

PRAVOSODNI BILTEN

1/2021

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

Doc. dr. Karmen Lutman Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani POVRNITEV STROŠKOV IN VLAGANJ V TUJO NEPREMIČNINO: RESTITUCIJSKI ZAHTEVKI IN PRAVILA VRAČANJA.....	9
Lenart Željko Strokovni sodelavec, Višje sodišče v Ljubljani VROČANJE V TUJINO V CIVILNIH IN GOSPODARSKIH ZADEVAH.....	27
Dr. Ivanka Demšar-Potočnik Višja državna odvetnica, Državno odvetništvo Republike Slovenije LASTNINJENJA DRUŽBENEGA PREMOŽENJA.....	45
Doc. dr. Andrej Ekart Okrožni sodnik, Okrožno sodišče v Mariboru SODELOVANJE MED IZVRŠILNIM SODIŠČEM IN CENTROM ZA SOCIALNO DELO, DA DOLŽNIK NE OSTANE BREZ STREHE NAD GLAVO.....	65
Anita Bregar Univ. dipl. soc. delavka, višja svetovalka, pomočnica direktorice CSD Gorenjska, Enota Jesenice VLOGA CENTRA ZA SOCIALNO DELO PRI IZVRŠBI V DRUŽINSKIH ZADEVAH.....	83
Mag. Metoda Orehar Ivanc Višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani PROCESNI POLOŽAJ OSEBE, O KATERI SE VODI POSTOPEK, IN VLOGA ZAČASNEGA SKRBNIKA.....	105
Dr. Mateja Končina Peternel Vrhovna sodnica, Vrhovno sodišče Republike Slovenije OTROK KOT UDELEŽENEC POSTOPKA.....	119
Mag. Lea Javornik Svétnica, Varuh človekovih pravic Republike Slovenije IZVAJANJE 12. ČLENA KONVENCIJE ZN O OTROKOVIH PRAVICAH V PRAKSI.....	129
Frida Burkelc Višja sodnica, Okrožno sodišče v Celju KO SE V NEPRAVDNEM POSTOPKU SREČATA DRUŽINSKO IN ZEMLJIŠKOKNJIZNO PRAVO.....	147

Doc. dr. Boštjan Tratar Višji državni odvetnik, Državno odvetništvo Republike Slovenije, docent Fakultete za državne in evropske študije	
PRAVICA DO SPOLNE IDENTITETE KOT ČLOVEKOVA PRAVICA V PRAKSI EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE.....	163

IZ PRAKSE ZA PRAKSO

Mag. Nataša Erjavec Notarka v Ljubljani	
PRAKTIČNE IZKUŠNJE S TUJIMI EVROPSKIMI POTRDILI O DEDOVANJU PRI VPISIH LASTNINSKE PRAVICE DEDIČEV V SLOVENSKO ZEMLJIŠKO KNJIGO.....	189
Deja Kozjek Višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani	
PRIMERI DOBRE PRAKSE KOMUNIKACIJE MED SODIŠČEM IN SODNIM IZVEDENCEM OZIROMA SODNIM CENILCEM	203

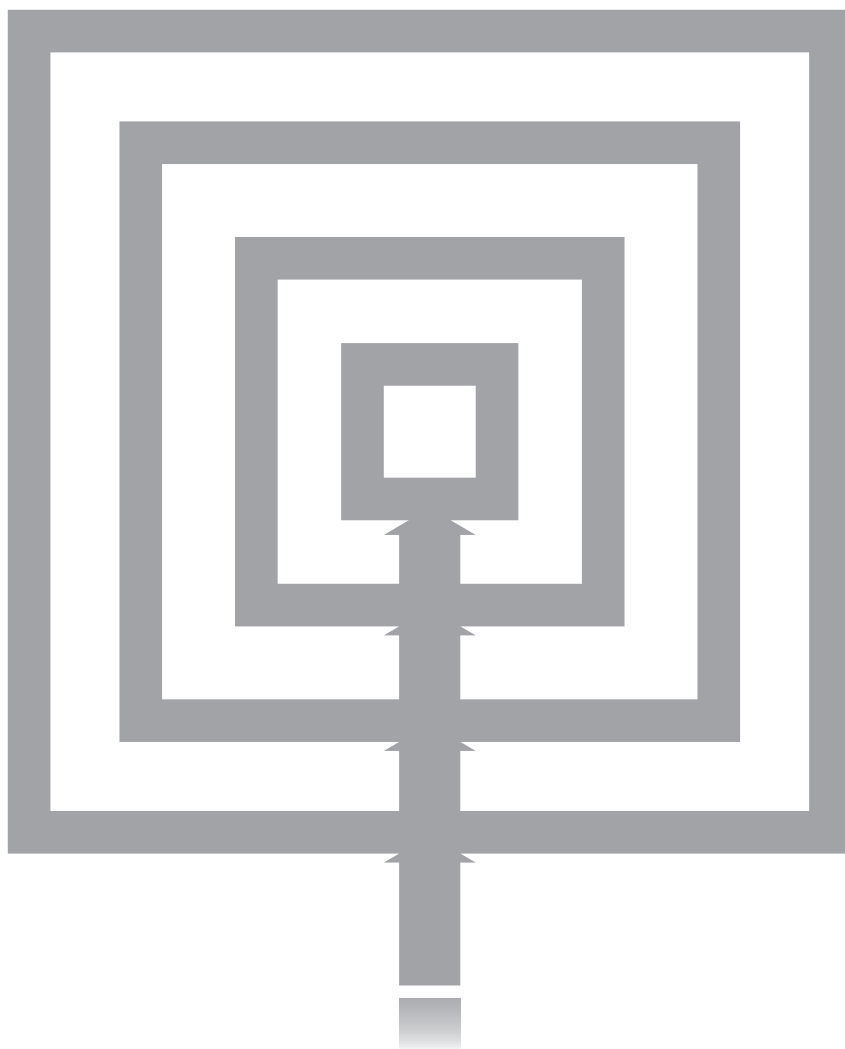
UVOD

V tej številki so zbrani za objavo prirejeni prispevki avtorjev, ki so kot predavatelji sodelovali na 10. konferenci dobrih praks v sodstvu (12. december 2019); Izvršilni šoli (Portorož, 29. januar in 12. februar 2020); Civilnopravni šoli 2020 (od 4. do 6. marca 2020 v Portorožu); Zemljiškoknjižni šoli 2020 na daljavo (5., 6. november 2020); 8. strokovnem srečanju sodnih izvedencev in sodnih cenilcev RS (25. november 2020) in na Šoli državnega odvetništva 2020 na daljavo (14., 15. december 2020).

Izobraževalne dogodke je organiziral Center za izobraževanje v pravosodju.

Ljubljana, maj 2021

Uredniški odbor



ČLANKI



POVRNITEV STROŠKOV IN VLAGANJ V TUJO NEPREMIČNINO: RESTITUCIJSKI ZAHTEVKI IN PRAVILA VRAČANJA¹

Doc. dr. Karmen Lutman, docentka za civilno in gospodarsko pravo,
Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani

1. UVOD

Kdor ima na nepremičnini obligacijsko, stvarno pravico ali pričakovanje, da bo v prihodnje postal njen lastnik, pogosto vanjo vlaga, ji doda svojo korist. V praksi neredko do vlaganj prihaja v različnih oblikah življenjskih skupnosti in pogodbenih razmerjih. Če pravni naslov, na podlagi katerega je vlagatelj upravičen koristiti nepremičnino, preneha in se ta vrne v posest (prejšnjemu) lastniku, se zastavi vprašanje, ali in pod kakšnimi pogoji je vlagatelj upravičen do povračila opravljenih vlaganj. Prav zato ne preseneča, da so spori glede povrnitve vlaganj v slovenski sodni praksi tako pogosti.

Zahtevek za povrnitev izdatkov in vlaganj posega v avtonomijo lastnika, da svobodno odloča o tem, ali in kako bo vlagal v svoje premoženje. Če vlaganja niso bila opravljena skupaj z njim ali vanje ni privolil, ga takšen zahtevek sili v financiranje tujih investicij. Če mu naložimo povrnitev izdatkov, ki jih je opravil nekdo drug, mu naložimo plačilo nečesa, za kar se morda sam ne bi odločil, ali kar bi, če bi, izvedel drugače ali celo z nižjimi stroški. Če so bili izdatki objektivno koristni, še ni rečeno, da so koristni tudi zanj. Tudi če je izdatek koristen za imetnika premoženja, se ta morda zanj zaradi skromnih dohodkov ne bi odločil. Kadar so izdatki veliki, ga lahko restitucijska obveznost celo prisili v prodajo premoženja, če za njihovo poplačilo nima zadostnih likvidnih sredstev.

Vsako vlaganje v tuje premoženje je do določene mere »vsiljeno«,² tudi če je imetnik zanj vedel in z njim soglašal, saj morda ni računal, da bo pozneje zavezan stroške takega vlaganja povrniti. Pravila restitucije morajo stremeti k temu, da najdejo ustrezno ravnotežje med interesom vlagatelja, da se mu izdatki kolikor mogoče povrnejo, in interesom lastnika, da prosto odloča o vlaganjih v lastno premoženje. Priporočljivo je, da so restitucijska pravila dovolj prožna, da sodišču dopuščajo upoštevanje okoliščin konkretnega primera, zlasti dobro oziroma slabo vero ene in druge stranke, privolitev lastnika v vlaganje ter vrsto izdatkov.

Povračilo stroškov in vlaganj, opravljenih v tujo korist, pri nas ni urejeno enotno. Določbe najdemo v pravu neupravičene obogatitve, poslovodstvu brez naročila ter

1 Prispevek je razširjena različica prispevka, ki ga je avtorica predstavila na civilnopravni šoli 2020, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala od 4. do 6. marca 2020 v Portorožu. Del prispevka, ki se nanaša na posledice prenehanja kupoprodajne, najemne in gradbene pogodbe, je bil v srbskem jeziku prvič objavljen v avtoričinem članku »Zahtev za povračaj ulaganja zбоg prestopa ugovora o kupoprodaji, najmu i građenju« v reviji Anal Pravnog fakulteta u Beogradu.

2 Več o institutu vsiljene obogatitve v nadaljevanju prispevka.

v pogodbenem in stvarnem pravu. Prispevek obravnava nekaj odprtih vprašanj, ki se nanašajo na povračilo stroškov v našem pravnem redu, pri čemer se osredotoča na položaje neupravičene obogatitve zaradi vlaganj v tujo nepremičnino po 48. členu SPZ ter povrnitev vlaganj zaradi prenehanja kupoprodajne, najemne in gradbene pogodbe.

2. POVRNITEV VLAGANJ V NEPREMIČNINO IN 48. ČLEN SPZ³

Določba 48. člena SPZ je splošna norma, ki ureja položaj neupravičene obogatitve, do katerega pride zaradi vlaganj v tujo nepremičnino. Po prvem odstavku tega člena *tisti (graditelj), ki s soglasjem lastnika nepremičnine postavi, prizida ali izboljša zgradbo, na nepremičnini ne pridobi lastninske pravice, lahko pa od lastnika nepremičnine zahteva tisto, za kar je bil ta obogaten*. Gre za določbo, ki zaradi učinkov načela povezanosti zemljišča in objekta (*superficies solo cedit*) graditelju podeljuje obogatitveni zahtevek proti lastniku, in sicer *za toliko, kolikor je bil ta zaradi vlaganj obogaten*. Za pravila vračanja se ob odsotnosti posebnih predpisov uporabljajo določbe neupravičene obogatitve v OZ.

V praksi je določba 48. člena SPZ najpogosteje podlaga za zahtevke za povrnitev vlaganj v različnih življenjskih skupnostih. Če skupnost razpade, vlagatelj, ki se izseli, od lastnika običajno zahteva povrnitev vlaganj.⁴ Pri vlaganjih enega partnerja (zakonca ali zunajzakonska partnerja) v nepremičnino drugega partnerja, ki je njegovo posebno premoženje, se za njihovo povrnitev uporabljajo določbe Družinskega zakonika (79. člen). Zakonca se lahko o obstoju in višini terjatve zaradi opravljenih vlaganj sporazumeta, sicer pa DZ napotuje na uporabo pravil stvarnega prava, torej 48. člen SPZ. Ta se uporablja tudi za povrnitev vlaganj v razmerju do tretjih oseb. Drug pogost primer so vlaganja oseb, ki imajo na tuji nepremičnini obligacijsko ali stvarno pravico do uporabe (najemnik, zakupnik ipd.),⁵ pravila vračanja pa so pogosto urejena v posebnih predpisih.

Iz dikcije 48. člena SPZ, po katerem lahko vlagatelj zahteva *tisto, za kar je bil lastnik obogaten*, ter splošnega pravila iz 190. člena OZ, ki govori o *nadomestitvi vrednosti dosežene koristi*, teorija in sodna praksa izpeljujeta obogatitveno načelo tako, da lahko vlagatelj zahteva le toliko, za kolikor je lastnik obogaten, to je povečano tržno vrednost nepremičnine.⁶ Upnik mora torej tožiti za povrnitev večvrednosti nepremičnine, in ne za vrednost vloženih sredstev, saj naj bi sicer sledili vrnitvenemu načelu.⁷ Po drugi strani naj bi bila višina zahtevka omejena z vrednostjo vlaganj, saj naj se vlagatelju povrne le vrednost vlaganj, četudi bi se vrednost

3 Poglavlje temelji na avtoričinih ugotovitvah iz članka Povrnitev vlaganj v tujo nepremičnino, *Pravni letopis*, 2019, str. 177–198.

4 Glej na primer sodbi VS RS II Ips 225/2015 z dne 15. 9. 2016 in II Ips 269/2014 z dne 10. 3. 2016, sklep VS RS II Ips 64/2015 z dne 27. 8. 2015 in sodbo VS RS II Ips 125/2011 z dne 8. 12. 2011.

5 Glej na primer sodbo VS RS III Ips 59/2015 z dne 25. 10. 2016, sklepa VS RS II Ips 326/2014 z dne 2. 6. 2016 in II Ips 78/2014 z dne 19. 11. 2015 ter sodbo in sklep VS RS II Ips 45/2013 z dne 2. 4. 2015.

6 Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, nav. delo, str. 332. Tako tudi sodna praksa – na primer sodba VS RS II Ips 97/2016 z dne 11. 8. 2016, točka 17 ter sodba in sklep VSL I Cp 1673/2017 z dne 29. 11. 2017, točka 14. Iz sodne prakse je razvidno, da je odločilna večvrednost nepremičnine na dan zadnje glavne obravnave (sodba VS RS II Ips 249/2009 z dne 16. 7. 2009).

7 Tako na primer VS RS v sodbi II Ips 125/2011 z dne 8. 12. 2011.

nepremičnine povečala za več, kakor so znašala vlaganja.⁸ Tako stališče se je pri nas najverjetneje uveljavilo po vzoru francoskega načela *double plafond*, v skladu s katerim je restitucijska obveznost omejena z obeh strani – na eni strani z obogatitvijo, na drugi pa s prikrajšanjem.⁹

Za ugotavljanje obogatitve na strani lastnika se v praksi uporablja t. i. metoda tržnih primerjav, s katero se ugotavlja večvrednost nepremičnine, saj naj bi se le ta ujemala z obogatitvenim načelom. Velja namreč, da bi z uporabo t. i. stroškovne metode, s katero se ocenjuje vrednost nadomestnih stroškov istovrstne obnove (z upoštevanjem amortizacije), upoštevalo vrnitveno načelo, ki pa ni uveljavljeno v našem pravu neupravičene obogatitve.¹⁰

Vendar po mojem mnenju tako stališče ni edino v skladu z obogatitvenim načelom.¹¹ Pri vlaganjih v tujo nepremičnino je prejemnik neupravičeno okoriščen, ker je prejel izboljšano ali ohranjeno nepremičnino, stroške za to pa je nosil vlagatelj. Obogatitev tako lahko razumemo tudi kot prihranek lastnih sredstev v višini stroškov, ki bi jih lastnik imel, če bi želel (v celoti sam) izvesti vlaganja, kakršna so bila opravljena. Zato ni videti razloga, da obogatitveni zahtevek ne bi mogel biti usmerjen v povrnitev tistega, kar je bilo dano. Seveda pa je treba pri tem upoštevati, da je od opravljenih vlaganj lahko preteklo že nekaj časa, da jih je vlagatelj v vmesnem času sam koristil in da se je njihova vrednost sčasoma zmanjšala: v tem primeru je vlagatelj upravičen zahtevati le vrednost opravljenih vlaganj v trenutku, ko je bila nepremičnina vrnjena v posest lastnika.

Tudi v primerjalnem pravu velja, da se obogatitveno načelo uresničuje z ugovorom odpada obogatitve (nem. *Wegfall der Bereicherung*, angl. *change of position defence*): zahtevek iz neupravičene obogatitve je v izhodišču usmerjen v tisto, kar je dolžnik neupravičeno prejel, ta pa lahko ugovarja, da je njegova obogatitev manjša (na primer zaradi naknadnih sprememb prejete koristi ali v primerih »vsiljene obogatitve« zaradi subjektivne manjvrednosti).¹² Ugovor odpada obogatitve je izjema za zaščito interesov dobrovernega prejemnika, trditveno in dokazno breme glede njegovih predpostavk pa je v celoti na dolžniku.

Stroškovni pristop izhaja tudi iz sorodnih položajev neupravičene obogatitve, nastalih zaradi vlaganj. Tako lahko na primer kupec nepremičnine, če je vanjo vlagal, nato pa se je izkazalo, da kupoprodajna pogodba ni veljavna, povrnitev vlaganj zahteva po 194. členu OZ, v skladu s katerim je upravičen do povračila potrebnih in koristnih stroškov, pri čemer je obseg restitucijske obveznosti odvisen od njegove dobre oziroma slabe vere.¹³ Tudi vlaganja posestnika v razmerju do lastnika, ko ta zahteva vrnitev stvari z vindikacijsko tožbo, se presojuje skozi prizmo potrebnih, koristnih in luksuznih stroškov po določbah 95. in 96. členu SPZ. Podobno ima najemnik ob izselitvi iz stanovanja po 98. členu SZ-1 pravico do povrnitve neamortiziranega dela koristnih in potrebnih vlaganj, ki jih je opravil v soglasju z lastnikom. Da je taka rešitev v sklad z obogatitve-

8 Sklep VS RS II Ips 64/2015 z dne 27. 8. 2015, točka 11 obrazložitve.

9 Schlechtriem, nav. delo (2000), str. 370; Combrot, nav. delo, str. 360.

10 Glej na primer sodbo in sklep VSL I Cp 1003/2016 z dne 6. 7. 2016.

11 Razlogi za tako stališče so obsežneje predstavljeni v: Lutman, nav. delo (2019), str. 187–193.

12 Več glej: Lutman, nav. delo (2020), str. 281–284.

13 Glej na primer sodbo VS RS II Ips 1261/2008 z dne 1. 6. 2009.

nim načelom, je potrdilo tudi Vrhovno sodišče RS v zadevi II Ips 45/2013 z dne 2. aprila 2015.¹⁴

Tudi praktični razlogi so v prid stroškovni metodi. Prikrajšanemu graditelju je praviloma znano le, koliko so znašala njegova vlaganja, medtem ko so povečanje vrednosti nepremičnine oziroma druge spremembe v dolžnikovem premoženju v zaznavni sferi dolžnika. Zato je z vidika pravične porazdelitve dokaznega bremena manj ustrezno, da mora vlagatelj zatrjevati in dokazovati, za koliko se je zaradi njegovih vlaganj povečala vrednost dolžnikovega premoženja. Za ugotavljanje večvrednosti nepremičnine je treba v postopek pritegniti izvedenca gradbene ali ekonomske stroke, kar bistveno podraži in podaljša postopek. Nobenega razloga ni, da bi tožeči stranki v vsakem primeru nalagali pritegnitev izvedenca.

Poleg tega so spremembe v tržni vrednosti nepremičnin bistveno odvisne od okoliščin, ki niso povezane z vlaganji, zlasti od ponudbe in povpraševanja. Tako so na primer nepremičnine v Ljubljani vredne bistveno več kakor nepremičnine drugje v Sloveniji oziroma njihove cene rastejo hitreje. Če od opravljenih vlaganj preteče več let, lahko upoštevanje le (spremembe) tržne vrednosti ob vrnitvi pomeni, da utegne imeti zahtevek za povrnitev enakih vlaganj v različnih delih Slovenije različen obseg.

Prav tako je vprašljivo, s kolikšno stopnjo gotovosti (če sploh) je mogoče ugotoviti, ali in koliko so k povečanju vrednosti prispevala prav opravljena vlaganja. Tudi izvedenci pojasnjujejo, da so v praksi metode za ugotavljanje povečanja vrednosti nepremičnine (zlasti pri manjših vlaganjih) nezanesljive in temeljijo na pavšalnih ocenah (povečanje vrednosti nepremičnine za 20–50 odstotkov stroškov vlaganj, pri čemer ocene praviloma temeljijo na 30 odstotkih).

Poleg tega se korist od opravljenih vlaganj ne odraža nujno v povečanju tržne vrednosti nepremičnine. To velja zlasti za nujne stroške, med katere spadajo stroški vzdrževanja, ki ne pomenijo vlaganj v bistvene dele nepremičnine in ne zvišujejo tržne vrednosti nepremičnine (na primer beljenje sten, brušenje parketa). V takem primeru je za vrednotenje koristna primerna le stroškovna metoda.

Vrednotenje restitucijske obveznosti glede na povečanje tržne vrednosti nepremičnine tudi ne dopušča subjektivnega vrednotenja vlaganj - vrednotenja glede na koristnost vlaganj za konkretnega lastnika – kar je sicer značilno za t. i. »vsiljene obogatitve« (nem. »aufgedrängte Bereicherung«, angl. »imposed enrichment«, ital. »arricchimento imposto«),¹⁵ tj. obogatitve, do katere je prišlo neodvisno od volje obogatene. Metoda tržne večvrednosti namreč temelji na domnevi, da je višja vrednost nepremičnine objektivno koristna za vsakogar. Vendar v angleškem pravu opozarjajo, da ni vsaka korist tudi dejansko unovčljiva: ne bi bilo namreč razumno od vsakogar pričakovati, da bo nepremičnino prodal in dejansko uresničil pridobljeno korist (če je na primer nepremičnina hkrati njegov dom ali če ima za lastnika posebno čustveno vrednost).¹⁶ Pravila restitucije morajo tako ob upoštevanju okoliščin primera dopustiti možnost ugovora lastnika nepremičnine, da opra-

¹⁴ Tč. 12 obrazložitve.

¹⁵ Lutman, nav. delo (2019), str. 179, 180; Možina, nav. delo (2017), str. 158.

¹⁶ Goff, Jones, nav. delo, r. št. 4-17.

vljena vlaganja zanj konkretno nimajo nobene vrednosti ali pa je ta manjša od tržne (subjektivno vrednotenje koristi).

Zaradi vsega navedenega menim, da stališče, po katerem je merilo obsega povrnitve vlaganj v tujo nepremičnino le tržna večvrednost nepremičnine ob vrnitvi, ni najprimernejše. Primernejši se mi zdi pristop, po katerem velja domneva obogatitve v višini dejanskih izdatkov (koncept prihranjenih stroškov) z upoštevanjem pravil o nujnih, koristnih in luksuznih stroških ter možnostjo uveljavljanja ugovora subjektivne manjvrednosti. Če vlagatelj v tujo nepremičnino ni imel položaja lastniškega posestnika in lastnik ne zahteva vračila nepremičnine na podlagi lastninske pravice, kar izključuje uporabo določb 95. in 96. člena SPZ, naj se za vrednotenje vlaganj uporabijo določbe o stroških iz 194. člena OZ. Tako bo dobroverni vlagatelj upravičen do povračila (neamortizirane vrednosti) potrebnih in koristnih stroškov, nedobroverni pa le do vrednosti koristnih, če pomenijo povečanje vrednosti ob vrnitvi. Navedeni člen ne omenja luksuznih stroškov, ga je pa po mojem mnenju (s ciljem poenotenja ureditve povračila stroškov *de lege ferenda*) treba razlagati v skladu s 95. in 96. členom SPZ, tako da ima vlagatelj *ius tollendi*, če pa stvari ni mogoče ločiti, lahko dobroverni zahteva toliko, za kolikor se je vrednost stvari zaradi njih povečala. Taka rešitev izhaja tudi iz generalne klavzule 190. člena OZ. Lastniku pa je treba dopustiti ugovor, da opravljeni stroški zanj nimajo take koristi – tako na primer, če je vlagatelj obnovil ograjo, ki pa jo je nameraval lastnik v vsakem primeru podreti.

Glede višine nadomestila stroškov naj bo dobroverni vlagatelj upravičen do povrnitve stroškov v znesku dejansko opravljenih vlaganj, pri čemer lastniku ni treba plačati več, kakor znaša njihova običajna oziroma tržna cena. Ne bi bilo namreč ustrezno, da bi vlagatelj posledice svojih slabih ekonomskih odločitev prevail na drugega.¹⁷ V nekaterih okoliščinah, ko bi kazalo vlagatelju zagotoviti manjše varstvo pri zaščiti njegovih interesov, pa je smiselno lastniku dopustiti ugovor, da bi vlaganja sam opravil z nižjimi stroški (zlasti če za vlaganja ni vedel ali je bil vlagatelj nedobroveren).¹⁸

3. ZAHTEVKI ZA POVRNITEV VLAGANJ ZARADI PRENEHANJA KUPOPRODAJNE POGODBE

Če je pogodba o nakupu nepremičnine neveljavna ali razdrta z učinkom *ex tunc*, mora vsaka od strank drugi vrniti tisto, kar je na podlagi te pogodbe prejela. Za vračanje pogodbenih izpolnitev in pridruženih koristi se uporabljajo določbe 87. (nične pogodbe), 96. (izpodbojne pogodbe) ali 111. člena OZ (razvezane pogodbe), ki jih dopolnjujejo pravila neupravičene obogatitve v 190.–198. členu OZ. Pravila restitucije stremijo k vzpostavitvi stanja, ki je obstajalo pred sklenitvijo pogodbe (*restitutio in integrum*). To pomeni, da mora vsaka od strank poleg predmeta izpolnitve drugi povrniti tudi koristi od prejete izpolnitve, hkrati pa je upravičena do povračila stroškov, ki jih je imela s prejeto stvarjo. Če je imel kupec v vmesnem času z nepremičnino stroške oziroma je vanjo vlagal, se zastavlja vprašanje, pod kakšnimi pogoji in v kakšnem obsegu je upravičen do njihovega povračila.

¹⁷ Tako velja tudi v švicarskem pravu, glej Hartmann, nav. delo, str. 280.

¹⁸ Tako na primer velja v švicarskem pravu za nedobrovernega kupca, ki je vlagal v stvar, pozneje pa je bila kupoprodajna pogodba razveljavljena. Glej Hartmann, nav. delo, str. 280.

Vrsta vlaganj in stroškov je lahko zelo različna. Kupec je lahko v vmesnem času plačal različne dajatve ali storitve, ki so bile potrebne za ohranjanje nepremičnine ali so pripomogle k njenemu izboljšanju. Pogosto kupec v nepremičnino vloži tudi svoje delo in material in s tem zagotovi njeno ohranitev ali izboljšanje. Če vrnitev v naravi ni mogoča, se restitucijska obveznost določi v denarju. Pri tem se zastavlja vprašanje, v kakšnem obsegu je do povračila opravljenih vlaganj upravičen kupec.

3.1 Določba 194. člena OZ in razmerje do 95. in 96. člena SPZ

Določbe OZ o posledicah ničnih, razveljavljenih in razvezanih pogodb (87., 96. in 111. člen OZ) ne vsebujejo pravil o povrnitvi vlaganj oziroma stroškov. Ker tudi sicer te določbe ne vsebujejo zaključenega sklopa pravil vračanja, jih dopolnjujejo pravila neupravičene obogatitve.¹⁹ Čeprav bi obveznost povračila stroškov in vlaganj lahko izpeljali iz splošnega pravila iz 190. člena OZ, v skladu s katerim mora tisti, ki je bil brez pravnega temelja obogaten na škodo drugega, prejeti vrniti oziroma nadomestiti vrednost dosežene koristi, je pravilo o povračilu stroškov konkretizirano v določbi 194. člena OZ. Obveznost povračila stroškov temelji na ideji, da bi bil sicer upnik ob vrnitvi stvari neupravičeno obogaten za prihranek stroškov, ki jih je namesto njega imel pridobitelj v času, ko je bila stvar pri njem. Restitucijska obveznost je omejena, saj je pridobitelj upravičen le do povračila potrebnih in koristnih stroškov, če pa je bil nepošten, do koristnih samo do zneska večvrednosti stvari ob vrnitvi (194. člen OZ).²⁰ Nujni oziroma potrebni stroški so tisti, ki so potrebni za ohranitev stvari, koristni stroški pa tisti, ki prispevajo k vzdrževanju ali izboljšanju predmeta obogatitve in so koristni za prikrajšanega.²¹

V teoriji je zaslediti stališče, da je zahtevek za povrnitev stroškov bližje poslovodstvu brez naročila in ima kompenzacijsko vlogo, saj naj ne bi bil odvisen od vrednosti okoriščenja.²² Obstajajo pa tudi drugačna stališča, po katerih višina zahtevka za povrnitev stroškov ni neomejena in mora nasprotna stranka prejemniku povrniti vrednost stroškov oziroma škode v višini obogatitve ob vrnitvi stvari,²³ kar je bližje konceptu neupravičene obogatitve, kamor je določba 194. člena OZ umeščena. Kupec je tudi vlagal z namenom, da pridobi korist sebi, in ne drugemu, kar je značilnost prava neupravičene obogatitve in jo loči od posloводства brez naročila.

Luksuznih stroškov oziroma stroškov za zadovoljstvo in lepšavo določba ne omejuje, na podlagi česar bi lahko sklepali, da je obveznost njihovega povračila iz te določbe izključena. Če takih vlaganj ne bi bilo mogoče ločiti od nepremičnine (*ius tollendi*), bi njihovo vrednost lahko kupec zahteval kvečjemu na podlagi splošnega pravila 190. člena OZ, če bi dokazal, da ima prodajalec od njih korist (v smislu »dosežene koristi« iz prvega odstavka 190. člena).

Določbe o povračilu stroškov ureja tudi SPZ, in sicer gre za pravila, ki se uporabijo v razmerju med lastnikom in posestnikom v primeru vrnitvenega zahtevka lastnika (95. in 96. člen SPZ). Vsebinsko se nekoliko razlikujejo od pravil neupravičene

¹⁹ Tako tudi Cigoj, nav. delo, str. 365, 380 in 427.

²⁰ Iz besede »samo« lahko sklepamo, da je imel zakonodajalec v mislih le primere, ko je večvrednost stvari manjša od stroškov, ki so bili porabljeni zanjo.

²¹ Cigoj, nav. delo, str. 839.

²² Tako mnenja nekaterih tujih avtorjev povzema Cigoj, nav. delo, str. 838.

²³ Schulin, nav. delo, str. 499, r. št. 8.

obogatitve, zato se je v sodni praksi zastavilo vprašanje, kateri sklop pravil uporabi v primeru prenehanja pogodbe.

Sodna praksa konkurence med restitucijskimi pravili iz OZ in SPZ ne rešuje enotno. Višje sodišče v Ljubljani je na primer v odločbi I Cp 383/2016 z dne 3. 8. 2016, kjer je tožnica zahtevala povrnitev vlaganj, ki jih je opravila na kupljeni nepremičnini, prodajna pogodba pa je bila pozneje razveljavljena, zavzelo stališče, da gre za položaj neupravičene obogatitve, do katere je prišlo zaradi učinkov stvarnega prava, zaradi česar je uporabilo pravila iz 95. in 96. člena SPZ. Ta naj bi namreč kot poznejša in specialnejša izključila uporabo 194. člena OZ o povrnitvi stroškov.²⁴ Tako je višje sodišče prvostopenjskemu naložilo, naj v ponovljenem postopku ugotovi, ali so bili zatrjevani stroški, ki jih je imela tožnica z obnovo hodnika in kuhinje, potrebni, koristni ali luksuzni po 95. in 96. členu SPZ.²⁵ Podobno izhaja iz odločbe Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1631/2017 z dne 10. 1. 2018, kjer je sodišče zahtevke za plačilo uporabnine na podlagi razveljavljene pogodbe presojalo po določbah 95. in 96. člena SPZ, ki naj bi kot poznejša in specialnejša izključevala pravila o neupravičeni obogatitvi iz OZ. Tako stališče je zavzelo tudi Vrhovno sodišče RS v sodbi II Ips 117/2017 z dne 18. 10. 2018, kjer je odločilo, da se za obveznost plačila za uporabo nepremičnine v primeru razveze pogodbe uporabijo pravila SPZ, v konkretnem primeru drugi odstavek 95. člena SPZ, po katerem dobrovernemu lastniškemu posestniku ni treba plačati uporabnine.²⁶

Drugače pa izhaja iz sodbe Vrhovnega sodišča RS v zadevi II Ips 1261/2008 z dne 1. 6. 2009: v primeru zahtevka za povrnitev vlaganj v nepremičnino zaradi razvezane kupoprodajne pogodbe je odločilo, da je treba uporabiti pravila o stroških iz ZOR, in ne stvarnopравnih reparacij po (tedaj veljavnem) Zakonu o temeljnih lastninskopravnih razmerjih – ZTLR.²⁷ Pritrdilo je stališču nižjih sodišč, da imata toženca po razvezi pogodbe pravico uveljavljati reparacijske zahtevke na podlagi določb ZOR, saj je splošno pravilo o posledicah razvezane pogodbe vsebovano v 132. členu ZOR (111. členu OZ), glede drugega pa se uporabljajo splošna pravila o kondicijah zaradi odpadle pravne podlage, vključno s stroški po 215. členu ZOR (194. člen OZ).²⁸ Pri tem je pojasnilo, da je bila razlog, zaradi katerega sta toženca zahtevala povrnitev stroškov, ki sta jih imela z nepremičninami, odpadla pravna podlaga, stvarnopравne reparacije pa izvirajo iz lastnikovega zahtevka za vrnitev stvari.²⁹

Gotovo lahko pritrdimo stališču, da je ureditev vračanja po SPZ specialnejša, saj se nanaša na razmerja neupravičene obogatitve med lastnikom in posestnikom. Vendar pa tega ne moremo razlagati preširoko, temveč tako, da se uporabi le za lastniško-posestniška razmerja v primeru vindikacijskega položaja, medtem ko se za zahtevke, ki temeljijo na prenehanju pogodbe ali splošnih zahtevkih iz neupravičene obogatitve, za katere ni treba dokazovati lastninske pravice, uporabljajo

24 Podobno tudi Višje sodišče v Ljubljani I Cp 1631/2017, 10. 1. 2018 (neveljavna kupoprodajna pogodba – sodišče je štelo, da je glede obveznosti plačila uporabnine SPZ *lex specialis*).

25 Glej sodbo in sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 383/2016, 3.8.2016, tč. 14 obrazložitve.

26 Tč. 14 obrazložitve navedene sodbe. Tako stališče glede obveznosti plačila uporabnine v primeru verzijskega zahtevka enega solastnika zoper drugega solastnika izhaja tudi iz odločbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije II Ips 90/2017, 4.10.2018, tč. 7.

27 Uradni list SFRJ, št. 6/80 in nasl.

28 Tč. 7 obrazložitve navedene odločbe.

29 Prav tam.

restitucijska pravila za prenehanje pogodb, ki jih dopolnjujejo pravila neupravičene obogatitve. V primeru prenehanja pogodb imajo tako določbe 87., 96., 111. člena v zvezi s 190.–198. členom OZ prednost pred stvarnopravnimi reparacijami.

V prid tej rešitvi govori tudi argument, da je smiselno v primeru prenehanja pogodbe za vračanje izpolnitev in pridruženih koristi vedno uporabiti enotna pravila ne glede na to, ali je predmet pogodbene izpolnitve stvar, nepremičnina, denarni znesek ali storitev. To pomeni, da se v primeru zahtevka za povračilo stroškov v primeru neveljavne, razveljavljene ali razvezane pogodbe vselej uporabi pravilo iz 194. člena OZ, in ne pravila stvarnopravnih reparacij v SPZ. Tudi primerjalni trendi kažejo na uveljavitev posebnih pravil za vračanje v primeru neveljavnih pogodb, kjer so pravila lastniško-posestniškega razmerja izključena.³⁰

3.2 Tržna vrednost vlaganj večja od vloženih sredstev

Z vidika obsega restitucije je zanimiv položaj, ko tržna vrednost vlaganj preseže vrednost stroškov, ki so bila porabljena zanje. V sistemih »common law«, ki v zadnjih desetletjih pravo neupravičene obogatitve namenjajo izjemno pozornost, njihove razprave in ugotovitve pa so nam lahko v pomoč tudi na kontinentu, se v zvezi s to dilemo pogosto omenja malezijski primer³¹ *Dream Property proti Atlas Housing*,³² v katerem se je zastavilo vprašanje obsega povrnitve vlaganj v nepremičnino zaradi prenehanja kupoprodajne pogodbe. V tej zadevi je kupec začel graditi trgovski center, še preden je plačal celotno kupnino za zemljišče, ki je bilo predmet kupoprodajne pogodbe. Po plačilu celotnega zneska kupnine je prodajalec pred sodiščem sprožil spor in zatrjeval, da je bila pogodba razvezana, saj naj bi bila kupnina plačana z zamudo, rok pa je bil bistvena sestavina pogodbe. Med sodnim sporom je kupec, ki je z gradnjo hitel zaradi bližajočega se novega leta in z njim povezano potrošnjo, gradnjo centra končal. Po dolgotrnem sporu je sodišče razsodilo, da je bila zaradi kupčeve zamude s plačilom preostanka kupnine kupoprodajna pogodba razvezana, zato mora vsaka od strank drugi vrniti tisto, kar je na podlagi te pogodbe prejela. V sporu se je med drugim zastavilo vprašanje, kolikšen znesek od opravljenih vlaganj je kupec upravičen zahtevati od prodajalca: znesek stroškov, ki jih je imel z izgradnjo trgovskega centra (124 mio. RM), ali znesek tržne vrednosti trgovskega centra (387 mio. RM). Ker je v vmesnem času trgovski center postal eden najbolj obiskanih v mestu, je njegova tržna vrednost namreč presegla trikratnik stroškov njegove izgradnje, v primerjavi z vrednostjo zemljišča ob prodaji (33.5 mio. RM) pa je tržna vrednost centra znašala desetkrat več.

Medtem ko sta nižji sodišči prodajalcu naložili, da kupcu povrne strošek izgradnje trgovskega centra (124 mio. RM), je Zvezno sodišče Malezije, ki je v sporu odločalo na zadnji instanci, odločilo, da je kupec upravičen do tržne vrednosti trgovskega centra na dan izdaje sodbe, zmanjšano za tržno vrednost zemljišča na isti dan.³³ Pri tem se je oprlo na institut neupravičene obogatitve. Poudarilo je, da je prodaj-

30 Tako velja v reformnem predlogu nove ureditve švicarskega obligacijskega prava OR 2020 (glej Huguenin, Hilty, Purtschert, Vorbemerkungen zu Art. 79–84, v: Huguenin, Hilty, nav. delo, r. št. 59 in nasl.; več glej: Meier, nav. delo, str. 27).

31 Malezija kot nekdanja britanska kolonija in članica Commonwealtha spada med države s pravnim sistemom »common law«.

32 *Dream Property v Atlas Housing* [2015] 2 A.M.R. 601 (Zvezno sodišče Malezije).

33 Tč. 136 in 160 obrazložitve sodbe.

jalec nedvomno obogaten za tržno vrednost trgovskega centra, saj četudi korist ni bila prejeta v denarju, jo lahko prodajalec (ki se je celo poklicno ukvarjal s prodajo nepremičnin) kmalu po izdaji sodbe proda tretji osebi in tako uresniči korist v tej vrednosti.³⁴ Gre za t. i. test »uresničljivosti koristi« (angl. »realisable benefits«),³⁵ ki se uporabi, če naturalna restitucija ni mogoča in je treba prejeto korist ovrednotiti v denarju. Po tem testu velja, da če je korist brez večjih težav mogoče unovčiti za denar in je tako ravnanje tudi mogoče razumno pričakovati od upnika,³⁶ je tržna vrednost sprejemljivo merilo za oceno vrednosti dosežene koristi. V takem primeru dolžnik tudi težko uspe z ugovorom, da zanj konkretno prejeta korist nima nobene vrednosti ali je manjša od tržne (ugovor subjektivne manjvrednosti), saj bi taka rešitev lahko podprla nedovoljene mahinacije po izdaji sodbe.

V drugih primerih, ko korist ni (lahko) unovčljiva oziroma od konkretnega prejemnika ne bi bilo upravičeno/razumno pričakovati, da jo bo uresničil (s prodajo, oddajo v najem ali na drug način), se dolžnik zoper zahtevek za povrnitev vlaganj lahko sklicuje na to, da ima zanj prejeta korist manjšo vrednost od tržne. Gre za t. i. koncept subjektivnega vrednotenja koristi, ki ga poznajo številni pravni redi in se praviloma povezuje z zahtevkom za povrnitev »vsiljenih koristi«. V angleškem pravu velja, da ugovor subjektivne manjvrednosti ni mogoč, če so vlaganja tako »očitno koristna, da jih ne bi zavrnila nobena razumna oseba«.³⁷

V slovenski sodni praksi ni zaslediti primera, podobnega *Dream Property*, ko bi tržna vrednost vlaganj presegla vrednost vloženih sredstev. Praviloma je obratno – tržna vrednost znaša manj kakor stroški vlaganj. O razlogih lahko le ugibamo, opaziti pa je, da so predmet sporov predvsem (manjša) vlaganja v obstoječe nepremičnine (obnova kopalnice, menjava strehe ipd.), zaradi česar tržna vrednost vlaganj, kolikor jo je sploh mogoče ugotoviti, ne preseže vrednosti njihovih stroškov. Kljub temu pa je vrhovno sodišče v eni od svojih odločb *obiter dictum* zapisalo, da je višina restitucijskega zahtevka omejen z vrednostjo vlaganj in je vlagatelj upravičen kvečjemu do povračila stroškov vlaganj, četudi bi se vrednost nepremičnine zaradi njih povečala za več, kakor so znašala vlaganja.³⁸

Kakor je bilo prikazano, je slovenska ureditev povračila vlaganj pri zahtevkih zaradi prenehanja pogodb osredotočena na povrnitev stroškov, ki jih je imel pridobitelj s stvarjo, ko je bila ta pri njem,³⁹ kar je po moji oceni ustrezno. Ne glede na stroškovno usmerjeni pristop pa menim, da tudi naš pravni red omogoča prožnejše reševanje položajev, ko tržna vrednost opravljenih vlaganj presega višino stroškov vlaganj in je ta za lastnika očitno koristna in unovčljiva. Pravna podlaga je splošna določba 190. člena OZ, ki je usmerjena v izčrpanje (vseh) koristi, ki jih je obogateni neupravičeno pridobil zaradi prikrajšanega. To je tudi namen prava neupravičene obogatitve. Če bi prodajalec dobil vrnjeno izboljšano nepremičnino, za katero bi moral plačati le strošek vlaganj, medtem ko bi bila tržna vrednost vlaganj višja, to vrednost pa bi bilo mogoče tudi dejansko unovčiti, se je gotovo mogoče strinjati z

34 Tč. 122 obrazložitve sodbe.

35 See, nav. delo, str. 3; za več o testu glej: Goff, Jones, nav. delo, r. št. 4–14 in nasl.

36 Če bi prodaja predmeta ali nepremičnine pomenila nesorazmerno breme za upnika, tega od njega ne moremo pričakovati – tako na primer, če bi moral prodati unikaten predmet, na katerega je posebej navezan, ali pa nepremičnino, ki je njegov dom. Glej: Goff, Jones, nav. delo, r. št. 4–17.

37 Birks, nav. delo, str. 116.

38 Tako na primer VS RS v sklepu II Ips 64/2015 z dne 27. 8. 2015, tč. 11.

39 Tako 87., 96. in 111. člen v povezavi s 194. členom OZ.

ugotovitvijo, da bi bil na koncu obogaten za tržno vrednost. Ta obogatitev bi bila neupravičena, če bi izvirala iz vlagateljeve sfere in ne bi bilo pravne podlage za to, da jo prodajalec obdrži. Na razliko med tržno vrednostjo vlaganj in njihovimi stroški je mogoče gledati kot na dobiček. Če je ta nastal pretežno ali izključno zaradi vlagateljevega dela ali sredstev oziroma je posledica njegovih dobrih poslovnih odločitev, ni videti razloga za to, da bi ga obdržala nasprotna stranka.⁴⁰ V tem primeru bi se namreč neupravičeno obogatila na vlagatelj račun. Zato je mogoče ugotoviti, da je v takem primeru vlagatelj upravičen do povračila tržne vrednosti vlaganj. Drugače pa velja, če povečana tržna vrednost vlaganj izvira iz nepremičnine (na primer zaradi njene lege ipd.). V tem primeru ni videti razloga, da bi bil vlagatelj upravičen do več kakor do stroška vlaganj. Tako na primer v zadevi *Cobbe proti Yeoman's Row Management Ltd*⁴¹ tožnik ni bil upravičen do zneska večvrednosti nepremičnine zaradi pridobljenega gradbenega dovoljenja, temveč le do stroškov, ki jih je imel z njegovo pridobitvijo, saj je tožnik le uresničil možnost, ki je izvirala iz nepremičnine.⁴² Če bi bila tržna vrednost vlaganj, ki bi presegala strošek vlaganj, posledica različnih dejavnikov, bi lahko sodišče znesek v ustreznem razmerju razdelilo med obe stranki.

4. NAJEMNA POGODBA IN POVRNITEV VLAGANJ

V času trajanja najemnega razmerja ima najemnik pogosto stroške z najeto nepremičnino oziroma vanjo vlaga. Razlika od kupoprodajne pogodbe je v tem, da se (z razliko od dobrovernega kupca) najemnik zaveda, da vlaga v tujo stvar, vendar računa na to, da bo lahko koristi od vlaganj tudi sam (določen čas) užival. Tako na primer prebeli stene, obnovi kopalnico, vgradi nova vrata ali okna, zamenja centralno gretje, obnovi oljni parket, vgradi klimatsko napravo in podobno. Lahko se zgodi, da najemno razmerje predčasno preneha ali pa imajo opravljena vlaganja daljšo življenjsko dobo od trajanja najema. Zato se zastavlja vprašanje, v kakšnem obsegu je najemnik upravičen do povračila opravljenih vlaganj ob prenehanju najemnega razmerja.

4.1 Splošna ureditev najemne pogodbe v OZ

Temeljno pravilo zakonske ureditve najemne pogodbe je, da mora najemnik stvar vrniti v stanju, v kakršnem jo je prejel.⁴³ Če je v nepremičnino v vmesnem času vlagal, ima po petem odstavku 604. člena OZ pravico, da dodatke odzame, če se dajo ločiti, ne da bi se stvar poškodovala (*ius tollendi*), lastnik pa jih lahko obdrži, če mu nadomesti njihovo vrednost ob vrnitvi. V zvezi s tem se odpira vprašanje, kako je s povrnitvijo vlaganj, če so ta trajno spojena z nepremičnino in jih ni mogoče ločiti od nepremičnine ali pa bi bilo to mogoče le z nesorazmernimi stroški.

V pravu neupravičene obogatitve velja, da se nihče ne sme neupravičeno obogatiti na tuji račun, do česar lahko pride, če se izboljšana nepremičnina po preteku najemnega razmerja vrne v posest lastnika. To govori v prid rešitvi, da mora najemodajalec najemniku povrniti vrednost dosežene koristi v denarju po splošnih pravilih

40 Več glej: Lutman, nav. delo (2020), str. 173.

41 *Cobbe v Yeoman's Row Management Ltd* [2008] (Lordska zbornica, Združeno kraljestvo), par. 55.

42 See, nav. delo, str. 2.

43 Četrti odstavek 604. člena OZ. Glej tudi: Juhart v: Juhart, Plavšak, nav. delo, 3. knjiga, str. 692.

neupravičene obogatitve. Po drugi strani pa najemnik, ki ve, da mora stvar vrniti nespremenjeno, vlaga na svoj riziko in bi bilo njegovo ravnanje mogoče šteti kot odpoved zahtevku za povrnitev vlaganj.

