki o komitentih in njihovi uporabi bančnih storitev v bankah in hranilnicah ter podobno. Sem sodijo tudi državni registri in druge večje zbirke osebnih podatkov v javnem sektorju. To merilo se zelo pogosto pojavlja v kombinaciji z drugimi merili.

6. **Primerjanje in kombiniranje različnih zbirk podatkov (npr. pridobljenih prek različne dejavnosti upravljavca) ter analitika na osnovi masovnih podatkov**

   Primeri za to merilo so primerjanje podatkov o zavarovancih in podatkov o škodnih primerih pri zavarovalnici z namenom ugotavljanja deležev, vzorcev sprememb (trendov), vzročno-posledičnih povezav in podobnega.; primerjanje podatkov o absentizmu ter podatkov o spolu, starosti in izobrazbi zaposlenih; primerjava različnih zbirk podatkov za določitev verjetnosti suma ponovitve kaznivega dejanja in podobno.

7. **Obdelava podatkov ranljivih (skupin) posameznikov, kjer je občutno nesorazmerje moči med upravljavcem in posameznikom.**

   To so obdelave osebnih podatkov, pri katerih je posameznik v bistveno šibkejšem položaju zaradi svojih osebnih okoliščin ali pravnega oziroma družbenega položaja. To merilo zadeva na primer predvsem obdelave osebnih podatkov zaposlenih, otrok, psihičnih bolnikov, prosilcev za azil, migrantov, starejših, bolnikov.

8. **Inovativna uporaba že uveljavljenih in novih tehnologij, katerih osebne in družbene posledice niso nujno dobro raziskane in poznane**

   Obdelave osebnih podatkov z uporabo novih tehnologij ali inovativne uporabe že uveljavljenih tehnologij lahko pomenijo veliko tveganje za pravice in svoboščine posameznikov, saj njihovi učinki po naravi stvari še niso znani ali zanesljivi. Smernice Informacijskega pooblaščenca navajajo na primer biometrijsko prepoznavo obraza, testiranje genskih vzorcev ter določene naprave in senzorje v okviru medomrežja.

9. **Obdelava, ki omejuje pravice posameznika, ali obdelava podatkov, katere cilj je omogočiti ali preprečiti posamezniku dostop do storitev ali pogodbe**

   Gre za primere, kot so predhodno preverjanje kreditne sposobnosti bančnega komitenta ali obdelava podatkov o uporabi avtocestnega omrežja z elektronskim cestninjenjem.

Poleg zgoraj naštetih meril, ki izhajajo že iz evropskih smernic, je Informacijski pooblaščenec v svojem seznamu dejanj obdelave osebnih podatkov po 35(4). členu splošne uredbe dodatno opredelil tudi obdelave, ki pomenijo neposredno tveganje za zdravje in varnost posameznikov. V ta sklop se uvršajo na primer: uporaba elektronskega vsadka za srčne bolnike, na podlagi katerega se lahko uravnava terapija

(če so podatki pomanjkljivi ali netočni, pomenijo neposredno tveganje za zdravje ljudi), in druge podobne naprave, ki lahko bistveno vplivajo na zdravje posameznika (npr. napake v delovanju dializne naprave).

Če je hkrati izpolnjenih več meril, je večja verjetnost, da bo ocena učinkov obvezna. Merila se med seboj prepletajo, zato jih je treba tudi razlagati in razumeti po njihovem smislu ali namenu.

## 4.2 Odgovornost za izvedbo ocene učinka

Za izvedbo ocene učinkov je odgovoren upravljavec osebnih podatkov. Če obdelavo v celoti ali delno izvaja obdelovalec podatkov, bi moral ta pomagati upravljavcu pri izvedbi ocene učinka v zvezi z varstvom podatkov in mu zagotoviti vse potrebne informacije v skladu s tretjim odstavkom 28. člena splošne uredbe.[12]

Za izvedbo ocene učinka so odgovorni tudi upravljavci javnega sektorja, ki obdelujejo osebne podatke v okviru svojih zakonskih obveznosti in nalog ali pri izvajanju svoje javne oblasti (torej, kadar je podlaga za obdelavo osebnih podatkov v skladu s 6(1). členom, po točki (c) ali (e) splošne uredbe). Če je na primer državni organ upravljavec osebnih podatkov, mora ne glede na to, da izvaja z zakonom opredeljeno nalogo – kadar gre za obdelavo, ki zahteva predhodno izvedbo ocene učinkov – pred začetkom izvajanja te svoje pristojnosti izvesti oceno učinkov. Izjema v tem primeru velja, če je bila že v zakonodajni fazi izvedena ocena učinkov na varstvo osebnih podatkov. V tem primeru upravljavcem, ki izvajajo to zakonsko pristojnost, ni treba znova izvesti ocene učinkov. Zato morajo biti upravljavci tudi v javnem sektorju pozorni, da pravočasno opozorijo predlagatelje glede pravočasne izvedbe »zakonodajne ocene učinka« na varstvo osebnih podatkov. Treba se je namreč zavedati, da je lahko ocena učinka, ki jo izvede upravljavec, manj učinkovita, če je večino prvin obdelave že predpisal zakonodajalec, pri tem pa ni bila potrebna pozornost posvečena načelom vgrajenega in privzetega varstva osebnih podatkov.

Ocena učinka ni obvezna za obdelave osebnih podatkov, ki so se začele izvajati pred začetkom uporabe splošne uredbe in še vedno potekajo nespremenjeno, razen če se je obdelava osebnih podatkov začela pred 25. majem 2018, pa je po tem datumu prišlo do pomembnih sprememb v tveganjih, naravi, obsegu, kontekstu ali namenih. Upravljavec mora zagotoviti osveževanje ocene učinka glede na okoliščine (stanje tehnike, obsega podatkov, če so se v vmesnem času nameni nadgradili, ipd.). Osveževanje ocene učinka se priporoča vsaj na tri leta, kar pa velja tudi za obdelave, ki so se začele izvajati pred 25. majem 2018.

## 4.3 Izvedba ocene učinkov na varstvo osebnih podatkov

Splošna uredba ne predpisuje uporabe določene metodologije za izvedbo ocene učinkov in upravljavcem pušča določeno mero prilagodljivosti glede izbire in uporabe metodologije. Modelov, ki se uporabljajo v praksi, je več, izvedbe ocene učinkov pa se lahko loti upravljavec tudi brez vnaprej izbrane metodologije.

12 Za podrobnejšo razlago ustrezne medsebojne uredtive med upravljavcem in obdelovalcem glej Smernice Informacijskega pooblaščenca o pogodbeni obdelavi z dne 20. 3. 2020, dopstne na: https://www.ip-rs.si/publikacije/prirocniki-in-smernice/smernice-o-pogodbeni-obdelavi/.

Obvezne sestavine, ki jih mora vsebovati vsaka ocena učinkov in ki jih določa splošna uredba, so:

- sistematičen opis predvidenih dejanj obdelave in namenov obdelave, kadar je ustrezno, pa tudi zakonitih interesov, za katere si prizadeva upravljavec;
- ocena potrebnosti in sorazmernosti dejanj obdelave glede na njihov namen;
- ocena tveganj za pravice in svoboščine posameznikov,
- ukrepi za obravnavanje tveganj, vključno z zaščitnimi ukrepi, varnostni ukrepi ter mehanizmi za njihovo zagotavljanje.

Iz opisa oziroma »osebne izkaznice projekta« morajo biti razvidni narava, obseg, okoliščine in namen obdelave. Opredeljeno mora biti, kateri podatki bodo obdelovani, kako se bodo zbirali, ali se bodo izmenjevali in s kom oziroma kdo bo imel v teh procesih kakšne vloge ter kakšen je podatkovni tok podatkov. Določiti je treba vrste podatkov, količino zbiranja podatkov, pogostost obdelave ter roke hrambe. Opis mora biti pregleden in razumljiv, da so jasno razvidni narava, obseg, okoliščine in namen obdelave za posamezna predvidena dejanja obdelave. Iz opisa mora biti razvidno tudi, katera sredstva se uporabljajo za izvajanje dejanj obdelave (strojna in programska oprema, omrežja, posamezniki, tiskani dokumenti ali kanali za njihovo pošiljanje).

Oceno tveganj in določitev ukrepov sta naslednji bistveni sestavini ocene učinkov. Pri tveganjih ocenjujemo *verjetnost nastanka* negativnih posledic in *resnost* teh posledic za pravice in svoboščine posameznika, na katerega se našajo osebni podatki. Na podlagi teh dveh meril določimo skupno raven tveganja, na primer visoko – srednje – nizko, glede na izbrano metodologijo. Poudarek je prav na razmisleku o tveganjih, škodljivih učinkih, možnih kršitvah in zlorabah – s ciljem, da se jim izognemo – in ne le na prednostih nekega projekta ali koristnih vidikih obdelave osebnih podatkov. V svojih smernicah glede ocene učinkov Informacijski pooblaščenec priporoča sistematičen pristop opredelitve tveganj glede na temeljna načela varstva osebnih podatkov iz 5. člena splošne uredbe.

Glede na izkušnje iz prakse zavezanci prepogosto zapostavijo predvsem novo načelo odgovornosti, ki pomeni, da je upravljavec odgovoren za skladnost s preostalimi, zgoraj naštetimi načeli in je to skladnost zmožen tudi dokazati. Med temeljne mehanizme za zagotavljanje tega načela sodijo naslednje zahteve splošne uredbe: vgrajeno in privzeto varstvo podatkov (25. člen), zahteve glede uporabe obdelovalcev (28. člen), evidenca dejavnosti obdelave (30. člen), varnostni ukrepi (32. člen), obveščanje o varnostnih incidentih (33. in 34. člena), ocene učinkov in predhodno posvetovanje (35. in 36. člen), pooblaščene osebe za varstvo podatkov (37., 38. in 39. člen). V oceni učinka se preveri, da ne bi prezrli katere od naštetih obveznosti in da bodo sprejeti ustrezni ukrepi za zagotovitev skladnosti.

## 4.4 Predhodno posvetovanje z nadzornim organom

Skladno s priporočili Evropskega odbora za varstvo podatkov (EDPB), kot so navedena v smernicah o ocenah učinka,[13] velja, da če je upravljavec podatkov štel,

13 Smernice glede ocene učinka v zvezi z varstvom podatkov in opredelitve, ali je „verjetno, da bi [obde-

da so tveganja zadosti zmanjšana, se lahko glede na razlago 36(1). **člena** splošne uredbe ter uvodnih izjav (84) in (94) obdelava nadaljuje brez posvetovanja z nadzornim organom. Upravljavec podatkov se mora z nadzornim organom posvetovati v primerih, ko opredeljenih tveganj ne more ustrezno obravnavati (tj. preostala tveganja ostajajo velika). Kot je pojasnjeno v smernicah evropskega odbora med nesprejemljivo veliko preostalo tveganje spadajo primeri, ko lahko posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki, doletijo pomembne ali celo nepopravljive posledice, ki jih ta ne more odpraviti (na primer nezakonit dostop do podatkov, zaradi katerega je ogroženo življenje posameznikov, na katere se nanašajo osebni podatki, ali zaradi katerega je lahko posameznik odpuščen ali v finančnih težavah), in/ali kadar se zdi očitno, da se bo navedeno tveganje uresničilo (na primer ker ne bo mogoče zmanjšati števila oseb, ki imajo dostop do podatkov, zaradi načinov njihove izmenjave, uporabe ali razširjanja ali kadar znana ranljivost ni odpravljena).

Upravljavec podatkov se mora posvetovati z nadzornim organom vedno, kadar ne najde zadostnih ukrepov za zmanjšanje tveganj na sprejemljivo raven (torej so preostala tveganja še vedno visoka). Poleg tega se mora upravljavec posvetovati z nadzornim organom vedno, kadar je to potrebno v skladu s pravom države članice in/ali kadar mora v skladu z njim pridobiti predhodno dovoljenje nadzornega organa glede obdelave za izvajanje naloge, ki jo upravljavec izvede v javnem interesu, vključno z obdelavo v zvezi s socialno zaščito in javnim zdravjem (36(5). člen). Evropski odbor še poudarja, da obveznost hrambe evidence ocene učinka in njenega posodabljanja ostaja ne glede na to, ali je glede na raven preostalega tveganja posvetovanje z nadzornim organom potrebno ali ne.

Peti odstavek 36. člena splošne uredbe določa, da lahko ne glede na prvi odstavek pravo države članice od upravljavcev zahteva, naj se posvetujejo z nadzornim organom in od njega prejmejo predhodno dovoljenje v zvezi z obdelavo, ki jo opravi upravljavec z namenom izvajanja naloge, ki jo izvaja v javnem interesu, vključno z obdelavo v zvezi s socialnim varstvom in javnim zdravjem.

Glede na navedene določbe torej predhodno posvetovanje z nadzornim organom ni vedno obvezno, vsekakor pa je priporočljivo, da je pred vzpostavitvijo informacijskih rešitev, zlasti na področju digitalizacije in elektronskega poslovanja v pravosodju, ocena **učinka** podana v mnenje Informacijskemu pooblaščencu.

lava] povzročila veliko tveganje“, za namene Uredbe (EU) 2016/679, 17/SL, DS 248 rev.01; dostopno na: https://www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/Mednarodno_delovanje/wp248_rev.01_sl.pdf

## LITERATURA IN DRUGI VIRI:


- Evropski odbor za varstvo podatkov: Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default, 20. 10. 2020:
- <edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_201904_dataprotection_by_design_and_by_default_v2.0_en.pdf> (17. 2. 2021)
- Evropski odbor za varstvo podatkov: Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is "likely to result in a high risk" for the purposes of Regulation 2016/679, WP 248 rev.01.:
- <edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_201904_dataprotection_by_design_and_by_default_v2.0_en.pdf> (17. 2. 2021)
- Informacijski pooblaščenec: Ocene učinkov na varstvo podatkov, 7. 10.2019: <www.ip-rs.si/publikacije/prirocniki-in-smernice/ocene-ucinkov-na-varstvo-podatkov/> (16. 2. 2021)
- Informacijski pooblaščenec: Smernice o pogodbeni obdelavi, 20. 3. 2020: <www.ip-rs.si/publikacije/prirocniki-in-smernice/smernice-o-pogodbeni-obdelavi/> (21. 2. 2021)
- Informacijski pooblaščenec: Smernice o zavarovanju osebnih podatkov: 22. 9. 2015: <www.ip-s.si/fileadmin/user_upload/Pdf/smernice/Smernice_o_zavarovanju_OP.pdf> (21. 2. 2021)
- Informacijski pooblaščenec: Seznam dejanj obdelav osebnih podatkov, za katere velja zahteva po izvedbi ocene učinka v zvezi z varstvom osebnih podatkov po 4. odstavku člena 35 Uredbe (EU) 2016/679, 24. 5. 2018:
- <www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/Ocene_ucinkov/Seznam_dejanj_obdelav_osebnih_podatkov__za_katere_velja_zahteva_po_izvedbi_ocene_ucinka_v_zvezi_z_varstvom_osebnih_podatkov.pdf (16. 2. 2021)
- Norton Rose Fulbright LLP: »First multi-million GDPR fine in Germany: €14.5 million for not having a proper data retention schedule in place«, 12. 11. 2019: <www.dataprotectionreport.com/2019/11/first-multi-million-gdpr-fine-in-germany-e14-5-million-for-not-having-a-proper-data-retention-schedule-in-place/> (18. 2. 2021).

# (OBVEZNO) CEPLJENJE PROTI COVIDU-19 IN ČLOVEKOVE PRAVICE

Doc. dr. Boštjan Tratar, višji državni odvetnik, Državno odvetništvo Republike Slovenije, docent Fakultete za državne in evropske študije

## 1. UVOD

Obvezno cepljenje (*vakcinacija*)[1] zaradi invazivnosti pomeni znatni poseg v človekove pravice.[2] Obstajata dve skupini ljudi – tisti, ki se po eni strani borijo proti cepljenju, se zavzemajo za spoštovanje človekovih pravic (na primer pravica do telesne integritete, ki je država nikakor ne more derogirati z določanjem obveznega cepljenja, pravica posameznika odločati o samem sebi, pravica do prostovoljnega zdravljenja, pravica do družinskega življenja in do zasebnosti in podobno),[3] po drugi strani pa se denimo medicinsko osebje boji za svoje človekove pravice na delovnem mestu in se zavzema za obvezno cepljenje.[4]

---

1 Cepljenje je uporaba bodisi živih oslabljenih ali mrtvih organizmov ali njihovih toksoidov za preprečevanje nalezljivih bolezni pri sprejemljivih osebah.

2 Glej **Alenka Šelih**: Pravni vidiki obveznega cepljenja, v: XI. srečanje pediatrov v Mariboru, let. 7, Suppl. 1, 2000, str. 52–54; **Juana I. Acosta**: Vaccines, Informed Consent, Effective Remedy and Integral Reparation: An International Human Rights Perspective, v: Vniversitas, Bogota, Colombia, vol. 131, 2015, str. 19–64; **Ben Balding**: Mandatory Vaccination: Why we Still Got To Get Folks To Take Their Shots, Harward Law School, https://dash.harvard.edu/handle/1/8852146 (4. 10. 2020); **Kushaan Dosajh**: The Legality Of Mandatory Vaccination, v: Indian Journal of Medical Ethics, vol. V, št. 1, 2020, str. 57–61; **Dorit Rubinstein Reiss, Nili Karako-Eyal**: Informed Consent to Vaccination: Theoretical, Legal, and Empirical Insights, v: UC Hastings Research Paper No. 315, 2019; **Laura Florescu, Aurica Rugina, Oana Raluca Temneanu, Dana Teodora, Anton Paduraru, Mioara Calipsoana Matei, Cosmin Safta, Dana Elena Mindru**: Vaccination – Collective Responsibility or Violation of Rights, v: Revista medico-chirurgicala a Societatii de Medici si Naturalisti din Iasi, vol. 119, št. 4, 2015.

3 Cepljenja so preventivni ukrep pri zdravih ljudeh – zato morajo na splošno izpolnjevati višje zahteve glede svoje učinkovitosti in predvsem varnosti kot na primer terapevtska zdravila, pri katerih lahko obstoječ pritisk bolezni in trpljenja pod določenimi pogoji upraviči tveganja pri zdravljenju. Odgovorni razvoj učinkovitih cepiv je smiselna in nujna sestavina mednarodnih strategij za boj proti pandemiji. Takšna cepiva naj bi bila dostopna vsem tistim ljudem po svetu, ki se želijo zaščititi. Odločno pa se svari pred tem, da bi morebitno cepivo postalo osrednja rešitev sedanje pandemije covid-19 in pred tem, da bi bila ponovna vzpostavitev pravne države odvisna od razpoložljivosti cepiva in da bi bilo obvezno cepljenje predpostavka za (ponovno) zagotavljanje človekovih pravic. Glej https://www.individuelle-impfentscheidung.de/pdfs/Positionspapier%20COVID.pdf (18. 9. 2020).

4 Glej še **Boris Julián Pinto Bustamente, Raisa Gulfo Diaz, Angela Sanabria Rojas, Santiago Sanchez Pardo, Maria Cristina Mojica, Jennyffer Endo Pascuas**: Vacunación obligatoria y movimiento anti-vacuna: algunas propuestas desde la bioética, v: eä Journal, vol. 4, št. 2, 2012; **John D. Blum, Norchaya Talib**: Balancing Individual Rights versus Collective Good In Public Health Enforcement, v: Medicine and Law, vol. 25, št. 2, 2006, str. 273–281; **Wendy E. Parmet, Richard A. Goodman, Amy Farber**: Individual rights versus public's health – 100 year after Jacobson v. Massachusetts, v: New England Journal of Medicine, 352 (7), 2005, str. 652–653; **Daniel A. Salmon, Saad B. Omar**: Individual freedoms versus collective responsibility: Immunization decision making in the face of occasionally repeating values, v: Emerging Themes in Epidemiology, vol. 3, št. 13, 2006, str. 1–3; **Lainie Friedman Ross, Timothy J. Aspinwall**: Religious exemptions to the immunization statutes: balancing public health and religious freedom, v: The Journal of Law, Medicine and Ethics, vol. 25, št. 2–3, 1997, str. 202–209; **Baruch Velan**

Nekatere države si prizadevajo za uvedbo obveznega cepljenja zaradi **zaščite kolektivne imunosti in javne varnosti**[5] (tudi v zvezi s covidom-19), zato se glede na številne dileme zastavlja vprašanje, ali je (sploh) mogoče uveljaviti obvezno cepljenje ob (doslednem) spoštovanju človekovih pravic.[6]

Cepiva proti covidu-19 so že prišla na trg,[7] s tem pa tudi že ugibanja o morebitni uvedbi obveznega cepljenja,[8] saj je tudi v preteklosti na primer čedalje večje število obolelih za ošpicami spodbudilo pozive k obveznemu cepljenju (na primer v Italiji, Franciji ali nedavno v Nemčiji), zdajšnja »kriza« v zvezi s covidom-19 pa naj bi še posebej kazala na pomen predhodnega preprečevanja bolezni s cepljenjem zaradi omejenih zmogljivosti zdravstvenega sistema. S pravnega vidika se glede tega zastavlja zlasti vprašanje, ali bi bila uvedba obveznega cepljenja dopustna v skladu s človekovimi pravicami (pravica do življenja in zasebnega (družinskega) življenja, svoboda mišljenja, vesti in vere in podobno).[9]

V ZDA je na primer obvezno cepljenje otrok pred njihovim vstopom v šolo (doktrina *parens patrie*), nekatere izjeme pa so dovoljene iz medicinskih, filozofskih in verskih razlogov. Odobritev izjem se na različne načine obravnava v različnih državah: v nekaterih državah je potrebno potrdilo z utemeljitvijo, ki ga potrdi notar, v nekaterih državah pa se lahko odobri izjema na prošnjo staršev. Primer, ki je bil podlaga za obvezna cepljenja v ZDA, je zadeva **Jacobson proti Massachusettsu** (*197 U. S. 11, 25 S Ct 358*)[10] iz leta 1905, v kateri je ameriško vrhovno sodišče presodilo,

---

**in drugi**: Individualism, acceptance and differentiation as attitude traits in the public's response to vaccination, v: Human Vaccines and Immunotherapeutics, vol. 8, št. 9, 2012, str. 1272–1282; **Angela Ruiz Saenz**: Intervenciones obligatorias por riesgo de transmision de enfermedades contagiosas: interes publico versus derechos individuales, v: Comunicaciones, vol. 21, št. 2, 2011, str. 171–178; **Cesar Cierco Seira**: Vacunacion, libertades individuales y derecho publico, Ensayo sobre las principales claves para la regulacion de la vacunacion publica en España, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2018; **Juan Luis Beltran Aguirre**: Vacunas obligatorias y recomendadas: regimen legal y derechos afectados, v: Revista Derecho y Salud, vol. 22, št. 1, 2012.

5 Glej **Ursula Wiedermann-Schmidt**: Impfen aus Sicht der öffentlichen Gesundheit, str. 1–6, v: **Gerhard Aigner, Markus Grimm, Maria Kletecka-Pulker, Ursula Wiedermann-Schmidt** (ur).: Schutzimpfungen – Rechtliche, etische und medizinische Aspekte, Verlag Österreich, 2016.

6 Glej **Aino Ukkonen**: Different Legal Aspects of Mandatory Vaccination Policies, disertacija, Tallinn, 2018, str. 3. Glej še **Kevin M. Malone, Alan R. Hinman**: Vaccination Mandates: The Public Health Imperative and Individual Rights, str. 262 – 284, v: **Richard A. Goddman** in drugi (ur.): Law in public health practice, Oxford University Press, New York, 2003; **Erwin Chemerinsky, Michele Goodwin**: Compulsory Vaccination Laws are Constitutional, v: Northwestern University Law Review, vol. 110, št. 3, 2016, str. 589–615.

7 O cepivih proti covid-19 glej **Tomaž Bratkovič, Mojca Lunder, Nika Lovšin**: Razvoj cepiv proti virusu sars-cov-2, v: Farmacevtski vestnik, 2020, 71, str. 163–173.

8 https://www.24ur.com/novice/korona/vlada-covid-19-uvrstila-v-1-skupino-nalezljivih-bolezni-ali-to-res-pomeni-da-bo-cepljenje-obvezno.html (7. 10. 2020).

9 Glej **Anja Krasser**: Zur grundrechtlichen Zulässigkeit einer Impflicht, v: Recht der Medizin, št. 4/2020, str. 136. Glej še **Berk Hasan Özdem**: The Right to Conscientious Objection to Mandatory Vaccination in Light of the Decision Bayatyan v. Armenia, v: Human Rights Review, 2018, str. 45–66. Glej 15. točko odločbe Ustavnega sodišča RS, št. U-I-127/01 z dne 12. februarja 2004 (Uradni list RS, št. 25/2004 in OdlUS XIII, 10): »Cepljenje je eden izmed zdravstvenih ukrepov, pri katerih je poseg v telesno integriteto posameznika neizogiben. V zvezi z njim se pojavlja zlasti tudi vprašanje privolitve bolnika kot temeljnega pogoja za dopustnost vsakega medicinskega posega ter vprašanje kolizije med pravicami posameznika na eni strani in javnim interesom po zagotovitvi ustreznih ukrepov za varovanje zdravja prebivalstva na drugi strani. Z določitvijo obveznega cepljenja je zakonodajalec očitno izhajal iz tega, da je zagotovitev zdravja celotne populacije pomembnejša vrednota od bolnikove pravice odločati o samem sebi«.

10 Glej https://en.wikipedia.org/wiki/Jacobson_v._Massachusetts (4. 10. 2020).

da imajo države pristojnost, da z zakonom uvedejo obvezno cepljenje.[11] V Avstraliji pa je država do cepljenja zavzela drugačno stališče – ni vzpostavila obveznega cepljenja otrok, vendar pa starši prejmejo majhno finančno nadomestilo, če otrok izpolnjuje vse zahteve v zvezi s cepljenjem. Če je epidemijo bolezni mogoče preprečiti s cepljenjem, so otroci, ki niso cepljeni, izključeni iz pouka v šolah, čeprav šole ne zahtevajo nujno cepljenja vseh otrok. To je politika, ki deluje s pozitivnimi sredstvi, ne pa z uvajanjem sankcij.[12]

Ljudje, ki so ustrezno imunizirani (cepljeni), ne ščitijo samo sámi sebe, temveč tudi tiste, ki zaradi različnih razlogov niso imunizirani ali tudi ne morejo biti, zato obstaja v zvezi s tem določen vidik družbene pogodbe o medsebojni skrbi.[13] Obvezne politike cepljenja so namenjene tistim, ki sicer ne dosežejo lastne ustrezne imunosti in se običajno zagovarjajo z **utilitarnim stališčem** – če je oseba ustrezno imunizirana, zaščiti sebe in druge okoli sebe, cepljenje, ki bi lahko preprečilo bolezen, je tudi cenejše od dragega zdravljenja bolezni pozneje.[14]

## 2. ZGODOVINA CEPLJENJA

Zgodovina cepljenj kaže, da so cepljenja postala žrtev lastnega uspeha.[15] Črne koze, zaradi katerih so se cepljenja sploh začela, so danes izkoreninjene praviloma po vsem svetu, iz kolektivne zavesti pa so zaradi cepljenj izginile tudi druge nalezljive

11 Glej **A. Ukkonen**, op. cit., str. 12. Glej še **Ross D. Silverman, Thomas May**: Private Choice Versus Public Health: Religion, Morality, and Childhood Vaccination Law, v: University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class, vol. 1, št. 2, 2001, str. 505–521.

12 Glej **A. Ukkonen**, op. cit., str. 13. Glede cepljenja otrok glej **Francesca Camillieri**: Compulsory vaccinations for children: Balancing the competing human rights at stake, v: Netherlands Quarterly of Human Rights, vol. 37, št. 3, 2019, str. 245–267; **Reinhold Kerbl**: Impfen und Kinder, str. 113–126, in **Helga Jesser-Huß**: Impfen und Kindeswohl, str. 127–142, oboje v: **Gerhard Aigner, Markus Grimm, Maria Kletecka-Pulker, Ursula Wiedermann-Schmidt** (ur).: Schutzimpfungen – Rechtliche, etische und medizinische Aspekte, Verlag Österreich, 2016; **Iina-Mari Laine**: Parents Decision in Vaccinating the Child and State Obligations from the Perspective of Individual Rights and Community Health with Regard Compulsory MMR-Vaccination Programmes in Europe, magistrska naloga, 2020; **Jana Janderova, Eva Jurova**: Legal Consequences of Conscientious Objections Against Mandatory Childhood Vaccination in the Chech Republic, 5th International Multidisciplinary Scientific Conference on Social Sciences and Arts SGEM, 2018; **Berk Hasan Özdem**: The right to conscientious objection to mandatory vaccination in light of the decision Bayatyan v. Armenia, v: Human Rights Review, 2018.

13 Glej **Lukas Kaelin**: Impfen – Zwischen Autonomie und Gemeinwohl, str. 223 in nasl., v: **Gerhard Aigner, Markus Grimm, Maria Kletecka-Pulker, Ursula Wiedermann-Schmidt** (ur).: Schutzimpfungen – Rechtliche, etische und medizinische Aspekte, Verlag Österreich, 2016.