Po mnenju teorije je treba pri povrnitvi vlaganj po prenehanju najemnega razmerja postopati po splošnih pravilih o neupravičeni obogatitvi, hkrati pa upoštevati, da najemnik ne sme spreminjati zakupljene stvari in zato izvedene izboljšave obravnavati, kakor da so opravljene na riziko zakupnika.⁴⁴ Zato se predlaga, da se pri vrednotenju koristi uporabi subjektivno merilo, tj. vrednost, ki jo ima izboljšava za najemodajalca.⁴⁵

Ker je v večini primerov najemnik vlagal zato, da pridobi korist sebi, in ne lastniku, je uporaba pravil neupravičene obogatitve ustrezna, saj pogoji za povračilo stroškov po pravilih o poslovodstvu brez naročila niso izpolnjeni. V izhodišču bi kazalo upoštevati okoliščino, ali je lastnik z vlaganji soglašal. Če najemodajalec z vlaganji ni soglašal in jih pozneje tudi ni odobril, bi bilo v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja, da bi najemniku priznali restitucijski zahtevek. Glede na zakonsko ureditev, po kateri mora najemnik stvar vrniti v prvotnem stanju, je tisti, ki ni imel soglasja lastnika, vlagal na svoj riziko, zahtevki iz neupravičene obogatitve pa so v tem primeru izključeni. Da najemnik ne more zahtevati povrnitve vlaganj, s katerimi lastnik ni soglašal, velja na primer tudi v italijanskem pravu (člen 1592 Codice civile).⁴⁶

Tudi v drugih primerih pravila neupravičene obogatitve lastnika ne bi smela siliti v financiranje tujih investicij. Vsako vlaganje v tuje premoženje je deloma vsiljeno, tudi če je lastnik zanj vedel in z njim soglašal, saj morda ni vedel, da bo pozneje zavezan stroške takega vlaganja povrniti (če je na primer najemno razmerje predčasno prenehalo). Morda bi vlaganja sam izvedel drugače ali z nižjimi stroški. Za vsiljeno obogatitev je značilno, da obveznost restitucije obstaja le, če je izdatek koristen tudi za obogatene (subjektivna vrednost obogatitve).⁴⁷ Tako rešitev bi torej veljalo sprejeti v primeru, ko je najemnik v nepremičnino vlagal v soglasju z lastnikom. Korist se torej vrednoti subjektivno, pri čemer ugovor subjektivne manjvrednosti ni mogoč, če so vlaganja za lastnika očitno koristna (praviloma kadar je korist objektivno izmerljiva). Tako na primer lastnik ne more ugovarjati, da vlaganja zanj nimajo nobene vrednosti, če je zaradi njih dosegel višjo najemnino ali kupnino⁴⁸ ali pa je to mogoče upravičeno pričakovati.

Ker je vlagatelj praviloma znano le, koliko je vložil v nepremičnino, ne pa tudi, kakšna je vrednost vlaganj za lastnika, je po pravilih dokaznega bremena ustreznejše, da je izhodišče objektivno merilo, lastnik pa lahko ugovarja, da so vlaganja zanj vredna manj. Tako bo najemnik zadostil trditvenemu in dokaznemu bremenu, če bo zahteval povrnitev neamortizirane vrednosti vlaganj na dan, ko je bila nepremičnina vrnjena lastniku, lastnik pa se bo lahko skliceval na ugovor subjektivne manjvrednosti.

⁴⁴ Cigoj, nav. delo, str. 1715; Juhart v: Juhart, Plavšak, nav. delo, 3. knjiga, str. 693.

⁴⁵ Prav tam.

⁴⁶ Schlechtriem, nav. delo (2001), str. 20, r. št. 34.

⁴⁷ Loewenheim, nav. delo, str. 121.

⁴⁸ Prav tam. Glej tudi: Pietz, Oprée, Die Abwicklung des beendeten Mietverhältnisses, v: Lindner-Figura, Oprée, Stellmann, nav. delo, r. št. 256; Eisenschmidt, BGB § 536a Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch des Mieters wegen eines Mangels, v: Schmidt-Futterer, nav. delo, r. št. 168.

4.2 Povrnitev vlaganj najemnika po Stanovanjskem zakonu

Posebno ureditev glede povračila stroškov pozna Stanovanjski zakon (SZ-1).⁴⁹ Najemnik stanovanja ima po tem zakonu ves čas trajanja najema pravico zahtevati povrnitev stroškov za vzdrževanje stanovanja in skupnih delov, ob izselitvi pa je upravičen do povrnitve neamortiziranega dela koristnih in potrebnih vlaganj v stanovanje, ki jih je opravil v soglasju z lastnikom, če se z njim ne dogovori drugače (98. člen in tretja alineja 100. člena SZ-1). Ugotovimo lahko, da je merilo obogatitve tu postavljeno objektivno: neamortizirana vrednost koristnih in potrebnih vlaganj. Podobno določbo za zakup kmetijskega zemljišča pozna Zakon o kmetijskih zemljiščih (ZKZ),⁵⁰ ki v 38. členu uzakonja pravico zakupnika, da ob prenehanju zaku-pa dobi povrnjeno neamortizirano vrednost zasajenih trajnih nasadov in zgrajenih objektov ter naprav, če je lastnik z vlaganji soglašal.

Iz sodne prakse izhaja, da je zahtevek za povrnitev vlaganj po SZ-1 izključen, če lastnik z vlaganji ni soglašal.⁵¹ Smiselno enako rešitev izrecno uzakonja tudi ZKZ: če zakupnik zasadi trajne nasade brez soglasja zakupodajalca, nima pravice do povračila neamortizirane vrednosti nasadov ob prenehanju zakupne pogodbe (36. člen ZKZ). Tak sklep podpira tudi ureditev po SZ-1. Nedobroverni najemnik, tj. tisti, ki je vlagal brez lastnikovega soglasja, je namreč upravičen le do nujnih stroškov zaradi neodločljivih popravil (druga alineja 100. člena OZ) in se ne more sklicevati na splošno ureditev neupravičene obogatitve. Prav tako v primeru, če lastnik opusti dolžnost vzdrževanja stanovanja in ni več mogoča njegova normalna raba, ni upravičen, da bi sam opravil vzdrževalna dela in zahteval povračilo stroškov od lastnika, temveč se mora prej obrniti na stanovanjsko inšpekcijo, ki te ukrepe naloži lastniku, in če to ni uspešno, lahko ta dela na lastnikove stroške izvede najemnik sam (93. člen SZ-1). V drugih primerih nedobroverni najemnik ni upravičen do povračila vlaganj, saj bi bilo sicer pravilo iz 98. člena SZ-1, ki zahteva soglasje lastnika, popolnoma izvotljeno.

4.3 Vlaganja najemnika v poslovne prostore

Najem poslovnih prostorov ureja Zakon o poslovnih stavbah in poslovnih prostorih (ZPSPP),⁵² ki pa ne pozna posebnih pravil o povrnitvi vlaganj. Za ta vprašanja se uporablja splošna ureditev najemne pogodbe v OZ, ki jo dopolnjujejo določbe neupravičene obogatitve. Tudi po ZPSPP velja, da mora najemnik po prenehanju najemnega razmerja izročiti najemodajalcu poslovno stavbo oziroma poslovni prostor v takem stanju, v kakršnem jo oziroma ga je prevzel (22. člen ZPSPP). Če se vlaganja ne dajo ločiti od nepremičnine, se za njihovo povrnitev, kakor je pojasnjeno zgoraj, uporabljajo določbe prava neupravičene obogatitve (kadar je najemnik vlagal z namenom, da pridobi korist sebi) oziroma posloводства brez naročila (kadar je vlagal z namenom pridobiti korist najemodajalcu, kar je v praksi redko).⁵³

49 Uradni list RS, št. 69/03 s spremembami.

50 Uradni list RS, št. 71/11 s spremembami.

51 VSL Sodba I Cp 391/2019 z dne 10. 4. 2019.

52 Uradni list SRS, št. 18/74 s spremembami.

53 Glej odločbo US RS o razveljavitvi zakona o dopolnitvah zakona o poslovnih stavbah in poslovnih prostorih in razveljavitvi 18. člena Zakona o poslovnih stavbah in poslovnih prostorih, Uradni list RS, št. 102-5108/02, tč. 22; VS RS sodba in sklep II Ips 45/2013 z dne 2. 4. 2015, tč. 12.

Vrhovno sodišče RS je v zadevi II Ips 45/2013 z dne 2. 4. 2015 obravnavalo povrnitev najemnikovih vlaganj v poslovni prostor. Najemnik je v soglasju z lastnico vlagal z namenom usposobitve poslovnega prostora, najemno razmerje pa je bilo po nekaj letih sporazumno prekinjeno. Sodba potrjuje stališče, da se za zahtevek za povrnitev vlaganj zaradi odsotnosti specialnejše pravne podlage uporabijo zakonske določbe o neupravičeni obogatitvi. Vrhovno sodišče se je oprlo na generalno klavzulo 190. člena OZ in sklenilo, da je najemnik upravičen do povračila neizrabljene (neamortizirane) vrednosti vlaganj na dan, ko je posest na nepremičnini znova pripadla lastniku.⁵⁴ Za toliko naj bi bil namreč lastnik z vlaganji okoriščen.

Ugotovimo lahko, da se sodišče ni oprlo na koncept subjektivnega vrednotenja koristi, kakor ga po splošni ureditvi najemne pogodbe predlaga teorija.⁵⁵ Vendar pa lastnica v konkretnem primeru tudi ni zatrjevala, da so opravljena vlaganja zanjo brez pomena ali imajo manjšo vrednost. Tako je izhodišče objektivno vrednotenje koristi, medtem ko se okoliščina, da so vlaganja za konkretnega lastnika vredna manj, upošteva na ugovor (ugovor subjektivne manjvrednosti).⁵⁶

5. GRADBENA POGODBA, VLAGANJA IN RESTITUCIJSKI ZAHTEVKI

Drugače kakor pri kupoprodajni in najemni pogodbi so pri gradbeni pogodbi vlaganja v tujo nepremičnino predmet pogodbene obveznosti. Ker se predmet izpolnitvenega ravnanja praviloma neločljivo zlije z naročnikovo nepremičnino in vrnitev v naravi v primeru prenehanja pogodbe ni mogoča, se tudi tu odpira vprašanje vrednotenja koristi, ki so predmet restitucijskega zahtevka.

Pogodba lahko preneha z učinkom za nazaj, *ex tunc*, ali za naprej, *ex nunc*. Medtem ko ničnost in izpodbijnost vselej učinkujeta za nazaj, so posledice odstopa od pogodbe zaradi kršitve (tj. razdora) odvisne od tega, ali gre pri pogodbi za enkratno ali trajajoče izpolnitveno ravnanje. Pri pogodbah, pri katerih so obveznosti trenutne in se izpolnijo naenkrat, odstop od pogodbe učinkuje retroaktivno, medtem ko pri trajajočih pogodbenih razmerjih odstop učinkuje za naprej, razen če predmet pogodbe pomeni zaključeno celoto in zaradi kršitve celotni predmet za upnika izgubi smisel – v tem primeru ima odstop retroaktivni učinek.⁵⁷

V teoriji velja, da ima gradbena pogodba praviloma naravo enkratnega izpolnitvenega ravnanja.⁵⁸ Z odstopom zaradi kršitve tako ugasnejo izpolnitveni zahtevki, pogodbeno razmerje pa se preoblikuje v razmerje vračanja in odškodninsko razmerje. Pravila vračanja so urejena v 111. členu OZ, ki ga dopolnjujejo pravila neupravičene obogatitve iz 190.–198. člena OZ. Pogodbenika morata drug drugemu vrniti tisto, kar sta na podlagi pogodbe prejela, restitucija pa je usmerjena v vzpostavitev stanja, ki je obstajalo pred sklenitvijo pogodbe. Poleg restitucijskih

⁵⁴ Glej tč. 13 obrazložitve navedene odločbe.

⁵⁵ Glej zgoraj; Cigoj, nav. delo, str. 1715; Juhart v: Juhart, Plavšak, nav. delo, 3. knjiga, str. 693.

⁵⁶ Tako na primer vsiljeno obogatitev rešuje nemško pravo, in sicer s pravilom o odpadu obogatitve v tretjem odstavku § 818 BGB, v okviru katerega lahko toženec ugovarja, da imajo opravljena vlaganja zanj konkretno manjšo vrednost (Looschelders, nav. delo, str. 400, r. št. 1113).

⁵⁷ Možina, nav. delo (2011), str. 66.

⁵⁸ Plavšak v: Juhart, Plavšak, nav. delo, 3. knjiga, str. 910; Gaier v: Münchener Kommentar zum BGB, § 314, r. št. 9; BGH VII ZR 181/00 z dne 9. 1. 2003, objavljeno v BGHZ 153, 279.

zahtevkov lahko pogodbi zvesta stranka zoper nepoštenega sopogodbenika uveljavlja tudi odškodninski zahtevek, če so za to izpolnjene predpostavke odškodninske odgovornosti.

Če je naročnik na podlagi pogodbe že kaj plačal, lahko to zahteva nazaj, sam pa je zavezan k (po)vračilu opravljenih del. Ker vrnitev v naravi praviloma ni mogoča, saj je rezultat dela postal sestavina naročnikove nepremičnine, je treba vrednost dosežene koristi oceniti v denarju. V zvezi s tem se ponujata dve možni merili: objektivno (tržna vrednost) in subjektivno (pogodbeno dogovorjena cena). Razlika je pogosto navidezna, saj je pogodbeno dogovorjena cena tudi cena storitve na trgu. Pomembna razlika od kupoprodajne in najemne pogodbe je ta, da sta se stranki ob sklenitvi pogodbe dogovorili za ceno pogodbenih del. Ker sta o tem dosegli soglasje, načeloma ni videti ovir za to, da bi za vrednotenje opravljenih del uporabili drugo merilo, razen v primeru, ko dela odstopajo od tistega, kar je bilo dogovorjeno, ali pa če je cena razlog za neveljavnost pogodbe.⁵⁹ Namen je v tem, da se tudi v primeru, ko se pogodbeno razmerje spremeni v razmerje vračanja, upošteva vrednostno razmerje med vzajemnima izpolnitvama, s katerim sta stranki soglašali ob sklenitvi pogodbe. Če ni utemeljenih razlogov za odstop od takega dogovora, naj bi se volja strank čim bolj upoštevala tudi v fazi restitucije. V prid merilu pogodbene cene govori tudi to, da ne bi bilo primerno, da bi bil v primeru, ko bi bila objektivna (tržna) vrednost del višja od pogodbeno dogovorjene cene, izvajalec zaradi restitucije na boljšem, kakor če bi bila pogodba veljavno izpolnjena. Pogodbeno dogovorjena cena je prav tako izhodišče za odmero denarnega nadomestila pri odstopu od gradbene pogodbe v nemškem pravu,⁶⁰ nanjo pa v okviru restitucijskih zahtevkov zaradi prenehanja pogodb napotuje tudi osnutek reforme švicarskega splošnega dela obligacijskega prava OR 2020.⁶¹

Odstop od merila pogodbeno dogovorjene cene je mogoč, če imajo opravljena dela napake. Kondicijski zahtevek izvajalca se v tem primeru ustrezno zniža in se vrednost del oceni bodisi glede na njihovo objektivno (tržno) vrednost bodisi glede na razliko med vrednostjo izvedenega dela ob sklenitvi pogodbe brez napake in vrednostjo, ki bi jo tedaj imelo izvedeno delo z napako, kakor sicer velja za znižanje plačila zaradi napak po 640. členu OZ.⁶² Ker je pravna podlaga izvajalčevega zahtevka neupravičena obogatitev, je sodna praksa zavzela stališče, da se za ugovor naročnika za znižanje zahtevka zaradi napak del ne uporabljajo omejitve glede pravočasnega grajanja napak iz odgovornosti za napake v OZ (633. do 640. člen v zvezi s 660. členom OZ).⁶³

59 Drugače VSL v sodbi I Cp 1217/2018 z dne 5. 12. 2018, kjer je obravnavalo posledice razvezane gradbene pogodbe, ker izvajalec ni v roku dokončal gradbenih del, rok pa je bil bistvena sestavina pogodbe. Sodišče je štelo, da zaradi tega, ker z razvezo pogodbe prenehajo veljati pogodbeni določila, vključno z določilom o pogodbeni ceni, tožnica pri kondicijskem zahtevku glede vrednosti opravljenih del ni vezana na pogodbeno ceno (tč. 8 in 9 obrazložitve sodbe).

60 Oberhauser, Unwirksamkeit und vorzeitige Beendigung von Bau- und Planerverträgen, v: Messerschmidt, Voit, Privates Baurecht, r. št. 47; Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, § 346, r. št. 15.

61 Huguenin, Hilty, Purtschert, Art. 82 v: Huguenin, Hilty (ur.): Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, str. 268 in 269.

62 V kontekstu nemškega prava smiselno podobno Oberhauser, Unwirksamkeit und vorzeitige Beendigung von Bau- und Planerverträgen, v: Messerschmidt, Voit, nav. delo, r. št. 47.

63 VSL sklep I Cp 689/2017 z dne 7. 6. 2016, tč. 8. Podobno tudi VSL v sodbi in sklepu II Cp 2441/2015 z dne 5. 11. 2015, tč. 14, kjer je sicer šlo za odstop od gradbene pogodbe z učinkom za naprej, *ex nunc*.

Za gradbeno pogodbo je pogosto značilno, da traja dalj časa in se delo opravlja postopoma z izvedbo posameznih faz, plačilo pa se ne izvede šele po dokončanju del, temveč že vmes s potrjevanjem začasnih situacij in vmesnimi plačili za posamezne faze gradnje. To je razlog, da sodišča gradbeno pogodbo pogosto štejejo za pogodbo s trajajočimi obveznostmi, odstopu zaradi kršitve pa pripisujejo učinke *ex nunc*.⁶⁴ Iz nekaterih sodnih odločb izhaja, da gre v tem primeru za delni odstop, odstop od neizpolnjenega dela pogodbe.⁶⁵ Kljub temu iz odločbe Vrhovnega sodišča RS III Ips 56/2014 z dne 29. 3. 2016 izhaja omejevalen pristop glede naročnikove dolžnosti sprejema delne izpolnitve in odstopa le od neizpolnjenega dela z učinkom *ex nunc*. Pri nedenarnih obveznostih namreč velja, da upniku ni treba sprejeti delne izpolnitve, razen če vrsta obveznosti ne nalaga česa drugega (prvi odstavek 285. člena OZ). Velja namreč domneva, da upnik nima interesa za delno izpolnitev in lahko svoj izpolnitveni interes uresniči le s celotno izpolnitvijo.⁶⁶ Tudi pri gradbeni pogodbi naročnik praviloma nima interesa za delno izpolnitev, možnost, da oceni vrednost opravljenih delnih izpolnitev, pa mu ne odvzame pravice do odstopa od celotne pogodbe.⁶⁷ Tako je vrhovno sodišče v navedeni odločbi poudarilo, da v odsotnosti pogodbenega dogovora o izročitvi in prevzemu dela po delih naročniku delne izpolnitve ni treba sprejeti, če pa se za sprejem delne izpolnitve prostovoljno odloči, lahko odstopi le od neizpolnjenega dela pogodbe, tj. z učinkom za naprej.⁶⁸ Pri tem je sodišče še zapisalo, da dogovor o sprotnem delnem plačilu posameznih faz opravljenih del ne zadošča za sklep, da je bila dogovorjena izročitev in prevzem dela iz gradbene pogodbe po delih, da pa je iz okoliščin konkretnega primera razvidno, da je naročnik prostovoljno sprejel delno izpolnitev zaradi lastnega interesa,⁶⁹ zato odstop od gradbene pogodbe učinkuje *ex nunc*.⁷⁰

Če pride do odstopa od pogodbe z učinkom *ex nunc*, se vrednost del, ki so bila do tedaj opravljena v skladu s pogodbo, določi glede na odstotek pogodbene cene, ki se ravna po odstotku po pogodbi opravljenih del.⁷¹ Če imajo opravljena dela napake, se plačilo ustrezno zniža, trditveno in dokazno breme glede napak pa je na naročniku.⁷²

Ugotovimo lahko, da za oceno vrednosti opravljenih vlaganj ni odločilno, ali je prišlo do odstopa od pogodbe z učinkom za naprej ali nazaj, saj je v obeh primerih (izhodiščno) merilo pogodbeno dogovorjena cena. Če imajo opravljena dela napake, se denarno nadomestilo temu primerno zniža. Pri odstopu od celotne po-

64 Tako na primer VSL sodba I Cp 222/2019 z dne 17. 7. 2019.

65 Glej na primer VSL sodba in sklep II Cp 2441/2015 z dne 5. 11. 2015; VSL sodba I Cp 222/2019 z dne 17. 7. 2019.

66 Plavšak v: Juahrt, Plavšak, nav. delo, 2. knjiga, str. 330.

67 Von Rintelen, Grundfragen der Verpflichtung des Werkunternehmers v: Messerschmidt, Voit, nav. delo, r. št. 128.

68 Tč. 16 in 17 obrazložitve.

69 Upnik naj bi imel pogosto interes za sprejem delne izpolnitve v primeru zamude z izpolnitvijo obveznosti, saj bo lahko dokončanje izgradnje objekta zaupal tretji osebi. Podobno tudi VSL v sodbi I Cp 222/2019 z dne 17. 7. 2019, »da imajo izvedena dela za naročnika očitno smiselni in pomen, daj je lahko novi izvajalec nadaljeval z deli na objektu« (tč. 9 obrazložitve). Višje sodišče v Ljubljani pa je v sklepu I Cp 689/2017 z dne 7. 6. 2017 štel, da ima odstop od gradbene pogodbe zaradi kršitve retroaktivni učinek (odstop od celotne gradbene pogodbe), saj naročnica ni bila zadovoljna z izvajalčevim delom in ga ni potrdila, iz česar izhaja, da ni sprejela delne izpolnitve.

70 Tč. 17 obrazložitve sodne odločbe.

71 VSL sodba in sklep II Cp 2441/2015 z dne 5. 11. 2015, tč. 8; VSL sodba I Cp 222/2019, tč. 9.

72 VSL sodba I Cp 222/2019, tč. 9; VSM sodba I Cp 1029/2016 z dne 15. 11. 2016. Glede metod določanja manjvrednosti nepremičnine glej: Velkaverh, nav. delo.

godbe pa lahko to merilo nadomesti objektivna (tržna) vrednost del, če je razlog za neveljavnost pogodbe neravnotežje med predmetom pogodbe in dogovorjeno ceno.

6. SKLEP

Ovrednotenje neupravičeno pridobljene koristi v denarju, ko vrnitev v naravi ni mogoča, velja za eno najtežavnejših vprašanj restitucijskega prava. To se pogosto odpira prav pri povrnitvi vlaganj v tujo nepremičnino, ko vrnitev v naravi praviloma ni mogoča. Strošek za drugega oziroma vlaganje v tuje premoženje se povezuje z vsiljeno obogatitvijo, ki nastane neodvisno od volje prikrajšanega, običajno zaradi ravnanja prikrajšanega. Za restitucijske zahtevke zaradi vsiljene obogatitve je značilno, da je merilo obogatitve subjektivna korist, tj. korist, ki jo imajo vlaganja za obogatene.

Splošna podlaga za zahtevek graditelja za povrnitev vlaganj je 48. člen SPZ. Obseg zahtevka določajo pravila neupravičene obogatitve, v prispevku pa so opisani razlogi za stališče, po katerem je tudi stroškovni pristop v skladu z obogatitvenim načelom. Prav tako velja lastniku dopustiti ugovor, da imajo zanj opravljena vlaganja manjšo vrednost oziroma da bi vlaganja sam opravil drugače oziroma z nižjimi stroški.

Do zahtevka za povrnitev vlaganj lahko pride tudi ob prenehanju pogodbenega razmerja. Če je na primer kupec vlagal v nepremičnino, ki je bila predmet kupoprodajne pogodbe, ta pa je pozneje razveljavljena, se pravila restitucije ravna po določbah o ničnih, razveljavljenih oziroma razvezanih pogodbah, ki jih dopolnjujejo pravila neupravičene obogatitve. Za povrnitev stroškov, ki jih je imel v vmesnem času kupec z nepremičnino, se uporabljajo pravila o stroških iz 194. člena OZ. Če bi tržna vrednost vlaganj presegla vrednost stroškov vlaganj, bi bila celotna vrednost lahko merilo restitucije pod pogojem, da je posledica vlagateljevega dela ali njegovih sposobnosti (in je tako nastala zaradi njega) in če ima lahko kupec od te tržne vrednosti tudi dejansko kakšno korist (na primer, če je razumno pričakovati, da bo nepremičnino prodal, oddal v najem ipd.).

Ob prenehanju najemne pogodbe mora najemnik nepremičnino vrniti v takem stanju, kakor jo je prejel. Zato je škodi, da je najemnik, ki za vlaganja ni imel soglasja lastnika, ravnal na svoj riziko in nima zahtevka na povrnitev vlaganj. Tako po sodni praksi tudi izrecno velja za najemnika po SZ-1. V drugih primerih, ko najemnik vlaga z lastnikovim soglasjem, se prejeta korist vrednoti subjektivno, kar pomeni, da lahko lastnik ugovarja, da imajo vlaganja zanj manjšo korist od objektivne, ki je praviloma neamortizirana vrednost vlaganj.

Gradbena pogodba se od kupoprodajne in najemne razlikuje v tem, da so vlaganja v tujo nepremičnino predmet izpolnitvene obveznosti. Če pogodba preneha z učinkom za nazaj, je izhodišče za določanje vrednosti opravljenih del praviloma pogodbeni cena, znesek restitucije pa se ustrezno zniža, če imajo dela napake.

LITERATURA IN VIRI:

- BIRKS, Peter. *An Introduction to the Law of Unjust Enrichment*. Oxford: Clarendon Press, 1985.
- CIGOJ, Stojan. *Komentar obligacijskih razmerij*. I.–IV. knjiga. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, 1984–1986.
- COMBOT, Melodie. Unjustified Enrichment and Civil Liability. V: Borghetti, J. S., Whittaker, S. (ur.), *French Civil Liability in Comparative Perspective*. Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney: Hart, 2019, str. 353–375.
- GOFF, Robert, JONES, Gareth. *The law of unjust enrichment*. 8. izdaja. London: Sweet & Maxwell, 2011.
- HARTMANN, Stephan. *Die Rückabwicklung von Schuldverträgen*. Zürich, Basel, Ženeva: Schulthess, 2005.
- HONSELL, Heinrich, VOGT NEDIM, Peter, WIEGAND, Wolfgang (ur.). *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*. 5. izdaja. Helbing Lichtenhahn: Basel, 2011.
- HUGUENIN, Claire, HILTY, Reto M. (ur.). *Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil*. Zürich: Schulthess, 2013.
- JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato. *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*. Ljubljana: Uradni list RS, 2018.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.). *Obligacijski zakonik s komentarjem*. 2. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.). *Obligacijski zakonik s komentarjem*. 3. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- KRÜGER, Wolfgang, EMMERICH, Volker, FINKENAUER, Thomas. *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3*. 8. izdaja. München: C.H. Beck, 2019.
- LINDNER-FIGURA, Jan, OPREE, Frank, STELLMANN, Frank (ur.). *Geschäftsraummieta*. 4. izdaja. München: C.H. Beck, 2017.
- LOEWENHEIM, Ulrich. *Bereicherungsrecht*. 3. izdaja. München: C. H. Beck, 2007.
- LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht, Besonderer Teil*. München: Verlag Franz Vahlen, 2014.
- LUTMAN, Karmen. Povrnitev vlaganj v tujo nepremičnino. *Pravni letopis*, 2019, str. 177–198.
- LUTMAN, Karmen. *Neupravičena obogatitev*. Ljubljana: GV Založba, 2020.
- MESSERSCHMIDT, Burkhard, VOIT, Wolfgang et al. (ur.). *Privates Baurecht*. 3. izdaja. München: C.H. Beck, 2018.
- MOŽINA, Damjan. Razdor, odpoved in odstop od pogodbe. *Pravni letopis*, 2011, str. 57–73.

- MOŽINA, Damjan. Vsebina in obseg obogatitvenega zahtevka. V: Možina, D. (ur.), *Razsežnosti zasebnega prava, Liber amicorum Ada Polajnar Pavčnik*. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2017, str. 143–167.
- SCHLECHTRIEM, Peter. *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Band 1*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.
- SCHLECHTRIEM, Peter. *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Band 2*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- SCHMIDT-FUTTERER, Wolfgang et al. (ur.). *Mietrecht*. 14. izdaja. München: C.H. Beck, 2019.
- SEE, Alvin. Restitution for the Mistaken Improver of Land. *The Conveyancer & Property Lawyer*, 2017, št. 61.
- VELKAVERH, Aleš. Jamčevanje za napake: Kdaj pride v poštev manjvrednost objekta in kako se določi?; besedilo dostopno na: <https://www.uradni-list.si/e-bilten/novica/jamcevanje-za-napake-kdaj-pride-v-postev-manjvrednost-objekta-in-kako-se-doloci>.

VROČANJE V TUJINO V CIVILNIH IN GOSPODARSKIH ZADEVAH¹

Lenart Željko, strokovni sodelavec, Višje sodišče v Ljubljani

1. UVOD

Kadar je treba zaradi zagotovitve pravice stranke do informacije in s tem pravice do izjave v postopku določeno (sodno) pisanje vročiti v drugi državi, tj. ko ni mogoča vročitev tega pisanja na območju Republike Slovenije, nastane potreba po vročanju v tujini. Nekateri pravni viri, ki urejajo vročanje pisanj v tujino, sicer omogočajo tudi vročanje nesodnih pisanj, vendar se bom v nadaljevanju tega prispevka omejil na sodna pisanja. Vročanje v tujino je praviloma potrebno, kadar je naslovnik sodnega pisanja (običajno je to ena od strank postopka, čeprav to ni nujno) v tujini, hkrati pa mu tega pisanja ni mogoče vročiti na območju Republike Slovenije. Pri odgovoru na vprašanje, ali je pisanje mogoče vročiti na območju Republike Slovenije, je treba upoštevati dva položaja, in sicer, ali gre za vročanje iz ene države članice v drugo državo članico Evropske unije (v nadaljevanju EU) in ali se uporabi Uredba (ES) št. 1393/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2007 o vročanju sodnih in izvensodnih pisanj v civilnih ali gospodarskih zadevah v državah članicah (vročanje pisanj) in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 1348/2000² (v nadaljevanju Uredba št. 1393/2007), ali pa gre za vročanje v drugo državo, ki ni država članica EU. Kadar gre za vročanje v drugo državo, ki ni članica EU, se glede vprašanja, ali je pisanje treba vročiti v tujini, tj. ali naslovniku pisanja ni mogoče vročiti na območju Republike Slovenije, uporabi slovensko pravo. Slovensko procesno pravo se sicer s tem, ko v 146. členu Zakona o pravdnem postopku³ (ZPP) določa obveznost imenovanja pooblaščenca za sprejem pisanj za stranko, ki je v tujini oziroma katere zakoniti zastopnik je v tujini in nima pooblaščenca v Republiki Sloveniji oziroma s tem, ko določa, da sodišče imenuje začasnega zastopnika za sprejem pisanj, če tega ne storita stranka ali njen zakoniti zastopnik, vročanju v tujino primerih skuša izogniti. Vendar tudi ZPP predvideva, da se vročitev prvega pisanja (na primer tožbe) toženi stranki opravi v tujini (gl. drugi odstavek 146. člena ZPP). Kakor izhaja iz nadaljevanja, pa navedenih določb ni mogoče uporabiti v primeru, ko je treba pisanje vročiti v drugo državo članico EU. V primeru vročanja v drugo državo članico EU se namreč glede vprašanja, kdaj je treba pisanje vročiti v tujini, ne uporablja nacionalno pravo. V zadevi Alder je Sodišče EU zavrnilo tezo poljske vlade, da je treba glede na nacionalno pravo države članice, na ozemlju katere poteka postopek, opre-

1 Prispevek je nastal na podlagi predavanja na Izvršilni šoli 2020, ki je bilo 27. 1. 2020 in 10. 2. 2020 v Portorožu. Namen tega prispevka je na enem mestu podati kratek pregled možnih načinov vročanja in predstaviti nekatere rešitve, ki so se doslej večinoma že izoblikovale.

2 UL L 324, 10. 12. 2007.

3 Uradni list RS, št. 26/99, 96/02, 58/03 – odl. US, 2/04, 2/04 – ZDSS-1, 69/05 – odl. US, 90/05 – odl. US, 43/06 – odl. US, 52/07, 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, 6/14, 10/14 – odl. US, 48/14, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17, 32/18, 16/19 – ZNP-1, 70/19 – odl. US.

deliti okoliščine, v katerih je pisanje „treba“ v skladu s to uredbo vročiti v drugi državi članici. Pri tem se je najprej sklicevalo na prvi odstavek 1. člena Uredbe št. 1393/2007, nato pa nadaljevalo, da besedilo te določbe ne določa, kdaj je „treba“ tako pisanje iz ene države članice vročiti v drugo, pa druge določbe te uredbe dajejo koristna pojasnila. V nadaljevanju se je nato sklicevalo na drugi odstavek 1. člena Uredbe št. 1393/2007, ki določa, da se ta uredba ne uporablja, kadar naslov osebe, ki ji je treba vročiti pisanje, ni znan, in na uvodno izjavo 8 te uredbe, kjer je navedeno, da se ta uredba ne glede na stalno prebivališče stranke ne bi smela uporabljati za vročitev pisanja pooblaščenemu predstavniku stranke v državi članici, v kateri poteka postopek. Sklenilo je, da je iz sistematične razlage Uredbe št. 1393/2007 tako razvidno, da ta predvideva le prej navedeni okoliščini, v katerih je vročitev sodnega pisanja med državami članicami zunaj področja uporabe, v drugih primerih pa vročitev sodnega pisanja, kadar naslovnik takega pisanja prebiva v tujini, nujno spada na področje uporabe Uredbe št. 1393/2007 in je zato vročitev treba opraviti na načine, ki jih določa ta uredba. Nadaljevalo je še, da bi bila v primeru, ko bi bila določitev teh primerov prepuščena nacionalnemu zakonodajalcu, preprečena vsaka enotna uporaba Uredbe št. 1393/2007, ker ni izključeno, da države članice glede tega sprejemajo različne rešitve.⁴ Glede slednjega se je Sodišče EU sklicevalo na zadevo Leffler.⁵ Dejansko stanje v Sloveniji sicer ni enako kakor na Poljskem, saj slovenski predpisi predvidevajo imenovanje začasnega zastopnika za sprejem pisanj, če tega ne stori stranka (gl. 146. člen ZPP), in vročanje njemu (on pa naj bi navezal stik s stranko), medtem ko iz odločbe v zadevi Alder izhaja, da je poljsko pravo predvidevalo, da se v takšnem primeru pisanja vložijo v spis in se s tem štejejo za vročena, vendar pa je Sodišče EU v tej zadevi tudi poudarilo, da je takšna fiktivna vročitev nezdružljiva z doseganjem cilja varstva pravice do obrambe, ki ga skuša doseči Uredba št. 1393/2007.⁶ Verjetno pa le prej navedena razlika v predpisih še ne zadostuje za drugačen sklep v primeru presojanja skladnosti slovenske ureditve.⁷ Vendar pa menim, da bi v primeru, ko bi stranka iz tujine pooblaščenca za sprejem pisanj prostovoljno postavila in s tem izrazila voljo, naj se pisanja vročajo temu pooblaščenцу, vročitev njemu ne bi smela šteti za nepravilno, saj bi s tem nastopil položaj iz uvodne izjave 8 Uredbe št. 1393/2007. Po mojem mnenju pa ne bi bilo pravilno vročanje začasnemu zastopniku za sprejem pisanj, ki ga postavi sodišče. Besedilo uvodne izjave 8 Uredbe št. 1393/2007,⁸ ki izključuje uporabo te uredbe za vročanje pisanj pooblaščenцу v državi članici, kjer poteka postopek, jasno določa, da se ne uporablja za vročitev pisanj pooblaščenemu predstavniku, torej tistemu, ki stranko zastopa na podlagi njenega pooblastila.⁹

4 Gl. sodbo Sodišča (prvi senat) z dne 19. decembra 2012 v zadevi C-325/11; Krystyna Alder, Ewald Alder proti Sabini Orłowski, Czesławu Orłowskemu, točke 20–27.

5 Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 8. novembra 2005 v zadevi C-443/03; Götz Leffler proti Berlin Chemie AG.

6 Gl. sodba Sodišča (prvi senat) z dne 19. decembra 2012 v zadevi C-325/11; Krystyna Alder, Ewald Alder proti Sabini Orłowski, Czesławu Orłowskemu, točka 40.

7 Gl. še Ekart str. 135–136, kjer avtor zavzame jasno stališče, da je že poziv sodišča, naj si stranka postavi pooblaščenca za sprejem pisanj, v nasprotju s prvim odstavkom 1. člena Uredbe št. 1393/2007.

8 „Ta uredba se ne glede na stalno prebivališče stranke ne bi smela uporabljati za vročitev pisanja pooblaščenemu predstavniku stranke v državi članici, kjer poteka postopek“.

9 Tudi primerjava besedila te določbe v nekaterih tujih jezikih podpira takšen sklep. Tako hrvaško besedilo govori o *ovlaštenom zastupniku te stranke*, nemško besedilo o *Bevollmächtigten einer Partei*, angleško besedilo pa uporablja izraz *party's authorised representative*.

2. NAČINI VROČANJA

2.1 Diplomatska pot

To je najstarejša pot za uveljavitev čezmejnega vročanja in se uporablja še danes, če se ne more uporabiti mednarodna ali dvostranska konvencija ali uredba EU (ali pa se ni uveljavila dejanska praksa manj formalnega medsebojnega nudenja pravne pomoči). Vročanje po diplomatski poti se izvede tako, da se zaprosilo (poseben obrazec ni predpisan) skupaj z dvema izvodom listin z overjenim prevodom pošlje Ministrstvu za pravosodje Republike Slovenije, ki ga nato pošlje Ministrstvu za zunanje zadeve. Ta ga nato pošlje slovenskemu diplomatsko-konzularnemu predstavništvu v zaproseni državi, ki ga pošlje ministrstvu za zunanje zadeve zaprosene države. To ga nato pošlje ministrstvu za pravosodje zaprosene države, ki ga pošlje organu (najpogosteje sodišču), ki opravi vročitev naslovniku. Tuje sodišče (ali drug organ) pošlje zapisnik ali drugo dokazilo o ugoditvi ali neugoditvi zaprosilu po enaki poti nazaj. Postopek je zapleten in dolgotrajen. Zaradi velikega števila udeleženih organov pa lahko pride tudi do napak, zamud in „založitev“.¹⁰ Ni sicer predpisa, ki bi določal obvezni prevod pisanj in zaprosila, vendar se v praksi načeloma vroča skupaj s prevodi. Kdo nosi stroške prevoda, se določi po nacionalnem pravu.

2.2 Dvostranske pogodbe

Dvostranske pogodbe pogosto poenostavljajo prej opisani način tako, da izpuščajo vsaj eno (včasih pa tudi več) stopenj. Pogosto uvajajo t. i. resorno pot, pri kateri ministrstvo za pravosodje ene države pošlje pisanja ministrstvu za pravosodje druge države. Dvostranska pogodba, ki jo je Republika Slovenija sklenila z Republiko Srbijo, pa omogoča celo pošiljanje pisanj neposredno med sodišči. V praksi najbolj uporabne (in verjetno tudi največkrat uporabljene) so dvostranske pogodbe, ki jih je Republika Slovenija sklenila z nekaterimi državami na območju nekdanje Jugoslavije. Druge so precej starejše in so se lahko v času od njihovega podpisa vzpostavili tudi enostavnejši in/ali hitrejši načini vročanja.¹¹ V tem prispevku so druge pogodbe navedene zaradi popolnosti pregleda.

2.2.1 Pogodba med Republiko Slovenijo in Bosno in Hercegovino o pravni pomoči v civilnih in kazenskih zadevah z dne 21. 10. 2009¹²

Ta pogodba kot glavni način predvideva vročanje prek organov zaprosene države, za kar je treba sestaviti zaprosilo, ki se skupaj z listinami za vročitev pošlje po resorni poti, torej prek ministrstva za pravosodje. Pogodba sicer ne izključuje diplomatske poti. Obrazec zaprosila ni predpisan, je pa v 6. in 10. členu te pogodbe določena vsebina zaprosila. Glede jezikovnih zahtev pogodba predvideva, da je

¹⁰ Prim. Badovinac – Bjelič, str. 81–101, in Galič 2010, str. 56.

¹¹ Tako so na primer Združeno kraljestvo Velike Britanije in Severne Irske, Ruska federacija in Republika Turčija hkrati tudi podpisnice Konvencije o vročitvi sodnih in zunajsodnih listin v civilnih ali gospodarskih zadevah v tujini z dne 15. 11. 1965, medtem ko za prvo navedeno (oziroma vsaj za Anglijo in Wales, Škotsko, Severno Irsko in Gibraltar) vsaj v prehodnem obdobju še veljajo določbe Uredbe št. 1393/2007.

¹² Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 12/10.

zaposilo sestavljeno v jeziku države prosilke, pri čemer zaprosila ni treba prevajati. Pogodba sicer določa, da se pisanja za vročitev pošljejo v jeziku države prosilke skupaj s prevodom v uradni jezik oziroma enega od uradnih jezikov zaprosene države, vendar pa določa izjemo od tega, in sicer, da prevod listin ni potreben, če naslovnik pisanja prostovoljno sprejme. Kadar naslovnik pisanja brez prevoda prostovoljno sprejme oziroma pisanja brez prevoda ne zavrne, odsotnost prevodov ne vpliva na pravilnost vročitve. Naslovnik mora zavrnitev sprejema pisanj izraziti. To lahko stori na primer tako, da po možnosti takoj odkloni podpis vročilnice oziroma podobnega dokumenta, če zaradi načina sprejema pošiljke njene vsebine pred podpisom ni mogoče pregledati, pa tako, da vsaj nemudoma vrne pisanje pošiljatelju z navedbo, da takega načina ne sprejema.¹³ Če naslovnik zavrne sprejem pisanj v slovenskem jeziku brez prevoda, takšna vročitev ne more šteti za pravilno in je torej naslovniku pisanja treba (ponovno) vročiti s prevodom. Kdo krije stroške prevoda pisanj, ki se vročajo, določajo slovenski procesni predpisi (gl. 146. a člen ZPP). Odgovor na zaprosilo je v jeziku zaprosene države. Če je treba zagotoviti prevod odgovora na zaprosilo, stroške takšnega prevoda krije sodišče (90. člen Sodnega reda). Listine se praviloma vročijo v skladu s pravom države vročitve. To pomeni, da se pravilnost vročitve vključno z morebitno vročitvijo s fikcijo presoja po pravu zaprosene države. Pogodba pa predvideva, da se na izrecno prošnjo države prosilke lahko za vročitev uporabi predpis države prosilke, če to ni v nasprotju s predpisi zaprosene države. Vročitev pisanj se prav tako dokazuje v skladu s predpisi o vročanju zaprosene države, pri čemer pristojni organ v potrdilu o vročitvi navede čas in kraj vročitve ter osebo, ki ji je bilo pisanje vročeno. Pri ugotavljanju, ali je bila vročitev opravljena, gre za presojo, ki jo je treba opraviti v vsakem konkretnem primeru. Pri tem je glede na prej navedeno bistveno predvsem potrdilo oziroma morebitna druga listina (na primer zapisnik, vročilnica ipd.) organa, pristojnega za vročitev. Spremljajoča dokumentacija (večinoma bodo to razni spremni dopisi ministrstev za pravosodje) je lahko v pomoč pri tej presoji oziroma razumevanju dokumenta organa, pristojnega za vročitev, vendar ga po mojem mnenju ne morejo nadomestiti.

2.2.2 Pogodba med Republiko Slovenijo in Republiko Makedonijo o pravni pomoči v civilnih in kazenskih zadevah z dne 6. 2. 1996¹⁴

Način, ki ga ureja ta pogodba, je v bistvenem podoben načinu, ki je uveljavljen s prej opisano pogodbo. Tudi tu je kot glavni način predvideno vročanje prek organov zaprosene države, za kar je treba sestaviti zaprosilo, ki se pošlje po resorni poti. Prav tako tudi ni izključena diplomatska pot. Tudi tu obrazec zaprosila ni predpisan, je pa v 6. in 10. členu te pogodbe določena vsebina zaprosila. Glede jezika, prevodov, stroškov prevodov, prostovoljnega sprejema pisanj brez prevodov, ravnanja v primeru zavrnitve sprejema pisanj brez prevodov, načina vročanja in dokazovanja vročanja velja pri tej pogodbi smiselno enako, kakor je navedeno zgoraj.

13 Prim. na primer sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 344/2010, z dne 16. 3. 2010, ki se sicer nanaša na vročanje po Konvenciji o civilnem postopku z dne 1. 3. 1954, vendar določbe te konvencije glede prostovoljnega sprejema pisanja niso bistveno različne, zato bi morala takšna razlaga veljati tudi v drugih primerih.

14 Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 11/97.

2.2.3 Pogodba med Republiko Slovenijo in Republiko Srbijo o pravni pomoči v civilnih in kazenskih zadevah z dne 15. 4. 2011¹⁵

Čeprav ta pogodba nekatera vprašanja ureja podobno, se od prejšnjih dveh v nekaterih zadevah bistveno razlikuje. Tako na primer kot glavnega načina komuniciranja ne določa resorne poti, temveč predvideva neposredno komunikacijo med pristojnimi organi. Tudi ta pogodba sicer predvideva predvsem vročanje prek organov zaprosene države in prav tako kakor prejšnji dve ne izključuje diplomatske poti. Vsebinsko zaprosila, ki se za razliko od prejšnjih dveh pogodb pošlje neposredno pristojnemu pravosodnemu organu, torej sodišču, je določena v prvem odstavku 7. člena in prvem odstavku 12. člena. Dopušča pa tudi, da se v posebnih primerih zaprosila pošljejo prek ministrstev za pravosodje. Prav tako izrecno določa, da lahko država izvora brez prisile vroča pisanja svojim državljanom tudi po diplomatskih in konzularnih predstavnikih. Glede jezika tudi ta pogodba določa, da se zaprosilo za pravno pomoč sestavi v jeziku in pisavi države, ki prosi za pravno pomoč, in tudi po tej pogodbi zaprosila ni treba prevajati, mora pa biti zaprosilu (če ni v latinici) dodan prepis v latinico. Tudi glede prevodov, stroškov prevodov in morebitnega prostovoljnega sprejema pisanj brez prevoda ter ravnanja v primeru zavrnitve sprejema pisanj brez prevoda velja smiselno enako kakor že prej navedeno. Odgovor na zaprosilo je v jeziku zaprosene države, ki pa mu mora biti (če ni v latinici) dodan prepis v latinico. Pravna pomoč, torej tudi vročanje listin, se po tej pogodbi zagotavlja v skladu z zakonodajo zaprosene države. Mogoča pa je tudi izvršitev zaprosila oziroma vročitve na način in v obliki, za katera prosi država prosilka, če to ni v nasprotju s temeljnimi načeli pravnega reda zaprosene države. Glede dokazovanja vročitve velja smiselno enako, kakor že prej navedeno, le da je potrdilo o vročitvi nekoliko obsežnejše, in sicer morajo biti navedeni čas in kraj vročitve, ime in položaj osebe, ki so ji bila pisanja vročena, kako je bila vročitev opravljena, oziroma morajo biti navedeni razlogi, zakaj vročitev ni bila opravljena. Kadar je bil zahtevan poseben način vročitve, ki mu ni bilo ugodeno, pa morajo biti posebej obrazloženi razlogi, zakaj takšnemu načinu ni bilo ugodeno. V pogodbi je sicer še izrecno navedena dolžnost zaprosenega organa, da v primeru, ko osebe, ki ji je treba vročiti pisanja, ni na naslovu, navedenem v zaprosilu, izvede vse potrebne ukrepe v skladu z notranjo zakonodajo za ugotovitev pravega naslova.

2.2.4 Druge dvostranske pogodbe

Konvencija med Kraljevino Jugoslavijo in Združenim kraljestvom Velika Britanija in Severna Irska o medsebojni pomoči pri vodenju sodnih postopkov v civilnih in gospodarskih zadevah, ki so obravnavane ali utegnejo biti obravnavane pred njunimi sodnimi organi z dne 27. 2. 1936,¹⁶ predvideva tri načine vročanja, in sicer vročitev prek organov države izvršitve, pri čemer zaprosilo za vročitev naslovi in pošlje diplomatski ali konzularni predstavnik države izvora, vročitev po diplomatskem ali konzularnem predstavniku države izvora in vročitev po pošti. O veljavnosti vročitve, izvršene z uporabo katerega koli od zadnjih dveh načinov, svobodno odločajo sodišča pogodbenic v skladu z njunima zakonodajama. Navedeno pomeni, da tudi, kadar je vročitev na določen način dopustna, to še ni zagotovilo, da jo bo sodišče v

¹⁵ Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 13/15.

¹⁶ Službene novine Kraljevine Jugoslavije št. 1937/116-XXXV.

drugi državi pogodbenici šteló za pravilno. V odstavku b 3. člena je navedena vsebina zaprosila. Zaposilo je treba sestaviti v jeziku države izvršitve, pisanje, ki naj se vroči, pa mora biti sestavljeno v jeziku države izvršitve, ali pa mu mora biti priložen prevod v ta jezik. Prevod je obvezen tudi pri vročitvi po diplomatskem ali konzularnem predstavniku države izvora, le da v tem primeru velja izjema, kadar gre za vročitev državljanu države izvora. Pri vročanju po pošti prevod sicer ni obvezen, je pa zaželen. Listine se vročijo v skladu s pravom države vročitve, kadar pa je v zaprosilu navedeno, naj se vročitev opravi na poseben način, se vročitev opravi na ta način, če to ni nezdržljivo z zakonodajo države izvršitve. Zaprošeni organ izda potrdilo, s katerim potrdi vročitev, ali navede razloge, zaradi katerih vročitev ni bila izvršena, ter navede to dejstvo, način in dan vročitve oziroma poskusa vročitve, potrdilo pa skupaj z drugim izvodom pisanj pošlje diplomatskemu ali konzularnemu predstavniku, ki je poslal zaprosilo za vročitev.

Pogodba med Federativno ljudsko republiko Jugoslavijo in Zvezo sovjetskih socialističnih republik o pravni pomoči v civilnih, družinskih in kazenskih zadevah z dne 24. 2. 1962¹⁷ določa, da se zaprosilo in pisanja pošiljajo prek ministrstev za pravosodje. Slovenskim državljanom je sicer mogoče vročati tudi prek diplomatskih in konzularnih predstavništev, če so ti pisanja voljni sprejeti, sicer pa ta pogodba predvideva vročanje prek organov zaprosene države, za kar je treba sestaviti zaprosilo z vsebino iz 6. člena te pogodbe. Zaposilo se sestavi v slovenskem jeziku. Pogodba predvideva, da se pisanja, ki niso sestavljena v jeziku zaprosene države, vročajo s prevodom v ta jezik. Vendar pa dopušča tudi, da se v primeru, kadar pisanje ni sestavljeno v jeziku zaprosene države, ali mu ni priložen overjeni prevod v ta jezik, vročitev kljub temu opravi, vendar le, če je naslovnik pisanja voljan sprejeti. Vročitev se opravi po pravu zaprosene države. Pogodba določa tudi obveznost zaprosenega organa, da ugotovi pravi naslov, kadar pisanja ni mogoče vročiti na naslovu, navedenem v zaprosilu. Potrdilo o vročitvi se sestavi v skladu s predpisi zaprosene države, mora pa vsebovati navedbo dneva vročitve in podpis prejemnika, po možnosti pa tudi način in čas vročitve. Zaprošena država lahko zavrne pravno pomoč, torej tudi vročanje, če bi to lahko ogrozilo njeno suverenost ali varnost ali je v nasprotju s temeljnimi načeli zakonodaje zaprosene države.

Konvencija med Kraljevino Jugoslavijo in Republiko Turčijo o medsebojnih razmerjih v sodnih, civilnih in trgovinskih zadevah z dne 3. 7. 1934¹⁸ določa, da se vročitve aktov opravljajo po diplomatski poti in v prvem odstavku 9. člena določa vsebino zaprosila. Glede jezika določa, da mora biti zaprosilo v jeziku zaprosene države ali francoskem jeziku. Zaprošeni organ po enaki poti vrne dokazilo, ki dokazuje vročitev ali v katerem je naveden razlog, ki je vročitev onemogočil. Vročitev pristojni organ zaprosene države opravi tako, da pisanja preda naslovníku, če jih je voljan sprejeti, razen kadar se zahteva vročitev na način, kakor ga predvideva zakonodaja prosilke in to ni v nasprotju z zakonodajo zaprosene države. Vročitev se dokazuje s potrdilom o prejemu, ki ga datira in legalizira prejemnik, ali s potrdilom organa zaprosene države o opravljeni vročitvi, njenem načinu in dnevu vročitve.

17 Uradni list SFRJ – Mednarodne pogodbe, št. 5/63.

18 Službene novine Kraljevine Jugoslavije 1936/263-LXV.

2.3 Haaški konvenciji

Republika Slovenija je podpisnica dveh haaških konvencij, ki urejata vročanje v tujino, in sicer Konvencije o civilnem postopku z dne 1. 3. 1954¹⁹ in Konvencije o vročitvi sodnih in zunajsodnih listin v civilnih ali gospodarskih zadevah v tujini z dne 15. 11. 1965.²⁰ Haaška konferenca o mednarodnem zasebnem pravu (HCCH) na svojih spletnih straneh²¹ zagotavlja (nekatero) podatke, ki so potrebni za vročanje po teh dveh konvencijah. Ti podatki vključujejo na primer podatke o podpisnicah, osrednjih (in drugih) organih držav, pridržkih in izjavah ipd. Že na tem mestu pa opozarjam, da državam po Konvenciji o civilnem postopku z dne 1. 3. 1954 drugače kakor pri Konvenciji o vročitvi sodnih in zunajsodnih listin v civilnih ali gospodarskih zadevah v tujini z dne 15. 11. 1965, ni treba sporočiti omejitev ali zadržkov, zato po domači pravni teoriji odsotnost vnaprej izraženega pridržka še ne pomeni, da ta država takšnemu vročanju ne sme nasprotovati.²² Zadostuje torej že dejansko nasprotovanje.

2.3.1 Konvencija o civilnem postopku z dne 1. 3. 1954

Konvencija o civilnem postopku z dne 1. 3. 1954 kot primarno določa vročanje po konzularni poti, čeprav dopušča tudi možnost, da posamezna država izjavi, da pričakuje, da se ji zahteve za vročitev pošljejo po diplomatski poti. Prav tako dopušča tudi dogovor, da se dopustijo neposredni stiki med pristojnimi organi. V praksi lahko komunikacija tako poteka tudi med ministrstvi za pravosodje (na primer na podlagi sporazumov, utečene prakse, dejanske vzajemnosti).²³ Konvencija sicer kot mogoče navaja še tri načine vročanja, vendar jih podrobneje ne ureja. Tako navaja možnosti, da se listine pošljejo po pošti neposredno zadevni osebi, ki je v tujini, da osebe, ki imajo interes, sodne uradnike ali pristojne funkcionarje namembne države zaprosijo, da neposredno izvršijo vročitev, ali da država po svojih diplomatskih ali konzularnih predstavnikih neposredno vroči listine osebi, ki je v tujini. Bistveno pa je, da lahko, kadar med državama ne obstaja dvostranska ali večstranska pogodba, ki navedene načine omogoča, namembna država tem trem načinom vročitve nasprotuje. Vendar namembna država po tej konvenciji ne more nasprotovati vročitvi, če se listina po pošti ali diplomatskih ali konzularnih predstavnikih brez prisile vroča državljanu države prosilke. Pri uporabi drugih treh načinov vročanja je treba upoštevati morebitne zadržke.

Pri vročanju po konzularni poti se pisanja prek ministrstva za pravosodje (in po potrebi še prek ministrstva za zunanje zadeve) pošljejo konzulatu v namembni državi, ta pa pošlje na pristojni organ namembne države zahtevo oziroma zaprosilo. Vsebina zaprosila je določena v prvem odstavku 1. člena te konvencije. Zaprosilo se sestavi v jeziku zaprosene države. Pisanja za vročitev pa morajo biti sestavljena v jeziku zaprosene države ali jeziku, za katerega sta se dogovorili obe državi, oziroma jim mora biti priložen prevod v enega od teh jezikov. Nomotehnično ta konvencija izrecno ne določa izjeme od obveznosti prevodov pisanj, vendar pa v 2. členu ureja vročanje ob prostovoljnem sprejemu z izjemo primerov iz 3. člena (za

19 Uradni list SFRJ – Mednarodne pogodbe, št. 6/62.

20 Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 19/00 in 13/12.

21 Naslov domače strani HCCH je <<https://www.hcch.net/en/home>> (9. 3. 2020).

22 Prim. Galič 2010 str. 57.

23 Prav tam.

katere prostovoljnost sprejema, torej za pravilnost vročitve ne more biti odločilna), medtem ko v drugem odstavku 3. člena kot pogoj za vročanje predpisuje prevod. Iz tega izhaja, da je vročanje brez prevoda vendarle mogoče, če naslovnik pisanja prostovoljno sprejme.²⁴ Kdo nosi stroške prevoda, konvencija ne ureja, zato se to določi po nacionalnem pravu. Vročitev se opravi po pravu države vročitve. Konvencija dopušča tudi opravo vročitve na poseben način, če ta ni v nasprotju s pravom države vročitve. Željo za poseben način vročanja je treba izraziti v zaprosilu. Namembna država lahko odkloni izvršitev zaprosila za vročanje, če presodi, da bi to pomenilo kršitev njene suverenosti ali varnosti. Predvideva še, da se morebitne težave rešujejo po diplomatski poti.

2.3.2 Konvencija o vročitvi sodnih in zunajsodnih listin v civilnih ali gospodarskih zadevah v tujini z dne 15. 11. 1965

Ta konvencija izključuje svojo uporabo, kadar naslov osebe, ki ji je treba vročiti listino, ni znan. Kadar naslov prejemnika ni znan, torej uporaba načinov vročanja iz te konvencije ne pride v poštev. Po tej konvenciji je vročanje možno z uporabo glavnega načina vročitve (torej preko osrednjega organa oziroma drugih organov, ki jih je v ta namen imenovala določena država) ali z uporabo alternativnih načinov vročanja. Alternativni načini vročanja, ki jih predvideva ta konvencija, so neposredno vročanje po diplomatskih in konzularnih predstavnikih, vročanje neposredno naslovniku po pošti, vročanje neposredno po sodnih oziroma državnih uradnikih ali drugih pristojnih osebah namembne države ter konzularne oziroma izjemoma diplomatske poti vročanja. Država vročitve lahko prvim trem načinom nasprotuje. Za razliko od doslej obravnavanih instrumentov za vročanje ta konvencija pri uporabi glavnega načina vročitve predvideva uporabo posebnega obrazca zaprosila (uporaba tega obrazca je pri alternativnih načinih vročanja sicer priporočljiva,²⁵ ni pa obvezna).²⁶ Konvencija alternativnih načinov vročanja podrobneje ne ureja, kar sicer res pomeni, da glede tega konvencija ne uvaja posebnih jamstev (na primer glede jezika, načina pošiljanja o pošti ipd.), vendar pa je pri njihovi uporabi treba spoštovati morebitne zadržke in omejitve, ki so jih sporočile posamezne države, iz katerih pa lahko izhajajo določena jamstva. Države namreč lahko ne samo v celoti dopustijo ali prepovejo uporabo alternativnih načinov, temveč smejo določiti tudi pogoje, pod katerimi jih dopuščajo.^{27, 28} Pri tem je z vidika morebitne izvršitve sodne odločbe v državi vročitve treba upoštevati tudi, da to, da država ne nasprotuje načinu vročitve oziroma ga ne šteje za kršitev suverenosti, še ne pomeni nujno tudi tega, da bo takšen način vročanja vedno priznala za veljaven.²⁹

24 Prim. še sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 344/2010, z dne 16. 3. 2010.

25 Gl. <https://assets.hcch.net/docs/eb709b9a-5692-4cc8-a660-e406bc6075c2.pdf> (9. 3. 2020), <https://assets.hcch.net/upload/wop/jac_concl_e.pdf> (9. 3. 2020) in tudi objavo na spletni strani <<https://www.hcch.net/en/instruments/specialised-sections/service>> (9. 3. 2020).

26 V primeru vročanja z uporabo glavnega načina vročitve se od treh delov zaprosila, tj. (1) zaprosilo (Request), (2) potrdilo (Certificate) ter (3) opozorilo (Warning) in vsebina (Summary) izpolnita le prvi in zadnji del, tj. zaprosilo ter opozorilo in vsebina, medtem ko se pri uporabi alternativnih načinov vročanja izpolnita le opozorilo in vsebina.

27 Prim. <https://assets.hcch.net/docs/eb709b9a-5692-4cc8-a660-e406bc6075c2.pdf> (9. 3. 2020), <https://assets.hcch.net/upload/wop/jac_concl_e.pdf> (9. 3. 2020) in <<https://assets.hcch.net/docs/0edbc4f7-675b-4b7b-8e1c-2c1998655a3e.pdf>> (9. 3. 2020).

28 Tako je na primer Avstralija glede vročanja po pošti sporočila, da morajo biti dokumenti poslani s priporočeno pošto, da se omogoči potrditev prejema. Gl. na <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1062&disp=resdn>> (9. 3. 2020).

29 Japonska je na primer svoje nasprotovanje vročanju po pošti izjavila šele 21. 12. 2018 (gl. <<https://>

Pri vročanju z uporabo glavnega načina vročitve se pisanja skupaj z zaprosilom na standardnem obrazcu pošljejo neposredno osrednjemu organu države naslovnice, ki ga je ta država v skladu z določbami konvencije določila v ta namen.^{30, 31} Konvencija torej ne predvideva več pošiljanja prek ministrstev za pravosodje. Pri tem načinu vročanja je obvezna uporaba standardnega obrazca zaprosila. Obrazci zaprosila so dostopni na spletni strani HCCH.³² Konvencija določa, da se težave, ki nastanejo v zvezi s pošiljanjem sodnih listin za vročitev, rešujejo po diplomatski poti.

Glede jezika zaprosila konvencija določa, da morajo biti stalni izrazi v obrazcu vedno napisani v francoščini ali angleščini, lahko pa so poleg tega napisani tudi v uradnem jeziku ali enem od uradnih jezikov države, iz katere listine izvirajo,³³ takšen obrazec pa se nato izpolni v enem od naslednjih treh jezikov: v jeziku zaprosene države, francoščini ali angleščini. Glede jezika pisanj, ki se vročajo, pa konvencija določa, da osrednji organ lahko zahteva, da je listina napisana v uradnem jeziku ali enem od uradnih jezikov zaprosene države ali v ta jezik prevedena. Kdo nosi stroške prevoda, ta konvencija ne določa, zato se to določi po nacionalnem pravu.

Osrednji organ je tisti, ki v primeru, kadar je zaprosilo v skladu z določbami konvencije (če ni, o tem takoj obvesti prosilca in navede svoje ugovore na zaprosilo), bodisi sam vroči pisanja, bodisi zagotovi, da so ustrezno vročena. Vročitev se opravi bodisi po pravu zaprosene države bodisi na poseben način, ki ga zahteva prosilec, če ta ni v nasprotju s pravom zaprosene države. Na zadnjega od teh načinov je sicer vedno mogoče vročiti pisanje, če ga naslovnik prostovoljno sprejme. Potrdilo o vročitvi na predpisanem obrazcu, ki je sicer del obrazca zaprosila, ki ga izpolni osrednji ali drug pristojni organ, se vrne neposredno prosilcu. V tem potrdilu mora biti navedeno, da je bila listina vročena, ter navedeni način, kraj in dan vročitve ter oseba, ki ji je bila listina dostavljena, oziroma če listina ni vročena, razlogi, ki so preprečili vročitev. Takšno potrdilo torej dokazuje skladnost vročitve z zahtevami te konvencije.

Ta konvencija za razliko od prej navedenih pogodb in konvencij vsebuje tudi nekatere posebne določbe za primer neodzivnosti toženca. Tako v prvem odstavku 15. člena določa, da se, kadar je treba zaradi vročitve poslati v tujino vabilo ali enakovredno listino v skladu z določbami te konvencije in toženec ne pride na obravnavo, sodba ne izreče, dokler se ne ugotovi: a) ali je bila listina vročena na

www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=407&disp=resdn [9. 3. 2020]), pred tem pa je štela, da vročanje po pošti ne pomeni kršitve njene suverenosti, vendar pa je pojasnila, da to še ne pomeni, da odsotnost formalnega nasprotovanja pomeni, da je takšen način vročanja vedno upoštevan kot veljaven oziroma da takšen način vročanja ne bo štel za veljavnega, če niso bile spoštovane pravice naslovnika (gl. <<https://assets.hcch.net/docs/0edbc4f7-675b-4b7b-8e1c-2c1998655a3e.pdf>> [9. 3. 2020]).

30 Zvezne države lahko imenujejo več kakor en osrednji organ. Država pogodbenica lahko poleg osrednjega organa imenuje še druge organe in določi obseg njihovih pristojnosti, vendar ima tudi v tem primeru prosilec pravico poslati zaprosilo neposredno osrednjemu organu.

31 Podatki o osrednjih organih in tudi druge informacije, na primer informacije o zadržkih, izjavah ipd., so dostopni v preglednici na spletni strani <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17>> (9. 3. 2020).

32 Dostop do zaprosil v različnih jezikih je omogočen na spletni strani <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6560&dtid=65>> (9. 3. 2020).

33 Obrazci, kjer bi bil poleg obveznih jezikov uporabljen tudi slovenski jezik, v času pisanja tega prispevka niso dostopni.

po pravu zaprosene države predpisani način za vročanje listin osebam, ki so na njenem ozemlju, ali b) je bila listina dejansko dostavljena tožencu ali na naslov njegovega prebivališča na drug način, predviden s to konvencijo, in da je bila v obeh primerih listina vročena ali dostavljena dovolj zgodaj, da lahko toženec pripravi svojo obrambo. Pogoja iz a in b sta torej alternativna, vendar pa mora biti vsaj eden od njiju podan kumulativno z naslednjim pogojem, tj. da je imel toženec dovolj časa za pripravo obrambe. V drugem odstavku 15. člena pa je državi pogodbenici prepuščena možnost, da izjavi, da lahko sodnik v primerih, ko se za vročitev uporablja ta konvencija, ne glede na določbe prvega odstavka tega člena izreče sodbo, tudi če ni prejel potrdila o vročitvi ali dostavi, če so izpolnjeni naslednji pogoji: a) da je bila listina poslana na enega od predvidenih načinov v tej konvenciji, b) da je od dneva odpošiljanja listine preteklo najmanj šest mesecev, če sodnik meni, da je to v določeni zadevi dovolj dolgo obdobje, c) da kljub razumnim prizadevanjem za pridobitev potrdila od/prek pristojnih organov zaprosene države ni bilo prejeto nobeno potrdilo. Republika Slovenija je k temu členu podala izjavo, da lahko sodnik ne glede na določbe prvega odstavka 15. člena izreče sodbo, tudi če ni bilo prejeto potrdilo o vročitvi, če so izpolnjeni vsi pogoji iz drugega odstavka 15. člena konvencije.³⁴ Pogoji iz drugega odstavka 15. člena so torej kumulativni. Ne glede na te določbe pa je v nujnem primeru mogoče odrediti začasne in zaščitne ukrepe. Po izdaji sodbe pa je, če ne gre za sodbe v zvezi s statusom ali poslovno sposobnostjo oseb, v primeru neodzivnosti toženca v razumnem roku po tem, ko je toženec izvedel za sodbo, mogoče dovoliti pritožbo kljub poteku roka za pritožbo iz sodbe: a) če toženec ni po svoji krivdi izvedel za listino pravočasno, da bi lahko pripravil obrambo, ali ni pravočasno izvedel za sodbo, da bi se lahko pritožil, in b) je toženec v obrambo predložil zadostni dokaz glede vsebine zadeve. Zadnji pogoj naj bi torej preprečil vlaganje očitno neutemeljenih pritožb po poteku roka. Konvencija daje državi možnost, da izjavi, da takšne prošnje ne obravnava, če je podana po izteku določenega roka, ki ne sme biti krajši od enega leta od dneva sodbe. Republika Slovenija je podala izjavo, da se prošnja za pravno sredstvo iz 16. člena konvencije ne obravnava, če je vložena več kot eno leto po dnevu sodbe.³⁵

2.4 Vročanje v države članice Evropske unije

Za vročanje sodnih pisanj v civilnih in gospodarskih zadevah v države članice Evropske unije se uporablja Uredba št. 1393/2007. Ta uredba se uporablja tudi za vročanje na Dansko, ki je s posebno izjavo na podlagi vzporednega sporazuma z Evropsko skupnostjo potrdila svoj namen za izvajanje vsebinskih določb te uredbe. Informacije o organih in druge informacije, ki so jih v skladu s to uredbo Evropski komisiji posredovale države članice, ter druge koristne in potrebne informacije so dostopne na spletni strani evropskega portala e-pravosodje.³⁶ Pomembno je opozoriti, da se Uredba št. 1393/2007 ne uporablja, kadar naslov osebe, ki ji je treba vročiti pisanje, ni znan (drugi odstavek 1. člena), oziroma kadar se ne glede na stalno prebivališče stranke vroča pisanje pooblaščenцу stranke v državi, v kateri poteka postopek (uvodna izjava 8). V teh dveh primerih se vročanje torej opravi po nacionalnem pravu. V vseh drugih primerih, vključno v zvezi z vprašanjem, kdaj je potrebno vročanje v tujino (gl. zgoraj), pa se uporablja Uredba št. 1393/2007. Ured-

34 Gl. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=420&disp=resdn>> (9. 3. 2020).

35 Prav tam.

36 Domača stran: <<https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=sl&action=home>> (9. 3. 2020).

ba št. 1393/2007 omogoča štiri načine vročanja, in sicer: (1) vročanje prek organov za sprejem v državi članici izvršitve, (2) vročanje po diplomatskem ali konzularnem predstavniku države članice izvora, (3) vročanje po pošti in (4) neposredno vročanje. Slednjega sodišče načeloma ne uporablja (primer takšnega vročanja bi bilo sicer lahko neposredno vročanje vlog med odvetniki po 139. a členu ZPP). Uredba najbolj obširno ureja vročanje prek organov za sprejem, vendar pa vsebuje tudi določbe, ki se nanašajo na druge načine vročanja. Vsi ti načini so enakovredni, kadar je pisanje poslano na več načinov, pa je treba upoštevati prvo veljavno vročitev.³⁷ Posamezna država članica lahko sicer nasprotuje vročanju po diplomatskem ali konzularnem predstavniku države članice izvora, neposredno vročanje pa je odvisno od tega, ali pravo države vročitve takšno vročitev dopušča. Ne more pa država članica nasprotovati vročanju po pošti.

2.4.1 Vročanje prek organov za sprejem

Za namene vročanja po Uredbi št. 1393/2007 vsaka država članica imenuje organe za pošiljanje, organe za sprejem in osrednji organ. Organi za pošiljanje so javni uradniki, organi ali druge osebe, ki so pristojni za pošiljanje sodnih ali izvensodnih pisanj z namenom vročitve v drugi državi članici. V Republiki Sloveniji so to okrajna sodišča, okrožna sodišča, delovno in socialno sodišče, upravno sodišče, višja sodišča, vrhovno sodišče, ustavno sodišče in državno odvetništvo.³⁸ Organi za sprejem so javni uradniki, organi ali druge osebe, ki so pristojni za sprejem sodnih ali izvensodnih pisanj iz druge države članice. V Republiki Sloveniji so to vsa okrožna sodišča.³⁹ Osrednji organ pa je tisti, ki je odgovoren za zagotavljanje informacij organom za pošiljanje, reševanje vseh težav, ki lahko nastanejo pri pošiljanju pisanj za vročitev, ter v izjemnih primerih in na zaprosilo organa za pošiljanje za prepošiljanje zaprosila za vročitev pristojnemu organu za sprejem. V Republiki Sloveniji je to Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije.⁴⁰ Za reševanje težav torej Uredba št. 1393/2007 ne predvideva (več) diplomatske poti, temveč za to predvideva osrednji organ. Uredba predpisuje uporabo obrazcev v komunikaciji med organi in za obvestilo naslovnika o pravici do odklonitve sprejema pisanja. Predvidenih je sedem obrazcev (ki so priloga Uredbe št. 1393/2007), in sicer so to „zaprosilo za vročitev pisanj, potrdilo o prejemu, obvestilo o vračilu zaprosila in pisanja, obvestilo o posredovanju zaprosila in pisanja pristojnemu organu za sprejem, potrdilo o prejemu krajevno pristojnega organa za sprejem organu za pošiljanje, potrdilo o vročitvi ali nevročitvi pisanj in obvestilo naslovnika glede pravice do zavrnitve sprejema pisanja“.⁴¹

Postopek vročanja se začne s tem, da organ za pošiljanje dobi pisanje, ki naj se vroči naslovniku v drugi državi članici. Organ za pošiljanje mora prosilca poučiti o pravici naslovnika do zavrnitve sprejema pisanja, če pisanje ni v enem od jezikov iz 8. člena. Po naravi stvari je to smiselno storiti, še preden organ za pošiljanje pisa-

37 Prim. sodba Sodišča (tretji senat) z dne 9. februarja 2006 v zadevi C-473/04, Plumex proti Young Sports NV.

38 Gl. <https://e-justice.europa.eu/content_serving_documents-373-si-sl.do?member=1#a_68> (9. 3. 2020).

39 Prav tam.

40 Prav tam.

41 Obrazci za izpolnjevanje so dostopni na spletni strani evropskega portala e-pravosodje stran: <https://e-justice.europa.eu/content_serving_documents_forms-269-sl.d?o> (9. 3. 2020).

nje pošlje organu za sprejem v namembni državi, saj se lahko prosilec tako odloči, da bo že v prvem poskusu zagotovil ustrezeni prevod pisanja. Uredba opredeljuje prosilca posebej ne podaja, vendar pa iz besedila prvega odstavka 5. člena Uredbe št. 1393/2007⁴² izhaja, da je to tisti, od katerega organ za pošiljanje prejme pisanje, ki ga je treba vročiti v drugi državi članici EU.

Zaprosilo in listine za vročitev pošlje organ za pošiljanje neposredno organu za sprejem. V izjemnih primerih je mogoče pisanje poslati tudi osrednjemu organu, ki pisanja prepošlje organu za sprejem. Uredba izjemnih primerov sicer ne opredeljuje, verjetno pa bi se ta način lahko uporabil, kadar na primer v določenem primeru kljub znanemu naslovu ne bi bilo mogoče ugotoviti ustreznega (krajevno pristojnega) organa za sprejem. Pisanja se pošljejo na kakršen koli primeren način, ki omogoča, da je vsebina prejete listine enaka vsebini poslane listine in da so vse informacije v njej dobro čitljive. Izjemoma je za pošiljanje pisanj organu za sprejem ali osrednjemu organu mogoče uporabiti konzularne ali diplomatske poti. Glede jezika zaprosila uredba določa, da se obrazec zaprosila izpolni v uradnem jeziku zaprosene države članice oziroma enem od uradnih jezikov kraja, kjer je treba opraviti vročitev, ali v jeziku, ki ga je država članica vročitve navedla kot sprejemljivega.⁴³

Organ za sprejem po prejemu zaprosila potrdi prejem zaprosila na posebnem obrazcu, nato pa vroči pisanja oziroma skuša zagotoviti njihovo vročitev, ali pa ravna na enega od naslednjih načinov. Če nima dovolj informacij, naveže stik z organom za pošiljanje, da se zagotovijo manjkajoče informacije. Če je zaprosilo očitno izven področja uporabe Uredbe št. 1393/2007, ali izpolnjevanje formalnih pogojev onemogoča vročitev, zaprosilo in pisanja vrne organu za pošiljanje z obvestilom o vračilu na ustreznem obrazcu. Če ni krajevno pristojen, pisanje skupaj z zaprosilom pošlje krajevno pristojnemu organu za sprejem v isti državi članici pod pogojem, da zaprosilo izpolnjuje pogoje glede jezika, in o tem obvesti organ za pošiljanje na ustreznem obrazcu. Za vročitev je predviden enomesečni rok. Če vročitev v tem času ni mogoča, mora organ za sprejem o tem obvestiti organ za pošiljanje s potrdilom na ustreznem obrazcu in še naprej izvajati vse potrebne ukrepe za vročitev pisanja. Vročitev se opravi v skladu s pravom zaprosene države članice, lahko pa tudi na poseben način, če je ta združljiv s pravom te države članice. Organ za sprejem mora naslovnika z uporabo standardnega obrazca iz Priloge II k Uredbi št. 1393/2007 vedno poučiti, da lahko zavrne sprejem pisanja ob vročitvi ali tako, da pisanje vrne organu za sprejem v enem tednu, če pisanja niso sestavljena v jeziku oziroma jim ni priložen prevod: (a) v jezik, ki ga naslovnik razume, ali (b) v uradni jezik zaprosene države članice oziroma če je v njej več uradnih jezikov, v uradni jezik ali enega od uradnih jezikov kraja, kjer je treba opraviti vročitev. Organ za sprejem pri tem nima diskrecijske pravice⁴⁴ Uredba št. 1393/2007 torej naslovniku prepušča odločitev, ali bo pisanja, ki niso prevedena, sprejel, ali pa jih bo zavrnil.⁴⁵ Pri tem Uredba št. 1393/2007 tudi postavlja drugačno merilo. Ne določa več,

42 „Organ za pošiljanje pouči prosilca, od katerega prejme pisanje v pošiljanje, da lahko naslovnik odkloni sprejem pisanja, če ta ni v enem od jezikov iz člena 8“.

43 Glede jezika pisanja več v nadaljevanju.

44 Prim. sodba Sodišča (prvi senat) z dne 16. septembra 2015 v zadevi C-519/13, Alpha Bank Cyprus Ltd proti Dauu Siu Senhu, idr.

45 Uredba tega vprašanja za razliko od prej navedenih pogodb in konvencij nomotehnično ne ureja več na način, da bi predpisovala vročitev s prevodom in izjemo od tega v primeru prostovoljnega sprejema, temveč tako, da v primeru pomanjkanja prevoda predvideva pravico naslovnika do zavrnitve pisanja in določa obveznost opozorila naslovnika o tej pravici.

da morajo biti pisanja prevedena v uradni jezik zaprošene države oziroma uradni jezik ali enega od uradnih jezikov kraja vročitve, temveč so lahko pisanja tudi v jeziku, ki ga naslovnik razume, oziroma v ta jezik prevedena.⁴⁶ V zvezi z obsegom listin, ki morajo biti prevedene, je pomembna zadeva Weiss. Iz sodbe Sodišča EU v tej zadevi izhaja, da naslovnik nima pravice zavrniti sprejema tožbe, če so tožbi priložene priloge z dokazili, ki sicer niso napisane v jeziku zaprošene države članice ali jeziku države članice prosilke, ki ga naslovnik razume, vendar imajo samo dokazno vlogo in niso nujne za razumevanje predmeta in podlage zahtevka. O tem odloča nacionalno sodišče.⁴⁷ Opustitev zgoraj navedenega opozorila ne povzroči neveljavnosti vročitve, torej zato ni treba celotne vročitve ponoviti, temveč je treba to opustitev popraviti, in sicer tako, da se naslovniku pošlje ustrezno opozorilo na predpisanem obrazcu.⁴⁸ O morebitni zavrnitvi pisanj organ za sprejem s potrdilom na ustreznem obrazcu iz Priloge I k Uredbi št. 1393/2007 obvesti organ za pošiljanje in pri tem vrne zaprosilo in pisanja, za katera se zahteva prevod. O utemeljenosti zavrnitve odloča sodišče države članice izvora,⁴⁹ in ne sodišče države članice vročitve. Vročitev je potem mogoče opraviti tako, da se naslovniku vroči pisanje z ustreznim prevodom.⁵⁰ To velja v primeru, da je bila zavrnitev upravičena. V takšnem primeru se kot dan vročitve pisanja v razmerju do naslovnika šteje dan, ko je bilo naslovniku vročeno pisanje s prevodom. Dan vročitve se sicer določa po pravu zaprošene države. Po vročitvi organ za sprejem organu za pošiljanje pošlje potrdilo na ustreznem obrazcu iz Priloge I k Uredbi št. 1393/2007. Kadar vročitev ni bila opravljena, na istem obrazcu obvesti organ za sprejem. Potrdilo se izpolni v uradnem jeziku ali enem od uradnih jezikov izvirne države članice ali v drugem jeziku, ki ga je ta država članica navedla kot sprejemljivega. Uredba št. 1393/2007 pa za razliko od prej opisanih podlag v drugem odstavku 5. člen ureja tudi to, kdo vsaj v prvi fazi nosi stroške prevodov, in sicer določa, da je to prosilec. Prosilec je tisti, od katerega organ za pošiljanje prejme pisanje v pošiljanje (gl. zgoraj). Kadar sodišče na lastno pobudo izdaja pisanja, ki jih je treba vročiti, je po mojem mnenju za prosilca treba šteti tudi sodišče. Nikakor pa po mojem mnenju za prosilca ni mogoče šteti naslovnika, saj bi v tem primeru naslovnik pisanja (prek organa za pošiljanje in organa za sprejem) pošiljal sam sebi. Ta določba pa ne ureja, kdo naj te stroške nosi na koncu. To se še vedno določa po nacionalnem pravu.

Kaj se zgodi v primeru neutemeljene zavrnitve pisanja, Uredba št. 1393/2007 ne določa. Odgovor na to vprašanje je vsaj delno mogoče dobiti v sodni praksi Sodišča EU. V obrazložitvi sodbe v zadevi Alpha Bank je Sodišče EU zapisalo, da

46 Več o obsegu prevoda in tem, kako se ugotavlja, ali naslovnik jezik razume, ter kakšne so posledice v nadaljevanju.

47 Sodba Sodišča (tretji senat) z dne 8. maja 2008 v zadevi C-14/07, Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR proti Industrie- und Handelskammer Berlin ob udeležbi Nicholas Grimshaw & Partners Ltd.

48 Prim. sodba Sodišča (prvi senat) z dne 16. septembra 2015 v zadevi C-519/13, Alpha Bank Cyprus Ltd proti Dauu Siu Senhu idr., in sodba Sodišča (deseti senat) z dne 2. marca 2017 v zadevi C-354/15, Andrew Marcus Henderson proti Novo Banco SA.

49 Prim. sodba Sodišča (tretji senat) z dne 8. maja 2008 v zadevi C-14/07, Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR proti Industrie- und Handelskammer Berlin ob udeležbi Nicholas Grimshaw & Partners Ltd, sodba Sodišča (prvi senat) z dne 16. septembra 2015 v zadevi C-519/13, Alpha Bank Cyprus Ltd proti Dauu Siu Senhu idr., in sklep Sodišča (deseti senat) z dne 28. aprila 2016 v zadevi C-384/14 (točka 41), Alta Realitat SL proti Erlock Film ApS (in) Ulrichu Thomsenu.

50 Tako zdaj določa tretji odstavek 8. člena Uredbe št. 1393/2007. Za predhodnico te uredbe pa je takšno stališče zavzelo Sodišče EU v zadevi Leffler (sodba Sodišča (veliki senat) z dne 8. novembra 2005 v zadevi C-443/03, Götz Leffler proti Berlin Chemie AG.

mora po tem, ko je naslovnik izkoristil pravico do zavrnitve pisanja, sodišče izvora na zahtevo tožeče stranke preveriti utemeljenost te zavrnitve in pri ugotavljanju znanja jezikov naslovnika pisanja ustrezno upoštevati vse elemente iz spisa in ob upoštevanju narave pisanja, za katero gre, odločiti, ali je potreben prevod tega pisanja.⁵¹ Menim, da navedeno stališče sicer ne preprečuje nacionalnemu sodišču ugotavljanja utemeljenosti zavrnitve tudi po uradni dolžnosti, vendar pomeni, da ob zahtevi prosilca to mora storiti. Ker je postopek ugotavljanja lahko povezan z določenimi stroški in tudi traja nekaj časa,⁵² pa menim, da je to smiselno početi predvsem na zahtevo prosilca. Prosilec je namreč stranka, ki vsaj v prvi fazi nosi stroške prevodov in ki je praviloma zainteresirana za čim hitrejši potek postopka. V zadevi Alta Realitat pa je Sodišče EU odločilo, da „se mora sodišče, ki mu je bila v izvorni državi članici zadeva predložena, prepričati, da je bil ta naslovnik z uporabo standardnega obrazca iz Priloge II k tej uredbi primerno poučen o svoji pravici, da lahko zavrne sprejem tega pisanja“, da „mora to sodišče v primeru opustitve te postopkovne zahteve v skladu z določbami navedene uredbe odpraviti to kršitev postopka“, da „sodišče, ki mu je bila zadeva predložena, ne sme ovirati izvrševanja pravice naslovnika do zavrnitve sprejema pisanja“, da „lahko sodišče, ki mu je bila zadeva predložena, šele po tem, ko je naslovnik dejansko izvršil svojo pravico do zavrnitve sprejema pisanja, preveri utemeljenost te zavrnitve; v ta namen mora to sodišče upoštevati vse upoštevne elemente iz spisa za ugotovitev, ali zadevna oseba razume jezik, v katerem je bilo pisanje sestavljeno“, in da „kadar navedeno sodišče ugotovi, da zavrnitev naslovnika pisanja ni bila upravičena, lahko načeloma naloži posledice, določene v nacionalnem pravu za tak primer, če se ohrani polni učinek Uredbe št. 1393/2007“.⁵³ V primeru ugotovitve, da je bila zavrnitev neupravičena, torej ni samodejne domneve, da je bila vročitev opravljena, temveč je treba za takšne primere uporabiti nacionalno pravo države članice izvora. To za postopke v Republiki Sloveniji, kjer se uporablja ZPP, po mojem mnenju pomeni smiselno uporabo določbe 144. člena ZPP.⁵⁴ Kot izhaja iz obrazložitve prej navedenega sklepa, pa se nacionalni predpisi uporabijo šele, ko so končane vse faze, določene v Uredbi št. 1393/2007. Sodišče EU pri tem navede obvestilo naslovniku o možnosti zavrnitve sprejema pisanja na standardnem obrazcu in v primeru zavrnitve pravnomočno sodno odločbo nacionalnega sodišča, s katero se ugotovi neupravičenost te zavrnitve.⁵⁵ Niti Uredba št. 1393/2007 niti prej navedena sodna odločba ne določata, po kakšnih pravilih se to ugotavlja. Ker uredba tega ne določa, je treba uporabiti nacionalno pravo. V postopkih, kjer se uporablja ZPP, to pomeni, da je to treba ugotavljati v kontradiktornem postopku. Treba je namreč spoštovati pravico do izjave iz 5. člena ZPP. Ker slovenski procesni predpisi ne določajo, da bi o takem zahtevku sodišče lahko odločilo, ne da bi se nasprotna stranka o njem izjavila, bi nasprotno ravnanje po mojem mnenju pomenilo absolutno bistveno kršitev določb pravnega postopka iz 8. točke drugega odstavka 339. člena ZPP. Zoper sklep o tej odločitvi je dovoljena pritožba, saj je ZPP ne izključuje (prvi odstavek 363. člena ZPP).

51 Gl. sodba Sodišča (prvi senat) z dne 16. septembra 2015 v zadevi C-519/13, Alpha Bank Cyprus Ltd proti Dauu Siu Senhu idr., točka 42.

52 Gl. spodaj.

53 Za vse gl. sklep Sodišča (deseti senat) z dne 28. aprila 2016 v zadevi C-384/14, Alta Realitat SL proti Erlock Film ApS (in) Ulrichu Thomsenu.

54 Za podoben sklep, sicer brez upoštevanja te zadeve, v kateri v tistem času še ni bila izdana odločba, gl. tudi Galič 2010, str. 68.

55 Prav tam, točka 87.

Glede presoje znanja jezika iz sodbe Sodišča EU v zadevi Weiss izhaja, da „dejstvo, da se je naslovnik vročenega pisanja pri opravljanju svoje poslovne dejavnosti v pogodbi s tožečo stranko dogovoril, da bo dopisovanje potekalo v jeziku te države članice, ne ustvarja domneve o znanju jezika, je pa znak, na katerega se lahko sodišče opre pri ugotavljanju, ali naslovnik razume jezik države članice prosilke“.⁵⁶ Po mojem mnenju bi to moralo veljati tudi v primeru, ko bi se stranki iz različnih držav članic dogovorili za uporabo nekega tretjega jezika. Na dejstvo, ali pogodbeni stranka res razume jezik, za uporabo katerega se je dogovorila, namreč dejstvo, za jezik katere države članice gre, oziroma če sploh gre za jezik države članice EU, samo po sebi ne bi smelo biti odločilno. Kakor izhaja iz obrazložitve v zadevi Alta Realitat, pa je to stališče treba razumeti splošnejše, namreč tako, da se pri ugotavljanju naslovnikovega znanja jezika ni mogoče opreti na kakršno koli domnevo.⁵⁷ Sodišče EU je v zadevi Weiss v obrazložitvi med drugim navedlo, da „stopnja znanja jezika, ki je potrebna za dopisovanje, ni enaka tisti, ki je nujna za obrambo v sodnem postopku“.⁵⁸ Tudi to je po mojem mnenju okoliščina, ki jo je treba upoštevati pri odločanju o znanju jezika. Nadalje iz te sodbe izhaja tudi, da „naslovnik vročene tožbe ne sme ... zavrniti sprejema priloge k pisanju, ki niso napisane v jeziku zaprosene države članice ali jeziku države članice prosilke, ki ga naslovnik razume, kadar pri opravljanju svoje poslovne dejavnosti sklene pogodbo in se v njej dogovori, da bo dopisovanje potekalo v jeziku države članice prosilke, ter se priloge nanašajo na to dopisovanje in so napisane v dogovorjenem jeziku“.⁵⁹ Iz zadeve Weiss torej izhaja ena izmed okoliščin, na katero se je mogoče opreti pri presoji o upravičenosti zavrnitve sprejema pisanja, in tudi to, kako je to okoliščino treba uporabiti pri odločitvi.⁶⁰

2.4.2 Vročanje po diplomatskem ali konzularnem predstavniku države članice izvora

Takšen način vročanja je mogoč, če država članica, v kateri je treba opraviti vročitev, temu načinu vročanja ne nasprotuje. Vendar pa mora biti takšno vročanje izvedeno brez prisile. Država članica vročitve ne more nasprotovati takšnemu načinu vročanja, če se pisanje vroča državljanu države članice izvora. Uredba št. 1393/2007 takšen način vročanja sicer ureja, vendar skopo. Določa le, da morajo diplomatski ali konzularni predstavniki z uporabo standardnega obrazca iz Priloge

56 Sodba Sodišča (tretji senat) z dne 8. maja 2008 v zadevi C-14/07, Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR proti Industrie- und Handelskammer Berlin ob udeležbi Nicholas Grimshaw & Partners Ltd.

57 Gl. sklep Sodišča (deseti senat) z dne 28. aprila 2016 v zadevi C-384/14, Alta Realitat SL proti Erlock Film ApS (in) Ulrichu Thomsenu, točka 79.

58 Gl. sodba Sodišča (tretji senat) z dne 8. maja 2008 v zadevi C-14/07, Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR proti Industrie- und Handelskammer Berlin ob udeležbi Nicholas Grimshaw & Partners Ltd, točka 87.

59 Sodba Sodišča (tretji senat) z dne 8. maja 2008 v zadevi C-14/07, Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR proti Industrie- und Handelskammer Berlin ob udeležbi Nicholas Grimshaw & Partners Ltd.

60 Kot zanimivost naj navedem, da sta španski sodišči v zadevi Alta Realitat kot okoliščino, na podlagi katerih je bilo ugotovljeno, da toženec razume angleško, upoštevalo to, da so bili pogodba in dokumenti, ki so se pripisovali tožencu in so bili priloženi tožbi, sestavljeni v angleškem jeziku, nadalje, da je toženec v profilu v spletni kinematografski zbirki podatkov navedel, da tekoče govori ta jezik, da je spletni dnevnik, katerega avtor je (toženec), napisan v tem jeziku in da so v spis vložene DVD-plošče s posnetki, v katerih nastopa posameznik, ki je imenovan kot U. Thomsen in ki govori angleško (gl. sklep Sodišča (deseti senat) z dne 28. aprila 2016 v zadevi C-384/14, Alta Realitat SL proti Erlock Film ApS (in) Ulrichu Thomsenu, točka 35).

Il k Uredbi št. 1393/2007 poučiti naslovnika o možnosti zavrnitve sprejema pisanja in da o morebitni zavrnitvi pisanj nato organ za pošiljanje obvestijo diplomatski ali konzularni predstavniki. Tudi v tem primeru je vročitev potem mogoče opraviti tako, da se naslovníku vroči pisanje z ustreznim prevodom.

2.4.3 Vročanje po pošti

Za razliko od haaških konvencij država članica takšnemu načinu vročitve ne more nasprotovati. Tudi ta način vročanja je v Uredbi št. 1393/2007 urejen skopo. Iz Uredbe št. 1393/2007 izhaja, da je treba pri takšnem načinu vročanja uporabiti priporočeno pismo z vročilnico ali drug enakovreden način. Od države članice vročitve je odvisno, kakšne poštné storitve obstajajo na njenem ozemlju. Tudi v primeru takšnega vročanja mora biti naslovnik obveščen o pravici do zavrnitve pisanja. To z uporabo standardnega obrazca stori organ, ki pisanja pošilja. O morebitni zavrnitvi naslovnik obvesti organ, ki je pisanja poslal, in tudi v tem primeru je vročitev nato mogoče opraviti tako, da se naslovníku vroči pisanje z ustreznim prevodom.

V zvezi z vročanjem po pošti je pomembna zadeva Henderson. Iz odločbe v tej zadevi izhaja, da pri vročitvi po pošti ni nujno, da je uporabljena vročilnica, temveč je lahko „... vročilnica priporočenega pisma, ki je vsebovalo pisanje, ki se vroča naslovníku, nadomeščena z drugim dokumentom, če se z njim nudijo jamstva, ki so enakovredna glede posredovanih podatkov in dokazovanja“, sodišče v izvorni državi članici pa se mora prepričati, da je naslovnik zadevno pisanje prejel tako, da je bila spoštovana njegova pravica do obrambe.⁶¹ Ta odločba torej po mojem mnenju odpravlja tudi težavo, ki je nastala zaradi nedoslednosti pri slovenskem prevodu Uredbe št. 1393/2007.⁶² Ta odločba pa je tudi odpravila dvom glede tega, komu mora biti v primeru vročanja po pošti pisanje (dejansko) izročeno. Iz te odločbe tako izhaja, da je vročitev po pošti veljavna ne samo takrat, kadar je bilo pisanje vročeno naslovníku osebno, temveč tudi, „... če je bilo izročeno odrasli osebi, ki je na kraju običajnega prebivališča naslovnika in ki je bodisi član njegove družine bodisi pri njem zaposlena“. ⁶³ V tem primeru je naslovnik tisti, ki „mora po potrebi s katerim koli dokaznim sredstvom, ki je dopustno pred sodiščem, ki v zadevi odloča v izvorni državi članici, dokazati, da se ni mogel dejansko seznaniti s tem, da je bil proti njemu v drugi državi članici začel sodni postopek, ali ugotoviti predmeta tega pravnega sredstva in razloga zanj, ali razpolagati z dovolj časa za pripravo svoje obrambe“. ⁶⁴ V zvezi s pravico do zavrnitve pisanj in presojo utemeljenosti te zavrnitve smiselno velja vse že zgoraj povedano.