14 Glej **Heta Häyry, Matti Häyry**: Utilitarianism, Human Rights and the Redistribution of Health through Preventive Medial Measures, v: Journal of Applied Philosophy, vol. 6, št. 1, 1989, str. 43–51. Glej **A. Ukkonen**, op. cit., str. 7. Glej tudi **Rachael Heath Jeffery**: Vaccination and the law, v: Australian family physician, vol. 44, št. 11, 2015; **Ivana Tucak**: Legal and Ethical Justification of Compensation Regarding Compulsory Vaccination Injuries, v: Facta Universitatis, Law and Politics, vol. 15, št. 2, 2017, str. 144–155.

15 O zgodovini cepljenja glej **James G. Hodge, Jr., Lawrence O. Gostin**: School Vaccination Requirements: Historical, Social, and Legal Perspectives, v: Kentucky Law Journal, vol. 90, št. 126, 2002, str. 831 in nasl.; **Michael Memmer**: Die Geschichte der Schutzimpfungen in Österreich. Eine rechtshistorische Analyse, str. 7–36, v: **Gerhard Aigner, Markus Grimm, Maria Kletecka-Pulker, Ursula Wiedermann-Schmidt** (ur).: Schutzimpfungen – Rechtliche, etische und medizinische Aspekte, Verlag Österreich, 2016. **Alexandra Minna Stern, Howard Markel**: The History of Vaccines and Immunization: Familiar Patterns, New Chalenges, v: Health Affairs, vol. 24, št. 3, 2005, str. 611–621; **Chandrakant Lahariya**: A brief history of vaccines and vaccination in India, v: Indian Journal of Medical Research, št. 4, 2014, str. 491–511.

bolezni, zato so posledice teh bolezni le hipotetična nevarnost, po drugi strani pa se zdijo tveganja, povezana s cepljenjem, danes veliko bolj realna.[16] Hkrati s prvimi poskusi cepljenja, ki jih je angleški zdravnik **Edward Jenner (1749–1823)** izvedel z virusi kravjih koz (osepnic) leta 1796 (od tod tudi izraz cepljenje ali vakcinacija, iz *vacca*, lat. krava), so se začeli (nasilni) protesti proti cepljenju.[17] Edward Jenner velja za očeta sodobnih cepljenj, pred njegovo iznajdbo je sicer obstajalo več metod, ki so bile predhodnice cepljenja,[18] Jenner pa je leta 1796 začel prav s »cepljenjem«. Predhodnik cepljenja je bila tako imenovana variolacija, pri kateri so virus iz gnojnega mehurčka (pustule) bolnega človeka vstavljali neposredno v kožo zdrave osebe z ostrim predmetom, na primer z nožem.[19] Po uspešnem javnem uvajanju cepiv so si številne vlade prizadevale za sprejetje zakonov o uvedbi obveznih cepljenj. Leta 1871 je angleški parlament sprejel zakon o cepljenju, ki je uvedel obvezni postopek cepljenja, Nemčija je to storila leta 1874 z uvedbo obveznega cepljenja vseh nemških otrok, v ZDA pa je bil Boston prvo mesto z obveznim zakonom o cepljenju leta 1827. Čeprav je imelo obvezno cepljenje ugoden rezultat, se je polemika glede obveznega cepljenja povečala in privedla do največjega upora vseh časov proti zdravniški praksi.[20]

Glavna prizadevanja v petdesetih letih je bilo ustvariti cepivo proti otroški paralizi, ki je bilo uspešno na voljo leta 1955, v šestdesetih letih 20. stoletja pa so ljudi najbolj ogrožale ošpice. Po ustanovitvi Svetovne zdravstvene organizacije (SZO) in sklada Združenih narodov za otroke (UNICEF) so se cepljenja izvajala še bolj uspešno, imunizacija otrok se je izboljšala tudi v državah v razvoju. V sedemdesetih letih so bila na voljo številna cepiva, zaradi rdečk v Evropi in ZDA pa so nastala nova znanja o povezavi rdečk in možnih prirojenih napak (CRS – sindrom prirojenih rdečk). Vsako desetletje je prineslo singularna ali kombinirana cepiva v javno uporabo, tako so bila na primer v osemdesetih letih 20. stoletja vključena še cepiva proti hepatitisu A in B.[21]

16 https://www.24ur.com/novice/korona/zaskrbljenost-zaradi-resnih-stranskih-ucinkov-cepiva-proti-novem-koronavirusu.html (7. 10. 2020).

17 Glej **Lorenz Langer**: Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit, v: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 2017, str. 90–91. Ko je v ZDA na primer še razsajala otroška paraliza, so starši sami prosili, da bi otrokom dovolili sodelovanje v kitajskih kliničnih poskusih.

18 Obstajale naj bi domneve, da so prve oblike cepljenja razvili v Indiji in na Kitajskem že pred 16. stoletjem, prvi dokumentirani dokazi o cepljenju izvirajo iz omenjenih držav iz 17. stoletja, ko so za cepljenje tam uporabljali uprašene kraste bolnikov s črnimi kozami. V 18. stoletju je ta ideja o cepljenju proti črnim kozam prek Turčije prišla v Anglijo, vendar zaradi možnega nastanka bolezni pri pomanjkljivi inaktivaciji virusa, ni zaživela. Navedeno po https://sl.wikipedia.org/wiki/Cepljenje_(medicina) (4. 10. 2020).

19 Glej **A. Ukkonen**, op. cit., str. 9. V prvih dveh desetletjih je bil virus črnih koz zelo smrtonosen, zlasti v mestih v ZDA, predvsem v Bostonu. Leta 1726 je bila objavljena statistika, ki kaže, da je le 3 odstotke bolnikov umrlo zaradi variolacije, medtem ko je za primerjavo več kot 14 odstotkov prebivalstva v Bostonu, ki so zboleli za črnimi kozami, umrlo po naravni poti. Že v 17. stoletju so obstajali ljudje, ki so se zavzemali proti postopku variolacije, zaradi verskih prepričanj, češ da je variolacija »proti božji volji«. Ko je Edward Jenner uvedel svoje cepivo, je postopek variolacije postal dokaj varen in večinoma učinkovit in prebivalstvo je tako v Angliji kot v ZDA hitro raslo. Cepivo je postalo bolj znano in do leta 1801 se je približno 100.000 ljudi v Evropi cepilo in pred spremembo desetletja je bilo cepljenih že več kot milijon ljudi.

20 Glej **A. Ukkonen**, op. cit., str. 10, 11. V času vojne so britanska, kanadska in francoska vojska sprejele cepljenje proti tetanusu, medtem ko so pri nemških vojakih zavezniški vohuni poročali o približno 80 primerih tetanusa. Kasneje je bilo razkrito, da so nacistične enote preizkušale cepiva na zapornikih koncentracijskih taborišč in v razvoju je bilo zlasti cepivo proti tifusu, kar je povečalo breme grozljivih vojnih zločinov druge svetovne vojne.

21 Glej **A. Ukkonen**, op. cit., str. 11.

## 3. MEDNARODNOPRAVNA RAVEN CEPLJENJ

Bolezni ne poznajo meja, zato mora biti boj proti boleznim nadnacionalna naloga. Od začetka 19. stoletja so obstajali zgolj mehanizmi za spremljanje in poročanje v zvezi s preprečevanjem širjenja nalezljivih bolezni, leta 1946 pa je bila ustanovljena **Svetovna zdravstvena organizacija (SZO)** z namenom, da bi vsi ljudje lahko živeli v kar najboljšem možnem zdravju.[22] To naj bi dosegli med drugim z bojem in izkoreninjenjem epidemij in endemičnih bolezni.[23] Primarni normativni instrument SZO so Mednarodni zdravstveni predpisi (*International Health Regulations*), ki jih skupščina SZO sprejme z navadno večino in ti nato veljajo za vsako državo članico, če temu neposredno ne nasprotuje.[24] Gre za ureditev izrednih zdravstvenih razmer mednarodnega obsega (*public health emergency of international concerns*). Generalni direktor SZO ima po posvetovanju s strokovno komisijo pristojnost za razlago takšnega izrednega dogodka in dajanje ustreznih priporočil.[25] Čeprav imajo lahko takšna priporočila znatne gospodarske posledice, ni mogoče govoriti o »narekovanju SZO« – organizacija ni pristojna za sprejemanje prisilnih ukrepov na državni ravni, saj je zakonodaja izrecno pridržana državam članicam, ki bi morale vsaj »podpirati« namen mednarodnih zdravstvenih predpisov,[26] ki sicer ne določajo obveznosti cepljenja, dovoljujejo pa tovrstne ustrezne predpise; v povezavi z mednarodnimi potovanji tudi za cepljenja pod posebnimi pogoji, v skrajnih primerih celo fizična prisila, niso izključeni.[27] SZO se praviloma osredotoča le na tehnično in znanstveno pomoč.[28]

Pri zdravstvenih vprašanjih si tudi EU in države članice delijo odgovornost le na nekaterih, dokončno naštetih področjih. Za tako imenovano sekundarno prevencijo, tj. profilakso bolezni, vključno s cepljenjem, obstaja le podporna in usklajevalna pristojnost EU; kakršno koli usklajevanje zakonskih določb držav članic je izrecno izključeno. EU ima **Evropsko središče za preprečevanje in obvladovanje bolezni** *(European Centre for Disease Prevention and Control – ECDC)*, ki pa nima zakonodajnih pristojnosti;[29] tretji akcijski program iz leta 2014 na področju javnega zdravja predvideva samo »nezavezujoči koncept cepljenja«.[30] Zaradi pomanjkanja pristojnosti EU se je Sodišče EU v predhodnem odločanju o obveznem cepljenju na

22 Tako 1. člen ustave WHO (Constitution of the WHO z dne 22. julija 1946).

23 Točka g) 2. člena ustave WHO.

24 International Health Regulations, third edition, World Health Organization, 2005. Gre za pristojnost iz 21. člena ustave WHO.

25 Tako 12. člen International Health Regulations.

26 Četrti odstavek 3. člena International Health Regulations.

27 Drugi odstavek 31. člena International Health Regulations (Health measures relating to entry of travelers): » … *If there is evidence of an imminent public health risk, the State Party may, in accordance with its national law and to the extent necessary to control such a risk, compel the traveller to undergo or advise the traveller, pursuant to paragraph 3 of Article 23, to undergo: … (b) vaccination or other prophylaxis* …«.

28 Glej **L. Langner**, op. cit., str. 98. Upoštevanje zdravstvenih predpisov se na splošno ne izvaja dosledno, če je WHO dejavna v normativnem smislu, gre pogosto zgolj za instrumente mehkega prava (*soft law*), kot so priporočila. To pušča pravno ureditev nadzora bolezni, zlasti cepljenja, kljub transnacionalnemu pomenu, v rokah posameznih držav.

29 Uredba (ES) št. 851/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. aprila 2004 o ustanovitvi Evropskega centra za preprečevanje in obvladovanje bolezni, Uradni list L 142 z dne 30. aprila 2004.

30 Uredba (EU) št. 282/2014 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. marca 2014 o vzpostavitvi tretjega programa za ukrepe Unije na področju zdravja (2014–2020) in razveljavitvi Sklepa št. 1350/2007/ES, Uradni list L 86, z dne 21. marca 2014.

Slovaškem (*Milica Široká v. Úrad verejného zdravotníctva Slovenskej republiky*)[31] izreklo za očitno nepristojno.[32]

**Mednarodni pakt o ekonomskih, socialnih in kulturnih pravicah** zagotavlja vsem ljudem pravico do dostojanstva in telesne integritete, ključno v zvezi s cepljenji pa temelji na 12. členu,[33] po katerem morajo države sprejeti potrebne ukrepe za preprečevanje, obvladovanje in zdravljenje bolezni, bodisi epidemičnih, povezanih z delom ali endemičnih bolezni, da bi lahko vsem zagotovili uživanje največjega fizičnega in duševnega zdravja. Ta člen se lahko neposredno razlaga tako, da zajema tudi cepljenje.[34] 15. člen pakta po drugi strani zagotavlja, da ima vsakdo pravico do uživanja prednosti znanstvenih izboljšav in razvoja.[35] Mnenja o tej zadevi so sporna in tudi tisti, ki podpirajo cepivo, trdijo, da je ta člen mogoče neposredno uporabiti pri obrambi cepljenja. Navsezadnje je bila vloga cepljenja nesporna pri preprečevanju bolezni in pomeni korist znanstvenega razvoja.[36] V 7. členu pakta je določeno, da morajo pogodbenice vsem delavcem zagotoviti varne in zdrave življenjske razmere.[37] Na tej je torej za različna delovna mesta dovoljeno in tudi obvezno zagotoviti, da vsi delavci delujejo v skladu z obveznimi zdravstvenimi zahtevami. Pakt je mogoče razlagati na dva načina: z državnega vidika države z uveljavitvijo obveznega cepljenja ustvarjajo varno in zdravo delovno okolje. Z vidika medicinskih sester pa države in delodajalec z obveznim cepljenjem zdravstvenega osebja kršijo pakt.[38]

## 4. CEPLJENJE V EVROPSKI UNIJI

V državah EU se politike cepljenja močno razlikujejo. EU ne uveljavlja predpisov o cepljenju, zato ni enotne politike cepljenja. Države uveljavljajo različne vrste režimov cepljenja.[39] Vendar pa je bilo v zadevi pred ESČP *Pavel Vavřička in drugi proti Češki republiki*[40] zastavljeno vprašanje o globah, naloženih družinam, ki niso želele cepiti svojih otrok. Evropski center za pravo in pravičnost (*European Centre for Law and Justice*) je posegel v primer z mnenjem, da bi moral biti poudarek na pedagogiki in priporočilih, in ne na sankcijah. Zato po-

31 Zadeva št. C-459/13 (2014). Pritožniki so se sklicevali na 33. in 35. člen Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.

32 Glej **L. Langer**, op. cit., str. 97, 98.

33 Ta se glasi: »1. Države pogodbenice tega Pakta priznavajo vsakomur pravico do najvišjega dosegljivega standarda fizičnega in mentalnega zdravja. 2. Ukrepi, s katerimi si države članice tega Pakta prizadevajo za polno uresničitev te pravice, morajo obsegati tudi tiste, ki so potrebni: a) za zmanjšanje števila mrtvorojenih in umrljivosti otrok ter za zagotovitev zdravega razvoja otrok: b) za izboljšanje vseh oblik higiene okolja in industrijske higiene; c) za preprečevanje in zdravljenje epidemičnih, endemičnih, poklicnih in drugih bolezni in nadzor nad njimi; d) za ustvarjanje razmer, v katerih bi bila vsem zagotovljena pomoč zdravstvene službe v primeru bolezni.«

34 Glej **A. Ukkonen**, op. cit., str. 17

35 Ta se glasi: »Države pogodbenice tega Pakta priznavajo vsakomur pravico: … b) uživati dosežke znanstvenega napredka in njegove rezultate …«.

36 Glej **A. Ukkonen**, op. cit., str. 18.

37 Ta se glasi: »Države pogodbenice tega Pakta priznavajo vsakomur pravico do pravičnih in ugodnih delovnih pogojev, ki zlasti zagotavljajo: … b) zdrave in varne delovne pogoje ... .«

38 Glej **A. Ukkonen**, op. cit., str. 18.

39 Prav tam, str. 13. Glej še **Elena Bozzola, Giulia Spina, Rocco Russo, Mauro Bozzola, Giovanni Corsello, Alberto Villani**: Mandatory vaccination in European countries, undocumented information, false news and the impact on vaccination uptake: the position of the Italian pediatric society, v: Italian Journal of Pediatrics, vol. 44, 67, 2018.

40 Application No 47621/13.

litike držav, ki uvajajo obvezno cepljenje, ne bi bile v skladu s precedenčnim primerom.[41]

Čeprav EU nima skupne politike glede cepljenja in tudi od držav članic ne zahteva, da sprejmejo zakone, ki urejajo (obvezno) cepljenje, so vendarle potekala prizadevanja, da bi se vzpostavilo nekaj skupnih točk v okviru skupnega novega evropskega sodelovanja v zvezi s cepivi, t. i. **projekt VENICE** (*Vaccine European New Integrated Collaboration Effort*). Ta projekt je pomembno vplival na izmenjavo strokovnega znanja in izkušenj z vzpostavitvijo računalniškega registra cepljenj, izmenjavo podatkov o zajetju cepiv in oblikovanju cepilne strategije. Če bi EU vzpostavila skupni režim oziroma zakon o cepljenju, bi bil projekt VENICE dragocena podlaga za podatke in registre.[42] V raziskavi VENICE iz leta 2010 je bilo ugotovljeno, da 15 držav v EU nima obveznih cepljenj. Razpravljalo se je o tem, da obvezna politika cepljenja ni nujno potrebna, saj je evropska pripravljenost v primeru priporočenih cepljenj na splošno zelo visoka. Obstajajo ne samo razlike med vrstami cepljenj, temveč tudi med časom cepljenja in danimi odmerki.[43] Na splošno se način, kako različne države izvajajo politike cepljenja, razlikuje glede na zgodovinske in kulturne razloge, ne toliko iz medicinskih razlogov.[44]

## 5. MOGOČI POSEGI V ČLOVEKOVE PRAVICE (PRAKSA ESČP)

Pri obveznem cepljenju obstaja več vidikov v zvezi s poseganjem v človekove pravice – obvezno cepljenje prizadene posameznike, njihovo telesno integriteto in zasebnost, izobrazbo in verske poglede, svobodno privolitev, obveznosti in pravice negovalnega, zdravstvenega osebja in podobno[45]

Cepljenja nedvomno pomenijo poseg v telesno integriteto posameznika, vendar pa bi bila **pravica do življenja** (2. člen EKČP)[46] prizadeta šele tedaj, ko bi v posameznih primerih obstajale potencialno smrtno nevarne okoliščine (zadeva *Boffa in*

41 Glej **A. Ukkonen**, op. cit., str. 14. Prav tako se širše zatrjuje, da čustvene perspektive staršev ni mogoče ovrednotiti glede na kolektivne koristi cepljenja.

42 Prav tam, str. 15.

43 Prav tam.

44 Prav tam, str. 15, 16. Glej tudi **Sabine Völkl-Kernstock, Astrid Grundner, Alexander Seiser**: Impfangst unter Betrachtung psychologischer Aspekte, str. 209–222, v: **Gerhard Aigner, Markus Grimm, Maria Kletecka-Pulker, Ursula Wiedermann-Schmidt** (ur).: Schutzimpfungen – Rechtliche, etische und medizinische Aspekte, Verlag Österreich, 2016.

45 Glej **A. Ukkonen**, op. cit., str. 17. Glej še **Katherine Eichelbaum**: Is Mandatory Vaccination an Unjustified Limit on Human Rights, v: Auckland University Law Review, vol. 25, 2019, str. 105–128. Pri odgovoru na vprašanje, ali gre pri tem za poseg v človekove pravice, je treba odgovoriti na dve vprašanji, in sicer, ali pomeni uvedba obveznega cepljenja poseg v tisto področje, ki ga ščitijo človekove pravice v svoji obrambni funkciji (kot *pravice negativnega statusa*) in ali bi po drugi strani neuvedba obveznega cepljenja predstavljala poseg v tisto področje, ki se kaže kot pozitivne zaščitne obveznosti, ki izhajajo iz omenjenih človekovih pravic, ki bi zahtevale od države, da uvede obvezno cepljenje? Glej **A. Krasser**, op. cit., str. 136. Primerjaj **Wolfgang Heissenberger**: Impfen in Österreich – Überlegungen zur Impflicht und Darstellung de lege lata, str. 53–84, v: **Gerhard Aigner, Markus Grimm, Maria Kletecka-Pulker, Ursula Wiedermann-Schmidt** (ur).: Schutzimpfungen – Rechtliche, etische und medizinische Aspekte, Verlag Österreich, 2016.

46 Člen 2 EKČP se glasi: 1. Pravica vsakogar do življenja je zavarovana z zakonom. Nikomur ne sme biti življenje odvzeto, razen ob izvršitvi sodbe, s katero je sodišče koga spoznalo za krivega za kaznivo dejanje, za katero je z zakonom predpisana smrtna kazen. 2. Kot kršitev tega člena se ne štejeta odvzem življenja, če je posledica uporabe nujno potrebne sile: a. pri obrambi katerekoli osebe pred nezakonitim nasiljem, b. pri zakonitem odvzemu prostosti ali pri preprečitvi bega osebi, ki je zakonito priprta, c. pri zakonitem dejanju, ki ima namen zadušiti izgrede ali vstajo.

*13 drugih proti San Marinu*, odločitev z dne 15. januarja 1998, 26536/95).[47] Takšna potencialna nevarnost za življenje zaradi cepljenja bi bila mogoča zaradi alergij ali drugih kontraindikacij pri prizadeti osebi, morebitni neželeni učinki cepljenja, ki pomenijo tveganje za zdravje, ne pa resnega tveganja za življenje, pa naj ne bi presegali praga iz 2. člena EKČP.[48] Smrti, ki so povezane s cepivi, pa nasprotno spadajo na področje, ki ga varuje 2. člen EKČP – primarni cilj cepljenja je namreč zaščititi prebivalstvo, zato se take smrti obravnavajo kot nenamerne usmrtitve, za katere je odgovorna država, ki ima sicer dolžnost skrbnosti. Odločitev Komisije v zadevi *Združenje staršev proti Združenemu kraljestvu* izrecno navaja, da v primeru, ko obstaja državni sistem nadzora in spremljanja, katerega namen je čim bolj zmanjšati neželene učinke, povezane s cepivi, posamične smrti ne pomenijo poseganja v pravico do življenja (zadeva *Association of Parents proti Združenemu kraljestvu*, 12. julij 1978, 7154/75).[49] Obveznost izvedbe učinkovite preiskave, ki izhaja iz postopkovnega dela 2. člena EKČP, velja tudi za državo v primeru smrtnih primerov, povezanih s cepljenjem, ali zlasti v primerih, ko je povezavo med cepljenjem in smrtjo mogoče ugotoviti le z ustreznimi preiskavami – v primeru neustreznih ali celo popolnoma zapostavljenih preiskav bi torej prišlo do posega v to človekovo pravico.[50]

Dolžnost države, da zaščiti osebe pred predvidljivimi ali običajnimi nevarnostmi za življenje, postavlja tudi zahteve za zdravstveni sektor (zadeva *Lopes de Sousa Fernandes proti Portugalski*, odločitev z dne 19. decembra 2017, št. 56080/13[51]). Da bi bila nevarnost čim manjša, mora država izdati zaščitne predpise, in sicer tudi v primeru nalezljivih bolezni. Vendar pa okužbe z nalezljivo boleznijo praviloma ni mogoče neposredno opredeliti kot nevarnost za življenje, kar pomeni, da se 2. člen EKČP uporablja le v primerih, ko pride do za življenje nevarnega dejavnika – tu gre za primer, ko bi okužba lahko ogrozila življenje, na primer pri ljudeh s povečanim tveganjem za okužbo, ki jih ni mogoče imunizirati in so toliko bolj odvisni od zaščite celotnega prebivalstva. Država se nedvomno zaveda obstoja takšne nevarnosti za življenje teh ljudi, zato bi neukrepanje, vsaj v primeru epidemij ali pandemij, lahko opredelili kot poseg v to človekovo pravico.[52] Ker ni nikjer določeno, katere konkretne ukrepe bi morala država sprejeti glede izpolnjevanje zaščitnih obveznosti, ne obstaja samo ena dovoljena oblika zdravstvenega sistema. Med konvencijskimi državami tudi ni soglasja o tem, kako ravnati v primeru nalezljivih bolezni, zato imajo države pri izbiri sredstev veliko diskrecijske pravice. Obstaja sicer dolžnost, da se sprejmejo ukrepi za imunizacijo prebivalstva, vendar je to obveznost mogoče izpolniti tako z obveznim cepljenjem kakor tudi prostovoljnimi sistemi cepljenja. Pomanjkanje take ustrezne obveznosti pa ne pomeni prepovedi uvedbe drugih

47 Glej https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-88051%22]} (17. 9. 2020).

48 Glej **A. Krasser**, op. cit., str. 136.

49 Prav tam, str. 137. Krasserjeva na primer za avstrijski sistem državne prevencije, ki med drugim sestoji iz Nacionalnega odbora za cepljenje, ki sodeluje pri pripravi načrta cepljenja, iz zakon o škodi zaradi cepljenja, ki določa povrnitev škode zaradi cepljenja in Zakona o zdravilih, ki določa standarde kakovosti za cepiva, naj bi bil zadosten glede na zahteve iz navedene sodne odločbe. Uvedba zakonske dolžnosti cepljenja tako sama po sebi naj ne bi pomenila kršitve pravice do življenja – glede na ustrezne prevencijske ukrepe v Avstriji, tudi če obstajajo posamezni primeri življenjske ogroženosti in smrti. Predpogoj za to pa je, da se pri posamezniku izvede individualni test za obstoj morebitnih kontraindikacij.

50 Glej **A. Krasser**, op. cit., str. 137.

51 Glej https://swarb.co.uk/lopes-de-sousa-fernandes-v-portugal-echr-19-dec-2017/ (17. 9. 2020).

52 Tako **A. Krasser**, op. cit., str. 137.

razmeroma strožjih ukrepov.[53] Tudi za primer t. i. sekundarnih varstvenih dolžnosti, ki zahtevajo aktivno ukrepanje vlade v primeru konkretne in neposredne nevarnosti za življenje, ni nič določenega, kakšni naj bi ti ukrepi bili. – za izpolnitev te zahteve ni treba uvesti obveznega cepljenja.[54]

Čeprav 2. člen EKČP neposredno ne zahteva uvedbe obveznega cepljenja, pa lahko obstajajo primeri, ko lahko dolžnost varstva življenja izpolni le takšna obveznost. Če na primer sistem prostovoljnega cepljenja dokazano ne more doseči potrebnega obsega cepljenja za zaščito prebivalstva, je dvomljivo, ali so ranljive skupine na ta način ustrezno zaščitene. Če modeli prostovoljnega cepljenja ne pokažejo potrebne učinkovitosti, bi lahko v odsotnosti učinkovitih alternativ le uvedba obveznega cepljenja preprečila kršitev varstvene dolžnosti države. Ker nobene izjeme iz drugega odstavka 2. člena EKČP ni mogoče smiselno uporabiti za omenjene primere, bi vsak poseg pomenil tudi kršitev človekovih pravic.[55]

Področja, ki ga varuje **pravica do spoštovanja zasebnega življenja**, ni mogoče dokončno opredeliti (zadeva *Costello-Roberts proti Združenemu kraljestvu*, odločitev z dne 25. marca 1993, št. 13134/87),[56] vsekakor pa vključuje identiteto, individualnost, integriteto, samoodločbo, osebne odnose, ki so pomembni za osebni razvoj posameznika (zadeva *Pretty proti Združenemu kraljestvu*, odločitev z dne 29. aprila 2002, št. 42197/98) in zaščito osebnih podatkov.[57] Varstvo identitete in individualnosti v bistvu varuje pravico do odločanja o samem sebi, v zvezi z zdravljenjem pa ta svoboda izbire pomeni, da se takšno zdravljenje lahko izvaja samo s soglasjem zadevne osebe. Obvezna cepljenja niso prostovoljna, zato z njimi posegamo v 8. člen EKČP.[58] Nedvomno gre tudi za poseg v integriteto oziroma telesno integriteto z izvajanjem obveznih cepljenj. Poleg tega je treba po 8. členu EKČP vsako zbiranje, shranjevanje in uporabo podatkov s strani države obravnavati kot poseg, ki zahteva utemeljitev, vključno in še zlasti z zdravstvenimi podatki. Vendar pa bi učinkovito spremljanje obveznega cepljenja zahtevalo pregled stanja cepljenja prebivalstva, torej zbiranje, shranjevanje in obdelavo teh podatkov, kar bi pomenilo nadaljnje poseganje v 8. člen EKČP. Ne nazadnje 8. člen EKČP varuje tudi osebne odnose, ki so namenjeni osebnostnemu razvoju – poseg v ta vidik pravice do zasebnega življenja bi nastal z obveznim cepljenjem, če bi bila sankcija za necepljenje izključitev iz določene družbene skupine (na primer iz vrtca). Če bi bilo obvezno cepljenje omejeno na zdravstvene delavce in bi bila potrebna imuni teta pogoj za opravljanje poklica, bi bilo to po sodni praksi prav tako poseg v zasebno življenje.[59]

---

53 Prav tam.

54 Prav tam.

55 Prav tam.

56 Navedeno po https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-57804%22]} (17. 9. 2020).

57 Tako **A. Krasser**, op. cit., str. 137.

58 Člen 8 EKČP se glasi:
Pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja
1. Vsakdo ima pravico do spoštovanja njegovega zasebnega in družinskega življenja, doma in dopisovanja.
2. Javna oblast se ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen, če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato, da se prepreči nered ali kaznivo dejanje, da se zavaruje zdravje ali morala, ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi.