2.4.4 Neaktivnost toženca

Glede neaktivnosti toženca Uredba št. 1393/2007 v prvem odstavku 19. člena določa, da se v takšnem primeru sodba ne izreče, dokler se ne ugotovi, ali: a) je bilo pisanje vročeno na način, ki je po pravu zaprosene države članice predpisan za vročanje pisanj v notranjih postopkih osebam, ki so na ozemlju te države članice,

61 Sodba Sodišča (deseti senat) z dne 2. marca 2017 v zadevi C-354/15, Andrew Marcus Henderson proti Novo Banco SA.

62 Gl. na primer Glič 2010, str. 51, kjer avtor opozarja na to nedoslednost.

63 Gl. sodba Sodišča (deseti senat) z dne 2. marca 2017 v zadevi C-354/15, Andrew Marcus Henderson proti Novo Banco SA.

64 Prav tam.

oziroma ali je bilo pisanje dejansko dostavljeno tožencu, b) je bilo dostavljeno na naslov, kjer ima toženec stalno prebivališče, na drug način, predviden s to uredbo, in ali je bila v obeh primerih vročitev oziroma dostava opravljena dovolj zgodaj, da je toženec lahko pripravil svojo obrambo. Prva dva pogoja sta alternativna, vsaj eden od njiju pa mora biti podan kumulativno s tretjim pogojem. Država članica pa lahko izjavi (drugi odstavek 19. člena Uredbe št. 1393/2007), da sodnik ne glede na to lahko izreče sodbo, čeprav ni prejel potrdila o vročitvi oziroma o dostavi, če so kumulativno izpolnjeni pogoji: a) da je bilo pisanje poslano na enega od načinov, predvidenih v tej uredbi, b) da je od dne pošiljanja pisanja preteklo obdobje, ki ga sodnik v vsaki posamezni zadevi oceni kot dovolj dolgo, vendar ni krajše od šestih mesecev, in c) da kljub razumnim prizadevanjem za pridobitev potrdila pri pristojnih organih zaprosene države članice ni bilo mogoče pridobiti nobenega potrdila. Če sodišče torej dobi potrdilo, na katerem je navedeno, da pisanje ni bilo vročeno, se torej ta določba ne uporabi. Republika Slovenija je takšno izjavo podala.⁶⁵ Ne glede na vse te pogoje pa je mogoče odrediti začasne ali zaščitne ukrepe. Po izdaji sodbe pa je, če ne gre za sodbe v zvezi s statusom ali sposobnostjo oseb, mogoča vrnitev v prejšnje stanje: a) kadar toženec brez svoje krivde s pisanjem ni bil seznanjen dovolj zgodaj, da bi lahko pripravil svojo obrambo, ali ni bil seznanjen s sodbo dovolj zgodaj, da bi lahko vložil pritožbo, in b) ima obramba toženca v glavni stvari *prima facie* možnosti za uspeh. Takšen predlog je mogoče vložiti v razumnem roku po tem, ko je bil toženec seznanjen s sodbo. Uredba pa državi članici dopušča možnost, da izjavi, da takšnega predloga ne bo obravnavala, če je vložen po preteku določenega roka. Republika Slovenija je sporočila, da se predlog za vrnitev v prejšnje stanje lahko poda v enem letu po dnevu izdaje sodbe.⁶⁶

LITERATURA IN VIRI:

- BADOVINAC – BJELIČ, Irena. Mednarodna pravna pomoč. *Pravosodni bilten*, 1994, letn. 15, št. 1/3, str. 81–129.
- EKART, Andrej. Vročanje v države članice EU v postopkih izvršbe in zavarovanja. *Pravosodni bilten*, 2014, letn. 35, št. 2, str. 131–141.
- GALIČ, Aleš. *Ustavno civilno procesno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- GALIČ, Aleš. Vročanje sodnih pisanj v tujino v civilnih in gospodarskih zadevah. *Pravni letopis*, 2010, št. 1, str. 51–72.
- <<https://www.hcch.net/en/home>> (9. 3. 2020).
- <<https://www.hcch.net/en/instruments/specialised-sections/service>> (9. 3. 2020).
- <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1062&disp=resdn>> (9. 3. 2020).
- <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=407&disp=resdn>> (9. 3. 2020).

⁶⁵ Gl. <https://e-justice.europa.eu/content_serving_documents-373-si-sl.do?member=1#a_79> (9. 3. 2020).

⁶⁶ Prav tam.

- <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17>> (9. 3. 2020).
- <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6560&dtid=65>> (9. 3. 2020).
- <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=420&disp=resdn>> (9. 3. 2020).
- <<https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=sl&action=home>> (9. 3. 2020).
- <https://e-justice.europa.eu/content_serving_documents-373-si-sl.do?member=1#a_68> (9. 3. 2020).
- <https://e-justice.europa.eu/content_serving_documents_forms-269-sl.d>o> (9. 3. 2020).
- <https://e-justice.europa.eu/content_serving_documents-373-si-sl.do?member=1#a_79> (9. 3. 2020).
- <<https://assets.hcch.net/docs/eb709b9a-5692-4cc8-a660-e406bc6075c2.pdf>> (9. 3. 2020) – Conclusions and Recommendations of the Special Commission on the practical operation of the Hague Service, Evidence and Access to Justice Conventions (20-23 May 2014).
- <https://assets.hcch.net/upload/wop/jac_concl_e.pdf> (9. 3. 2020) – Conclusions and Recommendations of the Special Commission on the practical operation of the Hague Apostille, Service, Taking of Evidence and Access to Justice Conventions (2 to 12 February 2009).
- <<https://assets.hcch.net/docs/0edbc4f7-675b-4b7b-8e1c-2c1998655a3e.pdf>> (9. 3. 2020) – Conclusions and Recommendations adopted by the Special Commission on the practical operation of the Hague Apostille, Evidence and Service Conventions (28 October to 4 November 2003).

LASTNINJENJA DRUŽBENEGA PREMOŽENJA¹

Dr. Ivanka Demšar-Potočnik, višja državna odvetnica, Državno odvetništvo Republike Slovenije

1. UVOD

Koncept družbene lastnine se je pri nas uveljavil po drugi svetovni vojni.² Njena bistvena značilnost je bila, da lastninska pravica na stvari ni pripadala nobenemu konkretnemu subjektu, temveč celotni družbi in vsakemu posameznemu članu te družbe. Na njej ni bilo mogoče izvajati lastninskih pravic, kakor jih lahko izvaja lastnik nad svojo lastnino. V družbeno-lastninskem sistemu niso veljala nekatera klasična pravila stvarnega prava, na primer načelo povezanosti zemljišča in objekta (*superficio solo cedit*), ampak obratno, da je zemljišče sledilo objektu. Vsa upravičenja (upravljavska in razpolagalna) na sredstvih v družbeni lastnini so izvirala iz pravice dela z družbenimi sredstvi.

Prenosi nepremičnin v družbeno lastnino (na podlagi zakona, akta oblastnega organa) so se večinoma izvajali izvenknjižno. Zato zemljiška knjiga ni odražala resničnega dejanskega stanja.³ Kljub izvenknjižnemu prenašanju pravice uporabe vsakršne posesti in dejanske uporabe nepremičnine v družbeni lastnini še ni mogoče enačiti s pravico uporabe. Tudi oseba, ki se sklicuje na izvenknjižno pridobitev pravice uporabe, mora to izkazati z ustrezno listino, kakršna bi omogočila vpis te pravice v zemljiško knjigo. Ne samo, da je bila za veljavni prenos pravice uporabe potrebna ustrezna pravna podlaga v obliki odločbe ali pogodbe (lahko tudi ustne), temveč je moral biti prenosnik, da bi pravico uporabe sploh lahko prenesel, nosilec te pravice. Tudi v družbeno-lastninskem sistemu je namreč veljalo načelo rimskega prava, da nihče ne more prenesti več pravic, kakor jih ima (*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*).

Republika Slovenija je imela po osamosvojitvi zahtevno nalogo preoblikovanja družbene lastnine v zasebno. V ta namen je sprejela številne predpise. V tem prispevku so zbrani najpomembnejši zakoni z aktualno sodno prakso, ki so pravna podlaga za prenos družbene v zasebno lastnino.

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorja na Šoli državnega odvetništva 2020, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosuđu potekala 14., 15. decembra 2020 na daljavo.

2 Pojem družbene lastnine je bil uveden s Temeljnim zakonom o upravljanju z državnimi gospodarskimi podjetji in višjimi gospodarskimi združenji po delovnih kolektivih iz leta 1950 in Ustavnim zakonom o temeljih družbene in politične ureditve iz leta 1953.

3 Ustavno sodišče RS je v zadevi Up 2677/08 z dne 15. 4. 2010 navedlo, da je treba ugotoviti, kdo je bil ob uveljavitvi ZDen pravi (ne samo domnevni zemljiškoknjižni) imetnik pravice uporabe na sporni nepremičnini ne glede na vpis v zemljiško knjigo. Kdo je bil nosilec pravice uporabe, je torej treba presojati po tedaj veljavnih predpisih. Upoštevati je namreč treba, da sta se največkrat v zemljiški knjigi izvedla le vpis družbene lastnine in vpis pravice uporabe prvega imetnika, pozneje pa nič več. To pa ne pomeni, da je imetnik pravice uporabe ostal tisti, ki je bil vpisan. Za veljavnost prenosa pravice uporabe namreč vpis v zemljiško knjigo ni bil konstitutiven pogoj.

2. ZAKON O ZAVODIH (ZZ)⁴

Za lastninjenje delovnih organizacij, ki so opravljale dejavnost vzgoje in izobraževanja, znanosti, kulture, športa, zdravstva, otroškega varstva in socialnega varstva ter RTV Slovenija sta pomembni določbi 65. in 66. člena ZZ. V 65. členu ZZ je določeno, da premoženje, ki je družbena lastnina v upravljanju delovne organizacije iz prvega odstavka 62. člena tega zakona, ki nadaljuje delo kot zavod, 1. aprila 1991 postane lastnina ustanovitelja te organizacije, če ni s tem zakonom drugače določeno. Če je več ustanoviteljev, uredijo lastninska razmerja s pogodbo v skladu z vloženimi sredstvi. Če ni sporazuma, uredi lastninska razmerja sodišče na zahtevo katerega koli ustanovitelja. V 66. členu pa je določeno, da če je bil objekt, ki ga upravlja delovna organizacija iz prvega odstavka 62. člena tega zakona, ki nadaljuje delo kot zavod, zgrajen s samopriskom, je objekt lastnina občine, na katere območju je objekt. Ne glede na določbo prejšnjega odstavka je objekt, ki je bil zgrajen s samopriskom, lastnina mesta, če je mesto ustanovitelj delovne organizacije, ki upravlja objekt.

Na podlagi tega zakona je družbeno premoženje prešlo v javno lastnino. Za prehod v zasebno lastnino so bili potrebni še drugi zakoni.⁵

3. ZAKON O ORGANIZIRANJU IN FINANCIRANJU VZGOJE IN IZOBRAŽEVANJA (ZOFVI)⁶

Za lastninjenje premoženja vzgojno-izobraževalnih zavodov je pomembna določba 61. člena ZOFVI, ki določa, da z dnem uveljavitve tega zakona (15. september 1991) Republika Slovenija prevzame pravice in obveznosti ustanovitelja oziroma soustanovitelja javnih vzgojno-izobraževalnih zavodov, in sicer za javne zavode, ki izvajajo srednje izobraževanje, dijaške domove ter javne zavode, ki opravljajo izobraževanje in usposabljanje otrok in mladostnikov z motnjami v razvoju, razen osnovnih šol s prilagojenim programom. Premoženje v javni lastnini, ki ga upravljajo javni vzgojno-izobraževalni zavodi iz prejšnjega odstavka in je namenjeno opravljanju javne službe, postane z dnem uveljavitve tega zakona last Republike Slovenije.

4 Uradni list RS, št. 12/91, 8/96, 36/00 – ZPDZC in 127/06 – ZJZP.

5 VSRS je v zadevi II Ips 44/2015 z dne 8. 10. 2015 navedlo, da je ZZ v obravnavani zadevi (zaradi statusa Šole in Doma) podlaga le za prehod nepremičnin iz družbene lastnine v javno lastnino. Podlago za pridobitev lastninske pravice Republike Slovenije pa predstavljajo določbe ZOFVI. Z dnem uveljavitve tega zakona je RS postala tudi lastnica premoženja v javni lastnini, s katerim so upravljali javni vzgojno-izobraževalni zavodi iz prvega odstavka 61. člena ZOFVI in je bilo namenjeno za opravljanje javne službe (drugi odstavek 61. člena ZOFVI). Lastništvo RS po tej določbi je torej med drugim odvisno od okoliščine, da so s premoženjem v javni lastnini upravljali javni zavodi (in ne zavodi s pravico javnosti). Ali je določena delovna organizacija, ki je opravljala vzgojno-izobraževalno dejavnost posebnega družbenega pomena, z uveljavitvijo ZZ pridobila status javnega zavoda ali zavoda s pravico javnosti, pa je bilo odvisno od tega, kdo je bil ustanovitelj te delovne organizacije. Status javnega zavoda so namreč pridobile le tiste delovne organizacije, katerih ustanovitelj je bila družbenopolitična skupnost, medtem ko so delovne organizacije, katerih ustanovitelj je bila druga pravna oseba, pridobile status zavoda s pravico javnosti (drugi odstavek 64. člena ZZ).

6 Uradni list RS/l, št. 12/1991, Uradni list RS, št. 45/1994 - odl. US, 29/1995 - ZPDF, 12/1996 – ZOFVI.

4. STANOVANJSKI ZAKON (SZ)⁷

Lastninjenje in privatizacijo stanovanj in stanovanjskih hiš ter stanovanjskih podjetij je uredil SZ v 111. do 133. členu. Republika Slovenija in občine so postale z dnem uveljavitve tega zakona (19. oktober 1991) lastnice družbenih stanovanj in stanovanjskih hiš, na katerih so imele pravico uporabe delovne skupnosti državnih organov, organov družbene skupnosti in nekdanjih družbenopolitičnih organizacij, ter lastnice družbenih stanovanj in stanovanjskih hiš, namenjenih nosilcem družbenih funkcij, ter drugih družbenih stanovanj, na katerih imajo država in občine pravico uporabe (111. člen SZ). Druge pravne osebe, ki so imele pravico uporabe družbenih stanovanj in stanovanjskih hiš, so postale z dnem uveljavitve tega zakona lastnice teh stanovanj (112. člen).

5. ZAKON O DENACIONALIZACIJI (ZDen)⁸

Premoženje, ki je bilo podržavljeno s predpisi o agrarni reformi, nacionalizaciji in zaplembah ter z drugimi predpisi in načini, navedenimi v tem zakonu, se je vračalo na podlagi ZDen, ki je začel veljati 7. decembra 1991. Če vrnitev tega premoženja v naravi ni bila mogoča, je upravičenec namesto njega dobil odškodnino v obliki nadomestnega premoženja, vrednostnih papirjev ali denarju. V 3. členu ZDen so taksativno navedeni predpisi, na podlagi katerih je bilo fizičnim osebam podržavljeno premoženje in so podlaga za denacionalizacijo. Pravne osebe, ki jim je bilo premoženje podržavljeno po predpisih iz tega člena, so bile upravičenke le, če zakon to izrecno določa. Poleg tega so bili upravičenci do denacionalizacije tudi fizične osebe, ki jim je bilo premoženje neodplačno podržavljeno na podlagi predpisa, izdanega do uveljavitve ustave SFRJ iz leta 1963, ki ni naveden v prejšnjem členu, ali pa z ukrepom državnega organa brez pravnega naslova (4. člen ZDen). Za upravičenca do denacionalizacije po tem zakonu se je štela tudi fizična oseba, katere stvari ali premoženje so prešle v državno last na podlagi pravnega posla, sklenjenega zaradi grožnje, sile ali zvižaje državnega organa oziroma predstavnika oblasti (5. člen ZDen). Kakor že navedeno, je podlaga lastninjenja upravna oziroma sodna odločba.

6. ZAKON O ZDRAVSTVENI DEJAVNOSTI (ZZdej)⁹

Za lastninjenje premoženja zdravstvenih zavodov je pomembna določba 92. člena ZZdej, ki določa, da z dnem uveljavitve tega zakona (7. marec 1992) Republika Slovenija prevzame pravice in obveznosti ustanovitelja javnih zavodov, ki opravljajo zdravstveno dejavnost na sekundarni in terciarni ravni ter na primarni ravni za študente. Premoženje v javni lastnini, ki ga upravljajo zavodi iz

7 Uradni list RS, št. 18/91-I, 19/91 – popr., 13/93 – ZP-G, 9/94 – odl. US, 21/94, 29/95 – ZPDF, 23/96, 24/96 – odl. US, 44/96 – odl. US, 1/00, 1/00 – odl. US, 22/00 – ZJS, 87/02 – SPZ, 29/03 – odl. US in 69/03 – SZ-1.

8 Uradni list RS, št. 27/91-I, 56/92 – odl. US, 13/93 – odl. US, 31/93, 24/95 – odl. US, 20/97 – odl. US, 23/97 – odl. US, 65/98, 76/98 – odl. US, 66/00, 66/00 – ORZDen27, 11/01 – odl. US, 54/04 – ZDoh-1 in 18/05 – odl. US.

9 Uradni list RS, št. 9/1992, 26/1992 – popr., 13/1993, 45/1994 – odl. US, 37/1995, 8/1996, 59/1999 – odl. US, 90/1999 – popr., 90/1999, 98/1999 – ZZdrS, 31/2000, 36/2000 – ZPDZC, 45/2001, 62/2001 – skl. US, 86/2002 – ZOZPEU, 135/2003 – odl. US, 2/2004, 80/2004, 23/2008, 58/2008 – ZZdrS-E, 15/2008 – ZPacP, 77/2008 – (ZDZdr), 40/2012 – ZUJF, 14/2013, 88/2016 – ZdZPZD, 64/2017, 1/2019 – odl. US, 73/2019, 82/2020, 152/2020 – ZZUOOP, 203/2020 – ZIUPOPdVE.

prejšnjega odstavka, postane z dnem uveljavitve tega zakona lastnina Republike Slovenije, razen objektov iz 66. člena ZZ (objekti, zgrajeni s samoprispevom). Republika Slovenija lahko pravice ustanovitelja prenese na širšo lokalno skupnost.¹⁰

7. ZAKON O ZADRUGAH (ZZad)¹¹

Za lastninjenje družbenega premoženja zadrug in delovnih organizacij kooperantov, temeljnih organizacij v zadrugah, katerih sklep o izločitvi ni postal veljaven, sestavljenih zadrug in združenih zvez je pomembna določba 74. člena ZZad, ki določa, da z dnem uveljavitve zakona (28. marec 1992) postane to združno premoženje. To pa ne velja za kmetijska zemljišča in gozdove, ki so jih navedene organizacije pridobile na neodplačno. Te nepremičnine namreč postanejo z dnem uveljavitve tega zakona last Republike Slovenije in se prenesejo v Sklad kmetijskih zemljišč in gozdov Republike Slovenije (sklad). Prehod premoženja in družbene lastnine v last zadruga oziroma Republike Slovenije ne posega v pravice prejšnjih lastnikov in njihovih pravnih naslednikov po predpisih o lastninskem preoblikovanju podjetij in denacionalizaciji.

Največ težav, povezanih z lastninjenjem združnega premoženja, povzroča t. i. merilo odplačnosti in z njim povezano dokazno breme. S sodno prakso¹² je bilo pojasnjeno, da so podlaga za določitev odplačnosti navodila o tem, kaj se šteje za dokumentacijo za prenos kmetijskih zemljišč, kmetij in gozdov na sklad oziroma na občine in da se merilo 30-odstotne odplačnosti ugotavlja na podlagi izplačane odškodnine po takratni prometni vrednosti nepremičnin približno enake kulture in kakovosti, ne pa na podlagi ZDen in z njimi povezanih podzakonskih predpisov. Pomembna je tudi odločitev,¹³ da ne gre za odplačnost, če je bila odškodnina dana v obliki nadomestnih zemljišč iz splošnega ljudskega premoženja.

10 VSL je v zadevi I Cp 2250/2018 z dne 27. 3. 2019 navedlo, da je ZZ v prehodnih in končnih določbah (62. člen in nasl.) določil lastninjenje premoženja, ki je bilo družbena lastnina v upravljanju delovnih organizacij, med drugih tudi zdravstvenih, ter je lastninsko pravico podelil ustanovitelju organizacije. ZZdej pa je v prehodnih in končnih določbah (92. člen in nasl.) določil, da premoženje javnih zavodov, ki opravljajo zdravstveno dejavnost, kot lastnina preide na Republiko Slovenijo, ta pa lahko pravice ustanovitelja prenese na širšo lokalno skupnost.

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

12 VSRS je v zadevi II Ips 273/2017 z dne 21. 12. 2017 navedlo, da je v sklepu Up-201/95 Ustavno sodišče že leta 1995 zavrnilo stališče o ugotavljanju višine izplačane odškodnine na način, da se upošteva prometna vrednost v času podržavljenja. Vprašanja odplačnosti ZZad ne ureja podrobneje. Prenos kmetijskih zemljišč, na katerih je lastninsko pravico dobila država, je zakonodajalec uredil z Zakonom o Skladu kmetijskih zemljišč in gozdov Republike Slovenije (ZSKZ). Vežal ga je na podzakonski predpis - Navodilo (sedmi odstavek 16. člena ZSKZ). Ta vsebuje tudi kriterij za razmejitev med odplačnostjo in neodplačnostjo, in sicer je ta pri nepremičninah, za katere je bilo dano nadomestilo, določen pri 30 % njihove takratne vrednosti. Vrhovno sodišče je že v odločbi II Ips 188/2017 z dne 23. 11. 2017 obrazložilo, da primerjava s pravilom iz 44. člena ZDen in podzakonskimi predpisi, sprejetimi na njegovi podlagi, ni ustrezna. Poudarilo je, da se je o tem že izreklo, ne zgolj v zadevi II Ips 250/2012, na katero se v obravnavani zadevi sklicuje drugostopenjsko sodišče, temveč tudi v drugih odločbah (II Ips 245/2014, II Ips 112/2013, II Ips 233/2015, itd.).

13 Tako VSL v zadevi I Cp 1738/2020 z dne 4. 11. 2020.

8. ZAKON O POKOJNINSKEM IN INVALIDSKEM ZAVAROVANJU (ZPIZ)¹⁴

V 248. členu ZPIZ (veljal od 1. aprila 1992) je bilo določeno, da morajo premoženje nosilcev obveznega socialnega zavarovanja delavcev, ki je bilo po 9. maju 1945 brez nadomestila podržavljeno ali neodplačno preneseno na uporabnike izven sistema socialnega zavarovanja po tam navedenih predpisih, pravne osebe, ki razpolagajo s temi sredstvi oziroma s tem premoženjem, do višine vrednosti družbenega kapitala prenesti na zavod kot edinega pravnega naslednika. Za premoženje po prejšnjem odstavku se štejejo premične in nepremične stvari. Premoženje se vrne praviloma v naravi. Če vrnitev v naravi ni mogoča iz razlogov, ki jih določa ZDen, se lahko določi odškodnina z vzpostavitev lastninskega deleža na pravni osebi, v katere premoženje je prešlo premoženje iz prvega odstavka tega člena, razen če se zavezanec in zavod ne sporazumeta drugače.

9. ZAKON O SOCIALNEM VARSTVU (ZSV)¹⁵

Za lastninjenje premoženja socialnovarstvenih zavodov je pomembna določba 120. člena ZSV, ki določa, da 1. januarja 1993 Republika Slovenija prevzame pravice in obveznosti ustanovitelja socialnovarstvenih zavodov, katerih ustanovitelj je bila do uveljavitve tega zakona občina. Premoženje v javni lastnini, ki ga upravljajo zavodi iz prejšnjega odstavka, postane z dnem uveljavitve tega zakona (28. november 1992) lastnina Republike Slovenije.¹⁶

14 Uradni list RS, št. 12/92, 56/92 – odl. US, 43/93 – odl. US, 67/93 – odl. US, 5/94, 7/96, 29/97 – odl. US, 54/98 in 106/99 – ZPIZ-1.

15 Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 23/07 – popr., 41/07 – popr., 61/10 – ZSVarPre, 62/10 – ZUPJS, 57/12, 39/16, 52/16 – ZPPreb-1, 15/17 – DZ, 29/17, 54/17, 21/18 – ZNOrg, 31/18 – ZOA-A, 28/19 in 189/20 – ZFRO.

16 VSRS je v zadevi II lps 22/04 z dne 5. 5. 2005 navedlo, da je sodišče prve stopnje zmotno uporabilo določbe Zakona o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (ZTLR, Uradni list SFRJ, št. 6/80 do 36/90), ker je ta urejal samo lastninsko pravico (1. člen ter 9. do 12. člen ZTLR). Družbena lastnina ni bila lastninskopravna kategorija, ki bi temeljila na prilaščanju na pravno lastninski podlagi, temveč na pravici do dela z družbenimi sredstvi, pravici odločanja o uporabi produkcijskih sredstev in na pravici do pridobivanja dohodka in urejanja medsebojnih delovnih razmerij (A. Finžgar, Družbena lastnina, ŌZ, Uradni list 1979, str. 10 in 11). Sodišče druge stopnje je pri tem pravilno razložilo, da imajo delavci, ki uresničujejo pravico do dela z družbenimi sredstvi, pravico upravljanja, uporabe in razpolaganja z družbenimi sredstvi. Res je po uveljavitvi Ustave Republike Slovenije (URS, Ur. l. RS, št. 33/91 - I. - 69-/04) postopoma prišlo do lastninjenja, saj je zakonodajalec za to sprejel razne zakone, toda ti so temeljili na dejanski pravici do družbene lastnine. Obe sodišči sta to prezrli in sta preveč poudarjali zemljiškoknjižno stanje in prehod lastninske pravice oziroma družbene lastnine na nepremičninah s pravnimi posli, zanemarili pa sta dejstvo, da je bilo že pri lastninski pravici mogoče pridobiti to absolutno pravico tudi na originaren način (na primer s prisostvovanjem), pri družbeni lastnini pa je bilo to še bolj poudarjeno. Zato ni pomembno le vprašanje, kdo je bil vpisan v zemljiški knjigi. Zakon o vknjižbi nepremičnin v družbeni lastnini (Uradni list SRS, št. 43/73) je namreč omogočal vknjižbo nepremičnin v družbeni lastnini v naslednjih primerih: na podlagi pravnomočne odločbe sodišča ali drugega pristojnega organa, s katero se ugotavlja, da je nepremičnina prešla v družbeno lastnino; na podlagi overjene pogodbe, ki vsebuje določilo, da se sme nepremičnina vknjižiti kot družbena lastnina; in na podlagi enostransko overjene izjave, s katero se lastnik nepremičnine odpoveduje lastninski pravici v korist družbene skupnosti. Pri prvi alineji je imel zakonodajalec v mislih združevalna razmerja, zato bo treba najprej ugotoviti, kdo je dejansko upravljal s spornimi nepremičninami. Sodišči prve in druge stopnje nista raziskali in pojasnili, ali je bila sporna nepremičnina poslovna stavba oziroma poslovni prostor in ali je z njo upravljala organizacija združenega dela, družbeno politična skupnost ali druga družbena pravna oseba, ki je imela na poslovni stavbi pravico uporabe in je v njej opravljala svojo dejavnost (1. do 4. člen Zakona o poslovnih stavbah in poslovnih prostorih, Uradni list SRS, št. 18/74 do 34/88 in RS, št. 32/2000) ter kaj se je v njej dogajalo. Čeprav sodišče

10. ZAKON O LASTNINSKEM PREOBLIKOVANJU PODJETIJ (ZLPP)¹⁷

Ta zakon je uredil lastninsko preoblikovanje podjetij z družbenim kapitalom v podjetja z znanimi lastniki. Družbeni kapital, ki je bil podlaga za preoblikovanje podjetij po tem zakonu, se je ugotovil z otvoritveno bilanco po metodologiji, ki jo je predpisala na predlog Agencije Republike Slovenije za prestrukturiranje in privatizacijo (v nadaljnjem besedilu: agencija) Vlada Republike Slovenije (prvi odstavek 4. člena ZLPP). Pred ugotovitvijo družbenega kapitala je moralo podjetje izločiti iz sredstev podjetja kmetijska zemljišča in gozdove, ki postanejo z dnem uveljavitve tega zakona last Republike Slovenije oziroma občin in se v skladu s posebnim zakonom prenesejo v upravljanje sklada oziroma občin, ter vrednost nepremičnin podjetij, ki opravljajo turistično dejavnost, katerih nepremičnine so na območju Triglavskega narodnega parka in se lastninijo v skladu s posebnim zakonom (prvi odstavek 5. člena). Zakon je začel veljati 5. decembra 1992 in se je prenehal uporabljati 1. maja 1998 (ob koncu lastninskega preoblikovanja podjetij).

11. ZAKON O SKLADU KMETIJSKIH ZEMLJIŠČ IN GOZDOV (ZSKZ)¹⁸

Za lastninjenje kmetijskih zemljišč in gozdov je pomembna določba 14. člena ZSKZ, ki določa, da kmetijska zemljišča, kmetije in gozdovi v družbeni lastnini, ki niso postali last Republike Slovenije oziroma občin po ZLPP oziroma ZZad, ter kmetijska zemljišča in gozdovi, ki so jih temeljne organizacije kooperantov dobile v upravljanje in razpolaganje neodplačno, postanejo z dnem uveljavitve tega zakona last Republike Slovenije oziroma občin in se po stanju ob uveljavitvi tega zakona prenesejo na sklad oziroma občino. V sklad oziroma na občino se na način, v rokih in po postopkih, določenih s tem zakonom, prenesejo tudi kmetijska zemljišča, kmetije in gozdovi, ki so postali last Republike Slovenije oziroma občin po drugih predpisih. Naknadno je bilo določeno, da se za kmetijska zemljišča in gozdove po 74. členu ZZad, 5. členu ZLPP in tem členu štejejo tudi nezazidana stavbna zemljišča, ki 11. marca 1993 niso bila določena kot nezazidana stavbna zemljišča v prostorskem izvedbenem aktu po 21. členu Zakona o urejanju naselij in drugih posegov v prostor (ZUreP).¹⁹ Del teh kmetijskih zemljišč in gozdov, ki je na dan uveljavitve tega zakona v upravljanju občin, postane z dnem uveljavitve tega zakona last občine, na območju katere je, druga kmetijska zemljišča in gozdovi pa z dnem uveljavitve tega zakona postanejo last Republike Slovenije. Lastnina občine so po 5. členu ZLPP in prvem odstavku tega člena tudi kmetijska zemljišča, kmetije in gozdovi, ki so na območju občine in so bili 6. aprila 1941 v lasti občine.²⁰

druge stopnje ugotavlja, da je pravica upravljanja oziroma gospodarjenja širša od pravice uporabe, bo treba vendarle pojasniti, ali je bil Dom upokoencev in oskrbovancev B. zavod oziroma kakšen status je imel, kdo je bil njegov ustanovitelj in ali je v sporni nepremičnini opravljal svojo dejavnost, zlasti pa kaj se je dogajalo v spornih nepremičninah in na kakšni pravni podlagi na dan, ko je začel veljati ZSV.

17 Uradni list RS, št. 55/92, 7/93, 31/93, 32/94 – odl. US, 1/96 in 30/98 – ZZLPPO.

18 Uradni list RS, št. 19/10 – uradno prečiščeno besedilo, 56/10 – ORZSKZ16, 14/15 – ZUUJFO in 9/16 – ZGGLRS.

19 Uradni list RS, št. 18/84, 37/85, 29/86 in Uradni list RS, št. 26/90, 18/93, 47/93 in 71/93.

20 VSRS je v zadevi II Ips 211/2017 z dne 18. 4. 2019 navedlo, da so pogoji za ex lege pridobitev lastninske pravice občine: (a) da je šlo za kmetijska zemljišča; (b) da so bila ob uveljavitvi ZSKZ še v družbeni lastnini; (c) da ležijo na območju občine in (d) da so bila 6. aprila 1941 v lasti občine. Toženka na presečni dan 6. 4. 1941 ni bila lastnica spornih nepremičnin. Po ugotovitvah nižjih sodišč

Pomembno je tudi, da družbenega premoženja ni bilo mogoče priposestvovati.²¹

12. ZAKON O GOSPODARSKIH JAVNIH SLUŽBAH (ZGJS)²²

Za lastninjenje javne infrastrukture je pomembna določba 76. člena ZGJS, ki določa, da z dnem uveljavitve tega zakona (2. julij 1993) postanejo lastnina republike,

so bile njihove lastnice na presečni dan različne fizične osebe in Kraljevina Jugoslavija. Njihova lastnica je na podlagi prvega odstavka 14. člena ZSKZ ex lege z dnem uveljavitve tega zakona postala tožnica (država). V času uveljavitve ZLNDL toženka teh nepremičnin ni mogla pridobiti v last, ker je že pred tem njihova lastnica postala tožnica. Zakoni, ki urejajo lastninjenje kmetijskih zemljišč, nimajo posebnih pravil, s katerimi bi za nepremičnine, na katerih so občine pravico uporabe pridobile odplačno, uzakonila drugačen režim lastninjenja. Zakonodajalec je izjemo predvidel za kmetijska zemljišča, ki so jih na odplačen način dobile zadruga - te so z uveljavitvijo ZZad postala last zadruga. Druga izjema velja za temeljne organizacije kooperantov, ki so prav tako postale lastnice nepremičnin, če so pravico uporabe pridobile odplačno. Za občine pa zakonodajalec ni predvidel nobene izjeme, kar pomeni, da so ob upoštevanju prvega in četrtega odstavka 14. člena ZSKZ na državo prešle tudi vse tiste nepremičnine, na katerih so občine pridobile pravico uporabe po 6. 4. 1941. Taka zakonska ureditev je prestala ustavno sodno presojo. Ustavno sodišče je zavrnilo tudi očitek, da zakonska ureditev prekomerno posega v premoženje občin. Utemeljilo je, da je izbrani kriterij za razdelitev nepremičnega premoženja med občine in državo stvarno utemeljen in skladen s ciljem oziroma namenom zakonskih določb ZSKZ.

- 21 VSRS je v zadevi II Ips 15/2019 z dne 11. 4. 2019 navedlo, da priposestvovanje v nobenem primeru, niti ob morebitnem obstoju ostalih predpostavk, ne bi moglo začeti teči prej, kot so sporne nepremičnine prešle iz družbene v zasebno last; nikakor torej pred uveljavitvijo ZSKZ leta 1993, po katerem so se lastninile in je lastninsko pravico na njih na originaren način pridobila država. Vrhovno sodišče je v situacijah, ko se je na podlagi neustreznega zakona o lastninjenju v zemljiško knjigo kot lastnik kmetijskega zemljišča vpisal toženec, in se je v pravdi, ki jo je sprožil tožnik, ki je na podlagi ustreznega zakona o lastninjenju pridobil lastninsko pravico, branil, da je nepremičnino do vložitve tožbe priposestvoval, v več zadevah glede možnosti priposestvovanja že zavzelo odklonilno stališče. Utemeljilo ga je z več v nadaljevanju povzetimi razlogi: (a) možnost pridobitve kmetijskih zemljišč, ki so bila predmet lastninjenja, tudi s priposestvovanjem, bi posamezniku omogočila, da pridobi lastninsko pravico na teh zemljiščih tudi v primeru, če bi bil v dobri veri, da so izpolnjeni pogoji za pridobitev lastninske pravice na podlagi enega od zakonov o lastninjenju nepremičnin v družbeni lastnini. To bi dejansko pomenilo zaobid zakonsko določenih pogojev za pridobitev lastninske pravice na teh zemljiščih. Da bi lahko posameznik pridobil lastninsko pravico na teh zemljiščih na podlagi zakonodaje o lastninjenju nepremičnin v družbeni lastnini, morajo biti ti pogoji objektivno izpolnjeni. Ne zadostuje torej, da je posameznik v dobri veri, da so zakonsko določeni pogoji izpolnjeni; (b) ko se posameznik uspe vpisati v zemljiško knjigo kot lastnik na podlagi enega od zakonov o lastninjenju družbene lastnine, priposestvovanje ni mogoče tudi iz razloga, ker je dobra vera v taki situaciji po vsebini le pravna zmeta, ki pa ne more imeti pravnih posledic; (c) pri utemeljevanju dobre vere se ni mogoče sklicevati na nepoznavanje prava, kar velja tako za pridobitelja, ki se je v zemljiško knjigo vpisal na podlagi pravnega posla, kot za pridobitelja, ki se je vpisal na podlagi zakona; (d) dopustitev priposestvovanja v primerih konkurence dveh pridobitev lastninske pravice na podlagi zakona o lastninjenju bi bila tudi v nasprotju z namenom instituta priposestvovanja na nepremičninskem področju, ki je predvsem v odpravi pomanjkljivosti, ki nastanejo pri pravnoposlovnih prenosih lastninske pravice na nepremičninah, medtem ko bi v primerih, kot je obravnavani, s priposestvovanjem dejansko naknadno „legalizirali“ nezakone vpise lastninskih pravic, ki so nastali v procesu lastninjenja nepremičnin; (e) pogosto subjekti, ki so z uveljavitvijo zakonodaje o lastninjenju družbene lastnine postali lastniki nepremičnin, niso bili hkrati tudi posestniki teh nepremičnin. Zaradi neurejenih zemljiškoknjižnih evidenc so lahko pravi lastniki običajno šele z zamikom ugotovili (na primer ob vzpostavitvi ustreznih evidenc), katere nepremičnine so postale njihova last. Če bi dopustili priposestvovanje teh nepremičnin, bi lahko posamezniki, ki so imeli te nepremičnine ves čas v posesti in so bili v mnogih primerih v zemljiški knjigi tudi (sicer nepravilno) vpisani kot lastniki, te nepremičnine priposestvovali. Pravi lastniki bi tako v določenih primerih ugotovili, katere nepremičnine so na podlagi zakona postale njihova last, šele, ko bi te nepremičnine tretji že priposestvovali. Lastninjenje nepremičnin bi bilo v teh primerih dejansko izvedeno na podlagi priposestvovanja.

- 22 Uradni list RS, št. 32/93, 30/98 – ZZLPP, 127/06 – ZJZP, 38/10 – ZUKN in 57/11 – ORZGJS40.

občine oziroma mesta Ljubljana infrastrukturni objekti,²³ naprave oziroma omrežja ter mobilna in druga sredstva, ki so v skladu s predpisi namenjena izvajanju dejavnosti oziroma zadev iz 68. člena in prvega odstavka 72. člena tega zakona, vključno s sredstvi, ki so bila: (a) financirana iz sredstev prispevkov ali povračil, sredstev samoprispevka ali sredstev, ki so se obvezno združevala na podlagi zakona, samoupravnega sporazuma ali drugega samoupravnega splošnega akta (sredstva solidarnosti in vzajemnosti), ali (b) neodplačno prenesena v podjetja oziroma organizacije za izvajanje dejavnosti iz 68. člena in prvega odstavka 72. člena tega zakona. Za vpis lastninske pravice v zemljiško knjigo je potrebna pisna izjava novega lastnika o pridobitvi lastninske pravice po tem zakonu (tretji odstavek 76. člena ZGJS).²⁴

13. ZAKON O VARSTVU OKOLJA (ZVO)²⁵

Za lastninjenje je pomembna določba 111. člena ZVO, ki določa, da voda, mineralne surovine, prostoživeče divje živali, ribe in druge prostoživeče oziroma prstorastoče vodne živali in rastline v odprtih vodah in ribolovnem morju preidejo v last države z dnem uveljavitve tega zakona (2. julij 1993) in se izkažejo v bilancah, ki jih izdelajo pristojna ministrstva v sodelovanju z ministrstvom, pristojnim za finance, v enem letu po uveljavitvi tega zakona.

23 VSL je v zadevi II Cp 1029/2018 z dne 2. 8. 2018 navedlo, da je VSRS v sklepu II Ips 38/2016 obrazložilo: „Iz predloga ZGJS pa je jasno razvidno, da spadajo javne poti med infrastrukturo, ki je predmet lastninjenja po tem zakonu. Med v predlogu naštetu infrastrukturo na področjih gospodarskih javnih služb spada namreč tudi sekundarno, primarno in magistralno omrežje objektov in naprav v smislu 2. odstavka 35. člena Zakona o stavbnih zemljiščih (ZSZ). Predlog se izrecno sklicuje na Navodilo o tem, kaj se šteje za sekundarno, primarno in magistralno omrežje komunalnih in drugih naprav. Ta pa v takšno omrežje uvršča vse javne poti...“ Vrhovno sodišče v zgoraj citirani odločbi tudi ocenjuje, da beseda „vključno“, ki jo vsebuje 1. odstavek 76. člena ZGJS, jasno nakaže, da se po tem členu ne lastnini zgolj infrastruktura, pri kateri je izpolnjen eden izmed taksativno določenih pogojev v alinejah. Ni torej bistveno, kdo je bil ob uveljavitvi ZGJS (še manj ob uveljavitvi ZLNDL) vpisan kot imetnik pravice uporabe, niti da je bila K. ulica kasneje kategorizirana kot javna cesta, pa tudi ne, ali je bila cesta „razvrščena kot cesta in izročena v promet“. Bistveno je, ali je bila ob uveljavitvi ZGJS cesta in ali se je po tedaj veljavnih predpisih štela za javno površino.

24 VSL je v zadevi I Cp 1166/2010 z dne 20. 10. 2010, navedlo, da je napačno razumevanje sodišča prve stopnje, da je treba za pridobitev lastninske pravice po tem členu doseči vpis v zemljiško knjigo. Gre za pridobitev lastninske pravice na podlagi zakona, to je z izpolnitvijo v zakonu določenih pogojev oz. v tem primeru z njegovo uveljavitvijo. Tožeča stranka bi sicer ob uveljavitvi ZGJS morda lahko vpis v zemljiško knjigo dosegla, če bi priložila pisno izjavo o pridobitvi lastninske pravice. Nikakor pa določb zakona ni mogoče razumeti na način, da če tega ni storila (še manj v enoletnem roku iz 79. člena ZGJS, ki določa le uskladitev ureditve gospodarskih javnih služb z določbami zakona), na infrastrukturi nima (več) lastninske pravice. Vpis v zemljiško knjigo je v primeru pridobitve lastninske pravice na podlagi zakona le deklaratorne narave, pravico le objavlja, ne pa je ustvarja (konstituira). Za presojo lastništva spornih nepremičnin je odločilno le, ali so infrastruktura, namenjena izvajanju gospodarskih javnih služb, ali ne in če so, s čigavimi sredstvi so bila financirana. Če je del sredstev prispevala prva tožena stranka (oz. njen zatrjevani pravni prednik), bi sicer to lahko bil izključujoč razlog po 4. odstavku tega člena. Če jih je dobila povrnjene s kupnino za prodana stanovanja in poslovne prostore, ali prispevek predstavlja plačilo česa drugega, to ni (so)financiranje po 4. odstavku omenjenega člena, ki bi lastninsko pravico tožeče stranke izključevalo. Tovrstno sofinanciranje tudi ne gre opredeliti kot sredstva solidarnosti ali vzajemnosti oz. sredstva iz sistema za financiranje dejavnosti posebnega družbenega pomena, kjer bi se razmerja urejala s pogodbo po 5. odstavku omenjenega člena.

25 Uradni list RS, št. 32/1993, 44/1995 - odl. US, 1/1996, 9/1999 - odl. US, 56/1999 - ZON, 22/2000 - ZJS, 67/2002 - ZV-1, 10/2004 - odl. US, 41/2004 - ZVO-1.

14. ZAKON O GASILSTVU (ZGas)²⁶

Za lastninjenje je pomembna določba 48. člena ZGas, ki določa, da prostovoljna gasilska društva in njihove zveze z dnem uveljavitve tega zakona (14. januar 1994) pridobijo lastninsko pravico na premičnem in nepremičnem premoženju, ki je namenjeno gasilstvu in ga upravljajo ob uveljavitvi tega zakona.²⁷

15. ZAKON O PONOVI VZPOSTAVITVI AGRARNIH SKUPNOSTI TER VRNITVI NJIHOVEGA PREMOŽENJA IN PRAVIC (ZPVAS)²⁸

Za lastninjenje premoženja agrarnih skupnosti so pomembne določbe od 8. do 12. člena ZPVAS (začetek veljavnosti 19. februar 1994). Članom agrarnih skupnosti, organiziranih po tem zakonu, se na njihovo zahtevo vrnejo premoženjske pravice, ki so bile njim oziroma njihovim pravnim prednikom odvzete po predpisih iz 1. člena tega zakona; na območjih, ki so bila po prvi svetovni vojni pod Kraljevino oziroma Republiko Italijo, in so bila po drugi svetovni vojni priključena Republiki Sloveniji, pa tudi z drugimi akti oziroma predpisi (prvi odstavek 8. člena).²⁹

16. ZAKON O SODIŠČIH (ZS)³⁰

Za lastninjenje je pomembna določba 128. člena ZS, ki določa, da poslovni prostori, ki so na dan uveljavitve tega zakona (28. april 1994) v uporabi temeljnih sodišč,

26 Uradni list RS, št. 113/05 – uradno prečiščeno besedilo, 23/19 in 189/20 – ZFRO.

27 VSRS je v zadevi II Ips 626/2001 z dne 19. 9. 2002 navedlo, da sta predpostavki za lastninjenje gasilstvu namenjenega premoženja: da je premoženje namenjeno (za opravljanje nalog) gasilstva in da s takim premoženjem subjekt gasilstva upravlja ob uveljavitvi ZGas. Ker sta sodišči nižjih stopenj ugotovili, da ti predpostavki nista bili podani, ker je tožnik opustil uporabo prostorov v gasilske name-ne (zaradi česar je v skladu z določilom drugega odstavka 3. člena Sklepa izvršnega sveta Občine P. z dne 29.01.1985 spet prešlo na Občino P.) in da s premoženjem na dan uveljavitve zakona tožnik ni upravljal, je bil materialnopravno pravilen zaključek, da tožnik na podlagi prvega odstavka 48. člena ZGas ni postal lastnik spornega premoženja. Po presoji Vrhovnega sodišča vprašanje lastninjenja obravnavanega premoženja ni odvisno od vprašanja ali je tožnik imel pravico uporabe.

28 Uradni list RS, št. 5/94, 38/94, 69/95, 22/97, 56/99, 72/00, 87/11, 14/15 – ZUJJO in 74/15 – ZAgrS.

29 VSL je v zadevi II Cp 186/2020 17. 7. 2020 navedlo, da je odločba o vračilu premoženja po določbah ZPVAS oblikovalna (konstitutivna) odločba, ki neposredno ustvarja pravne učinke. Ta odločba postane materialno pravnomočna. Z njeno pravnomočnostjo (oziroma s pretekom roka, ki je v njej določen) v odločbi določen upravičenec postane lastnik vrnjenega premoženja. Gre za izvirno pridobitev lastninske pravice, ki je poseben primer pridobitve lastninske pravice z odločbo državnega organa (42. člen SPZ). Pravna razmerja, urejena s pravnomočno odločbo državnega organa, pa je mogoče odpraviti, razveljaviti ali spremeniti le v primerih in po postopku, določenih z zakonom (158. člen Ustave). V primeru izpodbijane odločbe, ki je izdana v upravnem postopku, je to mogoče le s pravnimi sredstvi v upravnem postopku in upravnem sporu. Odločitev o upravičencih do vrnitve po-državljenega premoženja iz agrarne skupnosti je v pristojnosti upravne enote. Zapuščinsko sodišče v to odločitev ne more posegati, temveč le izpelje zapuščinski postopek po posameznem upravičencu in ugotovi njegove dediče. Na podlagi določila 13. člena ZPP (v zvezi s 163. členom ZD) je civilno (zapuščinsko) sodišče, če je matični organ o predhodnem vprašanju odločil z dokončno in pravnomočno odločbo, na tako odločitev vezano. To je posledica pravnomočnosti sodnih in drugih (upravnih) odločb. To načelo vezanosti na pravnomočne akte velja tudi za razmerje med civilnim pravnim (zapuščinskim) postopkom in upravnim postopkom. Civilno sodišče je tako na dokončno in pravnomočno odločbo upravnega organa, s katero je v okviru svojih pristojnosti odločil o pravici ali pravnem razmerju kot o glavni stvari, vezano, vse dokler odločba ni odpravljena, spremenjena ali razveljavljena.

30 Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08, 96/09, 86/10 – ZJNepS, 33/11, 75/12 – ZSPDLS-A, 63/13, 17/15, 23/17 – ZSSve, 22/18 – ZSICT, 16/19 – ZNP-1, 104/20 in 203/20 – ZIUPOPDVE.

postanejo last Republike Slovenije. Poslovne prostore iz prejšnjega odstavka prevzamejo v uporabo okrožna oziroma okrajna sodišča, ustanovljena s tem zakonom, v skladu z navodili, ki jih izda minister, pristojen za pravosodje.³¹

17. ZAKON O OBRAMBI (ZObr)³²

Za lastninjenje vojaškega premoženja je poleg 9. člena Ustavnega zakona za izvedbo temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (UZITUL),³³ na podlagi katerega je Republika Slovenija postopoma prevzela v

31 VSRS je v zadevi II Ips 128/2018 z dne 9. 5. 2019 navedlo, da je praksa višjih sodišč glede pravnega vprašanja lastninjenja poslovnih prostorov v sodnih stavbah, ki jih niso uporabljala temeljna sodišča, izrazito skromna in neenotna; del jo zastopa široko stališče, da je 128. člen ZS podlaga tudi za lastninjenje poslovnih prostorov drugih pravosodnih organov v širšem smislu (ne le sodišč - očitno vseh vrst in stopenj) in funkcionalnih zemljišč (na primer II Cp 1443/2008), del pa temu delno nasprotno oziroma ožje stališče, namreč da 128. člen ZS ne daje podlage za uveljavljanje lastninske pravice na poslovnih prostorih, ki jih uporabljajo drugi organi, ki izvajajo pravosodno funkcijo ter da določbe ZS veljajo le za poslovne prostore nekdanjega temeljnega sodišča, ne pa tudi za druge pravosodne organe (na primer II Cp 3034/2014). ZS v 128. členu ali v kateri drugi določbi lastninjenja poslovnih prostorov, ki so bili ob njegovi uveljavitvi v družbeni lastnini in v uporabi drugih sodišč in drugih pravosodnih organov v ožjem ali širšem smislu, ni omenil. Zato je treba presoditi, ali to pomeni, (i) da je lastninjenje le-teh urejeno z drugim zakonom, ali (ii) da razlaga 128. člena ZS dopušča zaključek, da se, čeprav v njej niso omenjeni, tudi ti poslovni prostori lastninijo po navedeni določbi, ali (iii) da glede teh poslovnih prostorov obstoji pravna praznina. ZLNDL je omogočil subsidiarno možnost lastninjenja zemljišč in stavb v družbeni lastnini, ki niso bile predmet lastninjenja po drugih že sprejetih ali napovedanih zakonih. Ali je v razmerju do teh zakonov (po katerih so se lastninile posamične točno določene kategorije družbenih nepremičnin), tudi v razmerju do (od sebe starejšega) ZS, vsebinsko splošnejši predpis ali so vsi ti zakoni (vključno z ZLNDL) specialni, ni bistveno. Ključno je, da kot zakon, ki zaključuje lastninjenje nepremičnin v družbeni lastnini, ureja tudi lastninjenje poslovnih prostorov tistih pravosodnih organov, ki se niso olastnili z ZS. Vrhovno sodišče torej ob ponovnem obravnavanju zadeve (drugače kot ob predhodnem) zaključuje, da glede lastninjenja teh prostorov ne gre za pravno praznino. Predpostavka za lastninjenje po ZLNDL je bila pravica uporabe nepremičnine v družbeni lastnini na dan uveljavitve navedenega zakona. Ta v prvem odstavku 4. člena določa, da nepremičnine, na katerih ima pravico uporabe Republika Slovenija, postanejo lastnina Republike Slovenije, v prvem odstavku 5. člena pa, da nepremičnine, na katerih ima pravico uporabe občina ali mesto, postanejo lastnina preoblikovane občine ali mesta. V konkretnem primeru je bila kot imetnica pravice uporabe spornega deleža vpisana tožena občina, zato je bila po uradni dolžnosti v njeno korist vpisana lastninska pravica (tretji odstavek 5. člena ZLNDL), enako kot pri ostalem deležu v korist države (tretji odstavek 4. člena ZLNDL). Vendar pa vpis pravice uporabe za pridobitev lastninske pravice po ZLNDL ni odločilnega pomena. Po ustaljeni in obsežni sodni praksi Vrhovnega sodišča se je pravica uporabe v sistemu družbene lastnine lahko prenašala zunajknjižno in vpis v zemljiško knjigo ni bil konstitutiven pogoj za pridobitev pravice uporabe. Pravica uporabe je bila samostojna pravica na stvari v družbeni lastnini. Povedano drugače: pravico uporabe in s tem upravičenje do lastninjenja je lahko imel tudi subjekt, čigar pravica uporabe ni bila vpisana v zemljiško knjigo. Zato bi država lahko postala lastnica spornega deleža sodne stavbe, če bi imela ob uveljavitvi ZLNDL dejansko, zunajknjižno pravico uporabe tega deleža - če bi jo soinvestitorica (A.) prenesla nanjo. A takih dejanskih ugotovitev ni in česa takega tožeča stranka ni niti trdila. Nižji sodišči sta ugotovili, da so bila na Temeljno sodišče v A. prenesena le opravila upravljanja in ne pravica upravljanja kot specifična premoženjska pravica na družbeni lastnini; zato ni bilo pomembno, da uporabniki sodne stavbe niso bili (družbene) pravne osebe, zaradi česar niso bili sposobni biti nosilci pravic na sredstvih v družbeni lastnini in jih tudi prenašati niso mogli samostojno. Tožeča stranka revizijsko tezo, da je po prvem odstavku 128. člena ZS postala lastnica sodne stavbe v celoti, zmotno utemeljuje z odločbo Ustavnega sodišča U-I-179/94, češ da naj bi iz nje izhajala »odločitev države, da se z zakonom razporedi del družbene lastnine tako, da nepremičnine v uporabi dosedanjih sodišč prenese v last države.« Ustavno sodišče je v navedeni odločbi presodilo, da ni neskladna z Ustavo določba 128. člena ZS, da poslovni prostori v družbeni lastnini in v uporabi temeljnih sodišč postanejo last Republike Slovenije. Navedena odločba pa ne sporoča, da bi bil 128. člen SZ podlaga za podražavljenje, ki bi poseglo v stvarnopravna upravičenja, ki so jih imeli v trenutku uveljavitve zakona drugi pravni subjekti.

32 Uradni list RS, št. 103/04 – uradno prečiščeno besedilo, 95/15 in 139/20.

33 Uradni list RS/I, št. 1/1991, Uradni list RS, št. 45/1994.

upravljanje vse premično in nepremično premoženje, ki so ga na ozemlju Republike Slovenije do uveljavitve tega zakona upravljali zvezni organi, poveljstva, enote in zavodi Jugoslovanske ljudske armade, pomembna določba 113. člena ZObr, ki določa, da premoženje, ki ga upravlja ministrstvo, z dnem uveljavitve tega zakona (14. januar 1995) postane državna lastnina.

18. ZAKON O DRUŠTVIH (ZDru)³⁴

Navedeni zakon, ki je začel veljati 4. novembra 1995, je v 37. členu določal, da se družbena lastnina, s katero razpolagajo društva na dan uveljavitve tega zakona, lastninsko preoblikuje v skladu s posebnimi zakoni. Do uveljavitve posebnih zakonov iz prejšnjega odstavka društva kot dober gospodar upravljajo družbeno lastnino in gospodarijo z družbeno lastnino, s katero razpolagajo. Lastninska razmerja in druga pravna upravičenja društev na tej lastnini se do sprejetja teh zakonov ne morejo spreminjati.

Po pregledu zakonodaje in sodne prakse ugotavljam, da ni bil sprejet poseben zakon glede lastninjenja družbenega premoženja ribiških družin. Ribiška družina je bila namreč na podlagi 37. člena Zakona o sladkovodnem ribištvu (ZSlar)³⁵ samoupravna organizacija občanov, ki se prostovoljno združujejo zaradi varstva in gojitve rib, ribolova in upravljanja ribiških okolišev, zaradi varovanja voda kot dela naravnega človekovega okolja ter športno-rekreativne dejavnosti. Ribiška družina s svojim delovanjem opravlja tudi naloge s področja splošne ljudske obrambe in družbene samozaščite, zlasti s krepitvijo varnostne kulture pri svojih članih. Za poslovanje ribiških družin in organizacij združenega dela, katerih poslovni predmet je bilo ribištvo, so se uporabljali splošni predpisi o društvi in organizacijah združenega dela, če zakon ni določal drugače (36. člen ZSlar).³⁶

³⁴ Uradni list RS, št. 60/1995, 49/1998 - odl. US, 89/1999, 80/2004 - ZUARLPP, 61/2006 - ZDru-1.

³⁵ Uradni list SRS, št. 25/1976, 21/1978, 42/1986, Uradni list SFRJ, št. 83/1989, Uradni list SRS, št. 5/1990, Uradni list RS - stari, št. 10/1991, Uradni list RS/I, št. 17/1991 - ZUDE, Uradni list RS, št. 13/1993, 66/1993, 29/1995 - ZPDF, 89/1999 - ZDru-A, 110/2002 - ZGO-1, 61/2006 - ZSRib.

³⁶ VSRS je v zadevi II Ips 818/2009 z dne 18. 3. 2010 navedlo, da se je Zakon o sladkovodnem ribištvu (Uradni list LRS, št. 22/58) v 9. členu, skliceval na Zakon o društvi, zborovanjih in drugih javnih shodih (Uradni list FLRJ, št. 51/46 in 29/47). Ta zakon je izrecno določal, da smejo imeti društva lastnino in razpolagati med drugim tudi z nepremičninami, potrebnimi za doseg svojega namena (12. člen). Prav tako je Zakon o prometu z zemljišči in stavbami iz leta 1954 (Uradni list FLRJ, št. 26/54), poleg tistega iz leta 1976 določal, da lahko družbene organizacije in društva pridobivajo in odtuji vse zemljišča in stavbe (drugi odstavek 5. člena). Društva so torej ves čas (bila) subjekt lastninske pravice, seveda v mejah in pod pogoji, ki jih predpisuje zakon. Ribiške (enako kot lovške) družine so v prejšnjem družbenoekonomskem sistemu imele nekoliko drugačen položaj kot druga društva, katerih osnovni namen je bil uresničevanje interesov članov društva. Kot družbene organizacije so lahko pridobivale sredstva oziroma določene pravice na sredstvih ter ta sredstva kot družbena uporabljale za uresničevanje svojih ciljev in razpolagale z njimi v skladu s svojim statutom in zakonom (60. člen Ustave SFRJ iz leta 1974 in 75. člen Ustave SRS iz leta 1974). Tako so ribiške družine med drugim upravljale ribiške okoliše, se ukvarjale z gojitvijo, varstvom in lovljenjem rib (ki so bile po zakonu družbena lastnina in so kot dobrina splošnega pomena uživale z zakonom določeno varstvo - 3. člen ZSlar) in zagotavljale pogoje za varstvo in gojitev in pospeševanje ribištva (6., 19. in 20. člen ZSlar). Ribiške družine so torej uresničevale širše družbene interese z gospodarjenjem z družbenimi sredstvi, na katerih so na podlagi zakona pridobivale tudi pravico uporabe in upravljanja kot vrsto upravičenj na družbeni lastnini. Vendar pa ribiškim družinam ta z zakonom podeljena pravica uporabe in upravljanja družbenih sredstev ni izključevala možnosti, da pridobivajo določena sredstva tudi v (zasebno) last. Ribiške družine so kot društvo še vedno imele tudi značilnosti civilnih pravnih oseb in v tem obsegu so lahko imele tudi lastninsko pravico na stvareh. Lastninsko pravico so lahko imela in jo pridobivala v mejah in pogojih, ki jih je določal zakon (1. člen ZTLR), torej tudi na

Podoben položaj so imele tudi lovske družine. Zakon o varstvu, gojitvi in lovu divjadi (ZVGLD)³⁷ je v 57. členu določal, da je lovska družina samoupravna organizacija občanov, ki se prostovoljno združuje zaradi varstva, gojitve in lova divjadi, upravljanja lovišč in zaradi drugih, z lovstvom povezanih rekreativnih dejavnosti. Za poslovanje in združevanje lovske družine se uporabljajo predpisi o društvih, če ta zakon ne določa drugače. Lovske družine in njihove zveze so družbene organizacije in lahko pridobivajo sredstva oziroma določene pravice na sredstvih ter ta sredstva kot družbena uporabljajo za uresničevanje svojih ciljev in razpolagajo z njimi v skladu z zakonom in svojim statutom. Ustavno sodišče Republike Slovenije je v zadevi U-I-78/93 z dne 18. 10. 1995 navedlo, da lovska družina na kmetijskih zemljiščih v družbeni lastnini ni imela lastninske pravice. ZSKZ je ta zemljišča poddržal ne glede na to, s katerimi sredstvi (iz kakšnih virov) so bila kupljena oziroma kako so bila pridobljena. Zakonodajalec pa bo moral v ustreznem zakonu (na primer v zakonu o lovstvu ali v zakonu o društvih) urediti lastninjenje drugega premoženja in nepremičnega premoženja lovske družine. Gre za lastninjenje družbenih sredstev, ki so jih lovske družine uporabljale za uresničevanje svojih ciljev, ne pa tudi za spremembo lastnika premoženja oziroma sredstev lovske družine, ki so bila že po dosedanjih predpisih njihova last.³⁸

originaren način (priposestevanje). Tožeča stranka je torej v obdobju od leta 1972 lahko bila subjekt lastninske pravice na zemljiščih. Lastninjenje se namreč tiče le družbenih sredstev, medtem ko se status premoženja in sredstev, ki so bila že doslej last ribiških družin, v ničemer ne spreminja. Res je tožeča stranka sprva pridobila posest na podlagi dogovora o brezplačni rabi za določeno obdobje. Toda izkazalo se je, da zaradi napačne vknjižbe družbene lastnine dogovor ni bil sklenjen z lastnikom nepremičnine. Ta dogovor torej ni mogel biti podlaga zakoniti in dobroverni posesti tožeče stranke, pač pa (še) kasneje dosežen dogovor s pravim lastnikom, to pa je kupoprodajna pogodba, ki jo je tožeča stranka sklenila s pravnima prednikoma sedanjih tožencev. Posest, ki temelji na veljavnem pravnem naslovu - in kupoprodajna je glede na ugotovitve, da je bila sklenjena z obema solastnikoma in v pretežnem delu realizirana, veljavna - je zakonita (pravno pravilo 316 paragrafa ODZ in prvi odstavek 72. člena ZTLR), saj ni bilo ugotovljeno, da bi bila pridobljena s silo, zvijsko ali z zlorabo zaupanja. Posest je dobroverna, če posestnik ne ve ali ne more vedeti, da stvar, ki jo ima v posesti, ni njegova. Tožeča stranka je resda poznala zemljiškoknjižno stanje in lastninska razmerja, kot to zatrjuje toženca, vendar pa to ne kaže na njeno nedobrovernost. Tožeča stranka je namreč vedela tudi, da zaradi pomotnega vpisa zemljiškoknjižno stanje ne ustreza dejanskemu, pravni posel pa je sklenila z dejanskim lastnikom in od tedaj z njegovim vedenjem in soglasjem imela nepremičnino v posesti. Vse to pa potrjuje pravilnost materialnopravnih zaključkov sodišč prve in druge stopnje o zakoniti in dobroverni posesti in pridobitvi lastninske pravice s priposestevanjem.

37 Uradni list SRS, št. 25/1976, 29/1986, Uradni list SFRJ, št. 83/1989, Uradni list SRS, št. 5/1990, Uradni list RS - stari, št. 10/1991, Uradni list RS/I, št. 17/1991 - ZUDE, Uradni list RS, št. 55/1992 - ZVDK, 13/1993, 66/1993 - ZVDK-A, 29/1995 - ZPDF, 89/1999 - ZDru-A, 31/2000 - ZP-L, 16/2004 - ZDLov-1.

38 VSM je v zadevi I Cp 289/2020 z dne 9. 6. 2020 navedlo, da je seznanjeno tako z odločbo Ustavnega sodišča RS, št. U-I-78/93 z dne 18.10.1995, kot z ustaljeno sodno prakso glede razlage določila prvega odstavka 14. člena ZSKZ v zvezi s kmetijskimi zemljišči in gozdovi lovske družine (VSRS sodba II Ips 194/2013 z dne 15. 12. 2014, VSRS sodba II Ips 217/2014 z dne 11. 12. 2014, VSRS sodba II Ips 265/2014 z dne 18. 12. 2014, VSRS sodba II Ips 270/2014 z dne 11.12.2014 in druge), vendar meni, da dosledna uresničitev pravice do zasebne lastnine (33. člen Ustave) ob uporabi načela vestnosti in poštenja zahteva v obravnavani zadevi drugačen razlagalni pristop. Lovske družine so imele v prejšnji družbeni ureditvi tako položaj društva (civilne pravne osebe) kot položaj družbene organizacije, ki je izvajala varstvo, gojitev in lov divjadi, upravljanje lovišč in druge, z lovstvom povezane rekreativne dejavnosti. Kot društvo je toženca lahko bila nosilka lastninske pravice na zemljišču, namenjenem za zadovoljevanje skupnih interesov njenih članov in za doseganje ciljev, zaradi katerih je bila ustanovljena (1. in 11. člen ZTLR), kot (družbena) lovska organizacija, ki upravlja lovišče, pa je lahko za izvajanje svoje dejavnosti kupila kmetijsko zemljišče po predpisih, po katerih so kupovale taka zemljišča kmetijske organizacije (29. člen Zakona o varstvu, gojitvi in lovu divjadi ter o upravljanju lovišč), le-te pa so lahko imele na zemljišču le družbeno lastnino (prvi odstavek 30. člena Ustave SRS). Tudi iz odločbe Ustavnega sodišča U-I-78/93 izhaja, da je lovska družina kljub svoji družbenopravni naravi lahko imela kot društvo tudi lastninsko pravico na nepremičninah,

19. ZAKON O LASTNINSKEM PREOBLIKOVANJU PODJETIJ (Z DRUŽBENIM KAPITALOM), KI OPRAVLJAJO TURISTIČNO DEJAVNOST IN KATERIH NEPREMIČNINE SE NAHAJAJO NA OBMOČJU TRIGLAVSKEGA NARODNEGA PARKA (ZLPPTTR)³⁹

Za lastninjenje je pomembna določba 19. člena ZLPPTTR, ki določa, da podjetje, katerega nepremičnine, ki so na območju Triglavskega narodnega parka in so v naravi zemljišče ali objekt, ki ni funkcionalna delovna celota, razen kmetijskih zemljišč in gozdov, v 90 dneh po uveljavitvi tega zakona (torej od 25. maja 1996) izloči navedene nepremičnine v breme družbenega kapitala in jih s pogodbo brezplačno prenese na Sklad za spodbujanje razvoja Triglavskega narodnega parka (sklad). V 29. členu ZLPPTTR je določeno, da na nepremičninah na območju Triglavskega narodnega parka (TNP), ki se po tem zakonu prenesejo na sklad, in na nepremičninah, ki so na območju TNP in so last državljanov Republike Slovenije ali domačih pravnih oseb, ne more pridobiti lastninske pravice nobena tuja pravna ali fizična oseba ter domača pravna oseba, ki je posredno ali neposredno v lasti tuje pravne ali fizične osebe. V 30. členu ZLPPTTR pa je določeno, da se opuščeni objekti in funkcionalna zemljišča na območju TNP, ki so v lasti Republike Slovenije, prenesejo na sklad v 90 dneh po vpisu sklada v sodni register z vzpostavitvijo lastninske pravice v korist sklada.

20. ZAKON O LASTNINJENJU NEPREMIČNIN V DRUŽBENI LASTNINI (ZLNDL)⁴⁰

Zakon je začel veljati 25. julija 1997 in ureja lastninjenje zemljišč in stavb v družbeni lastnini (nepremičnine), ki niso predmet lastninjenja po drugih zakonih. Pogoji za spremembo v lastninsko pravico je, da ima subjekt (fizična in pravna oseba, Republika Slovenija ali občina) na nepremičnini pravico uporabe (2. do 5. člen ZLNDL).⁴¹

pri čemer prvi odstavek 14. člena ZSKZ ureja lastninjenje družbenih sredstev, ki so jih lovske družine uporabljale za uresničevanje svojih ciljev, ne pa tudi spremembe lastnika premoženja oziroma sredstev lovskih družin, ki so bila njihova last. Ker je toženka pridobila nepremičnine na pogodbeni podlagi na odplačen način, od zemljiškoknjižnih lastnikov, s sredstvi članov, pri tem pa se je kot lastnica oziroma solastnica tudi vpisala v zemljiško knjigo, ne gre zaključiti, da je bil nakup izveden z izključnim namenom opravljanja nalog družbenega pomena oziroma za izvajanje svoje družbene dejavnosti. Vsebinska razmerja glede premoženja toženke, ki je bilo pridobljeno na opisan način, tako ne ustreza družbeni lastnini v smislu nelastninskega (nepremoženjskega) razmerja, ampak je ostala enaka zasebnim lastninskopravnim upravičenjem njenih pravnih prednikov. Glede posebnega statusa kmetijskih zemljišč (dobrina splošnega pomena pod posebnim varstvom) pa je dodati, da Zakon o društvih in sedaj tudi Zakon o divjadi in lovstvu-1 lovske organizacije zavezuje k smotrni uporabi kmetijskih zemljišč, zato bi bilo lastninjenje spornih nepremičnin nesorazmeren ukrep. Tak prehod zasebne lastnine v državno bi dejansko pomenil neupravičeno razlastitev. Zoper odločbo je bila dopuščena revizija, o kateri še ni bilo odločeno.

39 Uradni list RS, št. 24/1996, 22/2000 - ZJS, 77/2008 - ZJS-1.

40 Uradni list RS, št. 44/1997, 59/2001, 110/2002 - ZGO-1.

41 VSL je v zadevi I Cp 1819/2019 z dne 8. 1. 2020 navedlo, da je zaključek o prenosu pravice uporabe (na zemljišču, na katerem so bile le-te zgrajene) na investitorje garaž (upoštevaje neprerekanе tožnične trditve) na podlagi odločbe Občinskega odbora L. iz leta 1960 pravilen. V tem okviru je sodišče hkrati upravičeno izpostavilo okoliščino, da je bil izdajatelj upravnega akta (odločbe iz leta 1960) organ občine, torej organ subjekta, ki je s pravico uporabe lahko razpolagal. Prav tako ni moč slediti stališču toženke, da je veljaven prenos pravice uporabe mogoč le na podlagi pisne pogodbe o njenem prenosu oziroma posebne odločbe (o dodelitvi pravice uporabe) in da, ker v konkretnem primeru takšna listina ne obstoji, investitorji garaž pravice do uporabe niso pridobili. V sodni praksi je namreč zavzeto stališče, da je kljub neobstoju takšnih listin, pravico uporabe pridobila oseba, ki je

Samo imetništvo dejanske pravice uporabe ne zadostuje.⁴² Sodna praksa je že zavzela stališče, da je kljub neobstoju pisne pogodbe o prenosu pravice uporabe na stavbnem zemljišču oziroma odločbe o dodelitvi pravice uporabe za gradnjo pravico uporabe pridobila oseba, ki je ob vednosti in izrecnem dovoljenju osebe, pristojne za oddajo stavbnih zemljišč, z vsemi dovoljenji, potrebnimi za gradnjo in uporabo novozgrajene stavbe, izvedla gradnjo in objekt uporabljala.⁴³ Sodna praksa je odločila tudi glede tako imenovanega funkcionalnega zemljišča.⁴⁴

21. ZAKON O ŠPORTU (ZSpo)⁴⁵

Za lastninjenje športnih objektov je pomembna določba 64. člena ZSpo, ki je določala, da postanejo športni objekti, ki so družbena lastnina ali last razvojnih skladov in v upravljanju društev, ki so na dan uveljavitve tega zakona (4. april 1998) opravljala dejavnost v športu, društvena lastnina, razen objektov, ki jih pristojni organ lokalne skupnosti najpozneje v enem letu po uveljavitvi tega zakona določi za špor-

ob vednosti in izrecnem dovoljenju osebe, pristojne za oddajo stavbnih zemljišč, z vsemi dovoljenji (soglasji), potrebnimi za gradnjo in uporabo novo zgrajene stavbe, zgradila objekt in ga uporabljala. Sodišče prve stopnje je nadalje ugotovilo, da tožnica razpolaga s kupoprodajno pogodbo z dne 23. 8. 1995, s katero je garažo kupila od M. N., ne pa tudi z verigo pogodb. Od nakupa garaže dalje pa je tožnica prejela odločbe o odmeri nadomestila stavbnega zemljišča, ki ga je tudi ves čas plačevala. Prodajalka je tožnici pokazala garažo, ki jo tožnica ves čas uporablja in nikoli ni bilo sporno, za katero garažo gre. Z ozirom na to, da je bila tožnica od leta 1997, ko je začel veljati ZLNDL do leta 2007 (in še dlje), dobroverna lastniška (oziroma dobroverna in zakonita) posestnica nepremičnine, je sodišče prve stopnje pravilno zaključilo, da je lastninsko pravico na njej priposestvovala.

42 Tako VSL v zadevi I Cp 2269/2013 z dne 8. 1. 2014.

43 Tako VSL v zadevi I Cp 1266/2019 z dne 6. 11. 2019.

44 VSL je v zadevi II Cp 876/2019 z dne 6. 11. 2019 navedlo, da med skupne dele večstanovanjske stavbe spadajo zemljišča, na katerih so imeli na dan uveljavitve ZLNDL pravico uporabe etažni lastniki, ne glede na to, ali so bila ta zemljišča ob uveljavitvi ZLNDL določena kot funkcionalno zemljišče ali ne. Tudi v zadevi I Cp 1529/2019 z dne 8. 1. 2020 je VSL navedlo, da se je pravica uporabe stavbnega zemljišča družbene lastnine po svoji naravi in načinu prenosa bistveno razlikovala od lastninske pravice. Bistveno je bilo, kdo je družbeno premoženje uporabljal. Iz izvedenskega dela s prilogami izhaja, da je pravni prednik tožene stranke s pogodbo s 1. 6. 1966 dovolil, da sme pravna prednica tožnikov zemljišče (ki se je neposredno nanašalo na nepremičnino, ki danes predstavlja sporno nepremičnino, ki je imelo status družbene lastnine, uporabiti za zgraditev stanovanjske hiše in da je Oddelek za komunalo in gradnje skupščine Občine Y. z odločbo z dne 24. 8. 1966 izdal pravni predniki tožnikov gradbeno dovoljenje za gradnjo stanovanjske atrijske hiše, ki jo je, kot je nesporno ugotovljeno, pravna prednica tožnikov tudi zgradila in jo nemoteno uporabljala, nato pa v letu 2001 prodala tožnikoma, ki sta jo nemoteno uporabljala. Zato je pravilen zaključek sodišča prve stopnje, da je pravna prednica tožnikov postala imetnica pravice uporabe na obravnavani nepremičnini. Po tedanjih predpisih je bil mogoč prenos pravice uporabe na družbenem premoženju že z odločbo, s katero je pristojni organ stavbno zemljišče, ki je bilo družbena lastnina, dal v uporabo posamezniku z namenom izgradnje gradbenega objekta. Prenos pravice uporabe so urejali specialni predpisi. V skladu s 43. in 46. členom Zakona o prometu z zemljišči in stavbami je bil mogoč prenos določenega družbenega premoženja z odločbo, s katero je dal organ stavbno zemljišče, ki je družbena lastnina, v trajno uporabo z namenom izgradnje gradbenega objekta in na način, da se to zemljišče uporablja za potrebe tega objekta. Tako izvršen prenos pravice uporabe na družbeni lastnini je zadoščal in za prenos ni bilo treba skleniti pogodbe in izrecnega zapisa prenosa pravice, ampak je do prenosa pravice prišlo že s samo odločbo pristojnega organa o dodelitvi zemljišča za gradnjo in prevzemom zgrajenega objekta v uporabo. Za oceno, če je pravna prednica tožnikov pridobila pravico uporabe, je pomembno, da je gradila z dovoljenjem pravne prednice tožene stranke, ki ji je v ta namen dala v uporabo zemljišče za gradnjo hiše in za uporabo ter za to potrebna (upravna) dovoljenja. Pravna prednica tožnikov je gradnjo tudi izvedla. Odločba o podelitvi zemljišča za gradnjo in gradbeno dovoljenje vsebuje pravo graditi, ta pa pravico trajne uporabe zemljišča, na katerem je zgrajen objekt. Taka je tudi sodna praksa (primerjaj odločbi VS RS II Ips 553/2002, II Ips 223/2009 in druge).

45 Uradni list RS, št. 22/98, 97/01 – ZSDP, 15/03 – ZOPA in 29/17 – ZŠpo-1.

tne objekte občinskega pomena.⁴⁶ Tudi nekdanja družbena zemljišča, na katerih so športne površine in so prešla po ZSKZ v državno last, postanejo s sprejetjem tega zakona last lokalne skupnosti.⁴⁷ Objekti, ki so v skladu s prejšnjim odstavkom določeni kot objekti občinskega pomena, postanejo lastnina lokalnih skupnosti. Društvo, druga pravna ali fizična oseba lahko uveljavlja lastninsko pravico na objektu, ki je opredeljen kot objekt občinskega pomena, če svoj zahtevek priglasijo pristojnemu organu lokalne skupnosti v roku, določenem v prejšnjem odstavku, oziroma najpozneje v šestih mesecih po tem, ko pristojni organ lokalne skupnosti opredeli objekte občinskega pomena. Športni objekti, ki jih pristojni organ lokalne skupnosti ne določi za objekte občinskega pomena, postanejo lastnina društev s pravnomočnostjo odločitve pristojnega organa lokalne skupnosti oziroma najpozneje po preteku roka iz prvega odstavka tega člena. Če se društvo odreče pravici do lastnine ali ne prikladi svojega zahtevka v roku iz drugega odstavka tega člena, postane športni objekt lastnina lokalne skupnosti.

46 VSRS je v zadevi II Ips 179/2011 z dne 18. 12. 2014 navedlo, da je že izreklo o tem, da se pojem „športnih objektov“ v smislu navedene zakonske določbe razteza tudi na zemljišče, na katerem je gradbeni objekt zgrajen. Z določitvijo spornih objektov za športne objekte občinskega pomena, so ti objekti postali lastnina lokalne skupnosti (tožnice). Na ta način so sporni objekti pridobili status javnih športnih objektov. Tako je bila (pravno gledano) vzpostavljena dodatna varovalka za racionalno rabo spornih športnih objektov v javnem interesu. Zahtevek društva za uveljavljanje lastninske pravice na športnem objektu, ki je z občinskim odlokom razglašen za objekt občinskega pomena, je premoženjski zahtevek o katerem odloča sodišče splošne pristojnosti. Priglasitev zahtevka pri pristojnem organu lokalne skupnosti po določbi drugega odstavka 64. člena ZSpo je le procesna predpostavka za uveljavljanje lastninske pravice pred sodiščem. Pridobitev lastninske pravice društva na športnih objektih v smislu drugega odstavka 64. člena ZSpo predstavlja v našem primeru dokazno breme toženke. Toženka v postopku ni postavila pravočasnih relevantnih trditev o tem, na kakšen način naj bi pridobila lastninsko pravico na spornih nepremičninah. Tako ni določno navedla za kakšne športne objekte dejansko gre, kdo in kdaj jih je ustvaril ter ali gre za stvari, na katerih je društvo v relevantnem času sploh lahko vzpostavilo lastninsko pravico.

47 VSRS je v zadevi II Ips 257/2017 z dne 22. 11. 2018 navedlo, da je Ustavno sodišče RS v zadevi U-I-210/98 ocenilo, da zakon ureja dve zaporedni lastninjenji: prvo, časovno omejeno, po katerem športni objekti, za katere pristojni organ odloči, da so občinskega pomena, postanejo last lokalne skupnosti; in drugo, ki nastopi po preteku enoletnega roka, v katerem organi lokalne skupnosti to lahko storijo, z njegovim potekom pa športni objekti postanejo last društev. Besedilo 64. člena ZSpo izrecno omenja le športne objekte (torej tisto, kar stoji na nepremičninah). ZLNDL pa v drugem odstavku 1. člena izključuje lastninjenje vseh nepremičnin športnih društev. Dobesedna jezikovna razlaga obeh zakonov bi pripeljala do rezultata, da bi se po določbah ZSpo olastnilo le tisto, kar se nahaja na nepremičninah in služi športni dejavnosti, nepremičnine pod njim pa bi ostale v družbeni lastnini, kot izpostavlja toženka. Da je treba pojem „športni objekti“ razumeti širše od same stavbe, kaže tudi definicija, ki jo je glede tega, kaj je športni objekt, sprejel zakonodajalec: to so za športno dejavnost opremljene in urejene površine in prostori. Nasproten rezultat tudi ne bi bil združljiv z novo ustavno ureditvijo, ki družbene lastnine ne pozna več. Zato je treba najti razlago, ki bo določbe zakonov povezala v smiselno celoto, upoštevajoč namen, ki ga zasledujejo. Vrhovno sodišče je zato že izreklo, da se lastninjenje po ZSpo nanaša tudi na zemljišča, na katerih športni objekti stojijo. Pritrjuje pa razlagi sodišč nižjih stopenj, da to ne velja še za preostale nepremičnine, na katerih je imelo športno društvo pravico uporabe. Po oceni Vrhovnega sodišča ni dopustno, da bi tudi nepremičnine, ki ne služijo športni dejavnosti, lahko pripadle občini. Pravica občine, da posamezne nepremičnine, ki predstavljajo športne objekte občinskega pomena, pridobi, je izjema, utemeljena na javnem interesu, izjeme pa je treba ozko razlagati. Vrhovno sodišče zato kljub zapisu, da so nepremičnine športnih društev izključene iz lastninjenja po določbah ZLNDL, ocenjuje, da prekrito pravno praznino lahko preseže z argumentom teleološke redukcije in pritrdi razlagi sodišč nižjih stopenj, da se nepremičnine športnih društev, ki niso služile športni dejavnosti, lastninijo po pravilu iz prvega odstavka 3. člena ZLNDL. Sicer bi ostale brez lastnika, česar nov ustavni red ne dopušča. Nobene ovire ni, da sporna nepremičnina ne bi pripadla drugi osebi kot nepremičnine, namenjene športni dejavnosti. Za nepremičnine, ki ne služijo športni dejavnosti in zato niso podvržene lastninjenju po določbah ZSpo, pa možnost, ki jo lokalni skupnosti daje na voljo ta zakon, ne more priti v poštev. Tega javni interes, izražen skozi določbe ZSpo, ki je podlaga te njene siceršnje pravice, ko gre za nepremičnine, ki služijo športni dejavnosti, ne omogoča.

22. ZAKON O ZAKLJUČKU LASTNINJENJA IN PRIVATIZACIJI PRAVNIH OSEB V LASTI SLOVENSKE RAZVOJNE DRUŽBE (ZZLPPO)⁴⁸

Za lastninjenje so pomembne določbe od 3. do 6. člena ZZLPPO. V 3. členu ZZLPPO je določeno, da družbeni kapital podjetij ali drugih pravnih oseb, ki se lastninsko preoblikujejo na podlagi ZLPP, ZGJS in ZZad in do uveljavitve tega zakona (1. maj 1998) še niso pridobila soglasja Agencije Republike Slovenije za prestrukturiranje in privatizacijo (agencija) iz četrtega odstavka 20. člena ZLPP, preide v last in upravljanje Slovenske razvojne družbe – SRD (zdaj DSU) na dneve, določene v tem členu. Družbeni kapital podjetij iz prejšnjega odstavka, ki v treh mesecih od uveljavitve tega zakona ne pridobijo soglasja agencije iz drugega odstavka 19. člena ZLPP, preide v last in upravljanje SRD (zdaj DSU) z iztekom trimesečnega roka. Družbeni kapital podjetij iz prvega odstavka tega člena, ki so v roku iz prejšnjega odstavka pridobila soglasja agencije iz drugega odstavka 19. člena ZLPP in v šestih mesecih od uveljavitve tega zakona ne pridobijo soglasja agencije iz četrtega odstavka 20. člena ZLPP, preide v last in upravljanje SRD (zdaj DSU). V 6. členu ZZLPPO je določeno, da se za družbeni kapital, ki z dnem uveljavitve tega zakona preide v last in upravljanje SRD (zdaj DSU) in se preoblikuje po tem zakonu, šteje tudi premoženje fizičnih in pravnih oseb doma in v tujini skupaj z njegovim povečanjem iz poslovanja, ki izvira iz poslovanja nekdanjih družbenih podjetij ali drugih pravnih oseb, registriranih v Republiki Sloveniji, ki se lastninsko preoblikujejo ali so se preoblikovale na podlagi ZLPP ali posebnega zakona, če to premoženje ni bilo upoštevano v otvoritveni bilanci po stanju na dan 1. 1. 1993 v skladu z Uredbo o metodologiji za izdelavo otvoritvene bilance stanja.⁴⁹ Razlogi, zaradi katerih premoženje ni bilo navedeno v bilanci, niso pomembni.⁵⁰

48 Uradni list RS, št. 30/98, 72/98 – odl. US, 12/99, 50/99 – ZPSPID, 79/01 in 80/04 – ZUARLPP.

49 Uradni list RS, št. 24/93, 62/93, 72/93, 19/94, 32/94 in 45/94.

50 VSL je v zadevi VSL II Cp 1568/2016 z dne 3. 11. 2016 navedlo, da nelastninjen družbeni kapital pravne prednice tožnice ni mogel brezplačno (brez pravnega naslova) preiti v kapital tožnice po zaključku lastninskega preoblikovanja pravne prednice. Za lastninjenje družbenega kapitala (premoženja) v podjetjih kot družbenih pravnih osebah je bil kot področna zakonodaja relevanten predpis ZLPP. Ta je določal pogoje, pod katerimi se je lahko družbeno premoženje v podjetjih olastnilo (preoblikovalo v lastnino znanih lastnikov). Do izvedbe lastninskega preoblikovanja je za družbeni kapital v podjetjih veljal pravni sistem družbene lastnine. Ker sporna zemljišča niso bila vključena v otvoritveno bilanco, tožnica po zaključku lastninjenja pravne prednice ni pridobila pravice uporabe na spornih zemljiščih. Zato na njih ni mogla pridobiti lastninske pravice na podlagi določb ZLNDL. Na podlagi priposestovanja tožnica ni mogla pridobiti lastninske pravice na spornih zemljiščih. Dokler so bila slednja v družbeni lastnini, je bilo priposestovanje izključeno (29. člen ZTLR). Na podlagi 6. člena ZZLPPO, so sama zemljišča prešla v last DSU. Tožnica ni zatrjevala predpostavk za priposestovanje po določbah SPZ za čas od 1. 5. 1998 dalje. Na podlagi sklepa Skupščine Občine X z dne 7. 12. 1977 je tožničina pravna prednica pridobila (zgolj) pravico uporabe na spornih zemljiščih. Kot družbena pravna oseba tožničina pravna prednica tedaj na podlagi te odločbe državnega organa ni mogla pridobiti lastninske pravice na zemljiščih v družbeni lastnini (v smislu 20. člena ZTLR). Navedeni sklep občinske skupščine ne more predstavljati pravnega naslova za tožnico (ki je nastala po zaključku lastninskega preoblikovanja njene pravne prednice) v smislu 42. člena SPZ. Tudi ugotovitve, da sporna zemljišča predstavljajo funkcionalno zemljišče objektov v lasti tožnice nima nobenega pomena za to pravdo, saj tožnica zaradi tega ni pridobila lastninske pravice na zemljiščih. Podobno tudi VSRS v zadevi II Ips 318/2014 z dne 19. 5. 2016, ko je navedlo, da je lahko pravna oseba na podlagi določb ZLNDL pridobila lastninsko pravico le v primeru, če je ob lastninskem preoblikovanju v otvoritveno bilanco (4. člen ZLPP) vključila nepremičnine, na katerih je imela kot podjetje v družbeni lastnini pravico uporabe. Dejstvo, da so imela podjetja v procesu lastninskega preoblikovanja obveznost v otvoritveno bilanco vključiti nepremičnine, na katerih so imela pravico uporabe, pa ne pomeni nujno, da so jih tudi vključila in nato upoštevala pri vrednosti kapitala in

23. ZAKON O OHRANJANJU NARAVE (ZON)⁵¹

Za lastninjenje je pomembna določba 171. člena ZON, ki določa, da deli naravne znamenitosti, redkosti ali naravne znamenitosti, navedene v seznamu, ki je priloga tega zakona, in so v družbeni lastnini v sredstvih podjetij in drugih pravnih oseb, preidejo v last države. V last države preidejo tudi stvari, namenjene upravljanju, rabi vzdrževanju ali varstvu znamenitosti iz prejšnjega odstavka. Znamenitosti in stvari, ki preidejo v last države, določi ministrstvo za okolje in prostor z ugotovitveno odločbo. Deli znamenitosti, ki niso navedene v seznamu iz prvega odstavka tega člena in so v družbeni lastnini v sredstvih podjetij in drugih pravnih oseb, preidejo v last občine, na katere območju so.⁵² Zakon je začel veljati 28. julija 1999.

24. ZAKON O LASTNINJENJU KULTURNIH SPOMENIKOV V DRUŽBENI LASTNINI (ZLKSDL)⁵³

Pred njim je veljal Zakon o lastninjenju spomenikov in znamenitosti v družbeni lastnini (ZLSZDL),⁵⁴ ki pa je bil razveljavljen z odločbo Ustavnega sodišča RS, št. U-I-312/96 z dne 14. 1. 1999.

Za lastninjenje sta pomembni določbi 2. in 3. člena ZLKSDL, ki določata, da spomeniki, ki so na dan uveljavitve tega zakona (5. november 1999) razglašeni za spomenike državnega ali občinskega pomena, postanejo last Republike Slovenije ali občine skupaj s premičninami, namenjenimi upravljanju, rabi, vzdrževanju ali varstvu spomenika. V zadevi »Blejski otok« je Ustavno sodišče RS presojalo tudi skladnost 2. člena ZLKSDL in ugotovilo, da ni v neskladju z ustavo.⁵⁵

ceni izdanih delnic. Ravno preprečevanju tovrstnih (posrednih) oškodovanj družbenega kapitala je namenjena določba 6. člena ZZLPPO, ki ureja prehod (skritega) premoženja, ki se je izmaknilo procesu lastninskega preoblikovanja, na SRD (sedaj DSU). Na SRD je zato prešlo vse premoženje, ki v otvoritvenih bilancah podjetij ni bilo prikazano, čeprav ga je k lastninjenju zavezano podjetje tedaj že imelo, ne glede na to, kje se to premoženje najde in komu se zaseže.

51 Uradni list RS, št. 96/04 – uradno prečiščeno besedilo, 61/06 – ZDru-1, 8/10 – ZSKZ-B, 46/14, 21/18 – ZNOrg, 31/18 in 82/20.

52 VSRS je v zadevi I Up 1547/2005 z dne 13. 11. 2008 navedlo, da je bilo lastninjenje naravnih znamenitosti urejeno v ZLSZDL, ki je nehal veljati z uveljavitvijo ZON. V skladu s 1. odstavkom 171. člena ZON so torej lahko prešli v last države samo tisti deli naravne znamenitosti, redkosti oziroma prirodne znamenitosti, ki so naštet v navedenem seznamu znamenitosti, ki je priloga ZON. Ena izmed naravnih znamenitosti iz navedenega seznama je Krajinski park, ki je bil razglašen za naravno znamenitost z Odlokom. Odlok v 4. členu opredeljuje točno lokacijo in mejo območja Krajinskega parka. Prvostopni upravni organ je v postopku ugotovil, da naj bi se znotraj Krajinskega parka nahajala vsa v izreku odločbe navedena zemljišča, razen zbirnega ribnika s parc. št. 21 k.o.... Ugotovil je tudi, da na podlagi Odloka meja Krajinskega parka deli navedeni zbirni ribnik s parc. št. 21 k.o.... tako, da se proizvodni vzrejni ribniki (V., M. in G.) nahajajo znotraj Krajinskega parka, medtem ko se vzrejni ribniki (od št. 1 do 9) nahajajo izven njega. Kljub ugotovitvi, da navedeni vzrejni ribniki ležijo izven meje z Odlokom zavarovanega območja Krajinskega parka, pa naj bi tudi ti ribniki postali državna last, v skladu z določbo 2. odstavka 171. člena ZON. Sodili naj bi med stvari, ki služijo upravljanju, rabi, vzdrževanju in varstvu naravne znamenitosti. Takšno pravno stališče pa je po presoji pritožbenega sodišča napačno. Pri delu nepremičnine parc. št. 21 k.o..., ki v naravi predstavlja navedene vzrejne ribnike, namreč ne gre za stvari iz 2. odstavka 171. člena ZON, za stvari, ki bi služile upravljanju, rabi, vzdrževanju in varstvu naravne znamenitosti, kot to zmotno menita upravna organa obeh stopenj, pa tudi prvostopenjsko sodišče, ki je navedeno stališče sprejelo kot pravilno. Takšna razlaga namreč po presoji Vrhovnega sodišča pomeni nezakonito širitev območja Krajinskega parka, preko območja zavarovanega z Odlokom.

53 Uradni list RS, št. 89/99 in 107/99 – popr.

54 Uradni list RS, št. 16/1996, 9/1999 - odl. US, 56/1999 - ZON, 89/1999 – ZLKSDL.

55 Glej odločbo USRS št. Up 395/2006, U-I- 64/2007 z dne 21. 6. 2007.

25. ZAKON O JAVNIH SKLADIH (ZJS)⁵⁶

Za lastninjenje nezazidanih stavbnih zemljišč je pomembna določba 57. člena ZJS, ki je določala, da nezazidana stavbna zemljišča, ki so bila s prostorskimi sestavinami občinskega družbenega plana za obdobje od leta 1986 do leta 1990 in s prostorskimi sestavinami občinskega dolgoročnega družbenega plana za obdobje od leta 1986 do leta 2000⁵⁷ namenjena za graditev objektov in so bila do 10. marca 1993 družbena lastnina, in zemljišča, ki jih je občina s sprejetjem novega prostorskega izvedbenega akta, usklajenega z obveznimi republiški izhodišči, namenila za graditev objektov, postanejo last občine, na območju katere so.⁵⁸ Zakon je začel veljati 25. marca 2000. ZJS-1 v tretjem odstavku 55. člena določa, da se ta zemljišča prenesejo na občine po določilih ZJS.

26. ZAKON O VODAH (ZV)⁵⁹

Za lastninjenje sta pomembni določbi 182. in 183. člena ZV. Zemljišča, ki so na dan uveljavitve tega zakona (10. avgust 2002) vpisana v zemljiško knjigo kot vodna zemljišča, voda, vodotok, jezero, reka, potok in podobno, in so javno dobro, splošno ljudsko premoženje, družbena last ali imajo na njih pravne osebe pravico uporabe, z dnem uveljavitve tega zakona preidejo v last Republike Slovenije. Poleg zemljišč iz prejšnjega odstavka na dan uveljavitve tega zakona v last države prei-

56 Uradni list RS, št. 22/00, 126/07 – ZFPPIPP in 77/08 – ZJS-1.

57 VSRS je v zadevi II lps 350/2017 z dne 12. 4. 2018 navedlo, da je ključno vprašanje ali so sporne nepremičnine kmetijska ali (nezazidana) stavbna zemljišča. Tudi stališče, da je določitev statusa zemljišč pravno in ne dejansko vprašanje, ima podlago v že zavzeti sodni praksi (VSRS v sodbi II lps 276/2012). Kljub temu se je sodišče pravilno odločilo za izvedenca. Tudi po presoji revizijskega sodišča je tako delo izvedenca v konkretni zadevi pomenilo le pomoč sodišču pri proučevanju vsebine te dokumentacije v povezavi s posameznimi spornimi parcelami. Glede na zapleteno dejansko stanje je bila pomoč izvedenca v obravnavani zadevi upravičena, saj je sodišče presodilo, da za razjasnitev pravno odločilnih dejstev nima potrebnega strokovnega znanja. Kot sta obrazložili že sodišči prve in druge stopnje, je izvedensko mnenje izdelano na podlagi predpisov, ki so veljali na presečne datume. Kateri so ti predpisi, je pojasnilo tudi sodišče prve stopnje. Navedlo je, da sta za namensko rabo zemljišč na presečni dan 11. 3. 1993 ključna Dolgoročni družbeni plan Občine ... za obdobje 1986 do 2000 in Družbeni plan Občine ... za obdobje 1986 do 1990, za presečni dan 25. 3. 2003 pa so ključne Spremembe in dopolnitve prostorskih sestavin dolgoročnega in srednjeročnega plana Občine Ostali tedaj veljavni akti (PUP, ZN) so podajali podrobnejša merila in pogoje za območja namenske rabe iz hierarhično višjih dokumentov, a niso mogli na novo določati oziroma spreminjati namenske rabe.