59 Glej **A. Krasser**, op. cit., str. 138. Glej še **Marijana Šego**: Obvezno cijepljenje djece – kršenje ljudskih prava roditelja ili zaštita prava djeteta?, v: Pravni vjesnik, let. 30, št. 2, 2014, str. 377–391;

Glavni cilj **pravice do spoštovanja družinskega življenja** je omogočiti ljudem skupno življenje (zadeva *Marckx proti Belgiji*, odločitev z dne 13. junija 1979, št. 6833/74).[60] Izven državnih izobraževalnih ustanov obstaja tudi pravica staršev do vzgoje otrok, ki zagotavlja, da lahko starši vzgajajo svoje otroke v skladu s svojimi verskimi ali ideološkimi prepričanji (8. člen EKČP). Ker obstajajo verske doktrine, ki zavračajo cepljenje ali njegove sestavine, bi zavrnitev cepljenja lahko opredelili kot versko ali ideološko prepričanje staršev in bi zato obvezno cepljenje lahko razumeli kot poseg v pravico do vzgoje.[61] Vendar pa morajo starši sprejemati take odločitve, ki so v interesu otrok. Ker so cepljenja praviloma varna, četudi neželenih učinkov in zapletov ni mogoče popolnoma izključiti, in tveganja, ki so povezana z boleznijo, običajno presegajo tveganje zaradi cepljenja, pa odločitev o cepljenju otroka ni odločitev, ki bi bila v nasprotju z interesom otroka. Nasprotno pa velja, da če otroka ne cepimo, to lahko škoduje otroku in njegovemu zdravju. ESČP pa izrecno izključuje pravico staršev do odločitev, ki bi lahko škodovale otrokovemu zdravju ali razvoju, zato ne gre za kršitev 8. člena EKČP niti pri odločitvi za niti proti cepljenju, ampak dejstvo, da starši do takšne neugodne odločitve nimajo zahtevka in s tem nobene pravice, pomeni, da niti obveznost cepljenja ne more poseči v to pravico.[62]

Pozitivne zaščitne obveznosti, ki izhajajo iz 8. člena EKČP, v bistvu ustrezajo tistim iz 2. člena EKČP, pri čemer je treba za razmejitev obeh področij zaščite ugotoviti, ali obstaja nevarnost za življenje ali le zdravstveno tveganje. Zagotoviti je treba spoštovanje telesne in duševne integritete, na primer z zaščitnimi ukrepi za bolnišnice (zadeva *Vasileva proti Bolgariji*, odločitev z dne 17. marca 2017;[63] *Shelley proti Združenemu kraljestvu*, odločitev z dne 4. januarja 2008, št. 23800/06).[64]

Vendar pa dolžnost vpeljave obveznih cepljenj ne more izhajati iz 8. člena EKČP. Čeprav mora država v določenih okoliščinah predvideti ukrepe za izkoreninjenje bolezni, ESČP ni določilo sredstev, ki naj jih država uporabi za to, vendar pa dejstvo, da obveznost ne obstaja, ne pomeni, da je uvedba obveznega cepljenja prepovedana.[65] Na področju družinskega življenja obstajajo predvsem procesne obveznosti, država mora čim bolj omogočiti normalno družinsko življenje in skupnost. To med drugim pomeni, da bi bil odvzem skrbništva kot sankcija za necepljenje pretirana (zadeva *Neulinger in Shuruk proti Švici*, odločitev z dne 6. julija 2020, št. 41615/07[66]). Poleg tega se morajo organi odločiti glede na posamezni primer in s sodelovanjem vseh prizadetih. Glede obveznih cepljenj to pomeni, da se takšna cepljenja lahko odredijo le, če bi bil v vsakem posameznem

---

**Marija Draškić**: Obavezna vakcinacija dece: pravo pacijenata ili interes javnog zdravja?, v: Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, let. LXVI, št. 3, 2018, str. 7–30; **Ivana Tucak**: Ograničenja autonomije u javnom zdravstvu: obavezno vakcinisanje dece, v: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, št. 2, 2016, str. 621–645; **Ivana Tucak**: Obvezno cijepljenje djece: za i protiv, v: **Rešetar Branka in drugi** (ur.), Suvremeno obiteljsko pravo i postupak, Pravni fakultet, Osijek, 2017, str. 137–165.

60 Navedeno po https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-57534%22]} (17. 9. 2020).

61 Navedeno po **A. Krasser**, op. cit., str. 138.

62 Prav tam.

63 Glej https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:[%22vasileva%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-161565%22]} (17. 9. 2020).

64 Tako **A. Krasser**, op. cit., str. 138.

65 Prav tam.

66 https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:[%22neulinger%20and%20shuruk%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-99817%22]} (17. 9. 2020).

primeru posebej preverjen obstoj kontraindikacij. Vključitev prizadetih verjetno zahteva najmanj pojasnilo informacij glede cepljenja, in sicer tako o njegovih koristih kakor tudi tveganjih.[67]

**Pravica do svobode mišljenja, vesti in vere** (9. člen EKČP[68]) je pomembna zato, ker obstajajo verske skupnosti, katerih nauki zavračajo cepljenje ali njegove sestavine. Prav tako je treba preveriti, ali je zavrnitev cepljenja mogoče opredeliti kot svetovni nazor, s čimer je zaščitena tudi oseba brez verskih prepričanj. Zato je treba razjasniti, ali zavrnitev cepljenja pomeni obliko verske ali ideološke prakse, v katero bi posegli z obveznim cepljenjem.[69]

V svobodo misli, katere namen je predvsem zaščititi posameznika pred državno indoktrinacijo, z obveznim cepljenjem ne bi bilo poseženo. Odklonilnega odnosa do cepljenja s tem ne bi preprečili in tudi prepričanja z razkritjem statusa cepljenja ne bi ugotovili.[70] Svoboda vesti vključuje pravico do svobodnega oblikovanja vesti, do ravnanja v skladu s svojo vestjo in do tega, da posameznika ni prisiljen k razkritju svoje vesti. Odločitev o cepljenju je mogoče opredeliti kot odločitev vesti, zato pomeni obveznost cepljenja že na prvi pogled poseg v pravico do ravnanja po svoji vesti. ESČP pa vendarle zavrača pravico posameznika do nasprotovanja državnim ukazom zaradi nezdružljivosti z vestjo, če obstaja splošen in nevtralno oblikovan zakon (zadeva *C proti Združenemu kraljestvu*, odločitev z dne 15. decembra 1983, št. 10358/83). Če obstaja zakon, ki uvaja potencialno zahtevo po cepljenju in ga je mogoče opredeliti kot splošnega in nevtralnega, ne gre za poseganje v svobodo vesti.[71]

V okviru svobode veroizpovedi in svetovnonazorske svobode je zaščitena pravica do veroizpovedi ali prepričanja ter do njenega oziroma njegovega izvajanja. Čeprav zavrnitev cepljenja sama po sebi ne izpolnjuje koncepta vere pred ESČP, pa vendarle obstajajo verske skupnosti, ki potencialno ustrezajo konceptu vere in katerih nauki zavračajo cepljenje ali njihove sestavine. Zavrnitev cepljenja je torej v takem primeru mogoče opredeliti kot verski običaj ali obred in s tem zaščititi svobodo izvajanja. Če ESČP verski skupnosti ne podeli statusa vere, je zaščita še vedno odprta v okviru svobode prepričanja pod pogojem, da obstajajo zahteve, potrebne za obstoj svetovnega nazora.[72]

Svetovnonazorski pogledi in njihovo izvajanje so namreč enako zaščiteni kakor vera po 9. členu EKČP – svetovnonazorska svoboda je podana, kadar prepričanja izpolnjujejo merila veljavnosti, resnosti in zahteve po skladnem pogledu na temelj-

67 Tako **A. Krasser**, op. cit., str. 138, 139.
68 Člen 9 EKČP se glasi:
Svoboda mišljenja, vesti in vere
1. Vsakdo ima pravico do svobode mišljenja, vesti in vere. Ta pravica vključuje svobodo spremembe vere ali prepričanja ter svobodo, da človek bodisi sam ali skupaj z drugimi ter zasebno ali javno izraža svojo vero ali prepričanje, pri bogoslužju, pouku, praksi in verskih obredih.
2. Svoboda izpovedovanja vere ali prepričanja se sme omejiti samo v primerih, ki jih določa zakon, in če je to v demokratični družbi nujno zaradi javne varnosti, za varovanje javnega reda, zdravja ali morale ali zaradi varstva pravic in svoboščin drugih ljudi.
69 Glej **A. Krasser**, op. cit., str. 139.
70 Prav tam.
71 Prav tam.
72 Prav tam.

na vprašanja (zadeva *X. proti Nemčiji*, odločitev z dne 10. marca 1981, št. 8741/79; *Campbell in Cosans proti Združenemu kraljestvu*, odločitev z dne 25. februarja 1982, št. 7511/76, 7743/76). Svetovnonazorska svoboda torej ščiti tudi prepričanja, ki ne izhajajo iz vere. Zaščiteni svetovnonazorski pogled obstaja, če oseba na primer zavrača kakršno koli poseganje v svoje telo, torej tudi cepljenje, in temu primerno prilagodi celotno življenje – nasprotno pa delno mnenje ali prepričanje, »da bi cepljenje koristilo le farmacevtskim podjetjem« ne izpolnjuje zahteve, potrebne za obstoj svetovnega nazora.[73]

Če potrdimo stališče, da pomeni zavrnitev cepljenja obliko svobode veroizpovedi ali svetovnega nazora, lahko obveznost cepljenja, ki bi jo sprejela država, poseže v to svobodo. Posegi bi obstajali, če bi bile na primer naložene kazni za zavrnitev cepljenja in s tem za izvrševanje lastnih prepričanj. Toda tudi ureditev obveznosti ravnanja, ki je v nasprotju z zaščitenimi prepričanji, pomeni poseg. Država bi potem morala v izjemnih okoliščinah ali alternativnem vedenju ublažiti nasprotje med takimi obveznostmi ravnanja in vestjo ali prepričanjem, sicer bi tudi v tem primeru prišlo do posega.[74] Ker po mnenju ESČP z obveznim cepljenjem ne gre za noben poseg, tudi ni treba ustvariti nobene izjeme za nasprotovanje obsodbam, da bi preprečili izpolnitev pozitivnih varstvenih dolžnosti iz 9. člena EKČP. Ker pa je bilo o zadevi *Boffa in 13 drugih proti San Marinu* odločeno že leta 1998, drugačne ocene stanja pri odločanju v tem času ni mogoče izključiti glede »doktrine živega instrumenta« (zadeva *Vavřička proti Češki*, odločitev z dne 7. septembra 2015, št. 47621/13).[75]

## 6. SORAZMERNOST (OBVEZNEGA) CEPLJENJA KOT UKREPA

Cepljenje pomeni poseg v človekove pravice, zato mora prestati preskus sorazmernosti. Po mnenju ustavnega sodišča lahko **poseg v človekove pravice temelji le na legitimnem, stvarno upravičenem cilju**, prav tako pa je treba po ustaljeni ustavnosodni presoji vselej oceniti še, ali je ta v skladu z načeli pravne države (2. člen ustave), in sicer s tistim izmed teh načel, ki prepoveduje čezmerne posege države tudi, kadar želi z njimi doseči legitimni cilj **(splošno načelo sorazmernosti).** Ali ne gre morda za čezmeren poseg oceni ustavno sodišče na podlagi t. i. **strogega preskusa sorazmernosti**. Ta preskus obsega presojo treh vidikov posega: **1) ali je poseg sploh nujen (potreben) za dosego cilja; 2) ali je ocenjevani poseg primeren za dosego cilja oziroma ali je ta cilj s posegom dejansko mogoče doseči; 3) ali je teža posledic ocenjevanega posega v prizadeto človekovo pravico sorazmerna vrednosti cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi posega nastale (načelo sorazmernosti v ožjem pomenu)**. Šele če poseg prestane vse tri vidike preskusa, je poseg ustavno dopusten. Tudi ustavno pooblastilo zakonodajalcu za omejitev človekove pravice (v obravnavanem primeru pooblastilo za določitev izjem od prostovoljnega zdravljenja) namreč ne pomeni, da lahko zakonodajalec določi omejitve oziroma posege poljubno. Splošno ustavno načelo sorazmernosti je

73 Prav tam.

74 Prav tam. Odločitev Komisije v zadevi *Boffa in 13 drugih proti San Marinu* (odločitev z dne 15. januarja 1998, št. 26536/95) je nasprotovala takšnemu stališču. Tam je izrecno navedeno, da cepljenje ne pomeni poseganja v 9. člen EKČP. Odklonitev zdravljenja se predvsem na podlagi 8. člena EKČP obravnava kot poseg v avtonomijo in samoodločbo posameznika. V bistvu ESČP še ni ocenilo ukrepov, ki niso posebej usmerjeni proti veri ali svetnovnemu nazoru, kot poseg.

75 Tako **A. Krasser**, op. cit., str. 140.

treba upoštevati pri vsaki omejitvi človekovih pravic in temeljnih svoboščin ne glede na to, na čem temelji legitimnost omejitve.[76] Tak preskus sorazmernosti bi ustavno sodišče glede na vse okoliščine covida-19 moralo izvesti znova.

Po praksi ESČP mora zakonodajalec kot odgovorni organ sprejeti zakon (in ne uredbo) kot **ustrezno pravno podlago**, ki uvaja obvezno cepljenje. Vsebina zakona mora biti oblikovana dovolj jasno in mora biti dostopna prebivalstvu (zadeva *Sunday Times proti Združenemu kraljestvu*, odločitev z dne 26. aprila 1979, št. 6538/74). Če je besedilo dovolj jasno, težav v zvezi z njim ni pričakovati.[77]

Za utemeljitev obveznega cepljenja je mogoče uporabiti več **legitimnih interven-cijskih ciljev** iz 8. in 9. člena EKČP. Poleg »zaščite pravic in svoboščin drugih« je še posebej pomembno »varovanje zdravja«. Cepljenje proti boleznim, ki se prenašajo s človeka na človeka (nalezljive bolezni), varuje tako posameznika kakor tudi družbo, zato gre za varovanje zdravja v individualni in socialni razsežnosti. V okviru 8. člena EKČP se lahko sklicujemo tudi na cilj »preprečevanja kaznivih dejanj«, saj je naklepno in malomarno ogrožanje drugih ljudi z nalezljivimi boleznimi kaznivo.[78]

Obvezno cepljenje lahko poveča obseg precepljenosti prebivalstva in s tem prispeva k cilju javnega zdravja (kakor izhaja iz primera črnih koz, ki so jih z obveznim cepljenjem popolnoma izkoreninili), vendar pa študije iz Italije in Francije kažejo, da se je precepljenost povečala tudi v primeru le priporočenih cepljenj. Čeprav je **primernost** odvisna tudi od nadaljnjih dejavnikov, lahko trdimo, da (obvezno) cepljenje ni popolnoma neprimeren ukrep za doseganje zakonitega cilja varovanja zdravja.[79]

Na **sorazmernost** obveznih cepljenj vpliva tudi obstoj morebitnih »blažjih sredstev«, zaradi katerih bi bilo obvezno cepljenje nepotrebno oziroma nesorazmerno (poleg določene prilagoditve obstoječega sistema cepljenja, ki temelji na prostovoljnosti cepljenja, lahko tudi izoblikovanje posameznih vidikov obveznega cepljenja vpliva na sorazmernost in je potencialno milejše sredstvo, če je enaka učinkovitost potrjena z empiričnimi študijami. Tako bi lahko na primer omejili obvezno cepljenje na nekatere bolezni in nekatera cepiva, dopustili nekatere izjeme pri obveznem cepljenju in za nekatere ciljne skupine prebivalstva ter omogočili izbiro zagroženih sankcij in podobno).[80]

Pretehtati je treba interes zadevne osebe, da se ne cepi, in interes države, da sprejme obveznost cepljenja. Proti različnim mogočim posegom v človekove pravice so tudi različni interesi (gre za poseg v telesno integriteto posameznika in njegovo pravico, da odloča o samem sebi, saj so ti posegi podani v vsakem primeru z uvedbo obveznega cepljenja.[81] Tehtanje je treba opraviti ločeno za vsako načrtovano cepljenje oziroma bolezen, saj se posamezni dejavniki lahko precej razlikujejo. Za tehtanje interesov so med drugim pomembni naslednji dejavniki:

---

76 Tako v 18. in 19. točki odločbe US RS, št. U-I-127/01 z dne 12. februarja 2004 (Uradni list RS, št. 25/2004 in OdlUS XIII, 10).
77 Tako **A. Krasser**, op. cit., str. 140.
78 Prav tam.
79 Prav tam.
80 Prav tam.
81 Prav tam.

**intenzivnost posega** (manjši je poseg, manjšo težo ima interes osebe, ki je sicer nosilec človekovih pravic, da tega ne stori); **neželeni stranski učinki in posledična škoda, ki jo lahko pričakujemo od cepljenja, pa tudi verjetnost nastanka stranskih učinkov (varnost cepiva)** (bolj so verjetni neželeni učinki in posledična škoda zaradi cepiva, pomembnejši je interes osebe, ki je nosilec človekovih pravic, da se ne cepi. Poleg abstraktnega tveganja neželenega učinka je treba upoštevati tudi individualno tveganje prizadete osebe, na primer v primeru kontraindikacije (zadeva *Boffa in 13 drugih proti San Marinu*, zadeva *Solomakhin proti Ukrajini*, odločitev z dne 6. maja 2008, št. 24429/03);[82] **verjetnost okužbe brez cepljenja** (bolj je bolezen nalezljiva, večjo težo je treba pripisati njenemu zadrževanju, tj. cepljenju); **tveganja, ki jih je treba pričakovati v primeru bolezni (zapleti, posledična škoda, smrt)** (večji so zapleti in stopnja umrljivosti, zlasti v neposredni primerjavi z zapleti in stopnjo umrljivosti ponujenega cepljenja, pomembnejši je interes države za zaščito zdravja); **koristi za družbo, dosežene s posegom, in učinkovitost cepiva** (javni interes za obvezno cepljenje je bolj jasno podan, če je mogoče s cepljenjem zmanjšati nastanek nalezljive bolezni in jo po potrebi popolnoma izkoreniniti. Glede na navedeno mora imeti cepivo tudi visoko stopnjo učinkovitosti, biti mora torej sposobno doseči želeno imunizacijo z zelo veliko verjetnostjo); **prenosljivost s človeka na človeka** (ta dejavnik je bistvenega pomena, da obstaja javni interes izkoreninjenja bolezni, saj v takem primeru obstaja zdravstveno tveganje takšne intenzivnosti, ki presega interes posameznika, in lahko s tem upraviči poseg v posameznikovo pravico, da odloča o samem sebi. Mogoče bi si bilo zamisliti tudi obveznost cepljenja za bolezni, ki se ne morejo prenašati z osebe na osebo, zaradi zahteve po sprostitvi bolnišničnih zmogljivosti, kar je zdaj v središču pozornosti. Vendar pa bi morale biti te bolezni zelo razširjene in bi morale zahtevati bivanje v bolnišnici z zelo veliko stopnjo verjetnosti).[83] Poenostavljeno rečeno bi bila zahteva po obveznem cepljenju sorazmerna, če bi bilo tveganje za neželene učinke in posledično škodo zaradi cepljenja zelo majhno in če bi bilo cepivo varno in učinkovito, tveganje za okužbo, zaplete in smrtne žrtve med potekom bolezni pa zelo veliko (kar pri covidu-19 ni podano).[84]

Zato *a priori* za zdaj ni mogoče zanesljivo dokončno odgovoriti, ali bi bilo obvezno cepljenje proti covidu-19 ustavnopravno utemeljeno. Čeprav bi bila lahko odreditev obveznega cepljenja pogojno utemeljena zaradi lahkega in hitrega širjenja bolezni in ne podcenjujočega števila smrtnih primerov, je še vedno preveč negotovosti za dokončno analizo sorazmernosti – po eni strani za zdaj ni zanesljivih podatkov o indeksu okužbe ter o zapletenosti in umrljivosti zaradi bolezni, po drugi strani pa tudi ni mogoče oceniti, kako varno in učinkovito bo cepljenje (cepivo), npr. zapleti s cepivom AstraZeneca.[85]

Vprašljivo je tudi, ali bomo sploh potrebovali (obvezno) cepljenje proti covidu-19. Ljudje se vsakodnevno srečujejo s to boleznijo in tveganji, zato je pripravljenost na cepljenje določenega dela prebivalstva verjetno večja kakor pri manj pogostih boleznih, morda celo dovolj velika, da se zaščiti vse prebivalstvo. Če bi se prebivalstvo dovolj zavedalo težave, odrejanje obveznega cepljenja proti covidu-19 za dosego

82 Prav tam, str. 141.
83 Prav tam.
84 Prav tam.
85 Prav tam.

cilja (zaščita oziroma precepljenost prebivalstva) ne bi bilo potrebno, zato bi bilo tudi nesorazmerno. Za obveznost morebitnega cepljenja takoj po sprostitvi cepiva proti covidu-19 na trg bi bila potrebna še posebej prepričljiva utemeljitev. Poleg tega lahko takoj po uvedbi cepiva na trgu nastanejo težave, da zadostno število cepiv (sploh) ne bi bilo na voljo za celotno neimunsko prebivalstvo in morebitna obveznost cepljenja dejansko ne bi bila izvedljiva.[86]

## 7. SKLEP

Doslej znani podatki kažejo, da okužba s covidom-19 le pri zelo majhnem deležu okuženih privede do hudega, zapletenega ali celo nevarnega poteka bolezni. Velika večina prizadetih oseb sploh nima ali pa ima le blage, gripi podobne, znake. Glede na navedeno se predvideva, da bo, dokler ne bo cepivo vsesplošno dostopno – večina prebivalcev že ustvarila protitelesa proti virusu, zato zelo velik del prebivalcev sploh ne bi imel koristi od cepljenja. Glede na stanje znanja tudi še ni dokončno pojasnjeno, ali in koliko nekdo, ki preboli covid-19, sploh vzpostavi individualno imunost kot varstvo pred ponovno boleznijo, prav tako ne vemo, ali je covid-19 samo en virusni sev ali dva ali trije različni sevi. Prav tako tudi ni jasno, ali in koliko preboletje bolezni dejansko ščiti pred nadaljnjim širjenjem virusa, prav tako tudi ni znan odgovor na vprašanje glede obstoja klasične čredne imunosti proti covidu-19. Ali bo po cepljenju proti covidu-19 dejansko vzpostavljena imunost posameznika na ta virus, bo znano šele po izvedenih zapletenih in dolgoročnih študijah. To velja še toliko bolj za vprašanje, ali bi cepljenje dejansko vzpostavilo čredno imunost (to danes doseže le nekaj uveljavljenih cepiv). Dokler ni nedvomno dokazano, da so cepiva proti covidu-19 zanesljiva za dosego čredne imunosti, je morebitno cepljenje priporočljivo le za skupine ljudi z velikim tveganjem, da bi jim omogočili individualno zaščito. Splošno priporočilo za cepljenje bi bilo odgovorno samo v primeru, ko bi bila varnost in učinkovitost cepiva dovolj raziskana in bi bilo jasno, kako bi naravno že imunizirani del populacije odtegnili cepljenju. Zahteva za obvezno cepljenje, s katerim so se nekateri politiki že obrnili na javnost, je po mnenju (vsaj dela) zdravnikov neetična, ker krši pravico do telesne integritete kot zajamčene človekove pravice. Glede na navedeno se navaja, da obvezno cepljenje proti covidu-19 (vsaj za zdaj) ne bi imelo nikakršne podlage.[87]

Glede varnosti cepiva proti covidu-19 se navaja, da kljub dolgoletnim intenzivnim in mednarodnim prizadevanjem doslej strokovnjakom še ni uspelo ustvariti cepiva proti koronavirusom (SARS, MERS). Pri dosedanjih kandidatih se je pri cepljenju proti SARS-u izkazalo, da so cepljene poskusne živali po ciljni okužbi z virusom razvile hudo poškodbo pljuč. Poleg tega številna cepiva uporabljajo tehnologije, ki so popolnoma nove in zato nimajo kliničnih izkušenj pri ljudeh (cepiva mRNA, tj. informacijsko RNA) ali ki jih še vedno preskušajo z zelo omejenimi ustreznimi izkušnjami (na primer vektorska cepiva). Potencialnih tveganj teh cepiv za zdaj ni mogoče odgovorno oceniti, zato je z znanstvenega in etičnega vidika bistveno, da smo posebej previdni pri razvoju in še posebej pri preskušanju teh cepiv. Sem spada še posebej temeljito in dolgoročno opazovanje možnih škodljivih učinkov cepiv/zdravil. Zaključna študija tretje faze mora imeti dovolj veliko število testiranj,

86 Prav tam.

87 Navedeno po https://www.individuelle-impfentscheidung.de/pdfs/Positionspapier%20COVID.pdf (18. 9. 2020).

primerjalno skupina z resničnim placebom in dovolj dolgim obdobjem spremljanja, da bi lahko že pred odobritvijo morebitnega cepiva zabeležili čim manj pogoste neželene učinke.[88]

Glede učinkovitost cepiva proti covidu-19 se prav tako navaja, da pri covidu-19 ni jasno, kaj pomeni meritev protiteles v krvi za obstoj dejanske imunosti na okužbo. Le nastala protitelesa naj ne bi bila zadostni dokaz za učinkovitost cepiva. Za dokazovanje dejanske zaščite pred okužbami in boleznimi so potrebne velike primerjalne skupine in dolgoročna nadaljnja opazovanja. Skratka, pri razvoju cepiva proti covidu-19 obstajajo glede njegove varnosti in učinkovitosti številne negotovosti in vprašanja. Večkrat obravnavana odobritev takega cepiva zaobide uveljavljene varnostne standarde pri razvoju cepiv (»hitra« odobritev – »*fast-track*«), za kar se zavzemajo nekatere države in je popolnoma neodgovorno.[89]

V strogo pravnem pomenu sicer 2. člen EKČP ne preprečuje uvedbe obveznih cepljenj, vendar pod pogojem, da se sprejmejo ukrepi za preprečevanje nevarnosti za življenje. Čeprav neposredna dolžnost sprejetja takšnih ukrepov ne obstaja, pa je vseeno mogoče, da bi obstajali primeri, v katerih bi lahko le uvedba obveznega cepljenja izpolnila dolžnost države, da zaščiti prebivalstvo.[90] Obvezno cepljenje nedvomno posega v 8. člen EKČP, in sicer glede telesne integritete in pravice posameznika, da odloča o samem sebi, mogoči pa so tudi drugi posegi v 8. člen EKČP, ki so odvisni od konkretnih določb zakona, zato brez konkretnega vpogleda ni mogoča dokončna ocena. Pozitivne varstvene dolžnosti države, ki bi določale uvedbo obveznega cepljenja, v okviru 8. člena EKČP ne obstajajo.[91] Po mnenju ESČP zaradi obveznih cepljenj izrecni posegi na področje varstva iz 9. člena EKČP ne obstajajo, ker pa so bile ustrezne odločitve sprejete pred letom 2000, ni mogoče izključiti, da ne bi bilo o primeru, o katerem bi ESČP odločalo danes, presojeno drugače. Mogoča je namreč opredelitev zavrnitve (obveznega) cepljenja kot oblike izvajanja določene svobode. Dolžnost uvedbe cepljenja pa tudi ne izhaja iz 9. člena EKČP.[92] Posegi v človekove pravice zaradi morebitnega (obveznega) cepljenja bi bili lahko upravičeni le tedaj, če bi koristi za skupnost presegale breme posameznika, na to oceno pa vplivajo številni dejavniki, ki onemogočajo splošni odgovor na vprašanje, ali je obvezno cepljenje dovoljeno ali ne. Nanj je treba odgovoriti ločeno za vsako načrtovano cepljenje. Obvezno cepljenje si lahko zamišljamo (le) pri boleznih, ki so (v resnici) posebej nalezljive in povezane s precejšnjimi tveganji (velika smrtnost), česar pri covidu-19 ni.[93]

88 Navedeno po https://www.individuelle-impfentscheidung.de/pdfs/Positionspapier%20COVID.pdf (18. 9. 2020).

89 Navedeno po https://www.individuelle-impfentscheidung.de/pdfs/Positionspapier%20COVID.pdf (18. 9. 2020). Najnovejši postopki v zvezi s cepivom proti herpesu Shingrix® kažejo, da imajo tudi redno odobrena cepiva še vrsto let po začetku uporabe resne neželene učinke. Shingrix® je »adjuvansirano« DNA cepivo – izdelano po proizvodnem postopku, ki se uporablja tudi pri nekaterih možnih cepivih proti covid-19.

90 Tako **A. Krasser**, op. cit., str. 142.

91 Prav tam.

92 Prav tam.

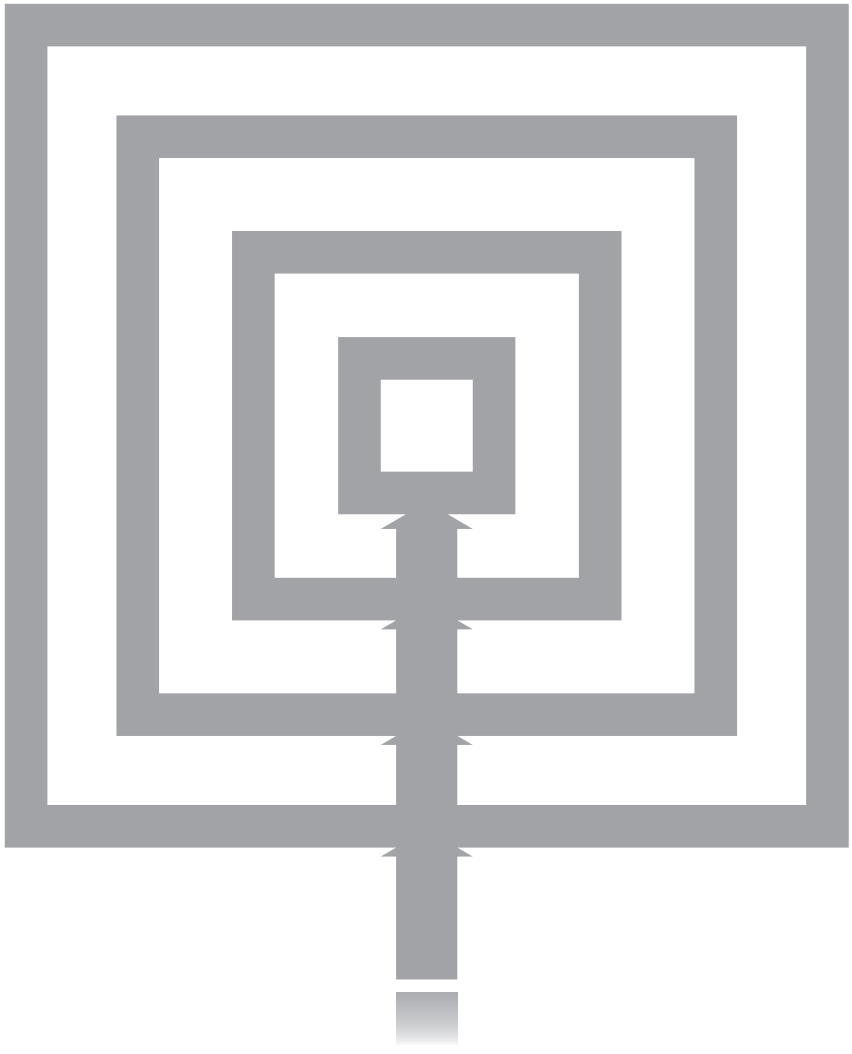
93 Prav tam. V okviru teh premislekov pa težavo povzročajo t. i. kombinirana cepiva, saj sorazmerni obvezni vrstni red cepljenja včasih vodi tudi do obveznega vrstnega reda cepljenja, ki pa ne izpolnjuje zahteve po sorazmernosti. Obveznost kombiniranega cepiva se še vedno zdi sorazmerna, če posamezna cepiva niso enako varna in učinkovita ali jih ni na trgu. Ker se poseg za prizadetega ne intenzivira, se koristi za družbo povečujejo z bojem proti več boleznim hkrati.

Sklepno lahko rečemo, da ustava (predvsem določbe o človekovih pravicah) sicer načelno ne nasprotuje uvedbi cepljenja,[94] vendar pa je pot do tja dolga (če sploh), da bi bili izpolnjeni vsi pogoji za izpolnitev ustavnega načela sorazmernosti.[95] Obvezno cepljenje proti covidu-19 je lahko le ukrep *ultima ratio*.[96]

94 Glej **Christian Kopetzki**: Impfpflicht und Verfassung, v: Recht der Medizin, št. 2, 2017, str. 45. Glej še **Sarah Fujiwara**: Is Mandatory Vaccination Legal in Time of Epidemic, v: Virtual Mentor, Ethics Journal of the American Medical Association, vol. 8, št. 4, 2006, str. 227–229; **Stephan Rixen**: Verfassungsfragen der Masernimpfpflicht: Ist die Impfpflicht nach dem geplanten Massernschutzgesetz verfassungswidrig?, Rechtsgutachten, 2019; **Mary Holland**: Compulsory Vaccination, the Constitution, and the Hepatitis B Mandate for Infants and Young Children, v: Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics, vol. 12, št. 1, 2012, str. 39–48.

95 Glej **Johanna Wolf**: Darf es eine Impfpflicht gegen Corona geben?, v: Demokratie im Ausnahmezustand. Wie verändert die Coronakrise Recht, Politik und Gesellschaft, Friedrich Ebert Stiftung, 2020, str. 1–3. Avtorica med drugim navaja, da bi ukrep obveznega cepljenja v smislu načela sorazmernosti dopusten šele, če se ne bi zadostno število ljudi cepilo prostovoljno, če kakšna milejša sredstva, ki bi spodbudila določeno število ljudi k cepljenju, ne bi zadoščala, jasno bi moralo biti, koliko ljudi je sedaj že naravno imunih na bolezen, in podobno.

96 Tudi sodba Velikega senata ESČP v zadevi *Vavřička in drugi proti Češki republiki (pritožba št. 47621/13 z dne 8. aprila 2021)* po mojem mnenju ni predrugačila zadeve.



# IZ PRAKSE ZA PRAKSO

# IZBRANI IZDELKI BRUSILNICE DIAMANTOV KAZENSKEGA ODDELKA VRHOVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE

Mag. Luka Vavken, univ. dipl. prav., pravosodni svetnik I, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

## 1. NAMESTO UVODA

Časi so težki in negotovi, polni slabih novic o širjenju kužne bolezni, dnevnem številu smrti, težavah posameznikov in gospodarstva. Ta prispevek zato začnem z nekaj osnovnimi podatki o stvareh, ki vsaj predstavnicam nežnejšega spola, ki prevladujejo v slovenskem sodstvu, praviloma povzročajo veselje in so jim zagotovo pri srcu. O diamantih torej.[1]

Diamant velja za najdragocenejši naravni mineral na svetu. Njegovo ime izhaja iz grščine in pomeni *adamas* – nepremagljiv. Gre za najtršo naravno snov, izoblikovano pod visokimi pritiski in temperaturami globoko pod zemeljskim površjem. Z natančnim brušenjem in poliranjem iz dragih kamnov pridobivamo svetleče briljante. Večina ljudi je prepričana, da je vrednost diamanta odvisna od njegove velikosti. Pa ni čisto tako. Glavne značilnosti, ki določajo vrednost tega dragega kamna, so:

- **teža.** Meri se v karatih. S karatom ne izražamo velikosti diamantov kakor večina zmotno meni, temveč njihovo maso;
- **oblika**. Najbolj priljubljena oblika, v katero brusijo diamante, se imenuje briljant, ki ima 57 ploskvic oziroma faset, na katerih se lomi svetloba in ustvarja tako imenovani »ogenj diamanta«;
- **brus.** Določajo ga razmerja že izdelanega kamna, simetrija in kakovost poliranja, ki se odraža v končnem visokem sijaju. Po kakovosti ločimo štiri stopnje brusa: zelo dober, dober, srednji in slab;
- **barva.** V naravi so diamanti različnih barv. Največjo vrednost imajo popolnoma brezbarvni kamni. Barvna lestvica je označena s črkami od A do Z. Črka A pomeni popolnoma brezbarven mineral, diamant označen s črko Z pa je obarvan izrazito rumeno. Po veljavni lestvici je doslej najbolj brezbarven diamant označen s črko D. Črke A, B in C pa so rezervirane za drage kamne, ki jih bodo morda našli v prihodnosti. Manj je torej diamant obarvan, večja je njegova vrednost;
- **čistost.** Ta je poleg barve ključnega pomena pri določanju cene diamanta. Popolnoma čisti diamanti so označeni s črkama LC, lestvica je nato padajoča in se konča s črkama P2 in P3. P2 označuje kamen, v katerem je s prostim očesom viden tujek. Najslabše kakovosti so diamanti, označeni s črko P3, pri katerih je s prostim očesom mogoče videti dva tujka ali celo več tujkov.[2]

1 Za moški del populacije pa moremo v šali reči, da jim ta »tvar zemlje in dela človeških rok« rada povzroči prezgodnjo osivelost.

2 Pretežno povzeto po prispevku Hobart M. King: Diamond, the most popular gemstone. The hardest known substance. An amazing number of uses., Geoscience News and information, objavljenem na spletni strani *https://geology.com/minerals/diamond.shtml.*

## 2. RAZLAGA NASLOVA IN NAMEN PRISPEVKA

Že stari Rimljani so rekli »*nomen est omen*«. Na Zahodu pa pravijo, da če naslov predavanja ni takšen, da že vnaprej pritegne zanimanje avditorija, ostane predavalnica prazna. Naslov prispevka „Izbrani izdelki brusilnice diamantov kazenskega oddelka Vrhovnega sodišča Republike Slovenije“ je izrazito izzivalen, zlasti če ga razumemo v dobesednem pomenu, da kazenski oddelek vrhovnega sodišča „izdeluje“ same vrhunske izdelke, torej izdelke, ki jih lahko enačimo z dragimi kamni. Seveda to ni njegov pravi oziroma resnični pomen. Prav nasprotno. Nobena človeška stvaritev ne more biti popolna, lahko je le približek popolnosti. Znan je pregovor, da ni vse zlato, kar se sveti. Tudi vsak kamen, ki ga označujemo za briljant, svojega imena nujno ne upravičuje; lahko je na primer primerne velikosti ali teže, pa je zaradi drugih lastnosti komaj kaj vreden. Nič drugače ni s sodnimi odločbami, četudi najvišjega in po tej logiki »najmodrejšega« sodišča v državi. Kakor ugotavlja nekdanji predsednik vrhovnega sodišča[3] je večina ljudi, tudi številni sodniki, zmotno prepričana, da sojenje pomeni dejavnost, katere izid je ena sama pravilna odločitev. Če pustimo ob strani dejstvo, da se prav pri zbornem sojenju, ki je ena od značilnosti sodnih instanc, v izidu glasovanja, ki ni vedno soglasen, odraža, da je na določeno pravno vprašanje mogoče imeti zelo različne, včasih tudi popolnoma subjektivne poglede, obstaja kar nekaj objektivnih dejavnikov, ki vplivajo na kakovost sodb vrhovnega sodišča. Med njimi zagotovo izstopata dva: kakovost vloženega izrednega pravnega sredstva, ki mora vsebovati ustrezno pravno argumentacijo zatrjevanih kršitev in pomembnost pravnega vprašanja za razvoj prava in sodno prakso, ki ga vložnik odpira v vlogi, s katero se je obrnil na vrhovno sodišče.

Prispevek je vsebinsko razdeljen na dva dela. V prvem delu bom navedel in analiziral posamezne nedavno sprejete pomembnejše odločbe kazenskega oddelka Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, ki obravnavajo raznovrstna pravna vprašanja. V drugem delu pa se bom ukvarjal temi, ki je v praksi najvišjega sodišča v državi vedno znova aktualna in nikoli do konca izčrpana. To je zagotavljanju nepristranskosti sojenja v konkretnih zadevah. Odločbe bom primerjal s kakovostjo dragih kamnov in jih po lastni presoji označil s parametri, ki opredeljujejo vrednost briljantov.

## 3. RAZLIČNI INSTITUTI KAZENSKEGA PRAVA Z VIDIKA ODLOČB KAZENSKEGA ODDELKA VRHOVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE (RS)

### 3.1 Osebna kazniva dejanja – sodba Vrhovnega sodišča RS v zadevi I Ips 52808/2014 z dne 16. julija 2020 – *„dva karata, barva Z, čistost P3“*

Ta zadeva v metaforičnem pomenu dokazuje, da tudi najboljši brusilec dragih kamnov, ki mu pride pod roke velik diamant, iz njega ne more napraviti kakovostnega briljanta, če kamen ni ustrezne barve in čistine. V tej zadevi se je namreč naka-

3 Primerjaj Testen F. (2018): Kako nastajajo sodbe v Sto let vrhovnega sodstva na Slovenskem : slavnostni zbornik : (1918-2018) / [odgovorni urednik Vladimir Horvat ; uredniški odbor, predsednik Damijan Florjančič ... (et al.); stvarno kazalo Nevenka Rihar, Ljubljana, str. 101.

zovalo zapleteno in pomembno pravno vprašanje, ki ga vrhovno sodišče ni moglo rešiti oziroma nanj odgovoriti, ker zahteva za varstvo zakonitosti ni bila ustrezno obrazložena.[4]

### *Pravni okvir zadeve*

V obravnavani zadevi je državno tožilstvo zoper S. K. in S. D. vložilo obtožni predlog, da sta v sostorilstvu kot roditelja zanemarjala mladoletne osebe, in sicer njune otroke M. D., D. D. in A. D., s čimer naj bi izpolnila zakonske znake (enega) kaznivega dejanja zanemarjanja mladoletne osebe in surovega ravnanja po prvem odstavku 201. člena v zvezi s 25. členom Kazenskega zakonika (KZ).[5]

Sodišče prve stopnje je oba obdolženca iz razloga po tretjem odstavku 358. člena Zakona o kazenskem postopku (v nadaljevanju ZKP)[6] oprostilo obtožbe storitve očitanega kaznivega dejanja v škodo otrok D. D. in A. D., v razlogih sodbe pojasnilo, da je iz opisa kaznivega dejanja v oprostilni sodbi izpustilo opis ravnanj, ki se je nanašal na otroka M. D., ker je dejanje v njegovo škodo že absolutno zastaralo. Pritožbeno sodišče je zavrnilo pritožbo državnega tožilstva in potrdilo sodbo sodišča prve stopnje, čeprav je navedlo, da se strinja s pritožnikom, da kazenski pregon glede otroka M. D. ni zastaral. Ker pa v zvezi s tem oškodovancem ni bila izdana zavrnilna sodba, hkrati pa je bila v zvezi s preostalima oškodovancema izdana oprostilna sodba, izpodbijana sodba, kljub ugotovljeni kršitvi, ne more biti razveljavljena. Bilo je namreč mnenja, da v zvezi z istim kaznivim dejanjem pač ne moreta hkrati obstajati oprostilna in zavrnilna sodba.

### *Odločitev vrhovnega sodišča*

Vložnik je v zahtevi za varstvo zakonitosti trdil, da je v izpodbijani sodbi podana kršitev po 7. točki prvega odstavka 371. člena ZKP, ker sodišče s sodbo ni popolnoma rešilo predmeta obtožbe, kršitve pa, kakor že rečeno, ni ustrezno utemeljil, zato je vrhovno sodišče ni moglo vsebinsko presoditi. V ozadju zatrjevane kršitve pa se seveda skrivajo težave glede opisov tako imenovanih osebnih kaznivih dejanj v sodbenem izreku, ki jih bom v nadaljevanju nekoliko podrobneje prikazal.

### *Težave glede opisov osebnih kaznivih dejanj*

Že od časa našega največjega pesnika velja, naj bi bili pravniki „*jezični dohtarji*“. To, morda celo nekoliko slabšalno poimenovanje, se nanaša zlasti na spretnost navajanja argumentov, ki utemeljujejo določeno trditev za vsako ceno. Celo na škodo objektivne stvarnosti, da bi le v določenem postopku dosegli svoj prav. Besedni zvezi „*jezični dohtar*“ lahko zlahka pripišemo tudi drugačen, dosti bolj resen in pozitiven pomen: vsak pravnik, zlasti še tisti, ki se ukvarja s področjem kaznovalnega

4 Poudarjam, da ni šlo za zahtevo za varstvo zakonitosti kakšnega (polpismenega) pravnega laika, temveč za zahtevo kvalificiranega vlagatelja - Vrhovnega državnega tožilstva Republike Slovenije.

5 Kazenski zakonik (Uradni list RS, št. 95/04 – uradno prečiščeno besedilo in 55/08 – KZ-1).

6 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, 66/17 – ORZKP153,154, 22/19, 55/20 – odl. US, 89/20 – odl. US, 191/20 – odl. US in 200/20).

prava, mora odlično poznati slovenski jezik in njegove posebnosti, saj je lahko le od odtenka jezikovnega pomena določene besede odvisen obstoj kaznivega dejanja in s tem večinoma tudi usoda obdolženca. Obvladati mora predvsem tehniko opisa kaznivega dejanja, ki po svoji naravi pomeni predvsem ubeseditev tistega, kar naj bi se v resničnem svetu zgodilo in ima lastnosti (zakonske znake) določenega kaznivega dejanja.

Za razmislek navajam nekaj izhodišč v zvezi z opisom osebnih kaznivih dejanj v obtožnem aktu oziroma sodbenem izreku, ki utegnejo biti uporabna za vsakodnevno delo sodišč.

Osebna kazniva dejanja so tista, kjer je napadena oseba ali osebnostna vrednota. To so zlasti kazniva dejanja, kjer so posebni objekti kazenskopravnega varstva neposredni izraz ustavno zagotovljene nedotakljivosti človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti in osebnostnih pravic (35. člen Ustave Republike Slovenije – v nadaljevanju ustava[7]), oziroma katere od njihovih delov (na primer spolne celovitosti in podobno). V ta okvir spadajo kazniva dejanja zoper življenje in telo, nekatera kazniva dejanja zoper človekove pravice in svoboščine, kazniva dejanja zoper čast in dobro ime, spolno nedotakljivost, nekatera kazniva dejanja zoper človekovo zdravje in kazniva dejanja zoper zakonsko zvezo, družino in mladino.

V krog osebnih kaznivih dejanj se uvrščajo tudi kazniva dejanja, pri katerih gre sicer za druge, posebne objekte varstva (na primer premoženje, javni red in mir), vendar pa je opis osebnega kaznivega dejanja njihov sestavni del. Gre za primere tako imenovanih sestavljenih kaznivih dejanj, ko je v zakonskem dejanskem stanu posameznega kaznivega dejanja združeno dvoje ali več kaznivih dejanj in ima eno od njih naravo osebnega kaznivega dejanja.[8] Mednje spada na primer kaznivo dejanje ropa, pri katerem sta v zakonskem dejanskem stanu združeni kaznivi dejanji tatvine in prisiljenja; uporaba sile ali grožnje z neposrednim napadom na življenje ali telo je zaradi odvzema stvari usmerjena proti določeni osebi oziroma njeni osebni integriteti.[9]

Temeljno pravilo v zvezi z osebnimi kaznivimi dejanji, ki je zavzeto v sodni praksi, je, da kolikor je oškodovancev, toliko je kaznivih dejanj. Razlog za takšno stališče je dejstvo, da je pri osebnih kaznivih dejanjih poseženo v osebno integriteto posameznika, kazniva dejanja pa varujejo osebnostne pravice, ki so lastne vsakemu posamezniku.[10]

V primeru, ki ga navajam, je očitno, da je državno tožilstvo kaznivo dejanje staršev v škodo njunih otrok napačno pravno opredelilo kot eno kaznivo dejanje zanemar-

7 Ustava Republike Slovenije (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 O sestavljenih kaznivih dejanjih glej podrobneje Bavcon L. … (et al.) (2014): Kazensko pravo. Splošni del, 6. izdaja, 1. ponatis, Uradni list RS, Ljubljana, str. 198, 213 in 215.

9 Podrobneje glej Merc K., v Korošec D., et. al. (2019): Veliki znanstveni komentar posebnega dela kazenskega zakonika (KZ-1), druga knjiga, Uradni list I. RS, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 462 - 464.

10 Primerjaj na primer odločbe Vrhovnega sodišča v zadevah I Ips 150/2001 z dne 21. marca 2002, I Ips 174/2005 z dne 14. decembra 2006 in I Ips 59069/2010 z dne 21. julija 2016.

janja mladoletne osebe in surovo ravnanje, namesto da bi obdolžencema pravilno očitalo storitev treh kaznivih dejanj v škodo njunih (treh) otrok. Zastavlja se torej vprašanje, kaj naj naredi sodišče v primeru takšne (napačne) pravne opredelitve osebnostnih kaznivih dejanj.

V sodni praksi je sprejeto stališče, da sodišče veže opis kaznivega dejanja, ne pa njegova pravna opredelitev. To bi nakazovalo, da bi lahko sodišče v primeru, ko je v škodo več oškodovancev toženo eno osebno kaznivo dejanje, takšen opis razdelilo na več samostojnih kaznivih dejanj. Vendar bi bilo po drugi strani takšno ravnanje sodišča, ki bi iz enega kaznivega dejanja naredilo več kaznivih dejanj, skrajno vprašljivo, saj se zlasti v skladu s sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP) zahteva seznanitev obdolženca s kazenskopravnim očitkom in pravno opredelitvijo kaznivega dejanja. Če bi torej sodišče iz enega dejanja napravilo tri kazniva dejanja, bi lahko šlo za sodbo presenečenja.

Ker se v našem sistemu krepi načelo dispozitivnosti, je prav, da za takšne primere prevzeme odgovornost državno tožilstvo. To mora pri osebnih kaznivih dejanjih vložiti obtožnico za toliko kaznivih dejanj, kolikor je oseb, ki so bile z očitanim kaznivim dejanjem oškodovane.

## 3.2 Koristoljubnost in stranska denarna kazen - sodba Vrhovnega sodišča RS v zadevi I Ips 28751/2017 z dne 13. februarja 2020 - „*0,1 karata, barva D, čistost LC*“

Iz te zadeve je mogoče razbrati dva poudarka: pomen uporabe razlagalnih metod in dejstvo, da razlag posameznih institutov iz drugih pravnih ureditev ni mogoče mehanično prenesti v našo sodno prakso, ne da bi pred tem preučili celotno pravno sistematiko tujega zakona.

### *Pravni okvir zadeve*

V tem primeru je bil obsojenec spoznan za krivega storitve kaznivega dejanja pomoči h kaznivemu dejanju goljufije v škodo Evropske unije. Sodišče prve stopnje mu je izreklo pogojno kazen in stransko denarno kazen v višini 34-dnevnih zneskov. Pritožbeno sodišče je pritožbi obsojenčeve obrambe delno ugodilo in izpodbijano sodbo v odločbi o kazenski sankciji spremenilo tako, da obsojencu stranske denarne kazni ni izreklo. Svojo odločitev je utemeljilo z navedbami, da drugi odstavek 45. člena Kazenskega zakonika (v nadaljevanju KZ-1)[11] predvideva, da storilec z dejanjem obogati oziroma stori kaznivo dejanje z namenom, da obogati. Kaznivo dejanje je po stališču pritožbenega sodišča torej storjeno iz koristoljubnosti le, če se ugotovi, da ga je storilec storil zaradi pridobitve premoženjske koristi. Pri tem se je oprlo na nemško ureditev, v kateri koristoljubni nagib oziroma motiv pomeni, da ima storilec motiv oziroma nagib obogatiti oziroma skušati obogatiti. Na podlagi navedenega je sklenilo, da izraza koristoljubnosti ni dopustno razlagati širše v škodo obsojencu glede tega, da je koristoljubnost

11 Kazenski zakonik (Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20 in 91/20).

podana tudi tedaj, kadar storilec izvrši kaznivo dejanje zato, da bi komu drugemu pridobil premoženjsko korist.

### *Odločitev vrhovnega sodišča*

Vrhovno sodišče se s takšnim stališčem pritožbenega sodišča ni strinjalo. Presodilo je, da je kaznivo dejanje storjeno iz koristoljubnosti tudi tedaj, kadar ga storilec izvrši zato, da bi komu drugemu pridobil premoženjsko korist. Pri tem se je sklicevalo na svojo že obstoječo prakso,[12] iz katere je med drugim razvidno, da ureditev nemškega kazenskega zakonika ni neposredno uporabna v naši praksi, ker ne izhaja iz enakih izhodišč kakor določba 45. člena KZ-1. V Nemčiji namreč velja splošno sprejeto stališče, da je denarna kazen nadomestilo prostostne kazni, zato se praviloma ne kumulira z zaporno kaznijo.

Stališče, da je mogoče stransko denarno kazen izreči tudi v primeru, kadar se koristoljubnost ne nanaša le na lastno, ampak tudi na tujo obogatitev, je vrhovno sodišče preizkusilo tudi z uporabo v pravu uveljavljenih razlagalnih metod:

- jezikovna razlaga: samostalnik koristoljubje je v Slovarju slovenskega knjižnega jezika (SSKJ) opredeljen kot težnja po pridobitvi premoženjske koristi. Iz običajnega besednega pomena besedne zveze „iz koristoljubnosti“ ni mogoče razbrati, ali se težnja po pridobitvi premoženjske koristi nanaša le na povečanje oziroma ohranitev vrednosti lastnega premoženja ali tudi na povečanje premoženja koga drugega. Jezikovna razlaga besedne zveze »iz koristoljubnosti« torej ne izključuje razlage, da je stransko denarno kazen mogoče izreči tudi v primeru, kadar storilec premoženjske koristi ne pridobi neposredno zase, temveč tudi za koga drugega;
- sistematična razlaga: vrhovno sodišče je možnost izreka stranske denarne kazni primerjalo z ureditvijo instituta odvzema premoženjske koristi. Čeprav je namen odvzema premoženjske koristi (da nihče ne sme obogateti s kaznivim dejanjem) drugačen od namena stranske denarne kazni, ni videti utemeljenega razloga za razlikovanje, po katerem bi se premoženjska korist lahko odvzela vsakemu prejemniku, stranska denarna kazen pa bi se lahko izrekla le, kadar je bil namen storilca kaznivega dejanja le lastna obogatitev;
- logična in namenska razlaga: če bi sprejeli razlago, da je stransko denarno kazen mogoče izreči le, kadar gre za pridobitev lastne koristi, bi iz denarnega kaznovanja brez utemeljenega razloga izključili vse storilce kaznivih dejanj, katerih dejanja vodijo do obogatitve oseb, ki so z njimi povezane (sorodniki, poslovni partnerji, prijatelji in podobno). Predvsem pa v takem primeru ne bi bilo mogoče izreči denarne kazni storilcem gospodarskih kaznivih dejanj, ki so s protipravnim ravnanjem pridobili premoženjsko korist pravni osebi. Takšna razlaga gotovo ne more biti v skladu z namenom zakona.

12 Sodbi Vrhovnega sodišča RS v zadevah I Ips 95443/2010 z dne 24. marca 2017 in I Ips 14205/2013 z dne 6. junija 2019.

### 3.3 Krepitev načela dispozitivnosti - sodba Vrhovnega sodišča RS v zadevi I Ips 42857/2015 z dne 4. junija 2020 - „*0,2 karata, barva D, čistost LC*“

Ta zadeva, ki se nanaša na delo pritožbenega sodišča, je pomembna predvsem zato, ker pomeni pomemben korak h krepitvi načela dispozitivnosti v kazenskem postopku. To načelo primarno izhaja iz civilnega pravdnega postopka in pomeni, da se postopek po volji strank začne, teče in konča.[13] Sodišče mora pri odločanju ostati v mejah tožbenega zahtevka. Odloča lahko torej le v mejah postavljenih zahtevkov in tožniku ne more prisoditi niti česa več niti česa drugega, kar je s tožbo zahteval,[14] čeprav je morda tožnik po materialnem pravu upravičen do česa več ali drugega.[15] Načela dispozitivnosti zaradi narave kaznovalnega prava, ki še vedno večinoma vztraja pri načelu iskanja materialne resnice in instrukcijski maksimi, ni mogoče mehanično prenesti iz civilnega pravdnega postopka v kazenski postopek. Upravičena pa je zahteva, da se tudi v kazenskem postopku naloži strankam večja odgovornost za uveljavljanje njihovih pravic, kar med drugim pripomore h krepitvi načela enakopravnosti strank v postopku.

Vrhovno sodišče je načelo dispozitivnosti ob upoštevanju določbe prvega odstavka 424. člena ZKP v celoti razvilo pri odločanju o izrednem pravnem sredstvu – zahtevi za varstvo zakonitosti. V tem postopku dispozitivnost strankam nalaga, čeprav vsebina zahteve za varstvo zakonitosti ni posebej predpisana, da poleg razlogov iz prvega odstavka 420. člena ZKP navedejo razloge oziroma okoliščine, ki opredeljujejo in utemeljujejo uveljavljano kršitev zakona. Vložnik ima odgovornost, da kršitev zakona, ki jo uveljavlja, razločno pojasni oziroma utemelji. To je nujni pogoj za to, da lahko sodišče preizkusi utemeljenost zahteve. Sodišče je pooblaščeno in ima dolžnost preizkušati obstoj kršitev zakona, zaradi katerih je zahteva dovoljena, če se vložnik nanje določno sklicuje oziroma jih utemeljuje. Pri tem ni dovolj, da se sklicuje le na vrsto kršitve, ne da bi jo konkretiziral in podrobno obrazložil razloge, zaradi katerih je (izredno) pravno sredstvo vloženo. Sodišču ni treba samo preizkušati, ali so bile v postopku oziroma sodbi storjene kršitve takšne vrste, na katere se na splošno sklicuje zahteva, saj bi to pomenilo delovanje po uradni dolžnosti, kar pa je v nasprotju s konceptom zahteve za varstvo zakonitosti.[16]

Takšne strogosti, kakor je uveljavljena v postopku z zahtevo za varstvo zakonitosti, seveda v kazenskem postopku pred nižjimi sodišči ni mogoče zahtevati. Upravičeno pa je pričakovati, da sodišča čim bolj (če to dopuščajo pravna pravila) vendarle upoštevajo voljo strank v postopku.