58 VSL je v zadevi II Cp 2319/2016 z dne 25. 11. 2017 navedlo, da izpodbijana sodba pravilno zaključuje, da določba petega odstavka 57. člena ZJS sodi med zakonske določbe, ki so urejale preoblikovanje družbene lastnine v lastnino z znanimi lastniki. Z njo je zakonodajalec odpravil neskladnost tedaj veljavnega tretjega odstavka 14. člena ZSKZ z Ustavo, ugotovljene z odločbo Ustavnega sodišča U-I-78/93. Da določba sodi v okvir zakonskih določb o preoblikovanju družbene lastnine v lastnino z znanimi lastniki, izhaja tudi iz besedila zakonske določbe. Pravilo se nanaša na zemljišča, ki „so bila do 10. 3. 1993 družbena lastnina“. Določba se sicer nanaša na dva sklopa nezazidanih stavbnih zemljišč: (1) tista, ki so bila s občinskimi prostorskimi akti (za obdobje od 1986 do 1990 oziroma od 1986 do 2000) namenjena za graditev objektov, in (2) tista, ki jih je občina s sprejetjem novega prostorskega izvedbenega akta (usklajenega z obveznimi republiški izhodišči) namenila za graditev objektov. Dodatni pogoj, da so bila zemljišča do uveljavitve ZSKZ družbena lastnina, je v petem odstavku 57. člena ZJS, če upoštevamo samo besedilo, določen le v zvezi s prvo skupino zemljišč. Pravilen je argument izpodbijane sodbe, da se tudi drugi del določbe lahko nanaša le na zemljišča, ki so bila olastninjena na podlagi ZSKZ. Sporna nepremičnina je bila namreč kot nezazidano stavbno zemljišče opredeljena že s prostorskim aktom iz prve skupine nepremičnin, ki so predmet zakonskega urejanja.

59 Uradni list RS, št. 67/02, 2/04 – ZZdl-A, 41/04 – ZVO-1, 57/08, 57/12, 100/13, 40/14, 56/15 in 65/20.

dejo tudi vsa zemljišča, ki so bila poplavljen zaradi posega v prostor, potrebnega za pridobivanje električne energije, na njih pa je bila na dan uveljavitve tega zakona vpisana pravica uporabe pravnih oseb, razen če mednarodna pogodba ne določa drugače. Kmetijska in gozdna zemljišča, na katerih je v zemljiški knjigi vpisana lastninska pravica vodnih zadrug po predpisih, ki so ustanavljali vodne zadruge, z dnem uveljavitve tega zakona preidejo v last lokalne skupnosti, na območju katere so, razen če se dokaže pravno nasledstvo (182. člen ZV). V 183. členu ZV je določeno, da objekti iz četrtega odstavka 17. člena tega zakona ter objekti iz prvega in tretjega odstavka 33. člena tega zakona, ki so na dan uveljavitve tega zakona vpisani v zemljiško knjigo kot javno dobro, splošno ljudsko premoženje ali družbena last, z dnem uveljavitve tega zakona preidejo v last Republike Slovenije, razen objektov, katerih investitor je bila lokalna skupnost, ki postanejo njena last. Za objekte iz prejšnjega odstavka v lasti Republike Slovenije se štejejo, če se ne dokaže drugačno pravno stanje, tudi objekti iz prejšnjega odstavka, ki na dan uveljavitve tega zakona niso bili vpisani v zemljiško knjigo oziroma so bili vpisani v zemljiško knjigo, pa ni nihče naveden kot njihov lastnik. Za objekte in naprave iz prejšnjih odstavkov se ne štejejo objekti in naprave, namenjeni izključno izvajanju gospodarskih javnih služb (infrastrukturni objekti).

27. ZAKON O LASTNINJENJU NEPREMIČNIN V DRUŽBENI LASTI IN UPORABI ZVEZE SVOBODNIH SINDIKATOV (ZLNZSS)⁶⁰

V 2. členu ZLNZSS je določeno, da se pravica uporabe na nepremičnem sindikalnem premoženju z dnem uveljavitve tega zakona (8. avgust 2007) preoblikuje v lastninsko pravico. Lastninsko pravico na nepremičnem sindikalnem premoženju pridobijo upravičenci iz tega zakona.

28. SKLEP

Proces preoblikovanja družbene v zasebno lastnino, ki se je začel pred skoraj tremi desetletji, še ni končan. Razlogi za to niso le v številni, hitro se spreminjajoči zakonodaji, o kateri je sodišče večkrat presojalo njeno ustavno skladnost, niti v domnevno počasnem upravno-sodnem odločanju. Največja težava sta (ne)obstoj in pridobivanje ustrezne dokumentacije za uspešno uveljavljanje pravic. Zaradi poteka časa se je namreč marsikatera dokumentacija izgubila ali uničila. Živih prič, ki bi lahko pojasnile, kako je potekal postopek prehoda zasebne lastnine v družbeno in kako se je v družbeni lastnini prenašala pravica uporabe, je žal vse manj. Dodatna težava je dejstvo, da je po drugi svetovni vojni zemljiška knjiga kot temeljna javna evidenca nepremičnin izgubila pomen. Številne nevknjižene spremembe in napake, storjene v postopkih lastninjenja, bodo predmet sodnih sporov tudi v prihodnje. Zato menim, da bo pričujoči članek tudi trideset let po osamosvojitvi Republike Slovenije marsikomu koristil.

⁶⁰ Uradni list RS, št. 66/07.

SODELOVANJE MED IZVRŠILNIM SODIŠČEM IN CENTROM ZA SOCIALNO DELO, DA DOLŽNIK NE OSTANE BREZ STREHE NAD GLAVO

Doc. dr. Andrej Ekart, okrožni sodnik, Okrožno sodišče v Mariboru

1. UVOD

Namen izvršilnega postopka je zagotoviti izpolnitev obveznosti, ki praviloma izhaja iz pravnomočne in izvršljive sodne odločbe, saj se na ta način zagotavlja ustavna zahteva po učinkovitosti pravice do sodnega varstva.¹ Zato mora izvršilni postopnik zlasti upoštevati interes upnika (**privilegiranost upnikovega položaja, učinkovitost izvršbe**).² Pravica do izvršbe je namreč sestavni del pravice do učinkovitega sodnega varstva in sestavni del sojenja (ang. *trial*) po 6. členu Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin³ (EKČP). Kajti pravica do sodnega varstva bi ostala mrtva črka na papirju, če bi bilo državi omogočeno, da zavrne izvršitev dokončne in zavezujoče sodne odločbe, oziroma če država ne zagotovi izvršitve sodne odločbe.⁴ Zato morajo države podpisnice EKČP zagotoviti učinkovit izvršilni postopek, da je terjatev v postopku izvršbe poplačana v celoti (ne samo delno) in brez nepotrebnega odlašanja. Država je odgovorna za takšno organizacijo pravosodnega sistema, ki zagotavlja učinkovitost izvršilnega postopka.⁵ Vendar to ne pomeni, da se dolžnikovi interesi v izvršilnem postopku sploh ne upoštevajo. Iz načela socialne države (2. člen Ustave Republike Slovenije) ter iz pravice do osebnega dostojanstva in varnosti (34. člen ustave) izhaja, da je treba v izvršbi upoštevati tudi dolžnikove interese⁶ (**načelo varstva dolžnika**), zlasti pri izvršbi na nepremičnine zaradi poplčila terjatev majhne vrednosti (**načelo sorazmernosti**).⁷ V tej zvezi je izjemno pomembna odločba Ustavnega sodišča št. U-I-47/15-8 z dne 24. septembra 2015 o delni razveljavitvi 3. točke prvega odstavka 197. člena ZIZ, v kateri je poudarilo pomen učinkovite in predvidljive izvršbe z vidika hipotekarnih upnikov, omejilo prednostno pravico do poplčila preživninskih upravičencev ter poudarilo, da je zagotavljanje **načela socialne države predvsem breme države**, zato te naloge ni dovoljeno v celoti prevesti na dolžnikove upnike.⁸

1 Odločba US RS U-I-339/98 z dne 21. januarja 1999.

2 Odločba USRS U-I-339/98 z dne 21. januarja 1999.

3 Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 41/94 (Uradni list RS, št. 33/94).

4 Glej A. Galič, Pravica do sodnega varstva v novejši praksi Evropskega sodišča za človekove pravice, Pravosodni bilten, št. 4/2013, str. 83–113, kjer avtor navaja obsežno sodno prakso ESČP.

5 Podrobneje V. Horvat, T. Igličar, Nekaj novosti o učinkovanju in izvrševanju odločb ter mehanizmi odločanja Evropskega sodišča za človekove pravice s prikazom nekaterih najpomembnejših odločb sodišča s področja izvršbe, Pravosodni bilten, št. 2/2016, str. 152, s sklicevanjem na sodno prakso ESČP.

6 Odločba USRS U-I-339/98 z dne 21. januarja 1999.

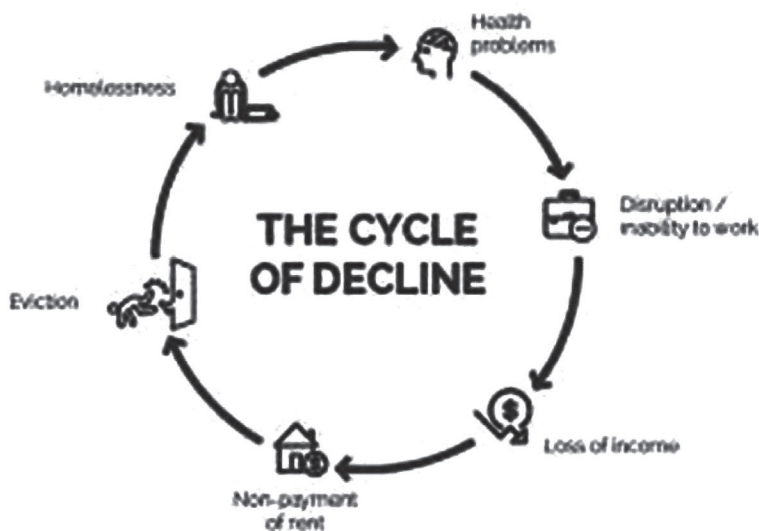
7 Glej sodbe ESČP *Vaskrsić proti Sloveniji*, pritožba št. 31371/12, z dne 25. aprila 2017; *Zehentner proti Avstriji*, pritožba št. 20082/02, z dne 16. julija 2009; *Rousk proti Švedski*, pritožba št. 27183/04, z dne 25. julija 2013; *Mindek proti Hrvaški*, pritožba št. 6169/13, z dne 30. avgusta 2016.

8 Glej 23. točko odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-47/15-8 z dne 24. septembra 2015.

2. KROG PROPADA

Sam sem kot izvršilni sodnik obravnaval zadeve nepremičninske izvršbe štiri leta (od leta 2011 do leta 2015) in v tem času prišel do enakih dognanj, s katerimi sem se seznanil kot slovenski delegat na 2. okrogli mizi OECD z naslovom Enak dostop do sodišča (ang. OECD 2nd Expert Roundtable) 1. decembra 2015 v Parizu,⁹ in sicer:

- prepogosto se dogaja (v Sloveniji zlasti na gospodarsko in socialno šibkejšem severovzhodnem delu države), da ljudje zaradi finančne stiske ne zmorejo plačevati rednih mesečnih obveznosti,
- do tega običajno pride zaradi prenizkih pokojninskih prejemkov (eden izmed najpogostejših razlogov v Sloveniji), izgube zaposlitve, bolezni (zaradi katere postanejo ljudje dela nezmožni in usahnejo njihovi prihodki) ali kombinacije vseh teh dejavnikov;
- težavam na finančnem in zdravstvenem področju se pogosto pridružijo težave na družinskem področju, saj pride do razveze zakonske zveze in nastanka obveznosti plačevanja preživnin,
- zaradi neplačevanja dolgov upniki sprožijo izvršilni postopek in posežejo na premoženje, ki ga dolжник ima in je rubljivo – pogosto predlagajo izvršbo na dolžnikovo stanovanje ali stanovanjsko hišo, v kateri živi (z družino),
- zaradi prodaje njegovega doma na javni dražbi ostane dolжник na cesti in brez strehe nad glavo.



9 Podrobneje o tem dogodku na povezavi: <http://www.oecd.org/gov/Equal-Access-Justice-Round-table2-background-note.pdf> (14. 8. 2020).

V tako imenovani **krog propada** (ang. *cycle of decline*)¹⁰ lahko vsakdo hitro zapade. Pravna težava pogosto namreč nima le pravnih razsežnosti, temveč lahko vpliva tudi na težave na drugih področjih ali pa je posledica težav na drugem področju, na primer na zaposlitvenem (tako da povzroči izgubo prihodka), družinskem (razveza zakonske zveze, preživnine) ali zdravstvenem (bolezen zaradi stresa zaradi pravnih postopkov, izgube prihodkov ali razveze zakonske zveze). Zato je treba težave, s katerimi se ljudje spoprijemajo, začeti reševati v zgodnji fazi, da ne bi pravno tveganje (ang. *legal risk*) postalo pravna težava (ang. *legal problem*). Kajti ena pravna težava lahko ustvari drugo pravno težavo ali povzroči težave na drugih področjih, tj. zdravstvenem, zaposlitvenem in družinskem. To pomeni, da je smiselno preventivno delovanje; ko nastane pravno tveganje ali tveganje na kakem drugem področju (zdravje, družina, zaposlitev), je treba ljudem pomagati, da se težava ne razširi oziroma ne dobi širših razsežnosti bodisi na istem področju bodisi na drugih področjih. Pravne težave je treba obravnavati širše in uvesti **holistični pristop**, da osamljena pravna (ali na primer zaposlitvena) težava ne ustvari druge ali povzroči težav na drugih življenjskih področjih.

3. AKTIVNOSTI NA MINISTRSTVU ZA PRAVOSODJE V LETU 2016 IN NA ZAČETKU LETA 2017

Januarja 2016 sem nastopil službo dodeljenega sodnika na Ministrstvu za pravosodje Republike Slovenije za pomoč pri pripravi civilnih zakonodajnih predlogov, in sicer Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku (novela ZPP-E), ki se je začel uporabljati 14. septembra 2017, in Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (novela ZIZ-L), ki se je začel uporabljati 25. marca 2018. Takoj po nastopu dela na ministrstvu za pravosodje sem sodelavce in ministra po eni strani seznanil z navedenimi ugotovitvami OECD, po drugi strani pa s spoznanji prof. dr. Rijavec, kako izterjavo dolgov majhne vrednosti rešujejo na Finskem, kjer se v pomoč dolžniku vključi socialna služba,¹¹ ter predlagal, da podoben model pomoči uvedemo tudi pri nas. Podoben institut poznajo tudi v Nemčiji¹² in Avstriji¹³, kjer se imenuje svetovanje dolžnikom (nem. *Schuldnerberatung*). Predlog je naletel na dober odziv ministra in dobili smo zeleno luč za pripravo predloga zakonskega besedila, zato sem v članku v Večeru 15. aprila 2016 zapisal: *»Dolžniki, ki se znajdejo v socialni stiski, so ob začetku izvršbe na svoje stanovanje ali stanovanjsko hišo pogosto otopeli in ne vedo, kaj storiti. Pomoč humanitarnih organizacij je v takih primerih potrebna in pomembna. Zato bi bilo primerno, da bi izvršilno sodišče o začetku izvršbe na dolžnikovo stanovanje ali stanovanjsko hišo obvestilo Center za socialno delo, izvršbo pa za določen čas odložilo. Center za socialno delo bi skupaj s humanitarnimi organizacijami dolžnikom nudil finančno, čustveno in svetovalno podporo, ki bi se kazala v pripravi načrta odplačila dolga (ob pomoči sorodnikov, sosedov in humanitarnih organizacij ipd.), vzpostavitvi stikov z upnikom, da se doseže dogovor o obročnem*

10 T. E. Tyler, E. Lawton, K. Conroy, M. Sandel, B. Zuckerman, *Poverty, Health and Law*, Durham, Carolina Academic Press, 2011, str. 1 in nasl.; OECD Expert Roundtables on Equal Access to Justice (2015), Background Notes, OECD, Pariz, 7. 10. 2015, str. 11 (14. 7. 2017 dosegljivo na: <http://www.oecd.org/gov/Equal-Access-Justice-Roundtable-background-note.pdf>).

11 Vesna Rijavec, *Reforma izvršilnega prava*, Podjetje in delo, št. 6-7/2009, str. 1140–1141.

12 Glej <https://www.caritas.de/hilfeundberatung/onlineberatung/schuldnerberatung/schuldnerberatung> (13. 7. 2017).

13 Glej <http://www.schuldenberatung.at/> (13. 7. 2017).

odplačilu oziroma delnem odpisu dolgov in odlogu izvršbe. Na ta način bi bilo mogoče preprečiti prodaje stanovanj in stanovanjskih hiš v primerih, ko so dolžnikovi dolgovi relativno nizki in torej obvladljivi. Država bi lahko na ta način prispevala k zaščiti dolžnikovega doma in varstvu družin v socialni stiski, ki bi sicer lahko ostale brez strehe nad glavo.»¹⁴

O navedeni ideji smo s kolegi na ministrstvu za pravosodje intenzivno razpravljali, jo izboljševali in jo na koncu prelili v besedilo prvega predloga novele Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ-L) iz februarja 2017,¹⁵ ki je vseboval naslednje določbe:

- nov četrti odstavek 71. člena ZIZ, ki se je glasil: »Če sodišče dovoli izvršbo zaradi izterjave denarne terjatve na stanovanje ali stanovanjsko hišo, ki predstavlja dolžnikov dom, sme ne glede na določbe prejšnjih odstavkov na predlog dolžnika, ki predloži obrazloženo mnenje centra za socialno delo, ki upravičuje odložitve izvršbe, odložiti izvršbo na nepremičnino za najdlje za šest mesecev.«
- nov 169.a člen, ki se je glasil: »Če sodišče ob dovolitvi izvršbe ugotovi, da je izvršba predlagana na dolžnikovo stanovanje ali stanovanjsko hišo, v kateri dolžnik živi, obvesti o tem pristojni center za socialno delo.«

4. SODBA ESČP V ZADEVI VASKRSIČ

Dne 25. aprila 2017 je bila objavljena sodba v zadevi Vaskrsič,¹⁶ s katero je bila Slovenija obsojena zaradi kršitve pritožnikove pravice do mirnega uživanja premoženja (šlo je za kršitev 1. člena Dodatnega protokola (št. 1) h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Pariz, 20. marec 1952). V omenjeni razpiti zadevi je bila dolžnikova stanovanjska hiša, ki je bila dom njegove družine, prodana na javni dražbi v izvršilnem postopku zaradi izterjave 124,00 evra s pripadki. V navedeni zadevi je ESČP povzelo kronologijo dogajanja, in sicer:

- pritožnik ni poravnal dolga javnemu podjetju za vodooskrbo JP Vodovod-Kanalizacija (podjetju J) po računu z dne 18. decembra 2007, ki je zapadel 5. januarja 2008,
- podjetje J. je 28. maja 2009 zaradi izterjave dolga vložilo na Okrajno sodišče v Ljubljani (COVL) predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine zaradi izterjave 124,00 evra s pripadki,
- dolžnik ni ugovarjal na sklep o izvršbi z dne 2. junija 2009, s katerim je bila dovoljena izvršba na premičnine in ki mu je bil vročen 24. junija 2009 – sklep je postal pravnomočen 3. julija 2009,
- je izvršitelj v letu 2010 dvakrat skušal opraviti rubež premičnin v dolžnikovi hiši, oba rubeža sta bila neuspešna. Dolžnik se ni odzval niti na obvestila, ki jih je izvršitelj na njegovem domu pustil 7. januarja 2010 (obvestilo po neuspešnem rubežu, da je upniku dolžan 376,00 evra) in znova 29. aprila 2010 (obvestilo, naj poplača dolg v višini 516,00 evra s pripadki, potem ko je izvršitelj ugotovil,

¹⁴ Ekart, Andrej (2016a): Brez strehe nad glavo, Večer, str. 10.

¹⁵ Predlog EVA 2016-2030-0008, ki je bil 13. februarja 2017 poslan v strokovno usklajevanje.

¹⁶ Sodbe ESČP Vaskrsič proti Sloveniji, pritožba št. 31371/12 z dne 25. aprila 2017.

da dolžnik v svoji hiši nima rubljivih premičnin), v katerih je dolžnika pozval k plačilu dolga,

- 2. marca 2010 je podjetje P. proti dolžniku vložilo predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine na Okrajno sodišče v Ljubljani (COVL) zaradi izterjave 1.576,00 evra s pripadajočimi obrestmi od 10. julija 2009 do poplačila. Predlagalo je več izvršilnih sredstev, vključno s prodajo pritožnikove hiše. Okrajno sodišče v Ljubljani je ugodilo predlogu in 9. marca 2010 je bil sklep vročen pritožniku. Ker pritožnik ni vložil ugovora, je sklep 18. marca 2010 postal pravnomočen in je bil odstopljen Okrajnemu sodišču v Litiji v nadaljnjo obravnavo,
- Okrajno sodišče v Litiji je v postopku, ki ga je začelo podjetje P, postavilo cenilca, da oceni dolžnikovo hišo. Cenilno poročilo, v katerem je cenilec tržno vrednost dolžnikove hiše ocenil na 140.000,00 evra, je bilo 24. junija 2010 vročeno dolžniku, dolžnik pa nanj ni imel pripomb (se ni odzval),
- podjetje J. je 15. junija 2010 pri Okrajnem sodišču v Litiji predlagalo izdajo sklepa o dovolitvi izvršbe na pritožnikovo hišo, ki mu je Okrajno sodišče v Litiji s sklepom o nadaljevanju izvršbi z dne 17. junija 2010 ugodilo, pritožnik ni vložil ugovora. Nato je sodišče izdalo sklep o pristopu (171. člen ZIZ), s katerim je pozneje začeta nepremičninska izvršba podjetja J. pristopila k prej začeti nepremičninski izvršbi na isto nepremičnino podjetja P.,
- Okrajno sodišče v Litiji je 1. julija 2010 izdalo sklep o tržni ceni pritožnikove hiše v višini 140.000,00 evra, na katerega se nobena stranka ni pritožila,
- Okrajno sodišče v Litiji je 31. avgusta 2010 ustavilo izvršilni postopek, ki ga je začelo podjetje P., ker je bil dolg poplačan z rubežem sredstev s pritožnikovega bančnega računa,
- Okrajno sodišče v Litiji je 1. septembra 2010 odredilo, da se 7. oktobra 2010 opravi prva javna dražba pritožnikove hiše, na kateri se je dolžnikova nepremičnina prodajala za 100 odstotkov ugotovljene tržne vrednosti (140.000,00 evra),
- Okrajno sodišče v Litiji je 2. septembra 2010 ustavilo izvršbo podjetja J. na dolžnikove premičnine, ker podjetje J. v treh mesecih od neuspešnega rubeža ni predlagalo ponovnega rubeža premičnin,
- prva javna dražba dolžnikove hiše je bila 7. oktobra 2010, vendar ni bilo kupcev, ki bi se zanimali zanjo,
- Okrajno sodišče v Litiji je 8. oktobra 2010 odredilo, da se 18. novembra 2010 opravi druga javna dražba, na kateri se je dolžnikova nepremičnina prodajala za 50 odstotkov ugotovljene tržne vrednosti (70.000,00 evra),
- podjetje J. je 18. in 25. oktobra 2010 Okrajnemu sodišču v Litiji predlagalo razširitev izvršbe na dolžnikova denarna sredstva na bančnem računu in njegovo plačo,
- na drugi javni dražbi 18. novembra 2010 je bila hiša prodana M. L. za 70.000,00 evra,
- Okrajno sodišče v Litiji je 19. novembra 2010 izdalo sklep o domiku nepremičnine kupcu M. L. (sklep o domiku), ki je bil vročen dolžniku 23. novembra 2010,
- Okrajno sodišče v Litiji je glede predlogov za nadaljevanje izvršbe z rubežem plače in denarnih sredstev na bančnem računu odprlo nov sodni spis in 22. novembra 2010 ugodilo predlogoma podjetja J. in izdalo sklep o izvršbi na pritožnikovo plačo in bančni račun. Sklep je bil pritožniku vročen 24. novembra 2010. V sklepu je bilo navedeno, da je bila predhodno odrejena izvršba na premičnine, sodna prodaja hiše pa bila omenjena,

- drug upnik A. A. je 22. novembra 2010 predlagal sodišču izvršitev sodbe, s katero mu je bila prisojena odškodnina s stroški in obrestmi v skupni višini 5.112,00 evra z nadaljnjimi obrestmi. Zahteval je, da se opravi izvršba na pritožnikovo hišo,
- dolžnikova pritožba zoper sklep o domiku z dne 19. oktobra 2010 je bila zavrnjena,
- po dolžnikovem poplačilu dolga 24. novembra 2010 je podjetje J. istega dne sodišču predlagalo ustavitev izvršilnega postopka. Okrajno sodišče v Litiji je 25. novembra 2010 ustavilo izvršilni postopek, ki ga je sprožilo podjetje J.,
- Okrajno sodišče v Ljubljani je 2. decembra 2010 ugodilo predlogu za izvršbo na dolžnikovo hišo v izvršilnem postopku, ki ga je začel A. A.,
- Okrajno sodišče v Litiji je 12. januarja 2011 po tem, ko je plačal celotno kupnino, kupcu izročilo nepremičnino, prodano na javni dražbi, in odredilo, da se vpiše njegovo ime kot ime lastnika v zemljiško knjigo, pritožniku pa naložilo, da izprazni hišo v tridesetih dneh od prejema sklepa. Dolžnikova pritožba zoper sklep o izročitvi je bila zavrnjena,
- Okrajno sodišče v Litiji je 17. junija 2011 opravilo narok za razdelitev kupnine od prodaje hiše in odločilo, da se razdeli na naslednji način: zneska 146,00 evra in 5.895,00 evra se izplačata dolžnikovemu upniku A. A., ki je pristopil k nepremičninski izvršbi potem, ko je bila hiša že prodana; 1.372,00 evra se izplača davčnemu uradu za davke na prodajo hiše in 58.888,00 evra banki za še neplačano hipoteko na hišo. Preostanek iztržka od prodaje v višini 3.699,00 evra je bil nakazan dolžniku,
- na predlog kupca M. L. je Okrajno sodišče v Litiji 11. julija 2011 izdalo sklep o izvršbi proti pritožniku in odredilo izselitev pritožnikove družine iz hiše,
- medtem je pritožnik 28. julija 2011 vložil ustavno pritožbo proti sklepoma z dne 12. januarja in 25. maja 2011, ki je bila zavrnjena,
- pritožnik in njegova družina so bili 16. marca 2012 ob pomoči policije izseljeni iz svoje hiše.

ESČP je ugotovilo, da je pritožnik ostal pasiven ves čas postopka, tudi potem, ko je izvršilno sodišče ugodilo predlogu podjetja J. za izvršbo na hišo, in ni izkoristil različnih postopkovnih možnosti, ki so mu bile na voljo, da bi se izognil prodaji svoje hiše, kljub vročitvi vseh ustreznih sklepov in sodnih vabil na obe dražbi. Šele potem, ko je bila njegova hiša prodana, je pritožnik izkoristil možnost pritožbe. Dolg, ki ga je podjetje J. izterjevalo v postopku nepremičninske izvršbe, je znašal le 124,00 evra s pripadki, skupaj z obrestmi in stroški izvršbe pa okoli 500,00 evra. ESČP je ugotovilo, da domača zakonodaja, Zakon o izvršbi (ZIZ), izrecno ne nalaga izvršilnemu sodišču dolžnosti, da po uradni dolžnosti določi manj skrajna izvršilna sredstva ali da zavrne predlog upnika, če nastane nesorazmernost med terjatvijo in predmetom izvršbe. Zakonodaja tudi ne določa minimalnega praga glede višine dolga, tako da se lahko načeloma celo manjši dolg izterja s sodno prodajo nepremičnine, kakor je hiša. Čeprav imajo države pogodbenice široko polje proste presoje in se lahko cilji, ki jih zakonodaja želi uresničiti, nanašajo tudi na vprašanja, ki presegajo plačilo posameznega dolga, kakor je izboljšanje discipline odplačevanja v državi, pa kljub temu meni, da bi morali organi oblasti zaradi izjemne invazivnosti izvršilnega sredstva, ki se je nanašalo na dolžnikovo nepremičnino, ki je bila tudi njegov dom, ter očitne nesorazmernosti med tem ukrepom in zneskom dolga, ki naj bi se izterjal, skrbno in izrecno upoštevati druga primerna, vendar manj skrajna izvršilna sredstva, na primer

izvršbo na sredstva na bančnem računu. Skoraj en mesec pred drugo dražbo je podjetje J. predlagalo, da se izvršba opravi z rubežem pritožnikove plače in bančnega računa. Čeprav sta bila predloga vložena 18. oziroma 25. oktobra 2010, pa jima sodišče ni ugodilo do 22. novembra 2010, torej šele po tem, ko je bila hiša 18. oktobra 2010 prodana na drugi dražbi. Za ESČP je bila presenetljiva ugotovitev, da je izvršilno sodišče, ki je pred tem odločitve v postopku nepremičinske izvršbe sprejemalo precej hitro, za odločitve o predlogih podjetja J. za nadaljevanje izvršbe z rubežem plače in sredstev na bančnem računu potrebovalo mesec dni.¹⁷ Zaradi tega je obsodilo Slovenijo zaradi kršitve pritožnikove pravice do mirnega uživanja premoženja.

5. NOVELA ZIZ-L

Ob upoštevanju sodbe ESČP v zadevi Vaskrsić so kolegi na ministrstvu za pravosodje dopolnili predlog novele ZIZ-L (sam sem marca 2017 končal delo na ministrstvu za pravosodje). Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju¹⁸ (novele ZIZ-L) se je začel uporabljati 25. marca 2018 in je z namenom, da prepreči izvršbo na dolžnikov dom zaradi izterjave denarne terjatve, ki je očitno nesorazmerna glede na vrednost nepremičnine, uvedel novosti, da sodišče:

- **obvesti center za socialno delo (CSD)**, če izda sklep o izvršbi na dolžnikov dom (šesti odstavek 169. člena ZIZ);¹⁹
- **ne le na dolžnikov predlog, temveč tudi po uradni dolžnosti dovoli izvršbo na drugo nepremičnino ali z drugim sredstvom.** Novela je prav tako podalj-

17 Navedeno dejstvo je presenetljivo za ESČP, ne pa za poznavalce slovenskega izvršilnega postopka. Čeprav to iz sodbe ESČP ne izhaja, je mogoče domnevati, da je sodišče v Litiji po prejemu predloga za nadaljevanje izvršbe z rubežem dolžnikove plače in sredstev na bančnem računu, ki je bil vложен v zadevi nepremičinske izvršbe, v skladu s takratno prakso sodišč odprlo nov sodni spis (šlo je za razlago določb Sodnega reda in nekatera sodišča so Sodni red razlagala tako, da je bodisi nepremičinska izvršba bodisi celo posamezno izvršilno sredstvo v posebnem sodnem spisu). Ko je bil nov sodni spis odprt (to pomeni, ko je bila izvedena odredba v spisu nepremičinske izvršbe, naj se odpre nov sodni spis), je izvršilno sodišče upniku poslalo plačilni nalog, naj v 15 dneh plača sodno takso za nadaljevanje izvršbe. Ni sicer jasno, kdaj je bila sodna taksa plačana, niti kdaj je bil plačilni nalog vročen upniku, vendar je mogoče domnevati, da je vpisničarka, potem ko je odpravila plačilni nalog za plačilo sodne takse, dala spis v koledar za vsaj 15 dni in šele po preteku tega časa preverila, ali je upnik (podjetje J.) sodno takso plačal. Šele po plačilu sodne takse so bili izpolnjeni pogoji za odločitev o predlogu za nadaljevanje izvršbe. Na tem mestu pa je treba poudariti tudi časovni kontekst. V tistem času so bila izvršilna sodišča zelo obremenjena s sodnimi zaostanki in če je bilo o predlogu za nadaljevanje izvršbe odločeno v enem mesecu, je bila ta odločitev sorazmerno hitra. Domnevam, da je v predmetni zadevi šlo za zaplet, ki ga je povzročila tedaj veljavna (zdaj že opuščena) praksa izvršilnih sodišč, da se za vsako izvršilno sredstvo vodi ali odpre poseben spis, kar pomeni, da je o izvršbi na nepremičnine odločala sodnica, o izvršbi na bančni račun in plačo pa morda strokovna sodelavka, ki ni imela podatkov o tem, kdaj je razpisana dražba nepremičnine. Zdaj se na srečo vsa izvršilna sredstva vodijo v istem sodnem spisu, zato je manjša možnost, da bi se primer Varkrsić zaradi spleta nesrečnih okoliščin ponovil, saj bi izvršilni sodnik videl, da je predlagano novo (milejše) izvršilno sredstvo in bi s prodajo nepremičnine, ki je dolžnikov dom, zaradi izterjave dolga nizke vrednosti malce počakal, zlasti glede na to, da se v primeru uspešnega rubeža sredstev na bančnem računu in poplačila upnika izvršba bistveno prej konča kakor nepremičinska izvršba, kjer je treba po dražbi izdati še sklepe o domiku, izročitvi in poplačilu upnikov.

18 Uradni list RS, št. 11/18.

19 Nov šesti odstavek 169. člena ZIZ se glasi: „Pri izvršbi na stanovanje ali stanovanjsko hišo, ki je dolžnikov dom, zaradi izterjave denarne terjatve, ki je očitno nesorazmerna glede na ugotovljeno vrednost nepremičnine, sodišče o tem obvesti pristojni center za socialno delo. Domneva se, da dolžnikov dom stanovanje ali stanovanjska hiša, kjer ima dolžnik prijavljeno stalno prebivališče.“

šala rok, v katerem lahko dolжник predlaga, naj sodišče dovoli drugo sredstvo izvršbe ali opravi izvršbo na drugi nepremičnini – prej je bil ta rok osem dni od vročitve sklepa o izvršbi, zdaj pa je predlog pravočasen, če je vložen do izdaje odredbe o prodaji (sedmi odstavek 169. člena ZIZ);²⁰

- dovoli **na predlog dolžnika ali po uradni dolžnosti izredni odlog izvršbe** za pol leta ali primeren čas (čas je denar), običajno na podlagi obrazloženega mnenja CSD, izjemoma celo brez njega, vendar v takem primeru največ za tri mesece (četrti do šesti odstavek 71. člena ZIZ).²¹

Cilji novele ZIZ-L so glede nepremičninske izvršbe bili:

- izognitev prodajam dolžnikovega doma in preprečitev deložacij (preprečitev t. i. socialnih izvršb), kjer gre za obvladljive dolgove (tj. dolgove nižje vrednosti);
- poplačilo dolga na drugačen način (z drugim sredstvom ali predmetom izvršbe, finančna pomoč CSD, humanitarnih organizacij, sorodnikov);
- preprečevanje, da dolжник ne zaide v krog propada (težave na finančnem, zdravstvenem, družinskem in stanovanjskem področju);
- dolžnikove finančne težave začeti reševati pravočasno, ko je še mogoče kaj rešiti (»bolje preprečiti kot lečiti«). Bolj, ko se odlaša s plačilom, višji je dolg, saj se s potekom časa povečujejo obresti, prav tako pa se večajo stroški izvršbe (sodne takse, odvetniki, cenilec, izvršitelj);
- dolžnikom, ki so pogosto otopeli in si sami (kot pravni) laiki tudi ne znajo pomagati, zagotoviti pomoč od zunaj, tj. pomoč tretjih (zlasti CSD, humanitarnih organizacij in sorodnikov), da se jim pomaga postaviti na noge (angl. *empowerment*).²²

20 Nov sedmi odstavek 169. člena ZIZ se glasi: „Dolжник lahko, če so izpolnjeni pogoji iz prejšnjega odstavka, tudi po poteku roka iz prvega odstavka tega člena, vendar najpozneje do izdaje odredbe o prodaji, predlaga, naj sodišče dovoli drugo sredstvo izvršbe ali naj opravi izvršbo na drugi nepremičnini, na kar sodišče opozori dolžnika v sklepu o izvršbi. Sodišče najpozneje do izdaje odredbe o prodaji po uradni dolžnosti dovoli drugo sredstvo izvršbe ali da se izvršba opravi na drugi nepremičnini, če iz evidenc, do katerih ima elektronski dostop, ali listin, ki so mu predložene, ugotovi, da ima dolжник drugo premoženje, ki zadošča za poplačilo upnikove terjatve, na kar sodišče opozori dolžnika v sklepu o izvršbi.“

21 Novi četrti do šesti odstavek 71. člena ZIZ se glasijo: „Pri izvršbi na stanovanje ali stanovanjsko hišo, ki je dolžnikov dom, zaradi izterjave denarne terjatve, ki je očitno nesorazmerna glede na ugotovljeno vrednost nepremičnine, sme sodišče ne glede na določbe prejšnjih odstavkov na predlog dolžnika ali po uradni dolžnosti, če dolжник predloži ali je sodišču poslano obrazloženo mnenje centra za socialno delo, iz katerega izhaja, da bi takojšnja izvršba ogrozila preživljanje dolžnika ali njegovih družinskih članov, odložiti izvršbo na nepremičnino najdlje za šest mesecev in le enkrat, na kar sodišče opozori dolžnika v sklepu o izvršbi. Domneva se, da je dolžnikov dom stanovanje ali stanovanjska hiša, kjer ima dolжник prijavljeno stalno prebivališče.

Če so izpolnjeni pogoji iz prejšnjega odstavka in obstojijo posebne okoliščine, zaradi katerih bi bilo nadaljevanje izvršbe na nepremičnino očitno nesorazmerno glede na poseben položaj dolžnika, pri čemer sodišče upošteva tudi položaj in posledice, ki zaradi odložitve izvršbe lahko nastanejo upniku, lahko sodišče odloži izvršbo na nepremičnino za primeren čas ne glede na omejitve iz prejšnjega odstavka. Če posebne okoliščine ne izhajajo iz obrazloženega mnenja centra za socialno delo, jih mora sodišču izkazati dolжник.

Sodišče lahko ne glede na določbe prvega, drugega in tretjega odstavka tega člena na predlog dolžnika ali po uradni dolžnosti odloži izvršbo, če so izpolnjeni pogoji iz četrtega odstavka tega člena, razen pogoja ogroženosti preživljanja dolžnika ali njegovih družinskih članov, najdalj za tri mesece in le enkrat, na kar sodišče opozori dolžnika v sklepu o izvršbi.“

22 Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju, EVA 2016-2030-0008, objavljen na spletnem portalu Državnega zbora 27. oktobra 2017, str. 22 (v nadaljevanju: predlog ZIZ-L, 27. 10. 2017).

Novela ZIZ-L sicer res ni vzpostavila vrstnega reda izvršilnih sredstev ali predmetov izvršbe (t. i. *gradus executionis*),²³ kar pomeni, da upnik ni omejen pri njihovi izbiri. Zato je izvršba s prodajo dolžnikove nepremičnine še vedno lahko prvo ali celo edino izvršilno sredstvo v izvršilnem postopku ne glede na višino upnikove terjatve.²⁴ Vendar je novela ZIZ-L uvedla učinkovite (zgoraj navedene) mehanizme, ki preprečujejo nastanek neželenih posledic, da bi bil dolžnikov dom na javni dražbi prodan zaradi izterjave terjatve nizke vrednosti.²⁵ Takšno je bilo tudi stališče Sveta Evrope, ko je končal nadzor nad izvajanjem sodbe ESČP Vaskrsić proti Sloveniji, saj je z resolucijo z dne 4. julija 2018 ocenil, da je Republika Slovenija sprejela ustrezne posamezne in splošne ukrepe za izvršitev navedene sodbe, kamor spadajo zlasti določbe novele ZIZ-L o varstvu dolžnika pri nepremičninski izvršbi.²⁶

6. IZVAJANJE NOVELE V PRAKSI

Še preden je novela ZIZ-L začela veljati, smo na Okrajnem sodišču v Mariboru začeli sodelovati z mariborskim centrom za socialno delo (CSD). Že v marcu 2018 je prvi sestanek sklical predsednik Okrajnega sodišča v Mariboru Marjan Premzl in nanj povabil predstavnike CSD, ki so se na povabilo hitro odzvali. Konec leta 2018 je prišlo do ponovnega sestanka, nato je bil sestanek tudi v septembru 2019. Namen sestankov izvršilnega sodišča s CSD je bilo navezovanje osebnih stikov med zaposlenimi na sodišču in CSD ob uveljavitvi nove izvršilne zakonodaje, izmenjava izkušenj in podajanje predlogov za dobro medsebojno sodelovanje, da bi se namen novih zakonskih določb za varstvo dolžnika kar najbolje uresničil v praksi.

Na uvodnem sestanku v marcu 2018 smo bili prisotni štirje sodniki, strokovni sodelavec ter predstavniki CSD in na njem:

- je vsaka stran predstavila način svojega delovanja in postopanja na splošno ter posebej svoj dotedanji način dela z dolžniki, ki imajo dolgove nizke vrednosti in jim grozi, da bodo ostali brez strehe nad glavo,
- je vsaka stran predstavila svoja pričakovanja in potrebe v zvezi s preprečevanjem nepremičninskih izvršb in deložacij. Zaposleni na sodišču smo natančno pojasnili predstavnikom CSD, kaj je bil namen novele ZIZ-L in kakšna je njihova nova vloga, ki je predvidena z novelo,
- smo navezali osebne stike in si izmenjali kontaktne podatke;
- smo se dogovorili za nov sestanek konec leta, da preverimo, kako oboji novelo ZIZ-L uporabljamo v praksi.

²³ Glej na primer odločbo Ustavnega sodišča RS Up-1298/18-16 z dne 9. maja 2019.

²⁴ Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-93/03-26 z dne 18. novembra 2004. Med sprejemanjem novele ZIZ-L so se nekateri zavzemali za določitev najnižjega zneska terjatve, za izterjavo katerega je mogoče dovoliti izvršbo na nepremičnino, vendar navedeni predlog v delovni skupini ni bil sprejet, saj so lahko po eni strani okoliščine primerov zelo različne in odvisne od številnih dejavnikov (trajanje izterjave, premoženjsko stanje dolžnika, premoženjske razmere na strani upnika itd.), po drugi strani pa nepremičninsko izvršbo pri nas še vedno vodi sodnik in za sodniško odločanje je značilno, da sodnik tehta med različnimi interesi in mora glede na okoliščine konkretnega primera presoditi, katerim pravno varovanim interesom bo dal prednost.

²⁵ Glej tudi Andrej Ekart, Vesna Rijavec, Zakon o izvršbi in zavarovanju z novelo ZIZ-L, Razširjena uvodna pojasnila s podrobnim prikazom evropskega naloga za zamrznitev bančnih računov, GV Založba, Ljubljana 2019, str. 157.

²⁶ Sporočilo Ministrstva za pravosodje Republike Slovenije z dne 12. julija 2018, http://www.mp.gov.si/si/medijsko_sredisce/novica/7590/ (1. 8. 2018).

Predstavniki CSD so na uvodnem sestanku pojasnili, da so pred uveljavitvijo novele ZIZ-L v praksi najpogostejše obravnavali deložacije, ne pa nepremičninske izvršbe zaradi izterjave terjatev (nizke vrednosti). Kadrovske in finančne viri na CSD so omejeni, zaposleni tam pa izjemno obremenjeni. Povedali so, da lahko dolžnikom izplačajo izredno denarno socialno pomoč, morda pa še kakšne druge socialne transferje, vendar samo, če izpolnjujejo pogoje zanje. CSD je že dotlej dobro sodeloval z Rdečim križem in Karitasom. Prednostno se ukvarjajo s starejšimi, invalidi in otroki (tj. posebej ranljivimi skupinami).

Na sestankih smo sodniki predstavnikom CSD pojasnili, da:

- so deložacije bodisi posledica nepremičninske izvršbe lastniških stanovanj bodisi posledica odpovedi najemnih pogodb zaradi neplačevanja najemnin;
- je pomembno, da se dolžnikove finančne težave začnejo reševati dovolj zgodaj, ko je še mogoče kaj rešiti,
- je nepremičninska izvršba praviloma dolgotrajna in sorazmerno draga, zato imajo upniki interes, da do prodaje nepremičnine sploh ne pride, temveč da se njihova terjatev poplača na drug način. Ker je izvršba na nepremičnino dolgotrajna (praviloma več kakor eno leto), je v tem obdobju praviloma na voljo dovolj časa, da se dolгови majhne vrednosti poplačajo drugače, na primer na podlagi dolžnikovih prostovoljnih plačil ali z manj invazivnimi izvršilnimi sredstvi (na primer z izvršbo na sredstva na bančnem računu, z izvršbo na plačo ali pokojnino ipd.),
- da so dolžniki, zoper katere se vodi izvršba na nepremičnino, ki je njihov dom, pogosto otopeli in si ne znajo pomagati, zato je dobrodošla pomoč od zunaj, da se jim pomaga postaviti na noge,
- bo sodišče CSD obvestilo o začetni nepremičninski izvršbi, kadar bo ocenilo, da obstaja precejšnje nesorazmerje med vrednostjo upnikove terjatve ali terjatvami upnikov (če jih je več) in vrednostjo dolžnikove nepremičnine, ki je njegov dom. Pomoč CSD je namenjena tistim dolžnikom, ki imajo sorazmerno nizke in s tem obvladljive dolgove, ni pa namenjen dolžnikom, katerih dolгови so sorazmerni z vrednostjo nepremičnine in so tako visoki, da dolžniki niti s socialnimi transferji niti ob pomoči socialne mreže dolgov ne bi mogli poravnati v doglednem času.

Na sestankih smo sodniki predstavnikom CSD svetovali:

- naj predstavniki CSD po prejemu obvestila sodišča o tem, da je bila dovoljena izvršba na dolžnikov dom zaradi poplčila terjatve nizke vrednosti, dolžnika **povabijo na razgovor** ali ga obiščejo na domu,
- naj predstavniki CSD na sestanku dolžniku ponudijo čustveno podporo, saj so mnogi dolžniki pri nepremičninskih izvršbah otopeli, si ne znajo pomagati in ne vidijo izhoda ter upajo, da se bo nevšečnost rešila sama od sebe. Treba jih je pomiriti in jim pojasniti, da se nepremičninska izvršba ne zgodi od danes na jutri in da je nekaj časa še na voljo za rešitev zadeve, saj je nepremičninska izvršba dolgotrajna in sorazmerno draga ter včasih povezana z negativno medijsko pozornostjo, zato imajo upniki interes, da do prodaje nepremičnine sploh ne pride, temveč da se dolg poplača na drug način (obročno odplačilo, odpis obresti ipd.),

- naj CSD z dolžnikom naredi **analizo premoženjskega stanja**, tj. pregled njegove pasive in aktive, da ugotovi, kakšno premoženje in kakšne prihodke ima dolžnik, po drugi strani pa preveri, koliko znašajo njegovi dolgovi in kolikšni so njegovi mesečni izdatki,
- naj CSD preveri, ali bi glede na opravljeno analizo premoženjskega stanja dolžnik zmozel sam poplačati svoje dolgove v doglednem času. Če ugotovi, da so dolžnikovi prihodki in premoženje prenizki, da bi v doglednem času lahko poplačal upnikove dolgove, CSD poizve, ali ima dolžnik **socialno mrežo** (otroci in drugi sorodniki, sosedje, prijatelji), ki bi mu lahko pomagala pri poplačilu dolga upnikom. CSD skupaj z dolžnikom naredi **načrt odplačila dolga**, na primer tako, da se z upnikom ali upniki dogovori za obročno odplačilo dolgov v daljšem obdobju oziroma za delni odpis obresti (v praksi se je izkazalo, da so upniki oboje pogosto pripravljeni sprejeti),
- naj CSD dolžniku pomaga pri vzpostavitvi **stika z upnikom** z namenom sklenitve dogovora o obročnem poplačilu dolga in odloga izvršbe oziroma naj mu pri pogovorih z upnikom ali upniki pomaga,
- naj CSD na koncu pripravi **obrazloženo mnenje** za odlog izvršbe po 71. členu ZIZ in ga pošlje izvršilnemu sodišču.