#### Pravni okvir zadeve

V tej zadevi je bil obsojenec, po poklicu policist, spoznan za krivega storitve več različnih kaznivih dejanj, med drugim tudi dveh kaznivih dejanj jemanja podkupni-

13 Glej Ude L. (2002): Civilno procesno pravo, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, str. 108.
14 *Ne eat iudex ultra et exstra petita partium.*
15 Podrobneje o načelu dispozitivnosti v pravdnem postopku glej Galič A. (2005): v Ude L … (et al.), Pravdni postopek: zakon s komentarjem, Uradni list, GV Založba, Ljubljana str. 30 - 40.
16 Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS v zadevi I Ips 38/2009 z dne 28. maja 2009 in številne druge.

ne. Sodišče prve stopnje mu je za vsako od teh kaznivih dejanj določilo kazen eno leto zapora. Pritožbeno sodišče je ob delni ugoditvi pritožbi državnega tožilstva odločbo o kazenski sankciji spremenilo tako, da je obsojencu določeno kazen eno leto zapora za kaznivi dejanji jemanja podkupnine zvišalo na dve leti zapora za vsako kaznivo dejanje. Takšno zvišanje posameznih določenih kazni se je odrazilo tudi na izrečeni višji enotni zaporni kazni.

### Odločitev vrhovnega sodišča

Vrhovno sodišče je ugotovilo, da pritožbeno sodišče pri zvišanju kazni za kaznivi dejanji jemanja podkupnine ni upoštevalo, da je državno tožilstvo v pritožbi predlagalo zvišanje kazni za vsako od teh dejanj na eno leto in šest mesecev zapora. Vrhovno sodišče je ugotovilo, da je pritožbeno sodišče nedopustno ravnalo v obsojenčevo škodo in s sodbo presenečenja odločilo praktično po uradni dolžnosti. Odločitev je utemeljilo z navedbami, da sodišče v pritožbenem postopku ni zamejeno le z razlogi, temveč v okviru teh tudi s predlogom državnega tožilca. Zato je vsaka za obsojenca neugodnejša odločitev prek tožilčevega predloga v nasprotju s pravili pritožbenega postopka. Dodatni argument k takšni odločitvi je okoliščina, da je obdolženec (ki sprejema argumentacijo in predlog iz tožilčeve pritožbe in iz tega razloga v odgovoru ne navede nasprotnih argumentov) lahko izigran, če pritožbeno sodišče, čeprav v okviru pritožbenega razloga, prekorači tožilčev predlog. Vrhovno sodišče je zato v tem primeru obsojencu kazen znižalo v mejah v pritožbi predlagane kazni, in sicer mu je za vsako kaznivo dejanje določilo po eno leto in šest mesecev zapora.

## 3.4 Zastopanje obdolženca po zagovorniku iz druge države članice Evropske unije - sodba Vrhovnega sodišča RS v zadevi IV Ips 9/2020 z dne 21. julija 2020 - „*0,3 karata, barva D, čistost LC*“

Ta zadeva se nanaša na zakonitost prekrškovnega postopka, vendar njen pomen znatno presega področje prekrškovnega prava. Odločba je dragocena tudi za kazenski postopek, ker je vrhovno sodišče v njej podalo podrobno razlago določb Zakona o odvetništvu (v nadaljevanju ZOdv),[17] ki urejajo zastopanje po odvetniku iz druge države članice Evropske unije pred slovenskimi sodišči.

### *Dejanski in pravni okvir zadeve*

Storilec prekrška, avstrijski državljan, je bil v Republiki Sloveniji spoznan za odgovornega storitve dveh cestnoprometnih prekrškov. Prekrškovni organ mu je izdal odločbo o prekršku, zoper katero je storilec vložil zahtevo za sodno varstvo po svojem zagovorniku, ki ima sedež v Pliberku v Avstriji. Sodišče je storilčevega zagovornika pozvalo k predložitvi potrdila, da je vpisan v seznam tujih odvetnikov pri Odvetniški zbornici Slovenije. Storilčev zagovornik je sodišču poslal vlogo, v kateri je navedel, da zastopanje njegove stranke v tem prekrškovnem postopku prevzema odvetniška pisarna iz Republike Slovenije. Sodišče prve stopnje je, čemur je pritrdilo tudi pritožbeno sodišče, zahtevo storilčevega zagovornika zavrglo kot nedovoljeno. Izhajalo je iz stališča, da sme

17 Zakon o odvetništvu (Uradni list RS, št. 18/93, 24/96 – odl. US, 24/01, 54/08, 35/09, 97/14, 8/16 – odl. US, 46/16 in 36/19).

storilca prekrška zastopati le zagovornik, ki je vpisan v enega od (treh) imenikov odvetnikov, ki jih vodi Odvetniška zbornica Slovenije. Ker storilčev zagovornik ni vpisan v imenik odvetnikov v Sloveniji, ne izpolnjuje zakonskih pogojev za opravljanje odvetniškega poklica kot tuji odvetnik, zato nima pravice vložiti zahteve za sodno varstvo.

### *Odločitev vrhovnega sodišča*

Vrhovno sodišče je najprej opozorilo na pomen pravice, da se obdolženec brani z zagovornikom, ki ga izbere po lastni volji. Poudarilo je, da se ta ustavna in konvencijska pravica razteza tudi na prekrškovni postopek, ki je po svoji naravi predvsem kaznovalni postopek.

Nato je podalo razlago zgornje premise sodniškega silogizma v obravnavani zadevi. Navedlo je, da lahko v skladu z določbo 2.a člena ZOdv tuji odvetnik, ki je v matični državi pridobil pravico do opravljanja odvetniškega poklica pod pogoji, ki jih določa ta zakon, v Republiki Sloveniji opravlja:

(1) odvetniške storitve s poklicnim nazivom iz svoje matične države,
(2) odvetniški poklic s poklicnim nazivom iz svoje matične države in
(3) odvetniški poklic z nazivom „odvetnik“.

Že iz jezikovne razlage navedene določbe je razvidno, da ZOdv različno obravnava položaj, ko tuji odvetnik, ki je v matični državi pridobil pravico do opravljanja odvetniškega poklica, v Republiki Sloveniji opravlja odvetniške storitve, in položaj, ko opravlja odvetniški poklic. Vpis v imenik odvetnikov zakon zahteva le v primeru, če želi odvetnik iz druge države članice Evropske unije v Republiki Sloveniji opravljati odvetniški poklic. Odvetnik iz druge države članice, ki ni vpisan v imenik odvetnikov, pa sme pri nas opravljati odvetniške storitve, ki spadajo v okvir odvetniškega poklica, pod pogojem, da sodeluje z odvetnikom, ki ima v Sloveniji pravico opravljati odvetniški poklic z nazivom „odvetnik“. Poleg tega mora Odvetniško zbornico pisno obvestiti o nameri opravljanja posameznih storitev na območju Republike Slovenije in ji predložiti dokazilo o usposobljenosti za opravljanje odvetniškega poklica ter dokazilo o zavarovanju poklicne odgovornosti v matični državi.[18]

Vrhovno sodišče je v konkretnem primeru presodilo, da je sodišče kršilo storilčevo pravico, braniti se z zagovornikom, ki si ga svobodno izbere, ker je izhajalo iz napačnega stališča, da storilčev zagovornik ne sme opravljati storitev zastopanja storilca prekrška pred slovenskimi sodišči, kadar v Republiki Sloveniji ni vpisan v imenik odvetnikov.

18 Vrhovno sodišče je presodilo tudi pravno naravo potrdila, ki ga odvetniku iz druge države članice Evropske unije izda Odvetniška zbornica in ugotovilo, da je le ugotovitvene narave, saj pravico do opravljanja odvetniških storitev tujemu odvetniku daje že ZOdv. Odvetniška zbornica zato v tem primeru ne izda odločbe, s katero bi odvetnik iz druge države članice Evropske unije pridobil pravico opravljati odvetniške storitve, temveč le ugotovi izpolnjevanje pogojev za opravljanje takšne dejavnosti.

## 4. ZAGOTAVLJANJE NEPRISTRANSKOSTI SOJENJA

Malo je pravnih področij, ki so v zadnjih letih v sodni praksi kazenskega oddelka vrhovnega sodišča doživela takšen razvoj, kakor ustavna pravica do nepristranskega sojenja.[19] Čeprav ustavna določba o nepristranskosti sojenja[20] obstaja v nespremenjeni obliki že skoraj trideset let, je njen doseg v zadnjem času dobil velik zagon. Z nekoliko pretiravanja je mogoče trditi, da se kazenski oddelek vrhovnega sodišča skoraj na vsaki redni tedenski seji senata ukvarja z vsaj eno zahtevo za varstvo zakonitosti, v kateri vložnik trdi, da je bil obsojencu v postopku pred nižjima sodiščema kršen (vsaj) videz nepristranskosti sojenja.

Odločbe, v katerih vrhovno sodišče presoja to zadevo, je mogoče razdeliti v več tematskih sklopov. V prvega spadajo tiste, ki se ukvarjajo s sodelovanjem sodnika v predhodnih fazah postopka, na primer pri odreditvi prikritih preiskovalnih ukrepov,[21] v drugem odločbe, ki zahtevo po nepristranskosti širijo tudi na druge udeležence postopka,[22] zlasti sodne izvedence, v tretjem sklopu[23] pa so odločbe, ki se ukvarjajo z vplivom sodnikovih aktivnosti, ki niso povezane z delom na sodišču, na nepristranskost sojenja v konkretni zadevi.[24]

Vzrokov za poudarjeno ukvarjanje vrhovnega sodišča s pravico do nepristranskega sojenja je zagotovo več. V sodbah vrhovnega sodišča, ki obravnavajo to področje, so pogosto citirane odločbe Ustavnega sodišča RS in ESČP. To pomeni, da ima sodna praksa omenjenih sodišč, ki je do zagotavljanja (videza) nepristranskosti sojenja v konkretnih zadevah pogosto in praviloma celo vse bolj nepopustljiva,[25] velik vpliv na odločitve vrhovnega sodišča. Spremembe ZKP, še zlasti novela ZKP- K,[26] ki je v naš kazenski postopek prinesla priznanje krivde in sporazum o priznanju krivde, so z uzakonitvijo novih procesnih položajev nehote odprle tudi številna vprašanja v zvezi z zagotavljanjem videza nepristranskosti sojenja sodnika, ki je v zadevi sodeloval v predhodnih fazah postopka, oziroma je nadaljeval kazenski postopek zoper druge soobdolžence po tem, ko so nekateri obdolženci že priznali krivdo in bili na podlagi tega obsojeni. Ne nazadnje pa je k povečani pozornosti do vprašanj, povezanih z neodvisnostjo in nepristranskostjo sojenja, prispevalo spoznanje, da je zaupanje javnosti v sodstvo tesno povezano z njegovo nepristranskostjo. Sodišča so lahko v konkretnih zadevah v celoti

19 Nepristranskost sojenja v konkretni zadevi je sicer treba ločiti od neodvisnosti posameznega sodnika in sodstva kot celote, čeprav sta oba pojma med seboj tesno povezana. Nepristransko lahko odloča le sodnik, ki je neodvisen (tudi od vodstvene strukture sodišča) in sodniško službo opravlja v sodnem sistemu, ki uživa neodvisnost od ostalih vej oblasti. Seveda pa velja tudi obratno: ni pretirano stališče, da je v vsaki državi sodstvo neodvisno toliko, kolikor je neodvisen vsak posamezni sodnik pri opravljanju sodniške funkcije. Primerjaj Grad F. (2018): Ustavno pravo, druga spremenjena in dopolnjena izdaja, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana, str. 560.

20 Prvi odstavek 23. člena Ustave v povezavi s 125. členom Ustave po katerem so sodniku pri opravljanju sodniške funkcije neodvisni in vezani le na Ustavo in zakon.

21 Glej na primer sodbe v zadevah I Ips 16065/2015 z dne 13. julija 2017, I Ips 49827/2013 z dne 6. decembra 2018 in I Ips 11881/2014 z dne 6. in 20. decembra 2018.

22 Glej na primer sodbo v zadevi I Ips 53384/2014 z dne 11. oktobra 2018.

23 Tipična predstavnica tega sklopa je sodba v zadevi I Ips 2985/2015 z dne 22. februarja 2018 .

24 Podrobneje o tem glej Vavken L.(2019): »Videz nepristranskosti sojenja« - neposrečen izraz z globoko vsebino, Pravosodni bilten, letnik 40, št. 3, Ljubljana, str. 97 - 114.

25 Tako tudi Wedam Lukić D. **(**2017): Pravica do nepristranskega sodnika v odločitvah Ustavnega sodišča Republike Slovenije, v Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju: liber amicorum Ciril Ribičič, Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, Maribor, str. 285-296.

26 Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 91/11).

nepristranska, vendar če javnost tega ne prepozna, ni mogoče pričakovati, da bo sodstvu zaupala. Vzročna zveza med zagotavljanjem videza nepristranskosti sojenja, sprejemanjem oziroma ponotranjenjem sodnih odločb s strani strank postopka in zaupanjem javnosti v delovanje sodstva je torej neizpodbitna.[27] To spoznanje je za slovensko sodstvo, ki se že leta spoprijema z nizko stopnjo zaupanja javnosti, zelo pomembno.

Kakor že rečeno, je vrhovno sodišče v zadnjem času sprejelo niz odločb, ki se nanašajo na zagotavljanje pravice do nepristranskosti sojenja. V nadaljevanju navajam tri odločbe, ki so za razvoj sodne prakse na tem področju najpomembnejše.

### 4.1 Odgovor na dve pomembni vprašanji – sodba vrhovnega sodišča RS v zadevi I Ips 44091/2016 z dne 16. julija 2020 - *„štirje karati, barva D, čistost LC“*

Ta zadeva pomeni vsebinsko nadgradnjo, ne pa spremembo stališča (kakor bi se morda zdelo na prvi pogled), ki ga je vrhovno sodišče zavzelo v zadevi I Ips 11811/2014 z dne 20. decembra 2018. Upam si trditi, da gre za eno najpomembnejših sodb kazenskega oddelka vrhovnega sodišča v preteklem letu, ki bo imela v prihodnje velik vpliv na prakso nižjih sodišč.

#### *Procesni okvir zadeve*

V tej zadevi je sodnica na predobravnavnih narokih sprejela številne sporazume o priznanju krivde, nato pa je zoper obsojenko, ki krivde ni priznala, vodila glavno obravnavo.

Bistvo trditev obrambe v izrednem pravnem sredstvu je bilo, da je sodnica pred sprejetjem sporazumov o priznanju krivde soobtoženih presodila, da je v spisu dovolj dokazov za sprejem njihovega priznanja. Sodnica si je tako že pred začetkom dokaznega postopka vnaprej ustvarila mnenje o očitkih obsojenki, zaradi česar je bil okrnjen videz njene nepristranskosti.

#### *Odločitev vrhovnega sodišča (odgovor na prvo pomembno vprašanje)*

Vrhovno sodišče je očitek zahteve o kršitvi pravice do nepristranskega sojenja ob upoštevanju okoliščin konkretnega primera zavrnilo, svojo odločitev pa je preizkusilo na več ravneh.

a) Najprej se je sklicevalo na svojo dosedanjo ustaljeno prakso, da sodnikov sprejem priznanja krivde katerega od soobtoženih sam po sebi ni razlog za njegovo izločitev v poznejšem postopku zoper (druge) obtožence, ki krivde niso priznali. Sodnik namreč o krivdi in kazenski sankciji odloča za vsakega obtoženca posebej.

27 Van Dijk F. (2021): Perceptions of the independence of judges in Europe, Springer International Publishing: Imprint: Palgrave Macmillan, str. 1 - 6.

b) Sprejeto stališče je nato presodilo glede na prakso ESČP, ki pri presoji objektivnega videza nepristranskosti sodnika izhaja iz posebnih okoliščin vsake posamezne zadeve. Pri tem upošteva tako vsebino sodb, ki so bile izdane zoper soobdolžence, kakor tudi vsebino sodbe, ki je bila izdana zoper konkretnega pritožnika. Vrhovno sodišče se je sklicevalo zlasti na odločbe ESČP v zadevah *Schwarzenberger proti Nemčiji z dne 10. avgusta 2006*, *Miminoshvili proti Rusiji z dne 28. septembra 2011* in *Khodorkovskiy in Lebedev proti Rusiji z dne 14. maja 2020*, v katerih ESČP poudarja, da kazensko sojenje v praksi pogosto vključuje sodnike, ki sodijo v različnih postopkih, kjer je soobtoženih več oseb, kar pomeni, da bi bilo delo kazenskih sodišč onemogočeno, če bi ta okoliščina vzbujala dvom v njihovo nepristranskost. Vrhovno sodišče je poudarilo, da je v sodni praksi ESČP ključno vprašanje, ali sodba zoper soobdolžence vsebuje ugotovitve, ki dejansko prejudicirajo krivdo konkretnega obdolženca.

c) Stališče, da sodnikov sprejem priznanja krivde sam po sebi ni razlog za njegovo izločitev v poznejšem postopku zoper obdolžence, ki krivde niso priznali, je osvetlilo tudi slovenske (ustavno) sodne prakse. Poudarilo je, da ustavno sodišče zavzema stališče, da je objektivni vidik sodnikove nepristranskosti kršen takrat, ko zgodnejša sodba zoper soobdolženca vsebuje presojo konkretnih ravnanj obdolženca, o katerih je sodišče odločilo v poznejšem postopku zoper njega. Sklicevalo se je zlasti na odločbi Ustavnega sodišča RS v zadevah Up-57/14 z dne 26. januarja 2017 in Up-709/2015, Up-710/2015 z dne 19. oktobra 2019. V slednji odločbi Ustavno sodišče RS ni ugotovilo kršitve objektivnega videza nepristranskosti sojenja, čeprav so bili očitki soobdolžencema povezani (šlo je za vprašanje dajanja in sprejemanja podkupnine), saj se je sodba, izdana na podlagi priznanja krivde, nanašala le na soobdolženca, ki sta krivdo priznala.

d) Nato je vrhovno sodišče presodilo konkretne okoliščine obravnavane zadeve in ugotovilo, da obrazložitev izpodbijane sodbe kot celote ne ustvarja vtisa o pristranskem odločanju sodišča. Poudarilo je, da je iz obrazložitve prvostopenjske sodbe razvidno, da se dokazne ugotovitve glede obsojenki očitanih izvršitvenih ravnanj odločilno ne opirajo na priznanja soobsojencev, niti se sodišče prve stopnje v pravnomočni sodbi ne sklicuje na predhodne sodbe, ki so bile izdane zoper njih. Sodba se sicer mestoma opira na priznanja soobtoženih, vendar pa so bili vsi v postopku zaslišani kot priče in v izpovedbah dejanj, za katera so bili obsojeni, niso zanikali.

e) Slednjič je konkretne okoliščine obravnavane zadeve primerjalo še z okoliščinami v že omenjeni zadevi I Ips 11811/2014 z dne 20. decembra 2018, v kateri je ugotovilo, da je sodišče kršilo objektivni videz nepristranskosti sojenja. Presodilo je, da se je (za razliko od obravnavane zadeve, v kateri se sodba sodišča prve stopnje sklicuje na priznanja soobsojencev le v podporo dokazni oceni, ki sicer temelji na številnih drugih dokazih), sodišče v zadevi I Ips 11811/2014 z dne 20. decembra 2018 pri utemeljevanju dokaznih ugotovitev na več mestih v obrazložitvi sodbe sklicevalo na sodbe, izdane zoper soobsojence, ki so krivdo na predobravnavnem naroku priznali oziroma sklenili sporazum o priznanju krivde.

### *Odločitev vrhovnega sodišča (odgovor na drugo pomembno vprašanje)*

V obravnavani zadevi je vrhovno sodišče odgovorilo na še eno pomembno vprašanje glede zagotavljanja videza nepristranskosti sojenja, ki je povezano z vprašanjem priznanja krivde. Presodilo je, da se, ko obdolženec na podlagi lastne odločitve krivdo prizna na glavni obravnavi in sodišče presodi, da za sprejem priznanja niso izpolnjeni zakonski pogoji, določba 3. točke drugega odstavka 39. člena ZKP[28] ne uporabi, kar pomeni, da se sodniku zaradi zavrnitve sprejema priznanja krivde ni treba obvezno izločiti iz sojenja.

Vrhovno sodišče tega stališča ni podrobneje pojasnjevalo, saj je takšna odločitev nadvse logična. Drugačno stališče bi namreč pomenilo, da bi lahko obdolženec med glavno obravnavo (celo tik pred njenim koncem) s podajo „hibnega priznanja“,[29] za katerega ve, da ga sodišče ne more sprejeti, dosegel, da bi se glavna obravnava pred drugim sodnikom začela znova. Tako bi lahko ravnal v skrajnem primeru vedno znova, celo v nedogled, vse do zastaranja kazenskega pregona, če ne bi sodišče že prej zaznalo zlorabe procesnih pravic, ki seveda ne more uživati pravne zaščite.

## 4.2 Vpliv odločanja sodnika v pravdnem postopku na videz nepristranskosti sojenja v kazenskem postopku – sodba Vrhovnega sodišča RS v zadevi I Ips 44796/2013 z dne 5. marca 2020 - „*pol karata, barva D, čistost LC“*

### *Procesni okvir zadeve*

V tej zadevi je bila zahteva za varstvo zakonitosti vložena zoper tako imenovano drugo odločbo – sklep, s katerim je bila zavržena zahteva za obnovo postopka. O zahtevi za obnovo postopka je odločala višja sodnica, ki je pred tem odločala v pravdni zadevi med obsojencem in oškodovančevo materjo glede varstva in vzgoje njunega otroka. V pravdni zadevi je sodnica izdala tudi začasno odredbo, v kateri je napravila dokazni sklep, da je obsojenec otroka v jezi porinil v radiator.

Vrhovno sodišče je ugotovilo, da je bil videz nepristranskosti kršen, ker se je sodnica, ki je obravnavala vprašanje, kdo od staršev je primernejši, da mu je otrok zaupan v varstvo in vzgojo, opredelila in se seznanila tudi z „vrženjem“ otroka v radiator s strani obsojenca. Prav to je bil namreč bistveni očitek obsojencu v kazenskem postopku. Vrhovno sodišče je zavzelo stališče,[30] da je v obravnavanem

28 Sodnik oziroma sodnik porotnik ne sme odločati o obtožbi oziroma o pritožbi ali izrednem pravnem sredstvu zoper odločbo s katero je bilo odločeno o obtožbi, če je izdal sklep, da se priznanje obdolženca zavrne (drugi odstavek 285.c člena ZKP) oziroma sklep, da se sporazum o priznanju krivde zavrne (450.č člen ZKP).

29 Na primer, da bi pred sodiščem na glavni obravnavi trdil, da „dejanje po objektivni plati priznava, vendar se zanj ne čuti krivega“ in podobno.

30 Pri tem se je sklicevalo tudi na sodbo ESČP v zadevi *Indira zoper Slovaško* z dne 1. februarja 2005, kateri je ESČP presodilo, da, je videz nepristranskosti lahko prizadet, kadar pri odločanju sodeluje sodnik, ki je sodeloval pri odločanju v zadevi, ki je z obravnavano zadevo povezana tako, da gre za ista dejstva, ki se obravnavajo v dveh ločenih postopkih.

primeru ključno, da sta se oba postopka nanašala na isti sklop dokazov oziroma sta izhajala iz istega historičnega dogodka.[31]

### 4.3 Vpliv sodnikovih aktivnosti, ki niso povezane s sojenjem, na nepristranskost sojenja – sodba Vrhovnega sodišča RS v zadevi I Ips 58000/2012 z dne 3. septembra 2020 – „*0.3 karata, barva D, čistost LC*“

#### *Dejanski okvir zadeve*

V tej zadevi je obsojenčeva obramba uveljavljala, da višja sodnica, ki je v pritožbenem postopku sodelovala kot poročevalka, ne bi smela opravljati sodniške dolžnosti, ker je bil okrnjen videz njene nepristranskosti. Kršitev je obramba utemeljevala z navedbami, da je bila sodnica pobudnica nasprotovanja gradnje stanovanjskega bloka nasproti njenega stanovanja, da je s posebno vnemo zbirala podpise stanovalcev in da je na upravni enoti neuspešno zahtevala status stranke v postopku izdaje gradbenega dovoljenja, pri čemer je upravno enoto v tistem času vodil obsojenec.

Vrhovno sodišče je pred odločanjem o zadevi pridobilo poročilo o zatrjevanih kršitvah zakona in se (kar ni običajna praksa) seznanilo z vsebino spisa upravne enote.

#### *Odločitev vrhovnega sodišča*

Vrhovno sodišče je presodilo, da obsojenec v konkretni zadevi ni ovrgel domneve o osebni nepristranskosti višje sodnice, niti ni izkazal, da je zaradi njene vpletenosti v upravni postopek podan objektivno upravičeni dvom v nepristranskost sojenja na pritožbenem sodišču. Svojo odločitev je utemeljilo s presojo dejanskih okoliščin tega primera. Poudarilo je, da obsojenec v postopku izdaje gradbenega dovoljenja, v katerem je kot zastopnica etažnih lastnikov sodelovala višja sodnica, ni imel pomembnejše vloge. Vrhovno sodišče je sklenilo, da v času odločanja na pritožbenem sodišču ni obstajalo zatrjevano nasprotje interesov, ki ga skuša prikazati obsojenčeva obramba, povezava med obsojencem in višjo sodnico pa je tako šibka, da že na prvi pogled ne vzbuja upravičenega dvoma v nepristranskost sodničinega odločanja v konkretni kazenski zadevi.

---

31 Tej zadevi je po dejanski plati (vsaj na videz) podobna sodba ESČP v zadevi *Alexandru Marian Iancu zoper Romunijo* z dne 4. februar 2020, ki je bila sprejeta mesec dni pred obravnavano sodbo Vrhovnega sodišča RS. V tej zadevi je ESČP presodilo, da ni bil kršen ne subjektivni ne objektivni vidik nepristranskosti sojenja, čeprav je v dveh ločenih, sicer pa povezanih kazenskih postopkih zoper pritožnika, v katerih je bil vsakič obsojen na večletno zaporno kazen, v dvočlanskem senatu, ki je potrdil prvostopenjsko obsodilno sodbo, sodeloval isti sodnik. ESČP je poudarilo, da zgolj dejstvo, da je sodnik že sodeloval in odločal v ločenem postopku zoper pritožnika, ne more in ne sme predstavljati zadostnega in razumnega dvoma o njegovi pristranskosti v obravnavani zadevi.
Vendar pa sodba vrhovnega sodišča temelji na povsem drugačnih dejanskih okoliščinah, zato ni mogoče trditi, da je v nasprotju z najnovejšo prakso ESČP. V zadevi vrhovnega sodišča je namreč sodnica v pravdni zadevi naredila dokazni sklep, da je obsojenec oškodovanca porinil v radiator, torej ga je v drugi zadevi v zvezi z istim historičnim dogodkom, ki je bil kasneje predmet kazenskega postopka, na nek način »že obsodila«.

## 5. SKLEP

Primerjava sodb vrhovnega sodišča s kakovostjo dragih kamnov se morda ne zdi popolnoma ustrezna. Toda če na obe področji gledamo nekoliko širše, so podobnosti očitne. Tako kot najboljši in najbolj izkušen brusilec iz velikega diamanta slabe kakovosti ne more izdelati lepega briljanta, tudi vrhovno sodišče iz slabo obrazložene zahteve za varstvo zakonitosti zaradi omejitev, ki jih postavlja načelo dispozitivnosti, ne more izoblikovati pravnih stališč, čeprav bi bila ta pomembna za sodno prakso in razvoj prava. Po drugi strani pa lahko izkušen brusilec tudi iz majhnega, kakovostnega kamna, izdela vrhunski in dragocen izdelek. Enako je mogoče trditi za vrhovno sodišče; kakovost sodb se namreč ne meri v njihovem obsegu, temveč v sporočilni vrednosti njenih razlogov, ki morajo jasno in strnjeno odgovoriti na zastavljena (pravna) vprašanja. Seveda pa velja tudi obratno; neizkušen oziroma malomaren brusilec lahko s slabim delom uniči še tako dober kamen. Tudi v pravu ni nič drugače.

Odločbe, ki sem jih analiziral v prvem delu prispevka, so le drobec tistega, s čimer se je v zadnjem času ukvarjalo vrhovno sodišče. Vendar njihova izbira nikakor ni bila naključna. Izbral sem predvsem tiste, za katere menim, da so zanimive za sodno prakso nižjih sodišč, hkrati pa dokazujejo, da na kakovost odločb pomembno vpliva kakovost vloženega izrednega pravnega sredstva in pomembnost pravnega vprašanja za razvoj prava in sodno prakso, ki ga je vložnik izoblikoval v vlogi, s katero se je obrnil na vrhovno sodišče. Iz navedenih sodb je mogoče razbrati še, da rešitve posameznih, pogosto delnih pravnih vprašanj, četudi v obliki tako imenovanih „sodnih miniatur“[32] na koncu tvorijo pregleden mozaik ustaljene sodne prakse, ki zagotavlja predvidljivost in utrjenost pravnih razmerij.

Iz drugega dela prispevka je razvidno, da postajajo vprašanja, povezana z zagotavljanjem pravice do nepristranskega sojenja v sodni praksi vrhovnega sodišča čedalje pomembnejša ne le zaradi vpliva stališč ustavnega sodišča in ESČP in novih procesnih položajev, ki so jih prinesle spremembe ZKP, temveč tudi zaradi čedalje večjega zavedanja, da je zaupanje javnosti v sodstvo tesno povezano z njegovo nepristranskostjo. Pri tem niti ni bistveno, ali vrhovno sodišče v konkretni zadevi ugotovi, da je bil kršen videz nepristranskosti sojenja, temveč, četudi zahtevo zavrne, strankam s kakovostno in prepričljivo argumentacijo odločb jasno sporoči, da teh vprašanj ni prezrlo, temveč se je z njimi poglobljeno ukvarjalo. To je zagotovo eden od prvih in ključnih korakov k povečanju ugleda slovenskega sodstva.

32 To besedno zvezo je rad uporabljal nekdanji vrhovni, sedaj ustavni sodnik Marko Šorli, ki je že pred mnogimi leti v neki odločbi zapisal, da je lahko obrazložitev sodbe celo krajša od njenega izreka, če seveda vsebuje vse z zakonom predpisane sestavine in hkrati izpolnjuje (ustavnosodne) kriterije obrazloženosti odločbe.

**LITERATURA:**


- **Bavcon**, L. … (et al.) (2014): Kazensko pravo. Splošni del, 6. izdaja, 1. ponatis, Uradni list RS, Ljubljana.
- **Galič**, A. (2005): v Ude, L … (et al.), Pravdni postopek: zakon s komentarjem, Uradni list, GV Založba, Ljubljana.
- **Grad**, F. (2018): Ustavno pravo, druga spremenjena in dopolnjena izdaja, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana.
- **Hobart,** M. King: Diamond, the most popular gemstone. The hardest known substance. An amazing number of uses., Geoscience News and information, objavljen na spletni strani *https://geology.com/minerals/diamond.shtml*.
- **Merc**, K., v Korošec, D., et. al. (2019): Veliki znanstveni komentar posebnega dela kazenskega zakonika (KZ-1), druga knjiga, Uradni list RS, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- **Testen**, F. (2018): Kako nastajajo sodbe v Sto let vrhovnega sodstva na Slovenskem: slavnostni zbornik : (1918–2018) / [odgovorni urednik Vladimir Horvat ; uredniški odbor, predsednik Damijan Florjančič ... (et al.); stvarno kazalo Nevenka Rihar, Ljubljana.
- **Ude**, L. (2002): Civilno procesno pravo, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana.
- **Van Dijk**, F. (2021): Perceptions of the independence of judges in Europe, Springer International Publishing: Imprint: Palgrave Macmillan.
- **Vavken**, L. (2019): „Videz nepristranskosti sojenja“ - neposrečeni izraz z globoko vsebino, Pravosodni bilten, letnik 40, št. 3, Ljubljana.
- **Wedam** Lukić, D. **(**2017): Pravica do nepristranskega sodnika v odločitvah Ustavnega sodišča Republike Slovenije, v Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju: liber amicorum Ciril Ribičič, Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, Maribor.


## Sodna praksa:

### Odločbe ESČP


- *Indira proti Slovaški* z dne 1. februarja 2005.
- *Schwarzenberger proti Nemčiji* z dne 10. avgusta 2006.
- *Miminoshvili proti Rusiji* z dne 28. septembra 2011.
- *Alexandru Marian Iancu proti Romuniji* z dne 4. februarja 2020.
- *Khodorkovskiy in Lebedev proti Rusiji* z dne 14. maja 2020.


### Odločbi Ustavnega sodišča Republike Slovenije:


- Up-57/14 z dne 26. januarja 2017.
- Up-709/2015, Up-710/2015 z dne 19. oktobra 2019.

**Odločbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije:**

- I Ips 150/2001 z dne 21. marca 2002.
- I Ips 174/2005 z dne 14. decembra 2006.
- I Ips 38/2009 z dne 28. maja 2009.
- I Ips 59069/2010 z dne 21. julija 2016.
- I Ips 95443/2010 z dne 24. marca 2017.
- I Ips 16065/2015 z dne 13. julija 2017.
- I Ips 2985/2015 z dne 22. februarja 2018.
- I Ips 53384/2014 z dne 11. oktobra 2018.
- I Ips 49827/2013 z dne 6. decembra 2018.
- I Ips 11881/2014 z dne 6. in 20. decembra 2018.
- I Ips 14205/2013 z dne 6. junija 2019.
- I Ips 28751/2017 z dne 13. februarja 2020.
- I Ips 42857/2015 z dne 4. junija 2020.
- I Ips 44091/2016 z dne 16. julija 2020.
- I Ips 52808/2014 z dne 16. julija 2020.
- IV Ips 9/2020 z dne 21. julija 2020.
- I Ips 58000/2012 z dne 3. septembra 2020.

# PREGLED POMEMBNEJŠIH ODLOČB GOSPODARSKEGA ODDELKA VRHOVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE V ZADNJEM LETU[1]

Dr. Luka Bernard, pravosodni svetnik, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

## 1. RAZLAGA SPORNIH POGODBENIH DOLOČIL

Obligacijski zakonik (OZ)[2] v 82. členu ureja pravila za razlago pogodbenih določil. Po prvem odstavku tega člena se določila pogodbe uporabljajo tako, kakor se glasijo. V drugem odstavku istega člena pa je določeno, da se pri razlagi spornih določil ni treba držati dobesednega pomena uporabljenih izrazov, temveč je treba iskati skupni namen pogodbenikov in določilo razumeti tako, kakor ustreza načelom obligacijskega prava, ki so določena v tem zakoniku.

V odločbi III Ips 11/2018 z dne 17. 12. 2019 je vrhovno sodišče razložilo, kdaj je neko pogodbeno določilo mogoče šteti za sporno po drugem odstavku 82. člena OZ. Pogoj je, da stranki pogodbenemu določilu pripisujeta različen pomen oziroma da ena stranka trdi, da ima določen pomen, druga pa, da je njegov pomen drugačen. Vendar le subjektivno dojemanje strank nima odločilne vloge. Kot sporne določbe je namreč treba razumeti le tiste, ki tudi glede na besedilo, včasih pa tudi glede na kontekst, v katerem so oblikovane, objektivno dopuščajo več različnih razlag.

## 2. NEKATERA STALIŠČA ZA PRESOJO ZAHTEVKOV NOSILCEV SOCIALNIH ZAVAROVANJ ZOPER ODGOVORNOSTNE ZAVAROVALNICE KOT POSLEDICE PROMETNIH NESREČ

V zadnjem času se povečuje število zadev, kjer na aktivni strani zoper zavarovalnice, pri katerih imajo vozniki povzročitelji prometnih nesreč sklenjeno obvezno zavarovanje avtomobilske odgovornosti, nastopajo najrazličnejši nosilci socialnih zavarovanj. Odpirajo se številna zahtevna pravna vprašanja. V nadaljevanju obravnavani odločbi odgovarjata na nekatera izmed njih.

V zadevi III Ips 60/2019 z dne 21. 1. 2020 se je zastavilo vprašanje zastaranja zahtevka Zavoda za pokojninsko in invalidsko zavarovanje Slovenije (ZPIZ) zoper odgovornostno zavarovalnico (komercialno zavarovalnico), kjer je bila zavarovana avtomobilska odgovornost. Za presojo je bilo odločilno pravilo iz prvega odstavka 18. člena Zakona o obveznih zavarovanjih v prometu (ZOZP),[3] ki določa: »*Z zava-*

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorja na gospodarskopravni šoli 2020, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala od 14. do 16. oktobra 2020 na daljavo. Predstavljene so bile pomembnejše odločbe Gospodarskega oddelka Vrhovnega sodišča Republike Slovenije od septembra 2019 do avgusta 2020. Ob najpomembnejših vidikih sprejetih odločitev so zaradi umestitve v zakonodajni kontekst in lažje razumljivosti dodani še nekateri komentarji avtorja.

2 Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

3 Uradni list RS, št. 93/07 – uradno prečiščeno besedilo, 40/12 – ZUJF, 33/16 – PZ-F in 41/17 – PZ-G.

*rovanjem avtomobilske odgovornosti so kriti tudi odškodninski zahtevki zavodov za zdravstveno, pokojninsko in invalidsko zavarovanje za stroške zdravljenja in druge nujne stroške, nastale v skladu s predpisi o zdravstvenem zavarovanju, ter za sorazmeren del prispevkov za pokojninsko in invalidsko zavarovanje, kar se določi v kapitaliziranem znesku glede na preostalo delovno dobo in starost poškodovanca, ki sta potrebni za pridobitev pravice do starostne pokojnine, vendar šele po poplačilu odškodninskih zahtevkov ostalih oškodovancev in do višine zavarovalne vsote.*«

Dilema je bila, ali pravilo iz prvega odstavka 18. člena ZOZP, da je terjatev zavoda podrejena terjatvam drugih oškodovancev oziroma ima slabši vrstni red, vpliva tudi na zastaranje. Po presoji vrhovnega sodišča navedeno pravilo na zastaranje ne vpliva, ker to ne določa predpostavk za zastaranje, saj so te določene v OZ. Pravilo o podrejenem vrstnem redu terjatve tožeče stranke v primerjavi z neposrednimi oškodovanci je (ob ustreznem ugovoru tožene stranke) odločilno le v zvezi s tem, v kakšnem obsegu bo zahtevku tožeče stranke ugodeno, pri čemer je preostanek zavarovalne vsote predhodno vprašanje. Za razrešitev tega vprašanja sme sodišče postopek prekiniti v skladu s 1. točko prvega odstavka 206. člena Zakona o pravdnem postopku (ZPP),[4] zlasti takrat, kadar je postopek med odgovornostno zavarovalnico in neposrednimi oškodovanci v teku, ali pa vprašanje preostanka zavarovalne vsote samo rešiti (13. člen ZPP). Vrhovnemu sodišču se ob dejstvu, da je od nastanka terjatve potekel petletni rok, ni bilo treba opredeljevati do pravne narave terjatve po 18. členu ZOZP, tj. ali gre za odškodninsko terjatev, katere zastaranje se presoja po 352. členu OZ, ali za kakšno drugo vrsto terjatve, kjer se za presojo zastaranja upošteva splošni zastaralni rok (346. člen v zvezi s prvim odstavkom 336. člena OZ).

V sodbi III Ips 6/2020 z dne 19. 5. 2020 je vrhovno sodišče zavzelo stališče o pravu, ki se uporabi za regresna razmerja s tujim elementom. V tem primeru je bila tožeča stranka nosilka socialnega zavarovanja v Švici in je svoji zavarovanki (oškodovanki) na podlagi obveznega zavarovanja izplačala rento zaradi izgube prihodka in rento zaradi pomoči zaradi telesne okvare. Oškodovanka je bila telesno poškodovana v prometni nesreči, ki jo je v Republiki Sloveniji povzročil voznik s sklenjenim obveznim zavarovanjem avtomobilske odgovornosti pri toženi stranki (slovenski komercialni zavarovalnici). Zadevno področje je za Evropsko unijo in Švico urejeno z Uredbo (ES) št. 883/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti.[5] Uredba v ustreznem delu, tj. v točki (a) prvega odstavka 85. člena, določa:

> »Če oseba prejema dajatve po zakonodaji ene države članice za poškodbo, ki je posledica dogodka v drugi državi članici, vse pravice nosilca, ki je odgovoren za dodelitev dajatve, proti tretji osebi, ki mora plačati odškodnino za poškodbo, urejajo naslednja pravila:
>
> *(a) kadar nosilec, ki je odgovoren za dodelitev dajatev, v skladu z zakonodajo, ki jo uporablja, prevzame pravice, ki jih ima prejemnik proti tretji osebi, tak prevzem priznavajo vse države članice;*«

4 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, 10/17, 16/19 – ZNP-1 in 70/19 – odl. US.

5 Uradni list L 166, 30. 4. 2004, str. 00010123.

Po citirani določbi morajo vse države članice tujemu nosilcu socialnih dajatev (tožeči stranki) priznati prevzem pravic oškodovanke kot prejemnice dajatev proti tretji osebi (toženi stranki), če je prevzem pravic predpisan po tujem pravu (švicarskem pravu). Najpomembnejše sporočilo obravnavane sodbe, ki upošteva sodno prakso Sodišča Evropske unije, je, da se tuje pravo uporabi tudi za presojo obsega zahtevka, ki ga prevzame nosilec, odgovoren za dodelitev dajatev. Pri tem ni mogoče upoštevati omejitev, ki jih morda predpisuje zakonodaja države članice, v kateri ima sedež tožena zavarovalnica. Edina dopustna omejitev je, da nosilka, odgovorna za dodelitev dajatev, ne more izterjati več, kakor bi po pravu države, v kateri se je zgodil škodni dogodek, lahko izterjal oškodovanec od povzročitelja škode.

## 3. PRAVNI POLOŽAJ DOLŽNIKA PRI CESIJI IN OBSEG UGOVOROV, KI JIH LAHKO UVELJAVLJA

Kljub 417. in 419. členu OZ, da je cesija pogodbeni odstop terjatve med starim in novim upnikom, o čemer se dolžnik le obvesti, se v gospodarski praksi ti posli pogosto sklepajo kot tripartitne pogodbe med vsemi naštetimi subjekti. Zaplet največkrat nastane pozneje v pravdi, ko dolžnik dolga ne plača, in je povezan z vprašanjem, če velja izključno ta nova pogodba ali pa ima dolžnik na voljo še vedno ugovore, ki izhajajo iz drugega odstavka 421. člena OZ, kjer je predpisano, da lahko dolžnik uveljavlja proti prevzemniku poleg ugovorov, ki jih ima proti njemu, tudi tiste ugovore, ki bi jih lahko uveljavljal proti odstopniku do takrat, ko je zvedel za odstop. Upniki v težnji po čim hitrejšem poplačilu terjatve največkrat trdijo, da mora dolžnik obveznost izpolniti na temelju te nove pogodbe oziroma ima ta nova pogodba pravno naravo pripoznave dolga, da bi omejili obseg dolžnikovih ugovorov.

Vrhovno sodišče je to vprašanje obravnavalo v zadevi III Ips 57/2019 z dne 10. 3. 2020. Presodilo je, da se dolžnikov pravni položaj zaradi cesije ne sme poslabšati, kar je določeno z načelom nevtralnosti dolžnikovega pravnega položaja. To izhodišče določa domet dolžnikovih ugovorov po drugem odstavku 421. člena OZ. Med dopustne ugovore te vrste spada tudi ugovor neobstoja cedirane terjatve, saj ima pripoznava dolga omejen domet, ki je povezan zlasti z zastaranjem, medtem ko temelj za plačilo cedirane terjatve še vedno ostaja osnovno pogodbeno razmerje. Dolžnik torej obdrži ugovore iz razmerja, v katerem je nastala cedirana terjatev (kritno razmerje), četudi prej omenjene tripartitne pogodbe vsebujejo kakršne koli »izjave o pripoznavi dolga«. Pogodbeni odstop terjatve (cesija) namreč ni klasična pogodba obligacijskega prava, temveč pogodba, ki ima naravo razpolagalnega posla. Ni pa cesija samostojna in od temeljnega posla neodvisna pogodbena zaveza, četudi je sklenjena kot tripartitna pogodba med odstopnikom, prevzemnikom in dolžnikom. Zato dolžnik ugovorov iz temeljnega pravnega posla, tj. iz razmerja med njim in odstopnikom terjatve, ne izgubi.

Odločba vrhovnega sodišča vsebuje še eno zelo pomembno pravno sporočilo, bistveno za pravilno razlago drugega odstavka 421. člena OZ, in sicer, da to določilo uzakonja le obseg dopustnih dolžnikovih ugovorov, od dolžnika pa ne zahteva, da bi moral ugovor, za katerega so se že stekle predpostavke za njegovo uveljavljanje, uveljavljati do obvestila o cesiji, pozneje pa to pravico izgubi. Drugačno razumevanje bi nasprotovalo zagotavljanju nevtralnosti njegovega pravnega položaja. Tovrstni ugovori dolžnika tako tudi niso časovno zamejeni na primer le do podpisa v uvodu omenjenih tripartitnih pogodb.

## 4. ČAS NASTANKA ŠKODE

Pravni subjekti sklepajo premoženjska zavarovanja, da si zagotovijo povrnitev škode na premoženju, če nastane zavarovalni primer (prvi odstavek 949. člena OZ). Ob nastanku zavarovalnega primera lahko zanje nastanejo visoki stroški, ki jih pred izplačilom zavarovalnine nemalokrat ne morejo sami kriti vnaprej. Vprašanje je, če lahko zahtevajo povrnitev škode, specificirane v obliki računa, čeprav tega zneska tretji osebi sami še niso plačali.

Dilemo razrešuje odločba III Ips 18/2020 z dne 7. 7. 2020, v kateri je pojasnjeno, da navadna škoda, ki je bila vtoževana v tej zadevi, nastane že z zmanjšanjem premoženja (132. člen OZ). S tem nastane odškodninska obveznost (165. člen OZ) in od takrat naprej sme oškodovanec zahtevati povrnitev škode. Restitucijski odškodninski zahtevek (obveznost povrnitve prejšnjega stanja oziroma (v praksi prevladujoče) plačilo stroškov take vzpostavitve) nastane že ob nastanku škode. Škoda torej ne nastane šele takrat, ko oškodovanec plača račun za vzpostavitev prejšnjega stanja svojim izvajalcem. Račun je v tovrstnih primerih le eno izmed dokaznih sredstev, ki skupaj z drugimi listinskimi in personalnimi dokazi omogoča v skladu z načelom proste dokazne ocene (8. člen ZPP) presojo o utemeljenosti tožbenega zahtevka. ZPP pa načeloma ne pozna omejitev dokaznih sredstev, saj je dokaz lahko vse, kar omogoča čutno zaznavanje (sodišču in udeležencem procesa).

## 5. IZPODBOJNOST SKLEPOV SKUPŠČINE DELNIŠKE DRUŽBE

V nadaljevanju sta navedeni dve odločbi vrhovnega sodišča, ki obravnavata nekatere pomembne vidike izpodbijanja sklepov skupščine delniške družbe po Zakonu o gospodarskih družbah (ZGD-1).[6]

Odločba III Ips 34/2019 z dne 3. 9. 2019 vsebuje odgovor na dopuščeno revizijsko vprašanje, ali mora tožnik pri izpodbijanju skupščinskega sklepa vse izpodbojne razloge zajeti že v tožbi in je glede navajanja drugih izpodbojnih razlogov po preteku enomesečnega roka za vložitev tožbe iz prvega odstavka 396. člena ZGD-1 prekludiran. Po presoji vrhovnega sodišča je rok iz navedene zakonske določbe prekluzivni rok materialnega prava, z iztekom katerega preneha materialnopravno upravičenje za razveljavitev sklepa skupščine, ki je obremenjen z izpodbojnimi razlogi. Glede na stališča nemških teoretikov, na katera se je vrhovno sodišče sklicevalo zaradi primerljive ureditve v nemškem zakonu o delnicah (*Aktiengesetz*), je v tožbi do izteka prekluzivnega roka treba določiti »smer napada« z opredelitvijo dejstev, ki utemeljujejo uveljavljane izpodbojne razloge. Navedeno sicer ne izključuje možnosti konkretizacije in dopolnjevanja trditvene podlage po izteku prekluzivnega roka za vložitev tožbe v okviru procesnih omejitev glede dopolnjevanja procesnega gradiva v pravdi (po ZPP). Zavzeto stališče o časovni omejitvi pri določitvi obsega uveljavljanih izpodbojnih razlogov je utemeljeno z varstvom pravnega prometa tako za družbo kakor tudi za druge informirane udeležence na trgu, saj možnost uveljavljanja neveljavnosti skupščinskega sklepa ustvarja negotovost, ki ima lahko negativne učinke za poslovanje družbe. V nasprotju z namenom varovanja prav-

6 Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15, 15/17 in 22/19 – ZPosS.

nega prometa bi bila razlaga, ki bi tožniku po izteku prekluzivnega roka dopuščala spreminjanje izpodbojnih razlogov ali njihovo širitev. Zato je v ZGD-1 določen tudi relativno kratek (enomesečni) za uveljavljanje izpodbojnosti.

Tudi zadeva III Ips 45/2019 z dne 24. 9. 2019 se nanaša na izpodbojnost skupščinskih sklepov delniške družbe, natančneje na prvi odstavek 399. člena ZGD-1, po katerem se sklep skupščine o uporabi bilančnega dobička lahko izpodbija med drugim iz razloga, če je skupščina odločila, da se delničarjem dobiček ne deli najmanj v višini 4 odstotkov osnovnega kapitala, če to po presoji dobrega gospodarstvenika ni bilo nujno glede na okoliščine, v katerih družba posluje. Glede tega zakonskega določila se je zastavilo revizijsko vprašanje, ali je treba pri presoji merila nujnosti upoštevati le okoliščine poslovnega leta, na katerega se nanaša sklep skupščine o nedelitvi bilančnega dobička, ali pa je pri tem treba upoštevati daljše obdobje.

V odločbi je jasno opredeljeno izhodišče, ki je temelj nadaljnjemu razreševanju revizijskega vprašanja. To se nanaša na obstoj bilančnega dobička, o katerem skupščina odloča na predlog organov vodenja ali nadzora. Pri odločanju o uporabi bilančnega dobička sicer ni vezana na njihov predlog, vezana pa je na sprejeto letno poročilo (četrti odstavek 293. člena ZGD-1). Letno poročilo je sprejeto, ko ga sprejme uprava družbe in potrdi nadzorni svet (tretji odstavek 272. člena in drugi odstavek 282. člena ZGD-1). Letno poročilo torej velja, če ni ugotovljena njegova ničnost (401. člen ZGD-1). Vezanost na letno poročilo pa seveda pomeni vezanost na tam ugotovljeno višino bilančnega dobička. Skupščina tako odloča o uporabi bilančnega dobička, kakor izhaja iz sprejetega letnega poročila. O obstoju ali neobstoju bilančnega dobička se pri obravnavi tožbe po prvem odstavku 399. člena ZGD-1 ne razpravlja več.

Zadržanje bilančnega dobička iz sprejetega letnega poročila je utemeljeno, če so izpolnjeni pogoji iz prvega odstavka 399. člena ZGD-1. Izpodbojnost sklepa o nedelitvi bilančnega dobička v višini 4 odstotkov osnovnega kapitala je izključena, če se ugotovi, da je ekonomsko nujno zadržanje dobička tudi v tej višini. Po stališču vrhovnega sodišča v obravnavani zadevi je namreč namen ureditve iz prvega odstavka 399. člena ZGD-1 zagotoviti nadaljnji obstoj in pogoje za delovanje družbe, kar zagotavlja ohranitev in dolgoročno donosnost podjetja, s čimer se ščiti tudi naložba manjšinskih delničarjev v taki družbi. Izpolnjevanje namena te zakonske ureditve pa zahteva, da se ekonomska nujnost za zadržanje dobička ne zamejuje le do časovne točke, ki jo še zajema izkaz poslovnega izida, v katerem je prikazan tudi bilančni dobiček. Vrhovno sodišče je izoblikovalo pravni standard, na podlagi katerega se presoja ekonomska nujnost zadržanja dobička: presoja se v obdobju, ki ga je razumno mogoče šteti za primernega glede na veljavnost (uporabljivost) ekonomskih in finančnih parametrov, ki se upoštevajo pri taki oceni. Primernost obdobja se ocenjuje v okoliščinah posameznega primera, pri čemer se merilo nujnosti preizkuša glede na tako določeno obdobje. Obeti slabega poslovanja družbe so značilni dejavnik, ki je lahko odločilen pri presoji nujnosti zadržanja dobička.

## 6. PREPOVED FINANČNE ASISTENCE PRI PRIDOBIVANJU DELNIC

Prepoved finančne asistence je urejena v prvem odstavku 248. člena ZGD-1, po katerem je ničen pravni posel, s katerim družba zagotovi predujem ali posojilo za pridobitev delnic, ali drug posel s primerljivim učinkom.

V odločbi III Ips 56/2019 z dne 10. 3. 2020 je pojasnjen zakonski institut prepovedi finančne asistence in obrazloženo, katere pravne posle sankcija ničnosti zajame. Določba prvega odstavka 248. člena ZGD-1 prepoveduje finančno pomoč izdajatelja delnic pridobitelju njegovih delnic, čeprav ne nujno neposredno od izdajatelja, in določa ničnost posla, s katerim se zagotovi finančna pomoč. Ničen je le pravni posel, s katerim (delniška) družba daje finančno pomoč pri pridobivanju delnic, ne pa tudi pravni posel, ki je podlaga za pridobitev delnic. Smisel take zakonske ureditve je v varstvu delniške družbe oziroma njenega kapitala, in ne v varstvu odsvojitelja ali pridobitelja delnic. Delniški družbi ni treba izpolniti zaveze iz pravnega posla, ki omogoča finančno pomoč pri pridobivanju njenih delnic, in tega tudi ne sme. Če kljub temu izpolni svojo zavezo iz pravnega posla, ima na voljo (kondikcijske) zahtevke, s katerimi doseže vrnitev izpolnjenega (predujma, posojila) po 87. členu OZ, ki ureja posledice ničnosti posla. Prepoved finančne asistence in ničnostna sankcija iz 248. člena ZGD-1 tako ne segata na pravni posel med odsvojiteljem in pridobiteljem delnic, zato pridobitelj delnic, ki od delniške družbe prejme finančno pomoč, ostane imetnik teh delnic.

## 7. ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST ČLANOV UPRAVE BANKE

V zadnjih letih sodna praksa relativno pogosto obravnava odškodninske zahtevke zoper člane uprave gospodarskih družb za škodo, ki naj bi jo ti povzročili pri svojem delu. Sodbi vrhovnega sodišča III Ips 64/2019 in 65/2019 z dne 7. 7. 2020, ki sta vsebinsko skoraj enaki, z vidika ureditve te odgovornosti v bančni zakonodaji odgovarjata na naslednji pravni vprašanji:

- obveznost članov uprave banke, da se izločijo iz odločanja o dodelitvi kredita povezani osebi in ali njihovo odločanje o tem samo po sebi pomeni kršitev dolžnosti lojalnosti in s tem protipravno ravnanje, in
- ali okoliščina, da posamezni član uprave ni sodeloval pri sprejetju domnevno škodljive poslovne odločitve, tega odvezuje odgovornosti za morebitno škodo, nastalo zaradi takšne odločitve.

Prvo vprašanje je neposredno povezano s pravilom poslovne presoje (*business judgment rule*), po katerem je ena od predpostavk, ki mora biti skupaj z vsemi drugimi predpostavkami tega pravila izpolnjena, da se lahko toženi član uprave razbremeni odškodninske odgovornosti, ta, da član uprave ni v nasprotju interesov. V obravnavanih zadevah je bila celotna uprava obremenjena z nasprotjem interesov, s čimer je bilo mišljeno odločanje o odobritvi kredita neki pravni osebi, katere posredni lastniki so bili prav člani uprave banke. Zastavljalo se je torej vprašanje, ali je razbremenitev toženih članov uprave sploh še mogoča. Bančna zakonodaja v obravnavanem obdobju instituta nasprotja interesov sicer ni izrecno urejala, a je po stališču iz odločb nasprotje interesov podano, kadar ni mogoče varovati enega interesa brez sočasne kršitve drugega. V dvostranskem razmerju dveh poslovnih subjektov je to takrat, kadar skuša posamezna pogodbena stranka maksimirati svoj lastni pogodbeni interes, ki je nasproten od interesa pogodbenega partnerja.

Kakor izhaja iz obravnavanih odločb, nasprotje interesov ne povzroči samodejne odgovornosti članov uprave, temveč je treba glede na posebno zakonsko in podzakonsko ureditev upoštevati pravila o upravljanju tveganj iz Zakona o bančni-

štvu (ZBan-1)[7] in iz Sklepa o skrbnosti članov uprave in nadzornega sveta bank in hranilnic (sklep),[8] ki ga je po zakonskem pooblastilu izdala Banka Slovenije. Za obvladovanje tveganj je predpisana obveznost uprave zagotoviti, da banka posluje v skladu s pravili o upravljanju tveganj, in da mora zagotoviti zlasti natančno opredeljena, pregledna in dosledna notranja razmerja glede odgovornosti, ki preprečujejo nastanek nasprotja interesov (2. alineja prvega odstavka 173. člena ZBan-1), in obveznost člana uprave, da pri svojem delovanju in odločanju upošteva predvsem interese banke, jim podredi morebitne drugačne in osebne interese in ne izkorišča poslovnih priložnosti banke za svoj račun ter da o kakršnem koli nasprotju interesov, ki nastopi ali bi lahko nastopilo pri opravljanju ali v zvezi z opravljanjem njegove funkcije, nemudoma obvesti druge člane uprave in nadzorni svet (7. člen sklepa). Na ravnanje v skladu s temi dolžnostmi se toženci v konkretni zadevi niso sklicevali, prav tako pa se niso uspeli razbremeniti s sklicevanjem na 167. člen ZBan-1, ki določa mejo izpostavljenosti banke, pri kateri mora pri poslih z osebami v posebnem razmerju z banko (kar je relevantno tudi pri nasprotju interesov), dati soglasje nadzorni svet, saj nadzorni svet ni dal soglasja k poslu z namenom obvladovanja nasprotja interesov.