Predstavnikom CSD smo nadalje priporočali, da je treba potem, ko je požar pogašen in je nepremičninska izvršba odložena zaradi sklenitve dogovora med dolžnikom in upnikom oziroma obročnega odplačila dolga in odloga izvršbe za eno leto, preveriti, ali so prihodki dolžnika dolgoročno dovolj visoki, da bodo preprečevali nastajanje novih dolgov, da ne bo požar izbruhnil znova. Če se ugotovi, da dolžnik dolgoročno ni sposoben izpolnjevati svojih rednih mesečnih obveznosti, ker njegovi mesečni prihodki redno presegajo odhodke, mu je smiselno (morda tudi ob pomoči odvetnikov preko brezplačne pravne pomoči ali nevladnih organizacij) pomagati, da naredi načrt, kako nastajanje dolgov v prihodnje preprečiti. Če se dolžnik s tem strinja, je treba iskati ustrezne rešitve v sodelovanju z njegovimi potomci oziroma sorodniki. Dolgoročne rešitve so: (a) sklenitev izročilne pogodbe z otroki v obliki notarskega zapisa (pri čemer lahko za sklenitev izročilne pogodbe pri notarju zaprosijo za brezplačno pravno pomoč pri pristojnem sodišču), (b) dogovor, da del mesečnih obveznosti za ostarele starše plačujejo njihovi otroci; (c) prostovoljna prodaja stanovanja ali hiše in vselitev v manjše stanovanje ali najem manjšega stanovanja, (d) prostovoljna prodaja stanovanja ali hiše in namestitvev v dom za starejše občane (če gre za upokoјence) ipd.

Predstavnikom CSD smo nadalje pojasnili, da lahko od novele ZIZ-L dalje izvršilno sodišče na predlog dolžnika, ki mu je priloženo **obrazloženo mnenje CSD**, dovoli izredni odlog izvršbe za eno leto (četrti odstavek 71. člena ZIZ). Sodišče mora imeti dovolj trditvene in dokazne podlage, da lahko predlogu za odlog izvršbe ugotovi, zato naj obrazloženo mnenje CSD obsega zlasti:

- konkretizirane podatke o dolžniku (na primer upokoјenec, star 72 let, živi sam, ima dva preskrbljena otroka, ki živita na svojem, ipd.) in o njegovi socialni mreži,
- podatke o dolžnikovem premoženjskem stanju, na primer, da prejema pokojnino v višini 500,00 evra, je lastnik dvosobnega stanovanja (stanje aktive in pasive, mesečni prihodki in odhodki),

- podatke o tem, ali je dolžnik že navezal stik z upnikom in dosegel dogovor o obročnem odplačilu dolga,
- podatke o tem, ali bi lahko dolžnik v doglednem času svoje dolgove poravnal sam ali s pomočjo socialne mreže oziroma humanitarnih organizacij. Če bi jih lahko poravnal, naj bo v mnenju predstavljen tudi načrt odplačila dolga (kdaj bi bil lahko dolg poplačan, iz katerih virov ipd.), na primer z izredno denarno socialno pomočjo CSD, prispevki otrok, humanitarnih organizacij ipd., in
- pojasnila o tem, ali bi takojšnja izvršba ogrozila preživljanje dolžnika ali njegovih družinskih članov.

Predstavniki CSD so nas seznanili, da so do tedaj v primerih, ko so bili obveščeni o posamezni nepremičninski izvršbi na dolžnikov dom, dolžniku skušali zagotoviti prvo socialno pomoč in vključiti ožje družinske člane v reševanje nastalega položaja. CSD so že do tedaj pomagali dolžnikom, če so jih ti zaprosili za pomoč, včasih so se na dolžnike obrnili tudi sami, tako da so jim pisali, od dolžnikov pa je bilo odvisno, ali so se na pisni poziv odzvali ali ne. CSD že dolgo dobro sodelujejo z Rdečim križem in Karitasom, mogoče pa bi bilo tudi sodelovanje z nekaterimi drugimi organizacijami. Predstavniki CSD so nas zaprosili za izdelavo obrazca, na podlagi katerega bi lahko CSD preverili, ali so pri delu z dolžnikom storili vse, kar se od njih pričakuje. Ugotovili smo, da bi bil primeren rok za izdelavo obrazloženega mnenja CSD po 71. členu ZIZ približno 30 dni.

Konec leta 2018 smo se srečali na drugem sestanku in ugotovili, da so CSD začeli na sodišča pošiljati obrazložena mnenja za odlog izvršbe po četrtem odstavku 71. člena ZIZ, vendar so bila številna med njimi preveč splošna in pavšalna, da bi na njihovi podlagi sodišče lahko izdalo sklep o odlogu izvršbe in ga ustrezno utemeljilo. Zato smo sodniki predstavnike CSD zaprosili, da v prihodnje v mnenju navedejo zlasti: (a) konkretne podatke o dolžniku (starost, družinske razmere, socialna mreža), (b) finančne podatke (opis premoženjskega stanja, višina mesečnih prejemkov in mesečnih odhodkov), (c) načrt (obročnega) odplačila dolga (v kolikšnem času in iz katerih virov, na primer izredna socialna pomoč, denarna pomoč občine, humanitarne organizacije, otroci, socialna mreža), d) stike in dogovore z upnikom ipd. Vodja izvršilnega oddelka Jasmina Obrovnik Gril je kot primer dobrega obrazloženega mnenja CSD prebrala mnenje, iz katerega je razvidno: (a) koliko pokojnine prejema dolžnik, (b) v kolikšnem znesku je dolg že poplačan, (c) kako se je vključil CSD (vzpostavitev stika z dolžnikom, izredna socialna pomoč, obveščanje humanitarnih organizacij) ter (d) kakšni so načrti za poplačilo dolga med odlogom izvršbe (šest mesecev). Predstavnice CSD so poudarile, da se dolžniki vedno ne odzovejo na vabila, ki jim jih pošljejo, ko prejmejo obvestilo izvršilnega sodišča, da se je začela nepremičninska izvršba na dolžnikov dom zaradi izterjave terjatve nizke vrednosti. V takem primeru stika z dolžnikom ne vzpostavljajo več, razen če gre za starejše osebe ali osebe z mladoletnimi otroki. Takrat izjemoma kljub neodzivnosti dolžnika opravijo obisk na domu, pri čemer pa jim dodatnih poizvedb o dolžniku na terenu, na primer poizvedb pri sosedih, glede na mnenje informacijske pooblaščenke ni dovoljeno opravljati. Prav tako jim brez privolitve dolžnika ni dovoljeno navezati stika z dolžnikovimi sorodniki (na primer otroki). Dolžnike obravnavajo celostno glede na to, na katerem področju potrebujejo pomoč. Gre bodisi za denarno pomoč bodisi za pomoč pri družinskem stanju. Pojasnijo, da se nizke terjatve (do 1.000,00 evra) poravnajo na različne načine: (a) z izredno denarno socialno pomočjo, (b) ob sodelovanju z Mestno občino Maribor, ki nakaže del denarja, ki ga ima rezervira-

nega za reševanje socialnih stisk, (c) z obveščanjem raznih humanitarnih organizacij (Karitas, Rdeči križ, Zveza prijateljev mladine – ZPM, če gre za družino z otroki, društvo Upornik oziroma Borisa Krabonja), ki pomagajo pri poplačilu dolga. Za posameznika je na CSD določen najvišji zgornji letni znesek možnih socialnih transferjev, ki ne sme biti presežen, zaradi česar izplačilo izredne socialne pomoči včasih zamaknejo v januar in se takrat pokrije razlika pri poplačilu dolga. Pri izplačilu izrednih socialnih pomoči so vezani na roke, ki jih določi ministrstvo (izplačila so vsakega 20. v mesecu).

Na drugem sestanku smo tudi ugotovili, da obstaja možnost preventivnega delovanja ne le v izvršilnih, temveč tudi v pravnih postopkih, in sicer v primeru tožb na odpoved najemnih pogodb (običajno gre za neprofitna stanovanja Javnega medobčinskega stanovanjskega sklada Maribor – JMSSM in Republiškega stanovanjskega sklada). Pri reševanju dolžnikove bivanjske problematike bi bilo smiselno obveščati CSD tudi o teh postopkih, če bi dolжник (toženec) vložil odgovor na tožbo (če odgovora na tožbo toženec ne vloži, sodišče izda zamudno sodbo, s katero tožbenemu zahtevku na izselitev praviloma ugotovi). Prav obveščanje CSD se je že izkazalo kot uspešno v pravnem postopku, kjer je starejšemu paru grozila odpoved najemne pogodbe zaradi neplačanih najemnin. Pred glavno obravnavo v tej pravdni zadevi je sodnik prejel predlog za preložitve naroka in obvestilo CSD, da se vodi postopek pridobivanja izredne denarne pomoči. Predstavnica CSD se je na drugem sestanku z obveščanjem CSD v primerih tožb na odpoved najemnih pogodb strinjala in pohvalila tudi dobro sodelovanje z JMSSM (kar pa ne velja za sodelovanje z Republiškim stanovanjskim skladom, saj ta vztraja pri deložacijah, tudi če so v postopku udeleženi otroci); prav pravočasno obveščanje je bistvenega pomena, da je mogoče dolžnikovo bivanjsko stisko rešiti.

Tretji sestanek med sodiščem in CSD je potekal oktobra 2019 in na njem smo ugotovili, da sodelovanje med izvršilnim sodiščem poteka dobro, zlasti se je izboljšala kakovost obrazloženih mnenj CSD za odlog izvršbe po četrtem odstavku 71. člena ZIZ. Kot težava so se izkazali le roki za izdelavo obrazloženega mnenja CSD; predstavnice CSD so poudarile, da je 30-dnevni rok za podajo obrazloženega mnenja prekratek, saj mora CSD imeti dovolj časa za vročitev vabila na sestanek dolžniku, prav tako je določen čas potreben za pripravo finančnega načrta (tj. načrta odplačila dolga), zato so povedale, da je ustrezní rok za vložitev obrazloženega mnenja CSD vsaj 45 dni. Glede nadaljnjih sestankov smo se dogovorili, da jih bomo sklicali po potrebi.

Poudariti velja, da je bil namen sestankov izvršilnega sodišča in CSD v celoti dosežen. Sodelovanje med izvršilnim sodiščem in CSD poteka gladko, saj izvršilno sodišče v skladu s 169. členom ZIZ redno obvešča CSD o primerih, ko je dovolilo izvršbo na dolžnikov dom zaradi izterjave terjatev nizke vrednosti, CSD pa na podlagi razlag in priporočil, ki smo jih na sestankih na sodišču dali predstavnikom CSD, izvaja naslednje aktivnosti:

- CSD vzpostavi stik z dolžnikom tako, da ga z dopisom povabi na sestanek. Na domu obiščejo dolžnika le, če so v družini mladoletni otroci,
- CSD nudi dolžniku čustveno oporo (dolžniki so pogosto otopeli, si ne znajo pomagati),

- če se dolžnik strinja, CSD vzpostavi stik z dolžnikovo socialno mrežo (otroci in drugi sorodniki), jih seznani z dolžnikovim težkim finančnim stanjem in poizve, ali bi lahko dolžniku pomagali pri poplačilu dolga,
- CSD aktivno sodeluje pri »gašenju požara« in z dolžnikom išče kratkoročne rešitve za poplačilo dolga (načrt poplacha dolga). S tem namenom analizira dolžnikovo premoženjsko stanje (aktiva in pasiva, prihodki in odhodki) oziroma premoženjsko stanje njegove družine, preverja, ali so dolžnik ali člani njegove družine upravičeni do socialnih transferjev, ali bi lahko finančno pomoč ponudila dolžnikova socialna mreža (zlasti otroci in drugi bližnji sorodniki) ter humanitarne organizacije in občina (Mestna občina Maribor ima poseben sklad, namenjen reševanju socialnih stisk),
- CSD pomaga dolžniku navezati stik z upnikom in se z njim dogovoriti za obročno odplačilo dolga, odpis obresti, odlog izvršbe (za obdobje do enega leta) ipd. Izvršba na dom zaradi izterjave terjatev nizke vrednosti je povezana z negativno medijsko pozornostjo, zato imajo upniki interes, da se dolg poplača, ne da bi bilo za to treba na javni dražbi prodati dolžnikov dom. Res pa je, da se v praksi dolžniki pogosto »zbudijo« šele, ko upnik predlaga izvršbo na njihov dom in šele takrat iščejo stike z upnikom, ki so se jim pred tem pogosto izogibali (kakor izhaja iz pripovedovanj številnih upnikov);
- do dogovora z upnikom pogosto pride in upnik na podlagi sporazuma o obročnem odplačilu predlaga odlog izvršbe (odlog izvršbe na predlog upnika lahko traja največ eno leto);
- tudi če do dogovora z upnikom ne pride, lahko sodišče na dolžnikov predlog ali celo po uradni dolžnosti odloži izvršbo za pol leta na podlagi obrazloženega mnenja CSD.

Ugotovili smo, da je nepremičninska izvršba dolgotrajna in v času odloga (ki traja eno leto na predlog upnika oziroma pol leta na predlog dolžnika na podlagi obrazloženega mnenja CSD) je mogoče marsikatero težavo rešiti, saj ima dolžnik na voljo dovolj časa za poplačilo dolga nizke vrednosti (čas je denar). Izkazalo se je, da v času trajanja odloga izvršbe na predlog upnika (eno leto) dolžnik dolg običajno poplača, in sicer iz več virov:

- s socialnimi transferji, zlasti z izredno denarno socialno pomočjo CSD, pa tudi z drugimi socialnimi transferji, do katerih je upravičen dolžnik ali člani njegove družine (na primer dodatek za invalidnost),
- s pomočjo otrok (starejši dolžniki pogosto odklanjajo, da CSD o njihovem težkem finančnem stanju obvešča njihove odrasle otroke, saj jih po eni strani ne želijo obremenjevati s svojimi težavami, se sramujejo svoje stiske ali so njihovi otroci sami v socialni stiski). Kadar pa s tem soglašajo in CSD otroke obvesti, ti radi priskočijo na pomoč svojim staršem,
- iz občinskih sredstev, namenjenih za reševanje socialnih stisk (zagotovljena so v posebnem skladu Mestne občine Maribor), in
- s pomočjo humanitarnih organizacij (Karitas, Rdeči križ, društvo Upornik, Zveza prijateljev mladine – ZPM, kadar gre za družino z otroki).

7. PRIMER DOBRE PRAKSE V IZVRŠILNEM POSTOPKU

Diana, 54 let, živi v lastniškem stanovanju, ne plačuje stroškov upravniku. Junija 2018 upravnik vloži predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine zaradi iz-

terjave 1.031,42 evra s pripadki zaradi neplačanih obratovalnih stroškov, Okrajno sodišče v Ljubljani (COVL) pa izda sklep o izvršbi, s katerim med drugim dovoli izvršbo na njeno stanovanje. Po prejemu spisa izvršilno sodišče (tj. Okrajno sodišče v Mariboru) o izvršbi na dolžnično stanovanje, v katerem živi, zaradi izterjave terjatve nizke vrednosti obvesti CSD Maribor. CSD opravi razgovor z dolžnico in ugotovi, da sta s sinom prejemnika denarne socialne pomoči v skupnem znesku 590,00 evra. Na pobudo CSD je dolžnica vložila vlogo za izredno denarno socialno pomoč, CSD pa je vlogi ugodil in v soglasju z dolžnico nakazal znesek neposredno upniku. Ker je bil dolg z nakazilom CSD poplačan, je upnik aprila 2019 umaknil predlog za izvršbo.

8. RAZŠIRITEV PRAKSE NA PRAVDNE POSTOPKE – TOŽBE NA ODPOVED NAJEMNIH POGODB

Že na drugem sestanku med Okrajnim sodiščem v Mariboru in CSD Maribor v decembru 2018 smo razmišljali, da je smiselno, da o nevarnosti, da bo dolžnik ostal brez strehe nad glavo, sodišče obvesti CSD tudi, kadar vodi pravdni postopek zaradi odpovedi (neprofitne) najemne pogodbe iz (krivdnega) razloga neplačevanja najemnine in obratovalnih stroškov (za slednje subsidiarno jamči lastnik).²⁷ Na tretjem sestanku oktobra 2019 smo ugotovili, da je tudi sodelovanje na tem področju obrodilo zelo dobre sadove v primerih, ko so bili najemnikovi dolgovi obvladljivi (približno do 2.500,00 evra) in je sodišče po prejemu odgovora na tožbo obvestilo CSD, ki je navezal stik z najemnikom (tožencem), toženec je zaprosil za izredno denarno socialno pomoč, ki pa običajno ni zadoščala za kritje celotnega dolga, zaradi česar so dolžniku na pomoč priskočili sorodniki in humanitarne organizacije (Karitas, Rdeči križ, Upornik) ter občina. Šlo je za tri pravdne postopke, ki sem jih vodil kot sodnik, in v vseh treh primerih so se postopki zaradi plačila celotnega ali pretežnega dela dolga končali brez izdaje (obsodilne) sodbe, bodisi s sklenitvijo sodne poravnave bodisi umikom tožbe.

V nadaljevanju navajam potek treh pravdnih postopkov, ki sem jih vodil in so se zaradi sodelovanja pravnega sodišča in CSD ugodno končali za obe stranki.

8.1 Slavko

Slavko, 66-letni upokojenec, je s soprogo živel v 59 m² velikem dvosobnem stanovanju. Ni plačeval niti neprofitne najemnine niti obratovalnih stroškov, zato je junija 2018 najemodajalec (JMSSM) na sodišče vložil tožbo na odpoved najemne pogodbe. Njegov dolg je takrat znašal 1.300,00 evra. V odgovoru na tožbo je navedel slabe premoženjske in socialne razmere, saj je žena invalid, oba sta bolna in z nizkimi prejemki.

Sodišče je razpisalo pripravljalni narok in o postopku obvestilo CSD. Na naroku je toženec povedal, da je vložil vlogo za izredno denarno socialno pomoč, žena bo vložila vlogo za dodatek v zvezi z invalidnostjo, podal bo vlogo za subvencijo najemnine. Strinjal se je, da ga CSD obišče na domu in obvesti humanitarne or-

²⁷ Po 4. točki prvega odstavka 103. člena Stanovanjskega zakona lahko lastnik odpove najemno pogodbo, če najemnik ne plača najemnine ali stroškov, ki se plačujejo poleg najemnine, v roku, ki ga določa najemna pogodba, če rok ni določen, pa v 60 dneh od prejema računa.

ganizacije ter da njegova odvetnica obvesti sina (temu je bil sprva nenaklonjen). V soglasju s strankami je bil pripravljani narok preložen.

Na drugem naroku sta stranki poročali, da je toženec že poplačal tri četrtine dolga, saj je od CSD pridobil izredno denarno socialno denarno pomoč v znesku 1.233,00 evra, finančno mu je pomagal tudi sin. V soglasju s strankama je bil narok znova preložen za tri mesece.

Tretji narok je sodišče razpisalo septembra 2019, tj. leto in tri mesece po vložitvi tožbe. Na njem sta stranki sklenili sodno poravnavo, saj je toženec večino dolga do najemodajalca (tožnika) poravnal, četudi je januarja 2019 dolgoval že 1.827,00 evra. Kakor rečeno, je del dolga poravnal iz sredstev izredne denarne socialne pomoči in ob pomoči sina, preostanek dolga pa s pomočjo društva Upornik, ki ga vodi Boris Krabonja. Stranki sta se nadalje dogovorili, da v stanovanju ne bodo več prijavljene štiri osebe, temveč samo dve (tožnik in njegova soproga), saj je eden od sinov umrl že pred leti, drugi pa se je že odselil, zaradi česar bosta z ženo plačevala nižje obratovalne stroške. Toženec se je zavezal vsako leto zaprositi za izredno denarno socialno pomoč oziroma varstveni dodatek. Razmišlja o selitvi v manjše stanovanje ali o preselitvi k sinu. Tožeča stranka je ponudila, da pomaga pri selitvi ali prek humanitarnih organizacij, na primer prek Društva kralji ulice.

8.2 Branko

Branko, 59 let, je z ženo živel v 63 m² velikem najemniškem stanovanju in ni plačeval niti obratovalnih stroškov niti neprofitne najemnine, zaradi česar je JMSSM januarja 2019 vložil tožbo na odpoved najemne pogodbe in navajal, da je dolg znašal 1.224,00 evra. Toženec je v odgovoru na tožbo navedel, da je CSD zaprosil za pomoč pri plačilu dolga, ki je njemu in ženi odobril denarno socialno pomoč, vsakemu v višini 616,00 evra. Po prejemu odgovora na tožbo sodišče ni razpisalo pripravljalnega naroka, temveč je o zadevi obvestilo CSD, ki je s tožencem opravil razgovor. CSD je z dopisom sodišču sporočil, da je toženec pridobil izredno denarno socialno pomoč, žena pa nadomestilo za invalidnost; toženec je po novem zaposlen prek javnih del; imata skupno hčerko, ki pa jima finančno ne more pomagati, saj živi sama z otrokom; s sorodniki po ženini strani nimajo stikov, brat mu je posodil 200,00 evra. CSD ga je napotil na humanitarne organizacije. Toženec se je obrnil na društvo Upornik, ki je nakazalo sredstva za kritje preostanka dolga do tožnika, zato je ta junija 2019 umaknil tožbo.

8.3 Melita

Melita, 60 let, je živela sama v 62 m² velikem najemniškem stanovanju. Ni plačevala niti neprofitne najemnine niti obratovalnih stroškov, zaradi česar je najemodajalec januarja 2019 na sodišče vložil tožbo na odpoved najemne pogodbe (na dan vložitve tožbe je dolg znašal 1.140,00 evra). V odgovoru na tožbo je toženka zapisala, da je najemno stanovanje dobila neopremljeno, zato ga je po vselitvi morala opremiti. Zaradi stroškov, povezanih z opremljanjem stanovanja, so ji nastali dolgovi. Že več let se zdravi pri psihiatru. Prejema le denarno socialno pomoč, drugih prihodkov nima. Na CSD je vložila prošnjo za izplačilo izredne denarne pomoči. Ko je prejelo odgovor na tožbo, sodišče ni razpisalo pripravljalnega naroka, temveč je o zadevi obvestilo CSD, ki je s toženko opravil razgovor in o njem poro-

čal sodišču. CSD je v dopisu navajal, da se toženka preživlja z denarno socialno pomočjo in prejema subvencijo najemnine. Ima tri polnoletne otroke, s katerimi nima najboljših odnosov. Primeren odnos ima le s starejšim sinom, ki pa ima svojo družino, njegova hčerka pa ima cerebralno paralizo, zato pomoči od otrok ne more pričakovati. Vložila je vlogo za izredno denarno socialno pomoč. CSD jo je napotil na humanitarne organizacije.

Sodišče je dopis CSD poslalo strankama v izjavo, vendar sta ostali pasivni, zato je čez nekaj časa razpisalo pripravljalni narok.

Po prejema vabila na pripravljalni narok je tožnica z vlogo obvestila sodišče, da ji je CSD odobril izredno denarno socialno pomoč, s katero je poplačala del dolga, s tožnikom pa se je dogovorila za obročno odplačilo preostanka dolga. Zapisala je, da ne želi, da CSD naveže stik z njenimi otroki, saj jih ne želi obremenjevati s svojimi (finančnimi) težavami.

Tožnici sem poslal dopis, naj vendarle naveže stik s svojimi otroki z namenom poplačila preostanka dolga. Čez nekaj časa je tožnik tožbo umaknil, saj je preostanek dolga pomagalo poplačati društvo Upornik.

9. SKLEP – USPEŠNO SODELOVANJE

Inštitut sodelovanja izvršilnega sodišča in CSD pri preprečevanju prodaje nepremičnine, ki je dolžnikov dom, zaradi izterjave terjatev nizke vrednosti, ki ga je uvedla novela ZIZ, se je v praksi zelo dobro obnesel in rodi izjemno dobro sadove, saj imamo pri tovrstnem sodelovanju koristi vsi vpleteni:

- sodišče, ker se dolg poplača brez prisilne prodaje dolžnikovega doma (ali brez sodne odpovedi najemne pogodbe, če gre za pravde postopke), zaradi česar običajno pride do umika izvršbe ali tožbe oziroma sklenitve sodne poravnave (manjša poraba časa za izdelavo sodnih odločb oziroma sporazumna rešitev spora),
- CSD, ker je mogoče dolžnikovo socialno stisko dolgoročno rešiti in požar (v obliki nevarnosti izgube strehe nad glavo) v prihodnosti ne izbruhne več,
- upniki, ker pridejo do poplačila svoje terjatve brez negativne medijske pozornosti, pogosto hitreje in z manjšimi stroški kakor v rednem postopku izvršbe na nepremičnino, in zlasti
- dolžniki (predvsem starejši), ki se rešijo socialne stiske, ohranijo streho nad glavo in se jim omogoči dostojno življenje.

LITERATURA IN VIRI:

- A. Ekart, V. Rijavec, Zakon o izvršbi in zavarovanju z novelo ZIZ-L, Razširjena uvodna pojasnila s podrobnim prikazom evropskega naloga za zamrznitev bančnih računov, GV Založba, Ljubljana 2019.
- A. Ekart, Andrej, Brez strehe nad glavo, Večer 15. 4. 2016, str. 10.
- A. Galič, Pravica do sodnega varstva v novejši praksi Evropskega sodišča za človekove pravice, Pravosodni bilten, št. 4/2013, str. 83–113.
- V. Horvat, T. Igličar, Nekaj novosti o učinkovanju in izvrševanju odločb ter mehanizmih odločanja Evropskega sodišča za človekove pravice s prikazom nekaterih najpomembnejših odločb sodišča s področja izvršbe, Pravosodni bilten, št. 2/2016, str. 141 in naslednje.
- V. Rijavec, Reforma izvršilnega prava, Podjetje in delo, št. 6-7/2009, str. 1131–1141.
- T. E. Tyler, E. Lawton, K. Conroy, M. Sandel, B. Zuckerman, Poverty, Health and Law, Durham, Carolina Academic Press, 2011, str. 1 in nasl.; OECD Expert Roundtables on Equal Access to Justice (2015), Background Notes, OECD, Pariz, 7. 10. 2015, str. 11 (14. 7. 2017 dosegljivo na: <http://www.oecd.org/gov/Equal-Access-Justice-Roundtable-background-note.pdf>).

VLOGA CENTRA ZA SOCIALNO DELO PRI IZVRŠBI V DRUŽINSKIH ZADEVAH¹

Anita Bregar, univ. dipl. soc. delavka, višja svetovalka, pomočnica direktorice
CSD Gorenjska, Enota Jesenice

1. UVOD

Ob izvajanju Družinskega zakonika (DZ)² v prakso in ob spremljajočih usposabljanjih, posvetih, delavnicah sem imela večkrat priložnost sodelovati s sodniki, s katerimi smo po novi zakonodaji močno povezani pri oblikovanju življenja otrok, spoznavati njihovo delo, razmišljanja, dileme. Ob tem sem spoznala, da sodniki pravzaprav ne poznajo »izrazoslovja«, ki ga uporabljamo strokovni delavci centrov za socialno delo, ne poznajo načel, po katerih delujemo. Za lažje razumevanje delovanja strokovnih delavcev v centrih za socialno delo (CSD) podajam nekaj temeljnih pojasnil glede pooblastil, pristojnosti, načinov delovanja, omejitev in pravil delovanja.³

CSD na podlagi Zakona o socialnem varstvu (ZSV)⁴ izvajamo naloge, za katere nas je pooblastila država, torej gre za javna pooblastila in naloge, ki nam jih nalagajo drugi zakoni. Izvajamo pa tudi socialnovarstvene storitve. Socialnovarstvene storitve (storitve) so namenjene preprečevanju socialnih stisk in težav (socialna preventiva), obsegajo aktivnosti in pomoč za samopomoč posamezniku, družini in skupinam prebivalstva. Storitve, ki jih izvajamo CSD, so: prva socialna pomoč, osebna pomoč, podpora žrtvam kaznivih dejanj in pomoč družini. V nadaljevanju podajam nekaj pojasnil v zvezi s področjem varstva otrok in družine.

Prva socialna pomoč obsega pomoč pri prepoznavanju in opredelitvi socialne stiske in težave, oceno možnih rešitev ter seznanitev upravičenca z vsemi možnimi oblikami socialnovarstvenih storitev in dajatev, ki jih lahko uveljavi, ter o obveznostih, povezanih z oblikami storitev in dajatev, ter z mrežo in programi izvajalcev, ki nudijo socialnovarstvene storitve in dajatve.⁵

1 Prispevek je bil predstavljen v Izvršilni šoli v Portorožu v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju 29. 1. 2020 in 12. 2. 2020. V prispevku je prikazan tudi del analize odvzema otrok po 120. členu Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (Uradni list RS, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US, 15/17 – DZ in 30/18 – ZSVI), ki smo jih izvedli centri za socialno delo v letih 2017, 2018 in do 15. 4. 2019. Analizo sem opravila za namen medinstitucionalnega posveta, ki ga je pripravilo Ministrstvo za pravosodje, Center za izobraževanje v pravosodju 18. 11. 2019 v Ljubljani.

2 Družinski zakonik (Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19 in 67/19 – ZMatR-C).

3 V prispevku obravnavam delo CSD, ki je vezano na varstvo otrok in družine.

4 Zakon o socialnem varstvu (Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 23/07 – popr., 41/07 – popr., 61/10 – ZSVarPre, 62/10 – ZUPJS, 57/12, 39/16, 52/16 – ZPPreb-1, 15/17 – DZ, 29/17, 54/17, 21/18 – ZNOrg, 31/18 – ZOA-A in 28/19).

5 12. člen ZSV.

Osebna pomoč obsega svetovanje, urejanje in vodenje z namenom, da bi posamezniku omogočili razvijanje, dopolnjevanje, ohranjanje in izboljšanje socialnih zmožnosti.⁶

Pomoč družini po tem zakonu obsega pomoč za dom, pomoč na domu in socialno podporo.

Pomoč družini za dom obsega strokovno svetovanje in pomoč pri urejanju odnosov med družinskimi člani in pri skrbi za otroke ter usposabljanje družine za opravljanje njene vloge v vsakdanjem življenju.

Pomoč družini na domu obsega socialno oskrbo upravičenca v primeru invalidnosti, starosti in v drugih primerih, ko socialna oskrba na domu lahko nadomesti institucionalno varstvo.⁷

Storitve so mehka strategija podpore in pomoči ljudem tam, kjer sami ne znajo ali ne zmorejo najti rešitve za svojo težavo. Strokovni delavci si moramo prizadevati, da z upravičencem⁸ dosežemo dogovor o trajanju, vrsti in načinu zagotavljanja storitve. Vključitev v storitve je prostovoljna, pooblastilo za sodelovanje nam podelijo upravičenci.

Delo z upravičencem se začne s pogovorom o sodelovanju in z »instrumentalno definicijo problema« v soustvarjanju želenih izidov. Pri storitvah uporabljamo metode, ki so usmerjene v raziskovanje, odkrivanje in razvoj zmožnosti posameznika in članov družine, da najdejo svoj način odziva na stisko. Skupaj z njimi skušamo najti zanje sprejemljive in uresničljive rešitve za njihove težave. Temeljni načeli za delo sta: etika udeležnosti in načelo uporabnikove moči.⁹ Temeljna metoda je pogovor. Postopki izvajanja storitve morajo biti vodeni tako, da zagotavljajo zaupnost podatkov ter osebno integriteto in dostojanstvo upravičenca.

Izvajamo pa tudi javna pooblastila, kjer gre za trdo kontrolno strategijo. V okviru javnih pooblastil se uporabljajo represivne metode dela, usmerjene k predlogom ukrepov, ki so utemeljeni v zakonodaji. Posege izvajamo kot »intervencijo«, kadar težava preseže meje sprejemljivega, dopustnega, kadar je ogrožena korist otrok.

V delovanju CSD se pri upoštevanju otrokove koristi velikokrat kažeta dve načeli kot nasprotje med različnimi cilji, in sicer se najdemo v nasprotju med avtonomijo družine in posegi države, med pravico družine do zasebnosti življenja in javnim nadzorom ter med prostovoljnim sodelovanjem družinskih članov in prisilo sodelovanja.

Ne glede na delovanje v okviru javnih pooblastil si moramo strokovni delavci nenehno prizadevati pridobiti uporabnika za sodelovanje, da skupaj z njim iščemo in ugotavljamo, kaj jim preprečuje, da bi zmogli delovati kot dovolj dobri starši svojim otrokom, ter kaj potrebujejo, da bodo zmogli spremeniti svoja ravnanja in odpraviti

6 13. člen ZSV.

7 15. člen ZSV.

8 Za posameznike in družine, ki prejemajo storitve centra ali pa so obravnavani na podlagi ukrepov, v prispevku uporabljam izraz upravičenec ali uporabnik.

9 Čačinovič Vogrinčič in Mešl, nav. delo, str. 30.

pomanjkljivosti. Izvajanje nalog v okviru javnih pooblastil in izvajanje storitev sta dva procesa, ki potekata vzporedno in se prepletata. Zaradi nalog v okviru javnih pooblastil sodelovanje z našo službo starši in družinski člani vsaj na začetku procesa pomoči in podpore večinoma doživljajo kot neprostoovoljno.

2. VODILO RAVNANJ CSD V ODNOSU DO DRUŽINE

CSD je glede na naloge, določene s predpisi, metode in načela usmerjen v zaščito in pomoč družini. Z vidika socialnega dela je temeljna naloga vzpostavljanje delovnega oziroma svetovalnega odnosa z družino, ki se je znašla v stiski, ugotavljanje možnosti za spodbuditev družine in drugih naravnih mrež, oblikovanje edinstvenega delovnega načrta, da bi družina ob pomoči in podpori zmogla urediti razmere, v katerih se je znašla. Ključno za razumevanje procesov pomoči in podpore je vzpostavljanje delovnega odnosa, kjer pomoč izhaja iz »instrumentalne definicije problema« in ni dana vnaprej, ampak jo moramo strokovnjaki kot spoštljivi in odgovorni zavezniki družine skupaj z njo vsakokrat soustvariti in ubesediti. Z vidika socialnega dela je namreč temeljna naloga raziskovanje možnosti za pomoč družini, da bi njeni člani zmogli samostojno in odgovorno opravljati svoje naloge. CSD je usmerjen v krepitev moči, sposobnosti družinskih članov kot posameznikov in družine kot celote. Gre za koncept »pomoč družini za dom«.

Kot določa 3. člen Konvencije o otrokovih pravicah (KOP) mora biti pri vseh dejavnostih v zvezi z otroki, ki jih vodimo državne ali zasebne ustanove, otrokova korist glavno vodilo. Otrokova korist pa ostaja tudi po DZ pravni pojem, ki ga je treba v vsakem primeru posebej napolniti z vsebino ob upoštevanju vseh okoliščin konkretnega primera.¹⁰ Glavno vodilo pri zagotavljanju največje koristi otroka sta zadovoljevanje njegovih potreb in upoštevanje njegovih pravic.

Zagotavljanje največje koristi otroka strokovnim delavcem CSD nalaga dolžnost, da smo ne glede na nalogo, ki jo opravljamo, ves čas pozorni na izvajanje starševske skrbi in koristi posameznega otroka. Nenehno moramo strokovno presoјati, ali so njihova skrb in ravnanja še v otrokovo korist. Če pri izvajanju storitev znamo, da je korist otroka ogrožena, je treba po uradni dolžnosti začeti aktivnosti za izvajanje javnih pooblastil in uvedbo ukrepov. Pri tem je vloga CSD dvojna, tj. svetovalna in represivna. Ob tem je zelo pomembno, kakšno izkušnjo so družinski člani v sodelovanju z nami imeli, kakšen delovni odnos smo z družino vzpostavili, kakšen dialog smo vodili. Pri tem se pripravljenost staršev in družine za sodelovanje pogosto spremeni.

Če družinski člani predhodno niso sodelovali pri izvajanju storitev in CSD vstopi v družino z javnimi pooblasti zaradi suma ogroženosti otrokove koristi, se glede na oceno pripravita načrt za zmanjšanje škode in tveganj ter hkrati tudi načrt pomoči družini in otroku glede aktivnosti za vključitev družinskih članov v storitve in druge oblike pomoči, podpore in vključevanja v programe s ciljem čim manjšega poseganja v družino in odprave razlogov, zaradi katerih je otrokova korist ogrožena.

¹⁰ Novak, B., nav. delo, str. 44.

3. VLOGA CSD V PRIMERU OGROŽENOSTI OTROKOVIH KORISTI

3.1 Otrokova korist

Otrokove koristi ni mogoče vnaprej določiti s posameznim ali splošnim predpisom. Neopredeljenost izraza daje strokovnjakom diskrecijsko pravico za opredelitev koristi posameznega otroka. Pri določanju otrokove koristi gre za kombinacijo ugotovitev o značilnostih in potrebah otroka, značilnostih staršev in širšega socialnega okolja ter ocene, kaj od tega pomeni tveganje in kaj otroka varuje.¹¹ Določanje koristi otroka je procesno, »živo« dejanje, saj se življenjske razmere in okoliščine otroka in družine, ki vplivajo nanjo, spreminjajo. Načelo največje koristi otroka usmerja v individualizirano obravnavo vsakega otroka posebej, preučitev njegovih potreb in iskanje rešitev, s katerimi je mogoče te kar najboljše zadovoljiti. Določanje koristi otroka ter načrtovanje aktivnosti in postopkov je strokovno izjemno zahtevna in kompleksna naloga, saj je korist posameznega otroka treba presojati z vidika zdajšnjih in dolgoročnih koristi s predvidenimi dolgoročnimi učinki in vplivom na njegovo nadaljnje življenje.

3.2 Ocena ogroženosti

Metoda za ocenjevanje ogroženosti in opredelitev največje koristi otroka je ocena ogroženosti. Ocena ogroženosti je metoda dela, ki vsebuje celovit vpogled v življenje posameznega otroka in opredelitev največje koristi. Izdelava ocene ogroženosti je stalni proces, v katerem načrtno in sistematično pridobivamo pomembne podatke o otroku, družini in njegovem širšem socialnem okolju ter jih analiziramo in vrednotimo z vidika otrokovih razvojnih potreb in delovanja ter značilnosti staršev. Govorimo lahko o treh vrstah ocen ogroženosti: takojšnji, začetni in celoviti.¹² Strokovni delavec¹³ mora biti ob prejemu informacije sposoben takoj narediti miselno oceno presoje stopnje varnosti otroka in po potrebi ukrepati takoj, da se zagotovi zaščita otroka. V izhodišču ocenjujemo ogroženost otroka s treh vidikov: otrokovih razvojnih potreb, zmožnosti staršev, da se ustrezno odzivajo na otrokove razvojne potrebe in jih ustrezno zadovoljujejo, ter dejavnikov širšega socialnega okolja. Na vsakem izmed teh področij ocenjujemo dejavnike tveganja, ki vplivajo na oškodovanje otroka, pa tudi varovalne dejavnike, ki varujejo pred oškodovanjem oziroma ga zmanjšujejo. Končna ocena je sinteza ugotovljenih varovalnih in tveganih dejavnikov v povezavi z otrokovim razvojnim obdobjem, njegovimi potrebami, morebitnimi posebnostmi in njegovim nadaljnjim razvojem. Stopnje ogroženosti (nizka, srednja, visoka, zelo visoka) so usmeritev za lažje opredeljevanje, nikjer ni opredeljeno, do kod posamezna sega, zato je stopnjo treba vsebinsko pojasnjevati.¹⁴

11 Čížman, G. nav. delo, str. 71.

12 Kaljenje št. 10, Bilten Skupnosti centrov za socialno delo, Smernice za delo centrov za socialno delo pri obravnavi nasilja v družini.

13 Poimenovanje strokovni delavec se uporablja enako za moške in ženske.

14 Ocene v povezavi z nalogami CSD: nizka – ni potrebe za zaščito, javno pooblastilo se zaključí; srednja – CSD po preučitvi staršem ponudi vključitev v storitve, otrok in družina potrebuje druga načina podpore in pomoči; visoka – potreben je poseg v družino, poda se predlog za začetek postopka na sodišču; zelo visoka – NUJNI ODVZEM, zahteva takojšnjo izločitev otroka, umik na varno, predlog za začasno odredbo.

Ocena ogroženosti je metoda, ki se izdelava večkrat, v vseh fazah obravnave od preučitve prijave do končne ocene. Gre za procesno dejanje, ki zahteva prožnost strokovnega postopanja. Izdelava jo skupina strokovnjakov z različnih strokovnih področij ter iz različnih institucij, ki so vpletene v življenje posameznega otroka in družine. S skupinskim pristopom se zmanjša vpliv subjektivnih tveganj. Od začetka obravnave primera, že pri opredelitvi težave, poteka tudi načrtovanje storitev in ukrepov za zaščito otroka. Načrt pomoči otroku in družini mora biti tudi jasno zapisan in sprejet v obliki konkretnih dogovorov o tem, kako bo potekala njegova izpeljava. Načrt pomoči se ob rednem spremljanju otroka in družine sproti dopolnjevanju. Poglavitna cilja pri izdelavi načrta pomoči otroku in družini sta trajna zaščita otroka in družine za spremembe v ravnanju. Načrt pomoči je izvirni delovni projekt za pomoč otroku in družini, soustvarjen v delovnem odnosu skupaj z družino tako, da starši in družina dobijo pomoč, ki jo potrebujejo, da bodo s spremembami za varno življenje skupaj z otrokom lahko pridobili več starševskih kompetenc.

3.3 Pomoč družini, za katero družina ni prosila

Prisilni odnos v procesu pomoči se tako začne s pomočjo, za katero uporabniki niso prosili in ki je običajno niti ne doživljajo kot pomoč. Strokovni delavec izhaja iz položaja moči z možnostjo predlagati ukrepe, toda njegov cilj je strokovna pomoč.¹⁵ Največja težava pri tovrstnem strokovnem postopanju je vzpostavitev delovnega odnosa, pridobivanje uporabnikov za sodelovanje. Uporabniki imajo drugačna pričakovanja, drugačne poglede in težko sprejmejo našo dolžnost postopanja in zaščite otrok. Postopanja doživijo kot vdor v njihovo zasebnost in integriteto, kar je logično, saj so izgubili svobodo in se znašli pod drobnogledom in ocenjevanjem ter pričakovanjem, da bodo aktivno začeli reševati težave in odpravljati vzroke za nastali položaj. Strokovni delavec se znajde v položaju, ko mora z lastno poklicno strokovnostjo najti način, da bi vzpostavil stik z družino in delovni sodelovalni odnos, ki bo vodil v soustvarjanje rešitev. Od iznajdljivosti in strokovnosti posameznega strokovnega delavca je veliko odvisno, kako ga bodo doživljali družinski člani ali bo pridobil njegovo zaupanje. Pri tem so zelo pomembni pristop do družine in posameznih družinskih članov, način komunikacije, delovanja, odzivanja na njih, kako jih nagovarjamo v sodelovanje, koliko možnosti in priložnosti jim ponudimo.

4. CSD V IZVRŠILNIH POSTOPKIH V DRUŽINSKIH ZADEVAH

V novembru 2019 sem kot predstavnica CSD sodelovala na medinstitucionalnem posvetu o postopkih priprave in izvedbe odvzema otrok, ki ga je pripravilo Ministrstvo za pravosodje, Center za izobraževanje v pravosodju. Pobudnica in glavna moderatorka izjemno kakovostnega posveta je bila višja sodnica Okrožnega sodišča v Celju Frida Burkelc. Cilj strokovnega posveta je bil predstaviti postopke priprave in izvedbe odvzema z vidika vseh deležnikov, ki sodelujejo pri izvršitvi odvzema otrok, omogočiti prenos znanja in izkušenj med deležniki ter opozoriti na težave in morebitne zaplete, poglobiti razumevanje psiholoških vidikov doživljanja otroka, ki je prisilno odvzet, ter predstaviti nekatere primere dobrih praktičnih izkušenj izvedbe izvršitve odvzema.

¹⁵ Bouwkamp, »nav. delo«, str. 250.

V prispevku na tem posvetu z naslovom »CSD v procesu pomoči, podpore in ukrepov –pretekle izkušnje in izzivi prihodnosti« sem skušala prikazati dolgoletne izkušnje CSD, kjer smo postopke in odločitve odvzemov vodili več kakor 40 let v skladu z Zakonom o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR) ter ob tem pridobili najrazličnejše, bogate in tudi boleče izkušnje, ki so lahko dobro izhodišče za pripravo in izvedbo skrajnega oblastvenega ukrepa posega v družino z odvzemom otroka po DZ, o katerem zdaj odločajo sodišča.¹⁶ Tudi po novi zakonodaji ima pomembno vlogo pri izvršitvi ukrepa CSD. Z željo, da bi čim bolj slikovito prikazala doseganje izkušnje, stiske, dileme strokovnih delavcev CSD in opozorila na morebitna tveganja ter odprte dileme v prihodnosti, sem pripravila vprašalnik in ga poslala na vseh 16 CSD oziroma 63 enot CSD. Podatki so se nanašali na leta od 2017 do 15. aprila 2019, ko je začel veljati DZ. V vprašalniku je bilo 12 glavnih vprašanj in 32 podvprašanj odprtega in zaprtega tipa. Vprašalnike sem v izpolnjevanje poslala vsem CSD v juliju 2019. Izjemno hvaležna sem kolegicam in kolegom, da so bili pripravljeni sodelovati, saj mi je uspelo pridobiti podatke od vseh enot CSD v Sloveniji in s tem pripraviti celovito raziskavo in analizo podatkov o postopkih, v katerih je bil odvzem otroka tudi izvršen. Opravila sem kvalitativno analizo odgovorov (odgovore sem združila v smiselne vsebinske sklope) in osnovno statistiko. Na omenjenem posvetu sem prikazala izsledke celotne raziskave. V tem prispevku jih navajam le nekaj.

4.1 Iz pretekle prakse

Do uveljavitve DZ je bila stvarna pristojnost za odločanje o družinskih zadevah razdeljena med sodišče in CSD. DZ je večino pristojnosti za odločanje prenesel na sodišče. Tako so bili tudi izvršilni naslovi v nadenarnih terjativah v družinskih zadevah v preteklosti lahko odločbe CSD ali akti sodišč.

Posebno pooblastilo za odvzem otroka CSD je izhajalo iz 120. člena ZZZDR, v katerem je bilo predvideno dopustno ukrepanje, da CSD otroka odvzame staršem ter ga odda v vzgojo in varstvo drugi osebi ali zavodu, če so starši zanemarili otrokovo vzgojo in varstvo otroka ali če je bilo to iz drugih pomembnih razlogov v otrokovo korist.¹⁷ O tem ukrepu smo CSD odločali po pravilih upravnega postopka po Zakonu o splošnem upravnem postopku (ZUP).¹⁸ Pred končno odločitvijo je bilo v skladu z 88. členom Zakona o socialnem varstvu (ZSV) treba razpisati ustno obravnavo in pridobiti mnenje posebne strokovne komisije. ZZZDR v upravnem postopku ni določal nujnih ukrepov, zato smo se CSD v primerih, kadar je bila ocejena visoka stopnja ogroženosti otroka, še pred izdajo končne odločbe pri izvršitvi začasnega ukrepa odvzema otroka opirali na 221. člen ZUP v zvezi s 144. in 211. členom ZUP, ki so bili podlaga za izvedbo skrajšanega postopka zavarovanja. Odvzem otroka smo izvedli po pravilih upravne izvršbe, opredeljene v 289. členu ZUP.¹⁹ V navedenem členu je bila podana tudi možnost, da bi neposredno dejanje izvršbe in zavarovanja lahko izvedel tudi izvršitelj, imenovan na podlagi Zakona o izvršbi

16 Bregar, A. (2019), analiza vprašalnikov o odvzemih otrok CSD od leta 2017 do 15. aprila 2019, izvedena za medinstitucionalni posvet, ki ga je pripravilo Ministrstvo za pravosodje, Center za izobraževanje v pravosodju 18. 11. 2019 z naslovom »Center za socialno delo v procesu pomoči, podpore in ukrepov – pretekle izkušnje in izzivi prihodnosti«.

17 Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (Uradni list RS, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US, 15/17 – DZ in 30/18 – ZSVI).

18 Zakon o splošnem upravnem postopku (Uradni list RS, št. 24/06 – uradno prečiščeno besedilo, 105/06 – ZUS-1, 126/07, 65/08, 8/10 in 82/13).

19 Burkelc, »nav. delo«, str. 76.

in zavarovanju (ZIZ), vendar smo to možnost CSD le redko uporabili. Več pa je bilo izvršb z neposrednim odvzemom otroka, ko smo za pomoč pri izvršitvi zaprosili policijo (četrti odstavek 289. člena ZUP), kakor izhaja iz omenjene analize.