Drugo prej izpostavljeno vprašanje je neposredno povezano s pravilno uporabo instituta solidarne odgovornosti članov uprave banke za škodo, ki jo je utrpela banka zaradi kršitve njihovih dolžnosti (66. člen ZBan-1). Pogoj za uporabo pravila o solidarnosti je, da odgovorna oseba (vsaj) opusti neko dolžno ravnanje. Dokazno breme, da so ravnali v skladu s svojimi dolžnostmi, je na članih uprave. Kršitev dolžnosti in odškodninska odgovornost se ugotavljata na podlagi okoliščin posamezne zadeve. V obravnavani zadevi je sodišče presodilo, da sklicevanje na to, da neki posel ne spada v delovno področje nekega člana uprave, tega ne razbremeni odškodninske odgovornosti, zlasti ne ob podanem nasprotju interesov pri vseh članih uprave in dejstvu, da je bila odobritev kredita z njim povezani pravni osebi tudi v njegovem interesu.

## 8. ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST LIKVIDACIJSKEGA UPRAVITELJA

Odškodninska odgovornost likvidacijskega upravitelja je bila obravnavana v odločbi III Ips 4/2020 z dne 11. 5. 2020, kjer je bilo nekdanjemu likvidacijskemu upravitelju očitano, da je vodil likvidacijski postopek in pri tem nadaljeval dejavnost družbe, namesto da bi zaradi njene insolventnosti predlagal začetek stečajnega postopka. Sporno pravno vprašanje je bilo, ali je lahko likvidacijski upravitelj kljub posebni ureditvi njegove odškodninske odgovornosti odgovoren za vodenje likvidacijskega postopka v 419. členu ZGD-1 odgovarja tudi po pravilih Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)[9] o odškodninski odgovornosti članov poslovodstva družbe do upnikov (42. in 44. člen ZFPPIPP). Ureditev odškodninske odgovornosti v navedenih zakonskih določbah se pomembno razlikuje glede aktivne legitimacije (po ZGD-1 je tožbo upravičen vložiti upnik, medtem ko ZFPPIPP to upravičenje daje tudi stečajnemu upravitelju)

7 Uradni list RS, št. 99/10 – uradno prečiščeno besedilo, 52/11 – popr., 9/11 – ZPlaSS-B, 35/11, 59/11, 85/11, 48/12, 105/12, 56/13, 63/13 – ZS-K, 96/13, 25/15 – ZBan-2, 27/16 – ZSJV in 44/16 – ZRPPB.

8 Uradni list RS, št. 28/07.

9 Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo, 10/15 – popr., 27/16, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US, 63/16 – ZD-C, 54/18 – odl. US, 69/19 – odl. US, 74/20 – odl. US in 85/20 – odl. US.

glede tožbenega zahtevka (po ZGD-1 odškodnino uveljavlja upnik v svojo korist, po ZFPPIPP pa se uveljavlja v korist stečajnega dolžnika oziroma stečajne mase), drugačni so tudi omejitev odškodninske odgovornosti in zastaralni roki, če omenimo le najpomembnejše razlike.

V odločbi je pojasnjeno, da čeprav je poglavitni namen likvidacijskega postopka po ZGD-1 prenehanje gospodarske družbe, likvidacijski upravitelj takrat, ko nadaljuje dejavnost družbe v likvidaciji, ravna kot poslovodja. Zato je takrat mogoča presoja njegovih ravnanj po pravilih ZFPPIPP o odgovornosti upnikom za škodo, ki so jo imeli, ker v stečajnem postopku niso dosegli polnega plačila. Pravila ZFPPIPP je treba sicer uporabiti smiselno, kar pomeni, da likvidacijskega upravitelja ni mogoče bremeniti za škodo, ki bi nastala, ker ni predlagal ukrepov finančnega prestrukturiranja, saj je namen likvidacije prav prenehanje gospodarske družbe, in ne njeno nadaljevanje, temveč ga je mogoče bremeniti za to, da ni pravočasno predlagal začetka stečajnega postopka.

## 9. ODSTOP OD POGODBE V STEČAJU PO SPLOŠNIH PRAVILIH OBLIGACIJSKEGA PRAVA

Ob začetku stečajnega postopka nad pravno osebo ostanejo številna pravna razmerja nerazrešena. Pomemben sklop teh nerazrešenih razmerij so vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe. Vzajemno neizpolnjeno dvostransko pogodbo ZFPPIPP opredeljuje kot dvostransko pogodbo, ki je bila sklenjena pred začetkom postopka zaradi insolventnosti in pri kateri do začetka postopka zaradi insolventnosti niti insolventni dolžnik niti nasprotna pogodbena stranka nista izpolnila svoje obveznosti glede izpolnitvenega ravnanja na podlagi te pogodbe ali nobeden od njiju teh obveznosti ni izpolnil v celoti (drugi odstavek 24. člena ZFPPIPP). Začetek stečajnega postopka načeloma ne povzroči nobenih posledic za terjatve upnikov do stečajnega dolžnika, ki izvirajo iz vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe. Terjatve in obveznosti strank vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe torej kljub stečaju ostanejo take, kakor da do stečaja sploh ne bi prišlo. Ker pa ZFPPIPP vsebuje nekatera pravila o odstopu od takih pogodb, se je zastavilo vprašanje, ali je odstop še vedno dopusten po splošnih pravilih obligacijskega prava.

Dilemo je rešilo vrhovno sodišče v zadevi III Ips 2/2020 z dne 11. 2. 2020. Pri reševanju primera je izhajalo iz prej omenjenega pravila, da začetek stečajnega postopka načeloma ne vpliva na veljavnost in učinkovanje vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe. Obenem to pomeni, da začetek stečaja nad eno od strank vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe načeloma v ničemer ne zoži obsega dopustnih razlogov, ki jih smejo pogodbene stranke po splošnih pravilih obligacijskega prava uveljavljati glede veljavnosti in učinkovanja take pogodbe. ZFPPIPP torej tudi ne izključuje uporabe drugih (splošnih) pravil obligacijskega prava o odstopni pravici. Pravilnost teh sklepov vrhovnega sodišča je podprta z določilom sedmega odstavka 268. člena ZFPPIPP, kjer so urejene pravne posledice odstopa od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe in kjer je zakonodajalec predvidel, da lahko tako stečajni dolžnik kakor tudi njegov sopogodbenik po začetku stečaja uresničita odstopno pravico tudi po splošnih pravilih obligacijskega prava. Velja torej, da je od pogodbe v primeru, ko je ena od strank stečajni dolžnik, neodvisno od določil ZFPPIPP mogoče odstopiti tudi po splošnih pravilih obligacijskega prava, če so za to izpolnjene tam določene predpostavke.

## 10. TRIJE VIDIKI IZPODBIJANJA PRAVNIH DEJANJ STEČAJNEGA DOLŽNIKA PO ZFPPIPP

Izpodbijanje pravnih dejanj stečajnega dolžnika, ki je pomemben del večine stečajnih postopkov, odpira številna kompleksna pravna vprašanja. V zadevi III Ips 41/2019 z dne 17. 12. 2019 je vrhovno sodišče obravnavalo tri.

Prvo vprašanje se je nanašalo na razumevanje objektivnega pogoja izpodbojnosti iz prve alineje 1. točke prvega odstavka 271. člena ZFPPIPP, ki določa, da je pravno dejanje stečajnega dolžnika, izvedeno v obdobju izpodbojnosti, izpodbojno, če je bila posledica tega dejanja zmanjšanje čiste vrednosti premoženja stečajnega dolžnika tako, da zaradi tega drugi upniki lahko prejmejo plačilo svojih terjatev v manjšem deležu, kakor če dejanje ne bi bilo opravljeno. Vrstni red pravnih dejanj, izvedenih v obdobju izpodbojnosti, ki je bil v tem primeru sporen, je bil takle:

toženec je tožniku (prihodnjemu stečajnemu dolžniku) na pogodbeni podlagi dobavljal material, za kar ni prejel plačila;

- zato sta pravdni stranki sklenili sporazum o priznanju dolga in zavarovanju denarnih terjatev v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa, s katerim je toženec pridobil zastavno pravico na premičninah in nepremičninah tožnika;
- tožnik je tožencu premičnine in nepremičnine prodal;
- stranki sta istega dne izvedli kompenzacijo s starejšimi terjatvami toženca do tožnika.

Z navedenimi dejanji je toženec dobil plačilo svoje terjatve z nadomestno izpolnitvijo, tj. s tožnikovo prodajo premičnin in nepremičnin tožencu, kar je omogočilo takojšnjo kompenzacijo s prej obstoječimi terjatvami toženca do tožnika iz naslova dobave materiala. Vrhovno sodišče je presodilo, da je toženec prejel plačilo sporne terjatve v celoti, drugi upniki pa v manjšem deležu, zaradi česar je bil objektivni pogoj izpodbojnosti (zmanjšanje čiste vrednosti premoženja stečajnega dolžnika) po zgoraj navedenem določilu ZFPPIPP izpolnjen. Do prikrajšanja stečajne mase je prišlo zaradi vseh med seboj povezanih poslov. Slednje je pomembno zlasti glede na logiko ugovornih navedb toženca, da naj do prikrajšanja stečajne mase ne bi prišlo, češ da bi bil v primeru prodaje zastavljenih premičnin in nepremičnin tako ali tako deležen prednostnega poplačila, ki izvira iz njegove zastavne pravice na tem premoženju tožnika.

Drugo vprašanje se je nanašalo na pravilnost postavljenega tožbenega zahtevka za izpodbijanje prenosa lastninske pravice na nepremičninah, ko je tožnik zahteval razveljavitev pogodbe o prodaji nepremičnin (zavezovalni pravni posel), čeprav bi moral postaviti tožbeni zahtevek za razveljavitev zemljiškoknjižnega dovolila (razpolagalni pravni posel). Stališče temelji na prvem odstavku 275. člena ZFPPIPP, ki določa, da izpodbojni zahtevek vsebuje pravico zahtevati, da se razveljavijo *učinki* izpodbojnega pravnega dejanja. Pri nepremičninskih razpolaganjih te učinke povzroči šele zemljiškoknjižno dovolilo, in ne že sklenitev prodajne pogodbe. Kljub temu je bil po presoji vrhovnega sodišča zahtevek v dani zadevi pravilen, saj je bilo zemljiškoknjižno dovolilo sestavni del prodajne pogodbe, katere razveljavitev je zahteval tožnik.

Tretje vprašanje se je nanašalo na tek zamudnih obresti od uspešne uveljavitve izpodbojnega zahtevka. Glede na prvi in drugi odstavek 278. člena ZFPPIPP, da pravne posledice povračilnega zahtevka nastanejo, ko postane pravnomočna sodba, s katero je sodišče na podlagi izpodbojnega zahtevka razveljavilo pravne učinke izpodbojnega pravnega dejanja, je bilo sporno, ali tečejo zamudne obresti že od vložitve tožbe ali šele od pravnomočnosti ugodilne sodbe. Vrhovno sodišče je utemeljilo, da 278. člen ZFPPIPP sploh ne vsebuje pravil o zamudi in začetku teka zamudnih obresti. Navedeni člen se torej za presojo obrestnega dela zahtevka sploh ne uporablja. Zato je treba uporabiti splošno pravilo iz 193. člena OZ, da je treba plačati zamudne obresti vsaj od dneva vložitve tožbe.

## 11. ANTICIPIRANA ZASTAVNA (LOČITVENA) PRAVICA NA TERJATVAH STEČAJNEGA DOLŽNIKA

Učinek sklepa o rubežu denarne terjatve dolžnika je urejen v 107. členu Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ).[10] Po tem določilu pridobi upnik z rubežem dolžnikove terjatve, ki ga je sodišče opravilo na upnikov predlog, na tej terjatvi zastavno pravico. Domet pridobljene zastavne pravice v izvršbi je bil sporen v zadevi III Ips 12/2020 z dne 16. 6. 2020, ko je vrhovno sodišče odgovarjalo na dopuščeno vprašanje, ali se upnikova zastavna (ločitvena) pravica z rubežem terjatve, nastale na podlagi sodne odločbe, razteza tudi na terjatve stečajnega dolžnika, nastale po začetku stečajnega postopka, če je sodišče na podlagi določbe 317. člena ZFPPIPP stečajnemu dolžniku dovolilo nadaljevanje poslovanja v pravnem razmerju, iz katerega te terjatve nastajajo.

Pri razreševanju te dileme je vrhovno sodišče izhajalo iz temeljnega pravila, da je pri ustanovitvi zastavne pravice na prihodnjih terjatvah bistveno, da je dolžnik ob nastanku posamezne terjatve razpolagalno sposoben. Z začetkom stečajnega postopka pa stečajni dolžnik razpolagalno sposobnost izgubi, kar se kaže v prenehanju pooblastil poslovodstva dolžnika in njihovem prehodu na stečajnega upravitelja (prvi odstavek 245. člena ZFPPIPP). Sodišče je pri razlagi izhajalo iz neke svoje prejšnje sodne odločbe, da pogodbeno dogovorjena zastavna pravica veljavno nastane le na tistih prihodnjih terjatvah, ki so nastale do začetka stečajnega postopka, ko je stečajni dolžnik izgubil razpolagalno sposobnost.

Takšna rešitev je ustrezala tudi situaciji konkretnega primera, ko je šlo za ustanovitev zastavne pravice na podlagi sodne odločbe. Tudi tu se mora terjatev, ki je podvržena rubežu, vsaj za trenutek (t. i. juridično sekundo) ustaviti v premoženjski sferi dolžnika. Za terjatev, ki nastane po začetku stečajnega postopka, ko stečajni dolžnik ni več razpolagalno sposoben, pa ta pogoj ni izpolnjen. Zato ne more nastati niti zastavna pravica na podlagi sklepa o rubežu. Na podano razlago v ničemer ne vpliva nadaljevanje poslovanja stečajnega dolžnika po začetku stečajnega postopa na temelju 317. člena ZFPPIPP. Celo takrat ne, ko je stečajnemu dolžniku dovoljeno nadaljevanje poslovanja prav v razmerju, iz katerega so pred začetkom stečajnega postopka izvirale terjatve, ki so bile predmet zastavne pravice po sklepu o rubežu. Institut nadaljevanja poslovanja v stečajnem postopku je namenjen

10 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, 11/18, 53/19 – odl. US, 66/19 – ZDavP-2M in 23/20 – SPZ-B.

doseganju boljših pogojev za poplačilo vseh (in ne le nekaterih) upnikov. Drugačna razlaga bi nasprotovala temeljnemu načelu stečajnega postopka, tj. načelu enakega obravnavanja upnikov, in je ni mogoče utemeljiti niti s sklicevanjem na ustavnopravna varstva pričakovane pravice. Zastavna pravica na prihodnjih terjatvah je bila anticipirana in kot taka odvisna od nastanka posamezne terjatve. Dokler terjatev ni nastala, zastavni upniki v zvezi z njo nimajo nobenega zahtevka.

## 12. TRDITVENO IN DOKAZNO BREME V POSTOPKIH, KI IZVIRAJO IZ VLOŽENEGA PREDLOGA ZA IZVRŠBO NA PODLAGI RAČUNOV KOT VERODOSTOJNIH LISTIN

Številni sodni postopki izidejo iz izvršilnega postopka, ki se začne na podlagi upnikovega predloga za izvršbo na temelju verodostojne listine (neplačanih računov) in se na podlagi dolžnikovega ugovora nadaljujejo kot gospodarski spori. Stranke v nadaljevanju postopka načeloma niso omejene pri podajanju trditev in ugovorov. Trditvena podlaga strank je odvisna od konkretnih okoliščin vsake zadeve, a praksa kaže, da so ugovori dolžnikov največkrat precej tipski in znatno vplivajo na potek nadaljnjega spora glede tega, katere trditve je treba podati in kaj je med strankama nesporno. Primer takega spora je razviden iz revizijske zadeve III Ips 51/2019 z dne 17. 12. 2019, ko je dolžnik zoper sklep o izvršbi podal dva ugovora: (1) »*da sta se glede vseh odprtih računov (ne glede na to, ali so predmet tega postopka ali ne) pravdni stranki na sestanku 3. 3. 2015 dogovorili za daljši rok plačila*« in (2) da »*dolžnik iz previdnosti zanika, da bi bil karkoli dolžan in naj tožeča stranka z listinami dokaže, da so bile storitve opravljene.*«

Vrhovno sodišče je presodilo, da ob takih ugovorih, ko med strankama ni sporno poslovno sodelovanje in je glede na prvi ugovor očitno sporen le rok plačila, tožeči stranki ni treba v trditveni podlagi utemeljevati vsakega posameznega naročila in izvedbe storitve, na katero se sklicuje v specificiranih računih. Kadar je predmet izpolnitve jasno opisno opredeljen v predloženi listini (računu), v trditveno podlago tožbe ni treba (poenostavljeno rečeno) prepisovati računov. Po stališču vrhovnega sodišča ni videti nobenega razumnega razloga, zahtevati od stranke takšno kopičenje spisovnega gradiva, saj to ne bi pripomoglo k jasni opredelitvi predmeta spora, niti ne bi olajšalo položaja nasprotne stranke, da se učinkovito brani. Tožena stranka ni s tem v ničemer omejena, da konkretizirano ugovarja glede posameznih storitev, na katere se nanašajo vtoževani računi.

Poudariti velja, da stališče iz te zadeve znatno olajšuje položaj tako tožečih strank kakor tudi sodišč, ko so ob tovrstnih (v praksi zelo pogostih) sprenevedavih ugovorih toženih strank pred dilemo, kako podroben »elaborat« spornega razmerja je potreben v tožbi oziroma nato sodbi.

## 13. ODVZEM KONCESIJE OZIROMA ODPOVED KONCESIJSKE POGODBE BREZ NAVEDBE RAZLOGOV

Nekaterih dejavnosti zagotavljanja blaga in storitev ni mogoče prepustiti prostemu trgu, temveč se zahteva vzpostavitev stabilnega sistema preskrbe oziroma službe v javnem interesu. Ena takih dejavnosti je tudi lekarništvo, ki mora v skladu z zakonom zagotavljati preskrbo prebivalstva ter zdravstvenih zavodov in drugih

organizacij z zdravili. Pravno so koncesije pravni mehanizem, s katerim se tak sistem vzpostavi. Ne glede na področno zakonodajo je model vzpostavitve koncesionirane dejavnosti skoraj vedno enak: koncedent izda (prihodnjemu) koncesionarju odločbo o koncesiji za opravljanje neke službe, nato pa koncedent in koncesionar skleneta pogodbo o koncesiji, v kateri uredita še nekatere vidike razmerja med strankama. Trdnost vzpostavljenega sistema se mora odražati tudi v času izvajanja koncesionirane dejavnosti, kar nazorno izhaja iz stališč vrhovnega sodišča v sodbi III Ips 20/2019 z dne 24. 9. 2019, ko je presojalo zakonitost odpovedi koncesijske pogodbe za opravljanje lekarniške dejavnosti s strani koncedenta (občine) koncesionarju (lekarnarki).

Za presojo zakonitosti odpovedi koncesijske pogodbe je bila pomembna določba v pogodbi, da se koncesija daje za nedoločen čas in lahko preneha v šestih mesecih po odpovedi. Enako določbo je vsebovala že odločba o podelitvi koncesije. Odločilno je bilo, ali je koncedentka veljavno odpovedala koncesijsko pogodbo s sklicevanjem na 333. člen OZ, po katerem se dolžniško razmerje, katerega trajanje ni določeno (trajno dolžniško razmerje), prekine z odpovedjo katere koli od strank pod pogojem spoštovanja določenega oziroma običajnega odpovednega roka.

Vrhovno sodišče je navedeno določbo koncesijske pogodbe na podlagi analize določb Zakona o lekarniški dejavnosti (ZLD),[11] ki so veljale za presojo spornega razmerja in so dopuščale odvzem koncesije le v primeru koncesionarjeve odpovedi koncesiji, razložilo tako, da dopušča možnost koncesionarju, da se odpove koncesiji, vendar ne daje možnosti koncedentu, da brez navedbe razlogov odpove koncesijsko pogodbo in s tem *de facto* tudi koncesijo. Pri presoji je izhajalo iz posebne pravne narave koncesijskega razmerja: po eni strani gre za pogodbo obligacijskega prava, torej zasebnopravno razmerje; po drugi strani pa koncedent nastopa ne le kot pogodbena stranka, temveč tudi kot oblast, torej *ex iure imperii*, in gre za upravnopravno razmerje. Koncesijsko razmerje nastane s sklenitvijo koncesijske pogodbe; ta pa je sklenjena na podlagi koncesijskega akta, ki opredeljuje javni interes v tem razmerju, o katerem se s koncesionarjem ni mogoče pogajati in mora biti zato dovolj določen, da koncedent tak interes v koncesijskem razmerju tudi uveljavi. Glede na takšno naravo je na koncedentu kot oblastnem organu breme, da sprejme ustrezni koncesijski akt, na podlagi katerega uspešno uveljavlja javni interes; ta akt tudi opredeljuje koncesijsko pogodbo oziroma vsebino razmerja med strankama. Če v koncesijskem aktu oziroma koncesijski pogodbi enostranska odpoved pogodbe ni predvidena, ne more biti dopustna. Možnost koncedentove enostranske odpovedi pogodbe, ki ni vnaprej predvidena, posledično pa odvzem koncesije brez opredelitve javnega interesa, ki se s tem skuša doseči, bi namreč pomenila oblastno odločitev, ki bi izvotlila pogodbeno naravo razmerja, koncesionarja pa izpostavila arbitrarnosti in mu odvzela vsakršno pravno varnost.

Svojo utemeljitev je vrhovno sodišče podkrepilo še z analizo pozneje sprejetega Zakona o lekarniški dejavnosti (ZLD-1),[12] ki zakonitost odpovedi pogodbe pogojuje z obstojem kršitev koncesionarja, kar obenem pomeni, da nekrivdna odpoved pogodbe o koncesiji ni zakonita.

11 Uradni list RS, št. 36/04 – uradno prečiščeno besedilo in 85/16 – ZLD-1.
12 Uradni list RS, št. 85/16, 77/17 in 73/19.

**VIR:**

- Navedene odločbe so dostopne na portalu Sodna praksa <http://sodnapraksa.si/>.

# NEPRAVILNOSTI PRI IZVEDBI POSTOPKA PORAVNAVANJA[1]

Metka Zupanc, okrožna državna tožilka, Okrožno državno tožilstvo v Mariboru

## 1. UVOD

Prispevek je nastal na podlagi nekajletnih izkušenj iz prakse. Kot vodja oddelka za mladoletnike, nasilje v družini in alternativno reševanje postopkov na Okrožnem državnem tožilstvu v Mariboru skupaj z višjimi pravosodnimi svetovalkami dnevno sodelujem pri delu s poravnalci. Glede na pogosto ponavljajoča vprašanja in dileme, kako postopati v določeni situaciji ter glede na zaznane pogoste nepravilnosti in pomanjkljivosti pri pregledu spisov o poravnavanju, smo se odločili, da jih zberemo, skušamo najti vzroke za njihov nastanek in jih odpraviti s tem, da poravnalce na rednih letnih sestankih opozorimo nanje, vse v želji za večjo kakovost izvedbe postopkov poravnavanja s ciljem, da bi bili izpeljani tako, kakor to določa zakonodaja.

Prispevek zato najprej obravnava institut poravnavanja v odnosu do drugih alternativnih rešitev kazenskih zadev. Navedena je pravna podlaga, ki določa pogoje za izvedbo postopka poravnavanja, primernost zadev in način izvedbe postopka poravnavanja. Po razmisleku o vzrokih za nepravilnosti v postopku poravnavanja so navedene nepravilnosti, ki so bile zaznane pri vsakodnevnem delu s poravnalci. Namen prispevka je torej opozoriti na najpogostejše nepravilnosti, da do njih ne bi več prihajalo.

## 2. PORAVNAVANJE V ODNOSU DO DRUGIH ALTERNATIVNIH REŠITEV KAZENSKIH ZADEV

V klasičnem kazenskem postopku zoper polnoletnega storilca kaznivega dejanja, ki je utemeljeno osumljen, da je storil očitano mu kaznivo dejanje in so v njegovem ravnanju podani zakonski znaki kaznivega dejanja in je podana njegova krivda, državni tožilec na pristojnem sodišču zoper njega vloži obtožni akt. S ciljem gospodarnosti postopkov in razbremenitve sodišč so odmik od klasičnega kazenskega postopka tako imenovani alternativni postopki reševanja kazenskih zadev.

Zakon o kazenskem postopku (ZKP)[2] kot alternativne rešitve kazenskih zadev določa: odložitev kazenskega pregona, poravnavanje, kaznovalni nalog in sporazum o priznanju krivde. Medtem ko odložitev kazenskega pregona in poravnavanje z izpolnitvijo določene obveznosti osumljenca privedeta do zavrženja kazenske ovadbe oziroma za obdolženca po uspešno izvedenem postopku poravnavanja do umika obtožnega akta, pa izdana sodba po kaznovalnem nalogu in sporazum o priznanju krivde obdolžencu prineseta izrečeno nižjo kazensko sankcijo, kakor

1 Prispevek je za objavo prirejeno avtorjevo predavanje z naslovom Poravnalci v kazenskih zadevah, ki je bilo v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju 3. septembra 2020 v Ljubljani.

2 Uradni list RS, št. 63/94, z vsemi nadaljnjimi spremembami in dopolnitvami.

bi mu bila sicer izrečena, če bi se izpeljala glavna obravnava v rednem klasičnem postopku. Vsi navedeni instituti so bili v praksi sprejeti zelo naklonjeno, saj se z alternativnim načinom rešitve kazenskih zadev razbremenijo sodišča, kar omogoča hitrejše in učinkovitejše obravnavanje drugih, praviloma zahtevnejših zadev.

Med institute alternativne rešitve spora, kakor rečeno, spada tudi institut poravnavanja, katerega cilj je, kakor že ime pove, mirna rešitev spora med strankama, tj. poravnava. ZKP ga ureja v 161.a členu, v katerem državnemu tožilcu podeljuje diskrecijsko pravico, da se odloči, ali bo kazensko ovadbo oziroma obtožni predlog odstopil v postopek poravnavanja ali pa bo vložil obtožni akt oziroma vztrajal pri izvedbi glavne obravnave, ko je obtožni akt že vložen na pristojnem sodišču. V prvem odstavku 161.a člen določa, da: »državni tožilec sme ovadbo ali obtožni predlog za kaznivo dejanje, za katero je predpisana denarna kazen *ali zapor do treh let in za kazniva dejanja iz drugega odstavka tega člena, odstopiti v postopek poravnavanja, pri tem pa upošteva vrsto in naravo dejanja, okoliščine v katerih je dejanje bilo storjeno, osebnost storilca, njegovo predkaznovanost za istovrstna ali druga kazniva dejanja, kot tudi stopnjo njegove kazenske odgovornosti.*« Drugi odstavek pa določa, da je »zaradi posebnih okoliščin dopustno poravnavanje tudi za kazniva dejanja hude telesne poškodbe *po prvem odstavku 123. člena, posebno hude telesne poškodbe po četrtem odstavku 124. člena, velike tatvine po 1. točki prvega odstavka 205. člena, zatajitve po četrtem odstavku 208. člena in poškodovanja tuje stvari po drugem odstavku 220. člena Kazenskega zakonika; če je ovadba podana zoper mladoletnika, pa tudi za druga kazniva dejanja, za katera je v Kazenskem zakoniku predpisana kazen zapora do petih let.*«

V praksi se pogosto dogaja, da se zamenjujeta oziroma enačita institut *poravnavanja* in institut *odložitve kazenskega pregona*, ki ga ZKP ureja v 162. členu. Resda je nabor kaznivih dejanj, za katera sme državni tožilec s soglasjem oškodovanca odložiti kazenski pregon, če se je osumljeni pripravljen ravnati po navodilih državnega tožilca in izpolniti določene naloge, glede kaznivih dejanj s pristojnosti okrajnega sodišča enak, pa se z izjemo, če je kazenska ovadba podana zoper mladoletnika, razlikujejo taksativno našteta kazniva dejanja v drugem odstavku 162. člena, za katere je zagrožena strožja kazenska sankcija in spadajo v pristojnost okrožnega sodišča.[3] Bistvene razlike med institutoma pa so v tem, da *poravnavanje* izvajajo »zunanji« poravnalci, ki jih imenuje Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije[4] in so vpisani v imenik poravnalcev ter so pri svojem delu neodvisni, medtem ko postopek *odložitve kazenskega postopka* izvede tožilec ali pod njegovim vodstvom višji pravosodni svetovalec na sedežu pristojnega Okrožnega državnega tožilstva. *Odložitev kazenskega pregona* se, na kar že napotuje ime instituta, ne more izvesti po vložitvi obtožnega akta na sodišču, medtem ko se v *poravnavanje* lahko odstopita tako kazenska ovadba kakor tudi obtožni akt (praviloma je to obtožni predlog). Za izvedbo postopka *poravnavanja* pa glede na to, da je namenjen sklenitvi sporazuma med osumljencem in oškodovancem, niso primerne zadeve, ko je oškodo-

3 Zaradi posebnih okoliščin je dopustno odložiti kazenski pregon tudi za kazniva dejanja omogočanja uživanja prepovedanih drog ali nedovoljenih snovi v športu po prvem odstavku 187. člena, nasilja v družini po prvem in drugem odstavku 191. člena, zanemarjanja mladoletne osebe in surovega ravnanja po drugem odstavku 192. člena, velike tatvine po 1. točki prvega odstavka 205. člena, zatajitve po četrtem odstavku 208. člena, izsiljevanja po prvem in drugem odstavku 213. člena, poslovne goljufije po prvem odstavku 228. člena, poškodovanja tuje stvari po prvem odstavku 220. člena in zlorabe negotovinskega plačilnega sredstva po drugem odstavku 246. člena Kazenskega zakonika.

4 Pogoje za njihovo imenovanje ureja Zakon o državnem tožilstvu (ZDT-1) v petem poglavju.

vana država ali uradna oseba ali kjer oškodovanca ni mogoče prepoznati oziroma določiti*. V teh primerih se izvede *odložitev kazenskega pregona*.

V postopku poravnavanja gre za reševanje spora med osumljencem in oškodovancem zunaj pravosodnih institucij s pomočjo poravnalca, ki po svoji izobrazbi običajno ni pravnik (saj to ni pogoj za njegovo imenovanje), ki usmerja dialog med strankama in zagotavlja strpnost dialoga. Spor se torej rešuje v okolju, kjer je nastal, kar omogoča lažji dogovor med strankama in sklenitev sporazuma med njima. Izpolnitev sporazuma nedvomno privede do zadovoljstva obeh strank, saj se spor reši, pogosto pa se s sklenitvijo sporazuma odpravijo tudi vzroki, ki so privedli do nastanka spora, kar je posebej značilno za daljše družinske in sosedske spore, ko je tudi oškodovanec prispeval k temu, da je do spora prišlo.

## 3. PREDPISI, KI UREJAJO POSTOPEK PORAVNAVANJA

Ob že omenjenem Zakonu o kazenskem postopku (ZKP) so podlaga za določitev poravnalcev, izvedbo postopka poravnavanja, merila in primernost zadev za poravnavanje še Zakon o državnem tožilstvu (ZDT-1),[5] Pravilnik o poravnavanju v kazenskih zadevah,[6] ki ga izda minister za pravosodje v soglasju z ministrom za delo, družino in socialne zadeve, ter Splošno navodilo o pogojih in okoliščinah za odstopanje zadev v postopek poravnavanja,[7] ki ga izda generalni državni tožilec.

ZDT-1 v petem poglavju določa pogoje za imenovanje poravnalcev, način zbiranja prijav kandidatov, imenik poravnalcev, razrešitev poravnalca in v 212. členu nadzor nad delom poravnalcev. Nadzor se izvaja z rednimi in izrednimi pregledi opravljenih postopkov poravnavanja in ga opravlja nadzorni odbor, ustanovljen pri Vrhovnem državnem tožilstvu Republike Slovenije, ki ima tri člane, in sicer državnega tožilca, ki ima najmanj naziv okrožnega državnega tožilca, predstavnika poravnalcev in predstavnika ministrstva.

Pravilnik o poravnavanju v kazenskih zadevah (v nadaljevanju pravilnik) v 1. členu v poglavju splošnih določb določa, da je cilj poravnavanja sklenitev sporazuma, ki vsebuje moralno ali materialno zadoščenje oškodovanca zaradi storjenega dejanja osumljenca in je dosežen v postopku poravnavanja. V 2. členu pravilnik določa, da so udeleženci v postopku poravnavanja osumljeni storilec kaznivega dejanja (v nadaljnjem besedilu: osumljenec), oškodovanec in poravnalec. Stranki postopka sta osumljenec in oškodovanec. Ker pravilnik ne loči med izrazoma »osumljenec« in »obdolženec« (ko pride do postopka poravnavanja z odstopom obtožnega akta v poravnavanje), je v tem besedilu tudi za »obdolženca« uporabljen izraz »osumljenec«. Glede strank je treba opozoriti tudi na okoliščino, da zagovornik in pooblaščenec nista stranki postopka, ju pa stranki seveda lahko pooblastita za zastopanje. V nadaljevanju pravilnik po poglavjih ureja: določitev poravnalca in postopek poravnavanja, sporazum in stroške postopka poravnavanja.

Splošno navodilo o pogojih in okoliščinah za odstopanje zadev v postopek poravnavanja (v nadaljevanju splošno navodilo) določa merila in primernost zadev za

5 Uradni list RS, št. 58/11 s spremembami in dopolnitvami.
6 Uradni list RS, št. 114/04, 58/11 in 23/18.
7 Uradni list RS, št. 79/18.

izvedbo postopka poravnavanja ter postopek državnega tožilca v zvezi z odstopom zadeve v postopek poravnavanja in po vrnitvi zadeve iz postopka poravnavanja.

## 4. VZROKI ZA NEPRAVILNOSTI V POSTOPKU PORAVNAVANJA

Med vzroki za nastanek nepravilnosti so:

- specifičnost posameznih zadev, ki se razlikujejo od drugih;
- pritiski strank, ki se zavzemajo za svoje interese;
- nagnjenost k poenostavitvi zadev;
- časovna stiska (upoštevajoč, da so roki za izvedbo posameznih dejanj v okviru izvedbe postopka poravnavanja kratki).

Ob tem se moramo seveda tudi tožilci vprašati, ali vedno upoštevamo navodilo, ki določa, katere zadeve so glede na okoliščine primerne za izvedbo postopka poravnavanja, ali pa se morebiti kdaj strinjamo z odstopom v postopek poravnavanja (to se predvsem nanaša na postopke, ko je že vložen obtožni predlog na sodišču), ko zadeve zato niso primerne, pa se postopek poravnavanja v sorazmerju s težavnostjo dokazovanja, zapletenostjo zadeve, števila udeležencev in podobno zdi v tistem trenutku najboljša rešitev. Takšne zadeve tudi poravnalcem prinesejo nemalo težav (še posebej, če je stranka v tujini in ne sporoči svojega naslova, ali kadar gre za več udeležencev) in pogosto zaradi svoje specifičnosti vodijo v nepravilno izvedeni postopek. V takšnih primerih zato tudi poravnavanje običajno ni uspešno in se reševanje zadeve samo še podaljša. Takšne zadeve se uspešno rešijo v postopku poravnavanja samo ob izkazanem aktivnem sodelovanju vseh udeležencev postopka.

Vsi zgoraj navedeni razlogi, ki verjetno niso edini, so deloma opravičljivi, vendar menim, da je nepravilnosti treba odpraviti, zato v nadaljevanju navajam najpogostejše med njimi s ciljem, da bi naše delo in delo poravnalcev izboljšalo.

## 5. NEPRAVILNOSTI PRI IZVEDBI POSTOPKA PORAVNAVANJA

- **Predhodno poplačilo ali povračilo škode ne šteje za uspešno izpolnjeno nalogo** in je torej treba sporazumno določiti dodatno nalogo v okviru postopka poravnavanja (primer: če je osumljenec zunaj postopka poravnavanja že poravnal škodo oškodovancu, se lahko stranki dogovorita za plačilo v dobrodelne namene). Podlaga za takšno trditev je 1. člen pravilnika, ki, kakor rečeno, določa, da je cilj poravnavanja sklenitev sporazuma, ki vsebuje določeno moralno ali materialno zadoščenje oškodovanca zaradi storjenega dejanja osumljenca in je dosežen v postopku poravnavanja, ki je določen s tem pravilnikom.
- **Postopek poravnavanja je uspešno končan šele, ko osumljenec nalogo, določeno v sporazumu, izpolni,** zato ni pravilno, da se spis o poravnavanju (zadeva) vrača na državno tožilstvo takoj po sklenitvi sporazuma in še pred izpolnitvijo naloge. V tem primeru namreč ne gre za končano zadevo in je postopek le delno izpeljan, zato tudi ni mogoče odmeriti nagrade poravnalcu. Navedeno namreč izhaja iz prvega odstavka 28. člena pravilnika, ki določa, da stranki obvestita poravnalca o tem, da so obveznosti, ki izhajajo iz sporazuma,

izpolnjene, in po potrebi o tem poravnalcu predložita dokazila. Poravnalec o izpolnitvi obveznosti iz sporazuma obvesti pristojnega okrožnega državnega tožilca in mu hkrati z obvestilom pošlje celotni spis o postopku poravnavanja.

- **V primeru več kaznivih dejanj z več oškodovanci in več osumljenci** (praviloma takšne zadeve sicer niso najprimernejše za izvedbo postopka poravnavanja, se pa v praksi vendarle občasno dogajajo zaradi zainteresiranosti strank po takšni rešitvi postopka) **je mogoče postopek poravnavanja tudi delno uspešno končati** (primer: le za nekatera kazniva dejanja, ki so predmet obravnave), kar se seveda, ko je postopek poravnavanja delno uspešen, upošteva pri odmeri nagrade (opisana situacija torej v primeru delne uspešnosti ni izenačena s situacijo, ko je postopek poravnavanja v celoti neuspešen).
- **Postopki poravnavanja še vedno trajajo dlje od prekinitve glavne obravnave** (najdlje šest mesecev). S sprejetjem novele ZKP-N se sicer spreminja peti odstavek 161.a člena (uporaba od 20. oktobra 2019) in se rok za izpolnitev nalog, določenih v postopku poravnavanja, podaljšuje s treh na šest mesecev, pri čemer pa je treba opozoriti, da prvi odstavek 443.a člen ZKP ostaja nespremenjen in je tako mogoče prekiniti glavno obravnavo zaradi odstopa zadeve v poravnavanje še vedno zgolj za največ šest mesecev.
- **Predlagano je, da poravnalci stranke seznanijo tudi z morebitnimi drugimi nalogami iz 25. člena pravilnika (ne le opravičilo in povračilo škode)**. Tretji odstavek 161.a člena določa, da je poravnalec pri svojem delu neodvisen, da pa si mora prizadevati, da je vsebina sporazuma v sorazmerju s težo in posledicami dejanj. Pravilnik v 25. členu določa naloge, ki jih sporazum lahko vsebuje, to so: opravičilo oškodovancu ali (in) njegovim bližnjim, odprava škode, vrnitev ali nadomestitev predmetov, plačilo škode, delo v korist oškodovanca, splošno koristno delo, druge oblike moralnega ali materialnega zadoščenja oškodovanca. Seznam nalog, ki jih sporazum lahko vsebuje, torej ni kratek, se pa na žalost v praksi prepogosto uporabljata samo dve zgoraj navedeni nalogi: opravičilo in povračilo škode. Osumljenčevo opravičilo, ki se najpogosteje določa v sporazumih, sicer res pomeni moralno zadoščenje za oškodovanca, kar je vsekakor primerna naloga predvsem pri nepremoženjskih kaznivih dejanjih, vendar pa si morajo poravnalci prizadevati, k čemur jih zavezuje tretji odstavek 161.a člena, da je vsebina sporazuma v sorazmerju s težo in posledicami kaznivih dejanj (kot primerna se na primer ne more šteti naloga – opravičilo, kadar gre za kaznivo dejanje kršitev temeljnih pravic delavcev po 196. členu KZ-1, saj posledice kaznivega dejanja niso sorazmerne z vsebino sporazuma).
- **V spis o poravnavanju naj bodo vložene vse kopije potrdil o priporočenih pošiljkah s povratnicami.** Pravilnik namreč med drugim v 15. členu določa, da se za vročanje pisanj strankam in drugim osebam v postopku poravnavanja smiselno uporabljajo določbe ZKP o osebnem vročanju. Prav tako povratnica dokazuje, da je stranka prejela poravnalčevo pisanje in je torej z njim seznanjena.
- Če **nista sočasno prisotni obe stranki, je treba vsebino razgovora zapisati v uradnem zaznamku, in ne v zapisniku.** To namreč smiselno izhaja iz 21. člena pravilnika, ki med drugim določa, da poravnalec ob ločenih razgovorih s strankama napiše uradni zaznamek.

- **Poravnalci naj se aktivno odzovejo na poizvedbe državnega tožilca o stanju zadeve**, ki je bila odstopljena v postopek poravnavanja, in državnemu tožilcu pravočasno odgovorijo, v kakšni fazi je postopek. S tem v zvezi pa se seveda tudi utemeljeno pričakuje, da poravnalci prevzemajo pošto od državnega tožilstva. Državni tožilec, ki je kazensko ovadbo ali obtožni akt odstopil v postopek poravnavanja, mora biti seznanjen, v kakšni fazi je zadeva. Še posebej je to pomembno v primerih, ko je v poravnavanje odstopljen obtožni akt, saj v tem primeru pride do prekinitve glavne obravnave[8] in zato na državno tožilstvo prihajajo poizvedbe sodišča o stanju zadeve.
- **Sporazum mora vsebovati vse bistvene sestavine, kakor jih določa 24. člen pravilnika**. Posebej določno pa je treba opredeliti obveznost, ki jo osumljenec mora opraviti, ter način in rok za izpolnitev obveznosti. Sporazum mora sicer poleg prej navedenega vsebovati tudi: navedbo strank; opis in vrsto storjenega dejanja po podatkih v ovadbi; ime in priimek poravnalca; vsebino doseženega sporazuma, če se nanaša na opravljanje splošno koristnega dela, pa mora vsebovati tudi navedbo organizacije, kjer bo osumljenec opravljal splošno koristno delo, in način opravljanja dela; datum sklenitve sporazuma; podpis udeležencev postopka poravnavanja.
- **Sporazum je veljavno sklenjen le, če so ga podpisali vsi udeleženci** (osumljenec, oškodovanec in poravnalec), pri čemer lahko za oškodovanca podpiše sporazum njegov pooblaščenec, medtem ko mora osumljenec sporazum podpisati vedno osebno (on je namreč tisti, ki se s podpisom sporazuma zaveže, da bo opravil določeno nalogo).
- **Poravnalci morajo o sklenjenem sporazumu obvestiti državnega tožilca.** Ta obveznost je namreč določena v 27. členu pravilnika. Smiselnost obveščanja je seveda v že zgoraj navedeni seznanitvi državnega tožilca s stanjem zadeve.
- **Spis o poravnavanju mora biti dosledno urejen po kronološkem zaporedju.** Kronološko urejeni spis o poravnavanju državnemu tožilcu omogoči, da je njegovo delo lažje in učinkovitejše. To se od poravnalcev zahteva tudi za pregled spisov o poravnavanju, ki ga opravi nadzorni odbor, kakor to določa 212. člen ZDT-1.
- **Poravnalec naj ob končanju postopka poravnavanja ustrezno izpolni ovitek spisa o poravnavanju** (t. i. modri ovitek). Preden spis vrne državnemu tožilcu, se mora tudi podpisati na ovitek spisa o poravnavanju, odtisniti žog poravnalca in napisati datum zaključka poravnavanja. Ob odstopu zadeve v postopek poravnavanja se z vsemi ustreznimi listinami, ki so potrebne za izvedbo postopka, poravnalcu pošlje tudi ovitek spisa, ki vsebuje določene rubrike, in obveznost poravnalca je, da te rubrike izpolni. Izpolnitev rubrik ovitka spisa o poravnavanju namreč poleg že omenjene kronološke urejenosti pregleda Vrhovno državno tožilstvo s ciljem, zagotoviti pravilnost in zakonitost izvedbe postopkov poravnavanja.

8 443.a člen ZKP določa, da lahko sodnik največ za šest mesecev prekine glavno obravnavo, če državni tožilec napove, da bo zadevo odstopil v poravnavanje.

## 6. SKLEP

Poravnavanje je pomemben institut alternativne rešitve kazenskih zadev, saj z rešitvijo spora med strankama privede do zadovoljstva obeh strank, hkrati pa se z zunajsodno rešitvijo zadeve razbremenjujejo sodišča. K uspešno sklenjenim sporazumom s svojim požrtvovalnim delom največ prispevajo poravnalci . Da pa bi bili postopki izpeljani pravilno po predpisih, pa je seveda želja in cilj vseh udeležencev postopka in tudi tožilcev. Če k temu prispeva tudi ta članek, napisan na podlagi izkušenj iz prakse, je njegov namen dosežen.

## SEZNAM LITERATURE:


- Kazenski zakonik (KZ-1), Uradni list RS, št. 55/08, z vsemi nadaljnjimi spremembami in dopolnitvami.
- Pravilnik o poravnavanju v kazenskih zadevah, Uradni list RS, št. 114/04, 58/11 in 23/18.
- Splošno navodilo o pogojih in okoliščinah za odstopanje zadev v postopke poravnavanja, Uradni list RS, št. 79/18.
- Zakon o državnem tožilstvu (ZDT-1), Uradni list RS, št. 58/11, z vsemi nadaljnjimi spremembami in dopolnitvami.
- Zakon o kazenskem postopku, Uradni list RS, št. 63/94, z vsemi nadaljnjimi spremembami in dopolnitvami.
- Zakon o kazenskem postopku (ZKP) (neuradno prečiščeno besedilo). Uvodna pojasnila k noveli ZKP-N in stvarno kazalo, PLESEC, P., in GORKIČ, P., Uradni list RS, 2019.

# PORAVNALCI V KAZENSKIH ZADEVAH – VIDIK ODVETNIKA[1]

Timon Hren, odvetnik v Ljubljani

## 1. NA KRATKO O PORAVNAVANJU

Čeprav je namen tega prispevka predstavitev praktičnih prvin poravnavanja in dejansko prikazati odnos odvetnika do postopka poravnavanja, menim, da je najprej treba pojasniti teoretično podlago poravnavanja.

Teoretično izhaja poravnavanje iz koncepta restorativne pravičnosti.[2] Povedano preprosto, to pomeni enega od dveh postopkov, pri katerem se tožilec odloči, da bo skušal pravičnost doseči s soglasjem med oškodovancem in osumljencem. Pri prvem, ki ga v tem prispevku ne bom obravnaval, a ga moram omeniti, gre za postopek po 162. členu Zakona o kazenskem postopku.[3] V tem primeru državni tožilec postopek vodi sam, torej je med oškodovancem in osumljencem mediator sam, ali kakor je to v navadi, poskus poravnave poteka prek strokovnih sodelavcev tožilstva. V drugem primeru pa gre za postopek poravnavanja v pravem pomenu. Ureja ga 161.a člen ZKP. Oba instituta je v našo ureditev vnesla novela ZKP-A,[4] tako da sta v naši pravni ureditvi prisotna že kar nekaj časa.

## 2. PORAVNAVANJE JE KORISTNO

Obstoj instituta poravnavanja v kazenskem pravu je koristen. S filozofskega stališča, ker konsenzualnost, h kateri stremi in jo poudarja restitutivna pravičnost, oškodovanca obravnava kot subjekt v postopku in ne le kot dokazno sredstvo. Z družbenega stališča so stroški za družbo bistveno nižji kakor izvedba kazenskega postopka. S stališča odvetnika pa je poravnavanje za stranko koristno predvsem, ker z njegovo uspešno izvedbo pride do zavrženja kazenske ovadbe.

Bralca opozarjam, da v nadaljevanju sestavka obravnavam vidik odvetnika – zagovornika. Torej dojemanje poravnavanja s stališča obrambe, ki skuša osumljencu zagotoviti čim ugodnejši razplet zadeve. V naravi stvari je, da se vloga odvetnika – pooblaščenca oškodovanca razlikuje od vloge, ki jo ima odvetnik kot zagovornik osumljenca.

---

1 Prispevek je za objavo prirejeno avtorjevo predavanje z naslovom Poravnalci v kazenskih zadevah, ki je bilo v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju 3. septembra 2020 v Ljubljani.

2 Odličen opis je mogoče najti v BOŠNJAK, Marko. Postopki restorativne pravičnosti. Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 2000, letnik 51, št. 1, str. 32–41.

3 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, 66/17 – ORZKP153,154, 22/19, 55/20 – odl. US in 89/20 – odl. US) v nadaljevanju ZKP.

4 Uradni list RS, št. 72/1998 z dne 23. 10. 1998.

## 3. RAZLOGI ZA KORISTNOST PORAVNAVANJA

S stališča zagovornika je torej poravnavanje (skoraj vedno) koristno. Razlogov je več; prvi je dejstvo, da obstaja možnost, da bo osumljenec obsojen. Zagovornik ni očividna priča dogodka, ki se obravnava v kazenskem postopku, zato se mora zanašati na pojasnila stranke, ki pa niso nujno popolna, lahko celo, da niso resnična. Medtem ko je izvedba kazenskega postopka glede njegovega izida vedno negotovo dejstvo, je izid uspešno izvedenega poravnavanja jasen: završenje kazenske ovadbe. Drugi razlog je, da namen kazenskega postopka ni celostna obravnava razmerja med oškodovancem in osumljencem. Pogosto je osumljenec ravnal na podlagi predhodnih stanj, ki deloma, v njegovih očeh pa pogosto v celoti, opravičujejo njegovo ravnanje. Sodišča to ne bo zanimalo. Življenje je pač tako, da nekateri izzivanja dolgo prenašajo, trpijo, preden jim nato samokontrola enkrat popusti in se nato znajdejo v (pred)kazenskem postopku. Njihovo, deloma pa tudi splošno zdravorazumsko dojemanje, sprejema oziroma predhodna ravnanja upošteva pri oceni vzročne zveze za nastalo stanje, kazensko pravo pa jih ne sprejema oziroma upošteva. Kazenski sodnik pri presoji ne bo upošteval, da se je na primer pri lahki telesni poškodbi osumljenec prvič uprl oškodovancu, ki ga pogosto zmerja, zaničuje, frca in brca. Morda bo to vplivalo na odmero kazni, a osumljenec bo postal obsojenec. Tretji razlog – in ta je ključen – pa je, da uspešna izvedba poravnavanja pomeni, da se ovadba zavrže.[5] S stališča zagovornika je za stranko završenje ovadbe (verjetno) najboljši možni izid. Stanka tako ostane nekaznovana, »nima kartoteke«, zadeva je končana razmeroma hitro in z nizkimi stroški, odločitev je dokončna – ni strahu, da bo pri obravnavi pritožbe prišlo do spremembe ali ponovnega sojenja in ker se je oškodovanec strinjal z izvedbo poravnavanja, zadeve verjetno ne bo imela močnega negativnega učinka na osumljenčevo nadaljnje življenje.

## 4. VLOGA ODVETNIKA V POSTOPKU PORAVNAVANJA

Kaj je torej vloga, naloga odvetnika – zagovornika v postopku poravnavanja? Glede na vse zgoraj povedano v zvezi s koristnostjo postopka je njegova naloga, da stranko prepriča, da je sodelovanje v postopku zanjo (lahko) ugodno.

Ob že navedenih dejstvih, tj. da je mogoča tudi obsodba nedolžnega in da sodišče obravnava samo vprašanje krivde osumljenca, ne pa tudi življenjskega položaja, zaradi katerega je do dogodka prišlo, je dobro, da zagovornik s tema dvema dejstvoma seznani svojo stranko. Pogosto se namreč zgodi, da je stranka prepričana, da če bo »svoj položaj« razložila sodniku, da bo razumljena in da bo izrečena oprostilna sodba. Takšna prepričanja so pogosto zmotna in verjetno izhajajo iz prepričanja, da sodišča sodijo »po zdravi pameti«. Sodišča sodijo po pravu, zakonih, ti pa znajo biti strogi. Pogosto stranka težko razume, da je kršitev cestnoprometnih predpisov, ki sicer ni v povezavi z nastankom prometne nesreče, verjetno zadostni razlog za obsodbo za kaznivo dejanje po 323. členu Kazenskega zakonika.[6] Seveda teorija uči, da je takšno ravnanje napačno; nedelujoča sprednja luč na avtomo-

5 Prvi stavek petega odstavka 161.a člena ZKP določa: Ko prejme obvestilo o izpolnitvi sporazuma, državni tožilec ovadbo zavrže.

6 Kazenski zakonik (Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20 in 91/20) v nadaljevanju KZ-1. 323. člen določa kaznivo dejanje povzročitve prometne nesreče iz malomarnosti.

bilu je prekršek, ni v vzročni povezavi z naletom motorista v zadnji del vozila, pri katerem je ta hudo telesno poškodovan. A to je teorija. V praksi pa je opozarjanje na sodno prakso in pomembnost povezanosti zakonskega znaka »s kršitvijo predpisov o varnosti cestnega prometa« z dejanskim vzrokom za nastanek nesreče povezano z veliko truda in stroški, pri čemer uspeh teh prizadevanj ni zagotovljen. Če skrajšam: v večini primerov je poravnavanje za stranko – osumljencem koristno. Naloga odvetnika je, da stranki to razloži.

V okviru zgoraj navedene prve naloge zagovornika je gotovo tudi izčrpno in razumljivo pojasnilo stranki o značilnostih postopka in njegovih posledicah. Kaj poravnavanje pravzaprav je, kako poteka v praksi, kaj se zgodi, če je postopek uspešen in se stranki »dogovorita«, kaj pomeni, če se ne. V okviru tega je (verjetno) naloga zagovornika tudi, da stranki pojasni, da čeprav je postopek bistveno manj formalen in daje osumljencu možnost, da »kaj pove«, gre še vedno za derivativ kazenskega postopka s ključno lastnostjo: obravnava se ravnanje osumljenca, ne pa celostni odnos oškodovanca in osumljenca. To je tudi eden večjih izzivov postopka in vloge odvetnika v njem. Stanja in dogodki, ki so obravnavani v postopkih poravnavanja, so večinoma plod zatečenih človeških odnosov, zasidranih osebnostnih lastnosti in dlje trajajočih stanj. Formalni kazenski postopek je zaradi procesne strogosti, ki ga ureja, lažji; kaj se očita, mora biti jasno in natančno opisano v obtožnem aktu. Procesna vloga osumljenca, obdolženca ali obtoženca je natančno razmejena od drugih vlog v postopku. Celo kdo prvi govori ter daje in odvzame besedo, je preprosto ugotoviti: sedi na posebnem stolu in ima črno togo. V postopku poravnavanja pa to ne drži. Ker je postopek manj formalen in je večji poudarek na pogovoru, tj. hitri izmenjavi stališč, spominja na pogovor. V pogovoru pa ima seveda vsak pravico povedati, kaj misli, in če to verjame in meni, »polje obravnave« razširiti tudi na druge dogodke. Povedano preprosto: odvetnik mora stranki, če naj postopek poravnavanja poteka nemoteno, veliko bolj razložiti značilnosti in potek omenjenega postopka kakor pa značilnosti in potek kazenske obravnave.

Ne nazadnje pa je naloga odvetnika – zagovornika v postopku poravnavanja tudi skrb za spoštovanje strankinega dostojanstva in podaja sprotne ocene podanih predlogov v postopku. Ob vsem pozitivnem, kar poravnavanje ponuja in tudi oceni zagovornika, da je njegova uspešna izvedba vredna (skorajda) vsakršne cene, mora imeti zagovornik v mislih tudi, da je včasih določena cena previsoka za njegovo stranko. Kakor je v naravi stvari, obstajajo oškodovanci in osumljenci, kjer je krivda za nastali položaj jasno določljiva, obstajajo pa tudi primeri, kjer je očitno, da je oškodovanec vešč (zlo)rabe različnih postopkov, podajanja prijav in da se svoje močne vloge v postopku zelo dobro zaveda. Primerljivo je v takšnih okoliščinah osumljenec neroden in naiven, verjame, da bo kazensko pravosodje obravnavalo zadevo celostno, zato odkritosrčno pove vse, tudi tisto, kar mu lahko škodi. V takšnem primeru se pogosto zgodi, da začne oškodovanec osumljenca ponižavati, zahtevati opravičila, ki presegajo obravnavani primer, in celo enkrat za vselej urediti razmerje med njima s preprosto logiko: ti si slab, jaz sem dober. V takšnih okoliščinah je naloga zagovornika, da premisli, ali ni za stranko izvedba kazenskega postopka ugodnejša. Na neki točki je namreč prav konsenzualizem postopka lahko težava: če naj bi osumljenec priznal, da je storil nekaj, česar ni storil, le zato, da bi se izognil kazenskemu postopku, alternativa pa je voljno priznanje, da je storil nekaj, kar ve, da ni storil, je mogoče bolj prav iti

v boj, kakor zanikati samega sebe. Povedano drugače: poravnavanje je koristno, vendar pa ni vsaka poravnalna ponudba ali vsaka naloga, ki bi jo osumljenec moral izpolniti, boljša od izvedbe kazenskega postopka in morebitne obsodbe. Naloga zagovornika je, da v skladu z interesi svoje stranke pazi tudi, da stranke nihče ne ponižuje in da vedno obstaja zavedanje, da je včasih cena za poravnavo lahko previsoka.

## 5. SKLEPNO

Na prvi pogled je vloga odvetnika – zagovornika v postopku poravnavanja preprosta. Ni mu treba podajati dokaznih predlogov, ne zaslišuje prič, dejansko je »bolj zraven«, kakor da bi kaj delal. To ne drži. Postopek poravnavanja je namreč za zagovornika poseben izziv: priprava stranke nanj je v delu zahtevnejša, sodelovanje na naroku je drugačno, a lahko prav tako naporno, čustveni naboj navedb oškodovanca je drugačen in ga je težje obravnavati kakor podajo navedb državnega tožilca. Gre za poseben postopek s popolnoma svojimi značilnostmi in pravili. Velja pa enako pravilo, ki zagovornika vodi pri obeh: koristi stranke. Naloga zagovornika je, da svojo stranko informira, ji nudi sprotno strokovno podporo in da s svojo prisotnostjo in osebnostjo prepreči, da bi se postopek poravnavanja sprevrgel v šikaniranje njegove stranke.