ZZZDR ni opredeljeval dejanja nujnega odvzema, kakor ga opredeljuje DZ, zato so bili v naših postopkih otroci odvzeti z začasno odločbo ali odločbo trajnejšega značaja.

Izvršilni naslovi, ki jih je izdalo sodišče, da ima pristojnost za izvršitev izvršitelj ob opravi neposredne izročitve ob navzočnosti strokovnega delavca CSD, so bili redki. Nanašali so se na izvršitve odločbe o dodelitvi v varstvo in vzgojo mladoletnega otroka ter na ureditev stikov med starši in mladoletnimi otroki.

V nadaljevanju navajam nekaj podatkov in odgovorov strokovnih delavcev iz opravljene analize, ki so lahko pomembno izhodišče za pripravo izvršilnega naslova odvzema otroka.

4.1.1 Število otrok, ki so bili odvzeti po odločbi CSD (v skladu s 120. členom Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih z začasno ali trajno odločbo) od leta 2017 do 15. aprila 2019.

Preglednica 1: Podatki o odvzemih otrok po posameznih CSD

Pregled odvzemov otrok po CSD		št. odvzemov otrok	%	št. Enot, ki niso imele odvzema	%	velikost CSD po številu prebival.
CSD CELJE	(Celje, Laško, Slov. Konjice, Šentjur, Šmarje pri Jelšah)	29	15.67 %	0		4
CSD LIUBLJANA	(Grosuplje, Bežigrad, Center, Moste Polje, Šiška, Vič, Logatec)	28	15.13 %	3		1
CSD SAVINJSKO-ŠALEŠKA	(Mozirje, Velenje, Zalec)	21	11.35 %	0		10
CSD MARIBOR	(Lenart, Center, Tezno, Pesnica, Ruše, Slov.Bistrica)	21	11.35 %	2		2
CSD DOLENJSKA IN BELA KRAJINA	(Črnomelj, Metlika, Novo mesto, Trebnje)	18	9.72 %	1		9
CSD POMURJE	(Gornja Radgona, Lendava, Ljutomer, Murska Sobota)	13	7.02 %	1		6
CSD POSAVJE	(Brežice, Krško, Sevnica)	11	5.94 %	0		13
CSD GORENJSKA	(Kranj, Škofja Loka, Radovljica, Jesenice, Trzin)	10	5.40 %	1		3
CSD JUŽNA PRIMORSKA	(Izola, Koper, Piran, Sežana)	10	5.40 %	1		8
CSD SEVERNA PRIMORSKA	(Ajdovščina, Idrija, Nova Gorica, Tolmin)	7	3.78 %	1		5
CSD OSREDNJA SLOVENIJA-VZHOD	(Domžale, Kamnik, Litija)	5	2.70 %	1		7
CSD OSREDNJA SLOVENIJA - ZAHOD	(Kočevje, Ribnica)	3	1.62 %	0		16
CSD PRIMORSKO NOTRANJSKA	(Cerknica, Ilirska Bistrica, Postojna)	1	0.54 %	2		14
CSD SPODNJE PODRAVJE	(Ormož, Ptuj)	2	1.08 %	0		11
CSD ZASAVJE	(Hrastnik, Trbovlje, Zagorje ob Savi)	5	2.70 %	1		15
CSD KOROŠKA	(Dravograd, Radlje ob Dravi, Ravne, Slovenj Gradec)	1	0.54 %	3		12
SKUPAJ		185	100,00%	14	27,40%	

Iz zgodnje preglednice izhaja, da je bilo največ odvzemov izvedenih na območju krajevne pristojnosti CSD Celje, njegove organizacijske enote pa so Celje, Laško, Slovenske Konjice, Šentjur in Šmarje pri Jelšah. CSD Celje je po velikosti glede na število prebivalcev (157.514) četrti največji. Vse omenjene enote so vodile postopke, ki so se končali z odvzemom otrok, medtem ko je po številu prebivalcev nekoliko manjši CSD Severna Primorska (117.714) odvezl 7 otrok, CSD Gorenjska z 203.705 prebivalci kot tretji največji pa 10 otrok. Glede na to, da meril in okoliščin

odvzema v tej raziskavi nisem obravnavala, ne morem pojasniti omenjenih odstopenj. Zanimivo pa bi bilo ponoviti raziskavo po nekaj letih prakse po DZ in primerjati podatke o številu odvzemov otrok po regijah.

4.1.2 Od vseh primerov odvzemov, ki so jih v teh letih CSD izvedli po izdani odločbi, v kolikih primerih so starši sami predali otroka strokovnim delavcem? V kolikih primerih so starši skušali preprečiti neposredno izročitev otroka in kako?

Iz odgovorov na vprašanja, v kolikih primerih so starši sami predali otroka po izdani odločbi, izhaja, da so starši sami predali otroka v 46,48 % primera (86 otrok). Iz spodnjih preglednic so razvidni razlogi, ki so k temu prispevali.

Preglednica 2: Poskus preprečitve neposredne izročitve otroka

ODGOVORI	Število primerov
fizično so skušali zadržati otroke, niso jih spustili: starš otroka ni izpustil iz naročja, otroka so skušali fizično zadržati, otrok so se oklepali	6
z verbalnimi grožnjami (škodovanje, da bodo ubili sebe in otroka, grožnje s samomorom, odvetnikom)	6
starši niso dovolili vstopa v stanovanje (zaklenili so se v stanovanje, do otrok se druge ni dalo priti)	3
nasilno vedenje nad strokovnimi delavci	3
samovoljno so otroka odpeljali iz bolnišnice	1
napovedovali, da bodo odpotovali neznano kam	1

Omenjeni načini poskusa preprečitve neposredne izročitve otroka so elementi tveganj, ki jim je treba v prihodnje nameniti posebno pozornost in ob njihovem upoštevanju načrtovati opravo dejanja.

4.1.3 V koliko primerih je bil vključen izvršitelj?

Iz analize je razvidno, da je bil izvršitelj vključen le v štirih primerih, in sicer pri odvzemu petih otrok iz štirih družin, pri čemer je v enem primeru izvršitelj le vročil odločbo. Vse druge odvzeme otrok so CSD izvršili sami.

4.1.4 V koliko primerih je sodelovala policija?

Iz podanih odgovorov izhaja, da je bila policija prisotna pri izvrševanju odvzema v eni tretjini primerov.

4.1.5 Kraj oziroma lokacija izvršitve odvzema. Prosimo, da za vsak posamezni primer navedete, kje se je izvedel odvzem otroka (npr. CSD, šola, vrtec ipd.).

Preglednica 3: Kraj odvzema otroka

KRAJ, LOKACIJA IZVEDBE ODVZEMA	174 navedb
doma	58
CSD	23
šola	22
krizni center	13
bolnišnica	12
vrtec	9
porodnišnica	8
policijska postaja	8
materinski dom	7
otrok sam pride v zavod, na CSD	7
javni kraj (ulica, plaža, pred trgovino)	3
zdravstveni dom	1

4.1.6 Priprava na odvzem otroka:

- dobro pripravljen načrt in dogovarjanje (kdo, kaj, kdaj, delitev posameznih nalog), timi v CSD in medinstitucionalni timi (MDT), koordinator CSD,
- priprava več načrtov glede na možne scenarije na več lokacijah hkrati,
- vključitev policije, kadar je bila ocenjena potreba za asistenco (predhodni se-stanek),
- pogovori z otrokom, priprava na odhod,
- po opravih iz kataloga (tim CSD, MDT, ocena ogroženosti, priprava otroka in svojcev, ustna obravnava, iskanje ustrezne namestitve),
- dogovarjanje in usklajevanje načrta z institucijo, kjer se bo odvzem izvedel,
- predhodno opravljen ogled, kamor bo otrok nameščen, obisk rejniške družine, institucije),
- dogovor z osebami in institucijami, ki bodo prevzele otroka,
- pogovori in priprava s sorodniki in institucijami, ki bodo sodelovali pri izvršitvi,
- sprotna izmenjava informacij z institucijami,
- predhodna namestitve v krizni center,
- krizno stanje, hitro načrtovanje in usklajevanje,
- krizno stanje, načrtovanje ni bilo mogoče,
- priprava ustrezne dokumentacije, osnovnih stvari za otroka,

- pregled dejavnikov tveganja (potrebne dodatne vključitve podpornih služb, varnostne službe, zdravniška pomoč),
- večkratni pogovori s starši, da so odhod „sprejeli“,
- priprava otroka na odhod (pogovori z otrokom),
- predhodno zaznana ogroženost, spremljanje družine, čakanje na „ugodni“ čas za odvzem.

4.1.7 Kaj je bilo ključno pri izvršbi odvzema:

- dobro sodelovanje v okviru CSD in z drugimi službami,
- usklajenost delovanja (spoštovanje dogovorjenega),
- podrobna utemeljitev potrebe za odvzem, izmenjava pomembnih informacij,
- dobro načrtovanje, temeljita priprava,
- sodelovanje s starši, kadar je bilo to mogoče (vzpostavitev delovnega odnosa), priprava družine, jasnost in odkritost, poznavanje družine, predhodno delo z družino,
- zaupanje zunanjih služb,
- podpora vodstva,
- priprava otroka (predvsem pri starejših), prisotnost strokovne delavke, ki jo otrok pozna, vzpostavljeni stik,
- dobro sodelovanje s socialno mrežo družine,
- načrtovanje kraja in časa odvzema (zmanjševanja ovirajočih dejavnikov),
- pravilni pristop, dobra organizacija,
- usposobljenost strokovnih delavk, ki so vodile odvzem,
- prisotnost neuniformiranih policistov.

4.1.8 Ključne naloge oziroma ključna dejanja:

- dolgoletno delo z družino, vzpostavljen delovni odnos,
- vloga in usposobljenost strokovnega delavca (dobra priprava, organizacija, veščine vodene komunikacije z udeleženci),
- sodelovanje ključnih institucij, dobra komunikacija, uskladitev vlog, priprava, timsko delo, izdelava načrta,
- ustrezeni pristop do staršev in otrok (umirjen in odločen pristop, pozorno spremljanje vedenja in odzivanja otrok, da ne doživi dodatne travme),
- priprava možnih scenarijev,
- sodelovanje sorodnikov,
- priprava otroka.

4.1.9 Kako je potekala priprava otroka na odvzem (če je bila opravljena):

- večletno delo z družino in vzpostavljen dober, zaupni odnos z otrokom, otrok strokovno delavko dobro pozna in ji zaupa (večkratni obiski na domu, pogovori na CSD),

- primerno informiranje in seznanjanje otroka (pred in med odvzemom ter po njem) – pripravljeni načrt pomoči otroku,
- pri malih otrocih priprava ni mogoča,
- predhodni ogled rejniške družine, zavoda,
- otrok je že bil v kriznem centru, lažja vzpostavitev stika z otrokom in priprava,
- pomoč, da je otrok vzel s seboj zanj pomembne stvari (najljubša igrača).

4.1.10 Koliko časa ste delali z družino (za vsak primer posebej) z namenom odprave vzrokov za zanemarjanje oziroma ogroženosti otroka do izdane odločbe o odvzemu otroka:

Preglednica 4: Trajanje dela z družino pred izvršitvijo ukrepa odvzema otroka

TRAJANJE DELA	171 navedb
manj kakor en mesec	23
do šest mesecev	21
do enega leta	24
več kakor eno leto	103

4.1.11 Kam ste namestili otroka po odvzemu?

Preglednica 5: Namestitev otroka neposredno po dejanju odvzema

NAMESTITEV OTROKA PO NEPOSREDNEM ODVZEMU	171 navedb
krizni center	91
rejniška družina	48
zavodsko varstvo (stanovanjska skupina, mladinski dom, zavod za usposabljanje, vzgojni zavod)	23
v bolnišnica	4
sorodniki	4
kandidati za posvojitev	1

4.1.12 Morebitne težave ob/po namestitvi:

- pritiski na strokovne delavce (odvetniki, vodstvo, okolje, mediji, peticije, kazenske ovadbe),
- grožnje, pritiski staršev,
- prezasedenost kriznih centrov (ni prostih mest, pritiski na strokovnega delavca za hitro premeščanje v trajnejše oblike, otroci s posebnimi potrebami),

- težave pri iskanju trajnejše namestitve (zavračanje zavodov, premalo ustreznih rejniških družin),
- rejniki zaradi groženj staršev niso zdržali, odpoved rejniške pogodbe,
- nejasna vloga policije (ni bila neposredno prisotna),
- upor staršev ob odvzemu.
- odklanjanje pomoči staršev, prekinitve sodelovanja, težave zaradi oddaljenosti,
- težave s starimi starši (grožnje, vpitje),
- težave pri urejanju stikov,
- poslabšanje zdravstvenega stanja otroka,
- odvetniki, ki pri zastopanju staršev niso delovali v korist otrok,
- pravna in protokolna nejasnost,
- namestitev v krizni center se je izkazala za zelo koristno (boljše poznavanje otroka, otrok se prilagodi novemu okolju, se umiri).

4.1.13 Kaj vam je bilo kot strokovnemu delavcu v pomoč pri izvedbi odvzema?

- podpora in sodelovanje sodelavcev (vodstva, dobro timsko delo, razdelitev nalog, povezanost tima, podpora strokovnemu delavcu tudi po izvedbi odvzema, ki je travmatičen za vse vključene, supervizija),
- dobro in hitro odzivanje vseh služb (proaktivno in stalno sodelovanje, sodelovanje pri pripravi načrta),
- izkušnost, znanje, ustrezne osebnostne lastnosti strokovne delavke (samozavest, odločnost, pogum), strokovnost, delo v paru,
- dobro sodelovanje s starši (poznavanje družine, dobra priprava staršev, vzpostavljeni odnos zaupanja, znanje o delu z družino),
- spoštljivost do staršev, pazljivost, da jih ne razvrednotimo,
- dobro pripravljen otrok,
- čas za pripravo,
- dobro izdelana ocena ogroženosti (ni dvomov o nujnosti).

4.1.14 Kaj je po vašem mnenju pomembno pri izvedbi odvzemov?

- dobro sodelovanje med službami s koordiniranjem CSD,
- dober tim strokovnih delavcev (stabilnost in strokovnost) v okviru CSD, podpora kolektiva,
- podpora in sodelovanje vodstva,
- zelo dobro pripravljen načrt s časovnim načrtom in analizo tveganja (priprava),
- predhodno strokovno delo z družino (pritegnitev k sodelovanju, jasnost razlogov za odvzem, priprava na odvzem, dober stik in zaupanje otrok),
- pripravljena dokumentacija,
- strokovnost vodje odvzema in sposobnost za delo z ljudmi (spoštljivost, neobsojanje),

- zagotovljeno mesto namestitve otroka,
- izdelani protokol (usklajenost in prožnost),
- ocena ogroženosti, ki jo pripravi večdisciplinarni tim.

4.1.15 Kaj po vaših izkušnjah otežuje izvršitev neposrednega odvzema?

- nesodelovanje staršev, grožnje, nasilno vedenje, nezmožnost uvida v kritičnost položaja otroka (ne izročijo otrokovih zdravil, nujnih oblačil, dokumentacije ipd.),
- duševno bolni, nasilni starši, osebnostne motnje pri starših, pod vplivom prepovedanih snovi,
- slaba povezanost strokovnih delavcev na CSD (sam pri izvedbi, strah, odsotnost podpore in pomoči vodstva in kolektiva),
- pomanjkljivo medinstitucionalno sodelovanje (drugačni pogledi, nezaupanje, nerazumevanje pooblastil CSD in pristojnosti posameznih služb, slab pretok informacij, pomanjkljivi dogovori,
- pomanjkanje prostih mest za potrebne namestitve,
- težko dostopen otrok (predšolski, nikamor vključen) in otrok s posebnimi potrebami, tujci (nerazumevanje jezika),
- pomanjkljivo predhodno delo z družino, nepoznavanje družinskih navad,
- upiranje otrok, stiske,
- vpletanje drugih oseb iz okolja, ki nimajo zadostnih informacij (sorodniki, civilne pobude, mediji),
- neizkušenost strokovnega delavca, slabe komunikacijske veščine, neempatičnost,
- časovna stiska,
- nejasnost in nepoznavanje dovoljenih postopanj.

4.1.16 Ste imeli morda kakšne slabe izkušnje (jih lahko opišete)?

- številne kazenske ovadbe in zahteve za nadzor dela strokovnih delavcev,
- neprestani telefonski klici z grožnjami, grožnje družinskemu članom (s smrtjo, poškodovanjem premoženja, samomorom, prikrite grožnje),
- zadrževanje v okolici doma strokovne delavke,
- slabo sodelovanje zdravstva, nestrokovnost socialne delavke v bolnišnici,
- fizični napad na rejnico, strokovno delavko,
- visoko varnostno tveganje za otroka,
- objava zgodbe v medijih,
- počasno odzivanje osrednjega organa v primeru tujca,
- velika stresnost in čustvena obremenitev, zaskrbljenost, kako bo za otroka poskrbljeno,
- zgražanje delavcev šole, vrtca, upiranje izvršitvi v njihovih prostorih.

Iz opisov, ki so jih podali strokovni delavci, izhaja, da so pri izvršitvi odvzema otroka, ko je zaradi visoke stopnje ogroženosti otroka treba izločiti iz družine, zelo pomembni način strokovnega dela z družinskimi člani in družino kot celoto pred skrajnim ukrepom, kakšen odnos smo vzpostavili, kako smo pristopali do družine v procesu pomoči in podpore, kako jasni in iskreni smo bili pri svojih zahtevah. Obtoževanje staršev, patologiziranje in moraliziranje o njihovi deviantnosti lahko zmanjšajo možnosti za vzpostavljane delovnega odnosa in vpliv na otrokov življenjski potek.²⁰ Izjemnega pomena je, kakšen odnos smo vzpostavili z otrokom, koliko smo ga spoznali, koliko je seznanjen z nastalim položajem, kakšno je njegovo mnenje, kako je pripravljen na odhod, koliko pozna okolje, kamor bo nameščen, kakšni so njegove skrbi, stiske, strahovi ipd. Zelo pomembni so priprava, izdelava načrta oziroma možnih scenarijev, usklajevanje in sodelovanje vseh vključenih služb, vključno z osebami oziroma institucijami, ki so otroka prevzele.

5. VLOGA STROKOVNE OSEBE V POSTOPKU NEPOSREDNE IZROČITVE

Obdobje uporabe nove zakonodaje je relativno kratko, praksa se še oblikuje, postopno se pridobivajo nove izkušnje, kažejo morebitne nejasnosti, pomanjkljivosti, dileme, pa tudi prednosti. DZ je v proces odločanja do oprave neposredne izvršitve odvzema otroka vključil tri pomembne akterje: sodnike, strokovno usposobljene osebe in izvršitelje, katerih vloge so razdeljene, vendar močno povezane. Izjema je dejanje nujnega odvzema otroka (167. člen DZ), ko je z verjetnostjo izkazana tako huda ogroženost otroka, da je njegove koristi mogoče zavarovati le s takojšnjim odvzemom otroka, ki ga izvede CSD brez prisotnosti izvršitelja. Policija po potrebi CSD pri dejanju takojšnjega odvzema otroka nudi pomoč.

Pred uporabo DZ smo strokovni delavci čutili olajšanje, da se bo odločanje za otroka o pomembnih vprašanjih preneslo na sodišče in s tem zagotovila večja pravna varnost, CSD pa bomo še naprej mesto pomoči ter podpore otroku in družini. Pričakovali smo, da bomo imeli pomembno vlogo pri zaščiti otrok, pripravi predlogov, oblikovanju mnenj, izvajanju ukrepov, nismo pa vedeli, kako bo v praksi potekalo izvrševanje sodnih aktov glede neposredne izročitve otroka.

ZIZ v 238. e in v 238. f členu kot pomembno opredeljuje vlogo strokovno usposobljene osebe pri opravi dejanja neposredne izročitve otroka in izvršitvi odločbe o osebnih stikih. Strokovno usposobljena oseba, ki jo določi sodišče, mora biti navzoča pri opravi dejanja neposredne izročitve (238. e. člen). Še večjo težo strokovne presoje pa ima strokovno usposobljena oseba pri izvršitvi odločbe o osebnih stikih (238. f. člen), saj v primeru, da otrok nasprotuje stikom s staršem, ki je upravičen do stikov, izvršitelj lahko odstopi od oprave izvršilnega dejanja le, če strokovna usposobljena oseba oceni, da izvršba z odvzemom in izročitvijo ne bi bila v skladu z varstvom interesov otroka. Kakor izhaja iz drugega odstavka istega člena, lahko sodišče na predlog osebe, ki jo je določilo po drugem odstavku 238. e člena ZIZ, centra za socialno delo ali osebe, proti kateri se opravlja izvršba, izvršbo odloži za največ tri mesece, kadar sodišče ugotovi, da otrok nasprotuje stikom s staršem, ki je upravičen do stikov, in kadar oceni, da izvršba ne bi bila v skladu z varstvom interesov otroka.

²⁰ Čižman, G. »nav. delo« (str. 69).

S spremembo Pravilnika o opravljanju službe izvršitelja, ki je bil sprejet v maju 2019²¹, pa so bila še natančneje opredeljena dejanja izvršitelja v zadevah nadenar-nih terjatev glede varstva in vzgoje otrok ter glede osebnih stikov z otroki v poveza-vi s strokovno usposobljeno osebo, ki jo določi sodišče. V 129. členu pravilnika je določeno, da mora izvršitelj takoj, ko prejme sklep sodišča za opravo neposredne izročitve otroka, vzpostaviti stik s strokovno osebo in v sodelovanju z njo določiti kraj, čas in način odvzema otroka. Pravilnik določa tudi, da mora biti strokovno usposobljena oseba navzoča pri odvzemu otroka ves čas do njegove izročitve ose-bi, ki ji je otrok zaupan v vzgojo in varstvo. V 134. a členu je tudi določeno, da se določbe pravilnika o opravi dejanja odvzema otroka uporabljajo tudi, kadar se izvr-šuje odločba z neposrednim odvzedom otroka zaradi njegove namestitve k drugi osebi, v krizni center, rejništvo ali zavod.

Prisotnost strokovno usposobljene osebe (pri odvzemu in izročitvi) v izvršilnih na-slovih v družinskih zadevah je tako potrebna pri:

- odvzemih otrok po začasnih odredbah ali ko se izvršuje sklep o ukrepu trajnej-šega značaja,
- zaupanju v varstvo in vzgojo drugemu staršu po začasni odredbi ali končni sodbi/sklepu zaupanja v varstvo in vzgojo ter izjemoma pri
- začasnih odredbah glede izvajanja stikov med otrokom in staršem.

Kakor izhaja iz določil členov ZIZ in pravilnika v delu, ki se nanaša na neposredno izročitev v zadevah glede varstva in vzgoje otrok ter glede osebnih stikov z otroki, ima strokovno usposobljena oseba izjemno pomembno vlogo pri usmerjanju izvr-šitelja v okviru načrtovanja izvršitve, saj izvršitelj na podlagi tega mnenja načrtuje potek izvršilnega dejanja (način, čas, kraj), vpliva pa tudi na neposredno opravo dejanja (navzočnost ves čas do izročitve). Naloga strokovne osebe naj bi bila usmerjena v položaj otroka in doživljanje otroka na kraju izvršbe, v njegove potre-be, odzivanja s ciljem skrbi za koristi otroka in zmanjševanja sekundarne travma-tizacije in viktimizacije. Za otroka je ločitev od staršev travmatična izkušnja in zanj pomeni izgubo. Ne glede na ogroženost, ki so ji izpostavljeni v družinskem okolju, so otroci po naravi stvari na svoje starše navezani, družinsko okolje je zanje znan in zato »varen svet« in le redki imajo uvid v potrebo za spremembo in si jo želijo.

Niti določila ZIZ niti pravilnika v svojih določbah ne opredeljujejo, da je strokovno usposobljena oseba prav strokovni delavec CSD. Kot mi je znano, pa iz prakse so-dišč izhaja, da se kot strokovna usposobljena oseba določijo praviloma delavci CSD, saj se predvideva, da so nam razmere otrokovega življenja, ravnanja staršev, njihov življenjski prostor in druge okoliščine dobro znani, še posebej pa, da imamo zara-di opredeljevanja največje koristi posameznega otroka raziskan »otrokov notranji svet«, njegove potrebe, posebnosti, interese ter vzpostavljen zaupni odnos z njim.

5.1 Lahkih odvzemov otrok iz družine NI

CSD v procesu pomoči in podpore otroku in družini ter izdelovanja ocene ogrože-nosti, ki se prepletata, skuša podrobno raziskati življenje konkretne družine, po-

21 Pravilnik o spremembah in dopolnitvah Pravilnika o opravljanju službe izvršitelja (Uradni list RS, št. 34/19, 24. 5. 2019).

sameznega člana, vsakega otroka posebej in družine kot celote, spoznati njihov življenjski prostor, medosebne odnose, hotenja, vire moči in primanjkljaje.

Raziskovanje življenjskega sveta konkretne družine poteka z večkratnimi individualnimi in skupnimi pogovori, terenskimi obiski, pridobivanjem podatkov in informacij od institucij, ki so vpete v življenje posameznih družinskih članov, z vključevanjem ožje in širše socialne mreže družine in vsega, kar je dosegljivo in mogoče, da bi nam bilo v pomoč pri čim boljšem vpogledu v življenjsko stvarnost družine.

Pogovor in delo z otrokom sta pomembni ravnanji v socialnem delu. Kot zatrjuje Gabi Čačinovič Vogrinčič, so med temeljnimi potrebami otroka njegova pravica do resničnosti, pogovor, v katerem je upoštevan in slišan, pravica, da misli, kar misli, pravica do vseh njegovih čustev in pravica, da ga jemljemo resno.²² Strokovni delavec ne more delovati, ne da bi si prizadeval z otrokom vzpostaviti sodelujoč in zaupni odnos (prav tam). Vedno znova se je treba truditi, da se otroku omogočita čas in prostor, da izrazi svoja mnenja, stališča, da postane viden in slišan. Otrok v pogovoru potrebuje dobre izkušnje, občutek varnosti, da lahko izraža svoja doživljanja, strahove, bremena, morda občutke sramu, potrebuje informacije, ki so mu predstavljene njegovi starosti in sposobnosti razumevanja primerno, potrebuje pogovor o možnih ali neizbežnih spremembah, ki se mu bodo zgodile, potrebuje seznanitev z načrti in možnimi oblikami pomoči.

Vsak otrok je neponovljiv posameznik, ki ne pripada eni homogeni skupini in se od drugih otrok razlikuje po življenjskem in družinskem okolju, v katerem živi, po razvojnem obdobju, v katerem je, po izkušnjah, ki jih ima, osebnostnih lastnostih in sposobnostih za spoprijemanje z različnimi življenjskimi položaji.²³ Neposredni odvzemi otrok od staršev so posebni položaji, ki v otrocih lahko izzovejo nepričakovane čustvene in druge odzive. Čeprav smo posameznega otroka in njegov »notranji svet« dokaj dobro spoznali, da smo se predvsem s starejšimi otroki dogovarjali o odhodu, pa se zaradi močnih čustev, nasprotujočih se interesov, konfliktnosti udeleženih, otrok lahko odzove na poseben, nepričakovan način. Zaradi teh za otroka izjemno težkih trenutkov je treba pred odvzemom narediti vse, kar je v naši človeški in strokovni moči, da za odhod otroka iz družine skušamo pridobiti »psihološko dovoljenje« staršev otroku in starše pripraviti, da odhoda otroka ne sprejmejo kot kazen za njihovo izvajanje starševstva, ampak kot pomoč otroku. Kadar nam uspe, da starši neizbežnost odhoda otroka iz družine sprejmejo, imamo tudi strokovni delavci več možnosti, da v procesu priprave na odhod otroku in staršem marsikaj olajšamo ter zmanjšamo breme negotovosti. Še pred končno odločitvijo sodišča o ukrepu trajnejšega značaja odvzema otroka v okviru načrta pomoči otroku in družini skušamo najti najustreznejšo obliko nadomestnega bivanja, varstva in vzgoje. Razbremenjevanje otrokovih stisk in negotovosti, ki ga čaka v prihodnosti, je nedvomno srečanje z rejniško družino na njihovem domu, ogled zavoda, kamor bo nameščen, pogovori, mirna priprava otrokovih stvari in primerno slovo.

Če do tega ne pride, je treba skrbno načrtovati potek odvzema (čas in kraj), pripraviti edinstveni projekt za otroka, ki naj, če je le mogoče, ne poteka v domačem okolju, saj le tako lahko preprečimo mučno »slovo« od staršev in zapustitev doma.

²² Čačinovič Vogrinčič, G., »nav. delo«, str. 46.

²³ Čižman, G., »nav. delo«, str. 77.

Zaradi zahtevnosti dejanja izvršitve odvzema sta izjemno pomembna priprava in načrt izvršbe z oceno tveganja. Ker je CSD vedno zakoniti udeleženec postopka za odločanje o ukrepih za varstvo koristi otroka in podaja mnenja, kadar ni predlagatelj (108. člen ZPN-1), se upravičeno domneva, da so razmere posameznega otroka in družine CSD dobro znane. CSD mora že pri podaji predloga navesti strokovno usposobljeno osebo, ki bo navzoča pri neposredni izvršbi, saj jo sodišče v aktu o izvršbi tudi imenuje. Strokovno usposobljena oseba naj bi imela z otrokom vzpostavljen osebni stik (razen če ne gre za dojenčka ali kadar stika z otrokom ni bilo mogoče vzpostaviti) in zaupni odnos, poznala naj bi njegov čustveni svet in posebnosti ter tudi odnose in razmere v družini.

Zaradi načrtovanja postopka izvršitve, za katero je sicer odgovoren izvršitelj (129. člen pravilnika), je zato izjemno pomembno, da je ta seznanjen z vsemi znanimi dejstvi in okoliščinami, pomembnimi za zmanjševanje tveganja, ter so za otroka najmanj obremenjujoča in so varovane otrokove koristi. Izvršitelj lahko tako ob pomoči strokovne osebe kar se da skrbno načrtuje potek in po potrebi vključi tudi druge službe za zmanjšanje tveganja za izpeljavo izvršilnega naslova.²⁴

Strokovno usposobljena oseba naj bi v teh posebno stresnih položajih otroku nudila psihosocialno podporo pri razbremenjevanju njegovih stisk, občutkov krivde, odgovornosti, ga informirala, mu pomagala orisati njegovo bližnjo in daljno prihodnost, ga razbremenjevala skrbi za njegove starše in mu iskreno odgovarjala na njegova vprašanja.

Nedvomno gre ob neposrednem odvzemu in izročitvi drugemu staršu, kriznemu centru, rejniški družini, zavodu, drugi osebi za izjemno strokovno ter človeško zahtevno in odgovorno nalogo. Neustrezno postopanje in odzivanje na otrokove čustvene stiske ob neposredni izvršitvi lahko povzroči v otrokovem nadaljnjem razvoju težko popravljivo škodo.

Sprejemanje odločitev na kraju izvršitve in ustrezno odzivanje na otrokova močna čustva pa sta za strokovno osebo izjemno stresna dejavnika, saj mu nalagata veliko odgovornost s pravico do uporabe diskrecijske pravice, deluje pod časovnim pritiskom in v položajih, ki so morda nepričakovani, hkrati pa se tudi strokovna oseba spoprijema z lastnimi intenzivnimi čustvi. V izjemno stresnih položajih se izgubi občutek varnosti in gotovosti, sposobnosti odzivanja so odvisna od številnih dejavnikov (od dogodka, psiholoških in telesnih značilnosti, občutka za lastno sposobnost spoprijemanja z nevarnostjo ipd.) in vsak posameznik stresno izkušnjo predela na svoj način.

24 129. člen pravilnika (1): Izvršitelj mora takoj, ko prejme od sodišča sklep o določitvi izvršitelja za opravo neposredne izročitve otroka, vzpostaviti stik s strokovno osebo in v sodelovanju z njo določiti kraj, čas in način odvzema otroka. Strokovna oseba mora biti navzoča pri odvzemu otroka ves čas do njegove izročitve osebi, ki ji je otrok zaupan v vzgojo in varstvo, če se ta ne opravi hkrati z odvzedom otroka. (4): Izvršitelj mora potrebna dejanja opraviti hitro in poskrbeti, da za opravo odvzema otroka ne izve zavezanec, kateremu je treba otroka odvzeti, ali druga oseba, pri kateri bi otrok lahko bil v času oprave odvzema. Izvršitelj si mora prizadevati in zahtevati od vseh oseb, ki sodelujejo pri izvršbi, da ta poteka na način, ki je glede na mnenje strokovne osebe ali sodnika, če je pri izvršbi prisoten, za otroka najmanj obremenjujoča in so varovane otrokove koristi. Izvršitelj mora ravnati obzirno in upoštevati otrokovo starost, duševno razvitost, občutljivost in osebne lastnosti. Odvzem ne sme potekati javno, pri njem pa so lahko prisotne le nujno potrebne osebe.

5.2 Prihodnja praksa kot izziv

V omenjeni raziskavi sem strokovnim delavcem zastavila tudi nekaj vprašanj glede »njihovega pogleda v prihodnost«. Glede na čas raziskave veliko prakse in izkušenj v zvezi z uporabo DZ še ni bilo. Zanimiva pa so razmišljanja strokovnih delavcev. Navajam nekatera med njimi.

5.2.1 *Imate morda dileme, odprta vprašanja glede izvedbe odvzemov po sodni odločbi?*

- nejasnost dovoljenih ravnanj strokovne osebe (če ocenjuje, da izvršitelj ne postopa primerno), pomanjkljivo opredeljena vloga,
- nejasnost vloge strokovne osebe in izvršitelja (njegova dovoljena ravnanja v primeru upiranja), izvršitelj ne pozna družine,
- nasprotujoče vloge CSD (pomoč in vzpostavitev zaupanja, podaja predloga, prisotnost pri izvršbi),
- pomanjkanje prakse,
- zaželen bi bil protokol sodelovanja,
- seznam posebej usposobljenih izvršiteljev (ali bodo zadostno usposobljeni, odzivnost),
- kako bo tehnično potekala izvršba v primeru več otrok v družini,
- časovnica, kakšna je vloga v tem času pred izvedbo odvzema,
- ali je CSD zavezan, da predlaga izvršitelja.

5.2.2 *Kako vidite položaj strokovnega delavca CSD glede na to, da bo o odvzemih odločalo sodišče, za izvedbo bo določen izvršitelj, strokovni delavec bo prisoten in zagotovil namestitev otroka. Kako vidite svoj položaj in vlogo? Imate kakšne dileme, odprta vprašanja?*

- vloga strokovne osebe naj bi bila izjemno pomembna (pozna družino, njeno delovanje, navade članov, notranjost doma, vzpostavljen ima odnos z otrokom), naj bi aktivno deloval pri pripravi, izvedbi, odgovornost usmerjena le v varstvo koristi otroka, ne v postopek,
- pomen sodelovanja in usklajenosti z izvršiteljem (priporočljivi regijski posveti),
- strokovna oseba bo nekoliko manj čustveno obremenjena,
- treba bi bilo pripraviti protokol (jasno opredeljene vloge, sodelovanje v pripravi,
- strokovni delavec bo še vedno v več vlogah (pomoč, predlagatelj, sodelujoči v izvršbi, zaradi česar bo nadaljnje sodelovanje z družino oteženo),
- vprašljiva usposobljenost izvršiteljev za tovrstna dejanja (potrebna so specialistična znanja),
- nejasna vloga strokovne osebe, kaj pomeni prisotnost, v kakšnem odnosu sta strokovna oseba in izvršitelj,
- kam bodo nameščeni otroci (ni rejniških družin, zasedenost zavodov),
- težava zaradi nepoznavanja procesnih postopkov (zastopanje na sodišču),

- pomanjkanje programov za podporo družini ali njihova neprimernost,
- različna razlaga terminologije v zvezi z nasiljem med institucijami,
- zagotavljanje pomoči udeleženi v izvršbi odvzema,
- kako pomagati staršem (zaupne osebe, zdravniška pomoč),
- glede na preteklo delo bo za strokovne delavce razbremenitev, usmerjenost v zaščito otroka, podpora, razbremenjevanje,
- ali je taksist zavezan k molčečnosti.

5.3 Za uspešno izvršitev in zmanjšanje morebitne dodatne škode ob neposredni izvršitvi odvzema je pomembno:

- zavedanje, da v vse odnose vstopamo z lastnimi življenjskimi izkušnjami in pogledi, z lastnimi življenjskimi vzorci, vrednotami, *primanjkljaj ipd.*, ki so lahko ozaveščeni ali pa nezavedni. Vse naše zaznave so subjektivne. Zaradi izjemno čustveno napetega položaja, morebitnih tveganj in pogosto nepredvidljivih položajev obstaja tveganje za reviktimizacijo vključenih,
- vsak odvzem otroka je edinstveno dejanje – zahteva izjemno subtilni pristop,
- ključnega pomena za izvršitev sta kakovostna priprava in načrtovanje, potrebujemo znanje za ravnanje,
- dobro poznavanje vloge področja in pooblastila ter pristojnosti drugih, načine delovanja z omejitvami in temeljnimi pravili,
- medsebojno sodelovanje vseh sodelujočih in predstavo o skupnem cilju,
- vodilo za ravnanja je treba izbirati glede na otrokov položaj in varovanje njegovih koristi,
- zaupanje v odločitev sodišča.

5.4 Izzivi in naloge za kakovostno delo

- Odvzem otroka je skrajno radikalen poseg v otrokovo življenje in mora biti skrbno načrtovan in izveden z izjemno občutljivostjo. Nedopustno je, da bi bilo prepuščeno stihiskemu postopanju udeleženi. Vključeni v izvršbi naj bi bili strokovnjaki, ki imajo ne samo posebna strokovna znanja in veščine za delo z otroki, ampak tudi osebnostne lastnosti, ki omogočajo primeren pristop, spretnosti situacijskega in prožnega odzivanja in so zmožni in usposobljeni vzpostaviti z otrokom zaupni odnos in mu stati ob strani kot tesni zavezniki v zanj težkih trenutkih. Kot izhaja iz pobud strokovnih delavcev iz pretekle prakse, bi bilo treba oblikovati protokole in smernice za ravnanje (ugotavljanje stopnje zahtevnosti, postopanje glede na zahtevnost položaja, jasno razmejevanje vlog in nalog). Izdelani protokoli in smernice bi bili za udeležene pri neposredni izvršbi močno orodje, ki bi jim omogočalo kakovostno načrtovanje in pomenilo varni okvir, s čimer bi pripomogel, da se izvršitev izpelje na za otroka najmanj obremenjujoč način.
- Glede na relativno kratko obdobje nove prakse in upoštevanje začetno obdobje, ko so veljale še prehodne določbe, po katerih so se začeli postopki končali v okviru CSD, predvidevam, da primerov izvedenih odvzemov z vključevanjem izvršitelja še ni veliko. Z namenom oblikovanja čim boljše prakse bi bilo smiselno, da bi se občasno opravile evalvacije izvedenih postopanj z izsledki dobrih

praks ter navedbo morebitnih napak in pomanjkljivosti.

- Neposredni odvzem otroka je za vse udeležence nepozaben, močno stresen dogodek. Še toliko bolj, če je izveden z visoko stopnjo tveganja in nepričakovanimi zapleti. Zaradi navedenega in skrbi za zdravje udeleženi bi jim bilo treba zagotoviti psihološko pomoč.
- V postopek neposredne izvršbe vstopamo strokovnjaki različnih strok, z različnimi predznanji ter tudi različnimi pogledi in izkušnjami. V postopku izvršbe je izjemnega pomena strokovno in osebno ujemanje, sposobnost timskega delovanja, poznavanje pravil delovanja in pooblastil. Zaradi navedenega bi bila potrebna skupna in posebna stalna strokovno specializirana izobraževanja.
- Veljavna zakonodaja ne more predvideti in zajeti vseh primerov in možnih scenarijev, ki jih prinaša življenje. Vsak primer je edinstven in prinaša nove izkušnje, spoznanja. Z namenom izmenjave dobrih praks in tudi opozarjanja na možne zaplete, ki se zgodijo ob tem, bi bili dobrodošli redni medinstitucionalni posveti.
- Odvzem otroka je medijsko zanimiv in s tem javno izpostavljen. Če pri poročanju ne sodeluje usposobljeni strokovnjak za odnose z javnostmi, kjer nastopa strokovno, lahko širša javnost presoja o pravilnosti postopanj vzame v »svoje roke« in s tem že tako izpostavljenemu in prizadetemu otroku naredi še dodatno škodo. Zato bi bilo smotrno razmisliti o skupni službi za odnose z javnostmi, ki bi sodelovala ob medijsko izpostavljenih primerih.

6. SKLEPNA MISEL

Družine, s katerimi se v postopku odvzemov otrok srečujemo, pa naj gre za izvršbo glede zaupanja v varstvo in vzgojo otroka, izvršitev osebnih stikov ali neposrednega odvzema otroka, so običajno družine s kompleksnimi in številnimi težavami, slabimi strategijami za spoprijemanje s težavami, ranjene, s slabimi življenjskimi izkušnjami. Ob tem je pomembno zavedanje, da vsak starš dela po svojih najboljših možnostih z dobrim namenom in ravna na najboljši možni način, ki ga pozna in zmore ter ima »dober« razlog za svoje »neustrezno« ravnanje. Svoje otroke imajo starši radi, ne želijo jim škodovati, zaradi najrazličnejših razlogov pa ne zmorejo ali ne znajo ustrezno skrbeti zanje in jim biti dovolj dobri starši.

Strokovno postopanje mora ne glede na to, da je treba otroke ob visoki stopnji njihove ogroženosti zaradi ravnanj ali opustitve ravnanj staršev izločiti iz družine, temeljiti na spoštovanju in etičnem ravnanju pri odnosu z ljudmi.

Otroci bodo za vedno otroci svojih bioloških staršev, ki so zanje ter za njihovo življenjsko srečo v prihodnosti in razumevanje lastne življenjske zgodbe izjemno pomembni. Prav zaradi tega je pomembno, da jih v svojih postopanjih ne razvrednotimo, ne jemljemo njihovega mesta v otrokovem svetu ter postopamo tako, da jih na poti »reševanja« otrok ne izgubimo.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- Bregar, Anita. (2019). Center za socialno delo v procesu pomoči, podpore in ukrepov –pretekle izkušnje in izzivi prihodnosti.
- Bouwkamp, Roel. & Bouwkamp, Sonja. (2014). Blizu doma: Priročnik za delo z družinami. Ravnanje z interakcijskimi vzorci v družini, pri procesih podpore in pomoči ter na področjih psihosocialnega dela. Ljubljana: Filozofska fakulteta, Pedagoška fakulteta, Inštitut za družinsko terapijo.
- Burkelc, Frida & Burkelc Juras, Lina. Odvzem otroka. Pravosodni bilten, 2018, št. 3, str. 75–97.
- Čačinovič Vogrinčič, Gabi. (2008). Socialno delo z družino. Ljubljana: Fakulteta za socialno delo.
- Čačinovič Vogrinčič, Gabi & Mešl, N. (2019). Socialno delo z družino: soustvarjanje želenih izidov in družinske razvidnosti. Ljubljana: Fakulteta za socialno delo.
- Dirnberger Puchner, Silvia. Konfliktni management, osebni zapiski s predavanja, 2011.
- Novak, Barbara, (2017). Družinski zakonik z uvodnimi pojasnili. Ljubljana. Uradni list RS.
- Konvencija o otrokovih pravicah (1990). Ur. l. SFRJ–MP, 15/1990, Uradni list RS, št. 9/92, 3/93, 9/93, 5/99, 2/08, 3/11 in 9/12.
- Kaljenje, št. 10. Bilten Skupnosti CSD. Čoklc, Gabrijela in drugi. Ljubljana: Skupnost CSD, 2010.
- Poglavlje v zbirki člankov: Leskovšek, Vesna in drugi. Zaščita otrok pred nasiljem in zanemarjanjem v Sloveniji: Čižman, Gordana. Določanje koristi otroka v postopkih zaščite na centru za socialno delo. Ljubljana: Fakulteta za socialno delo, 2019, str. 6083.
- Katalog javnih pooblastil, nalog po zakonu in storitev, ki jih izvajajo CSD <<https://www.scsd.si/katalogi/katalog-javnih-pooblastil/>> (8. 3. 2020).

PROCESNI POLOŽAJ OSEBE, O KATERI SE VODI POSTOPEK, IN VLOGA ZAČASNEGA SKRBNIKA¹

Mag. Metoda Orehar Ivanc, višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani

1. UVOD

Ena od sprememb v Družinskem zakoniku (DZ)² je institut postavitve pod skrbništvo, ki je nadomestil odvzem poslovne sposobnosti. Najprej se je zastavilo vprašanje, ali se novi institut sploh razlikuje od odvzema poslovne sposobnosti ali pa gre morda le za preoblikovanje prejšnjega dvostopenjskega postopka – sodnega, v katerem je bilo odločeno o odvzemu poslovne sposobnosti, in upravnega, v katerem je bil imenovan skrbnik – v enostopenjski postopek v pristojnosti sodišča.

Na prvi pogled se morda zdi, da med institutoma ni bistvene razlike. Tak vtis dajejo prehodne določbe DZ-1, v katerih je določen učinek odločb o odvzemu poslovne sposobnosti.³ Ker govorijo le o sposobnosti za sklepanje pravnih poslov, bi bil mogoč sklep, da skrbništvo obsega le podajanje izjav volje namesto varovanja in da varovanec nima poslovne sposobnosti. Mnenje, da ne gre za znatnejšo vsebinsko spremembo, bi lahko podpirali tudi določba 245. člena DZ, po kateri je skrbnik zakoniti zastopnik varovanca, in 263. člena DZ, ki glede veljavnosti pravnih poslov odkazuje na uporabo pravil obligacijskega prava.⁴ Ne glede na to je v DZ nekaj določb, ki vzbujajo dvom o pravilnosti takega sklepa. Medtem ko se je prej veljavna ureditev osredotočala na omejitev poslovne sposobnosti, novi zakon ta izraz opušča (z izjemo prehodnih določb), pri opredelitvi namena skrbništva za odrasle pa govori o varstvu njihove osebnosti in od skrbnika zahteva, da varovancu v okviru njegovih sposobnosti omogoči oblikovati življenje po lastnih željah in predstavah. Tudi ob upoštevanju mednarodnih zavez države in razvoja na področju pravnega položaja odraslih oseb, ki niso sposobne poskrbeti zase, ne more biti dvoma, da ne gre le za popravek v poimenovanju, temveč za korenito spremembo, ki odvzem poslovne sposobnosti dopušča le izjemoma. Že priporočilo Sveta Evrope (SE) iz leta 1999 je poudarilo načelo sorazmernosti ter zahtevo po največji možni ohranitvi poslovne sposobnosti in naboru različnih ukrepov, vključno s takimi, ki ne omejujejo poslovne sposobnosti in ne zahtevajo postavitve skrbnika ali postavitve skrbnika s trajnimi pooblastili.⁵ Pred trinajstimi leti se je država z ratifikacijo Konvencije Združenih narodov o pravicah oseb z invalidnostjo (MKPI)⁶ zavezala spremeniti zakonsko ureditev, po kateri je bila osebam odvzeta poslovna sposobnost, odloči-

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice na civilnopravni šoli, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala od 4. do 6. marca 2020 v Portorožu.

2 Uradni list RS, št. 15/17.

3 Po 295. členu DZ se šteje, da oseba, ki ji je bila popolno odvzeta poslovna sposobnost, ne more samostojno opravljati nobenih pravnih poslov, oseba, ki ji je bila poslovna sposobnost odvzeta delno, pa ima položaj otroka, ki je dopolnil 15 let.

4 Glede na uporabljene izraze gre za določbe poglavja OZ o sposobnosti (41. do 44. člen OZ).

5 Glej 2., 3., 5. in 6. načelo Priporočila Odbora ministrov Sveta Evrope št. R (99) 4 z dne 23. 2. 1999 o načelih v zvezi s pravnim varstvom poslovno nesposobnih odraslih (v nadaljevanju priporočilo SE).

6 Uradni list RS, Mednarodne pogodbe, št. 10/08, ki je v Sloveniji začela veljati 24. 5. 2008.

tve pa je sprejemal skrbnik, in jo nadomestiti z ureditvijo, ki bo osebam zagotavljala podporo pri sprejemanju odločitev. Medtem ko je priporočilo SE še dopuščalo ureditev, ki vključuje odvzem poslovne sposobnosti, MKPI tega instituta ne dopušča več. Izhajajoč iz temeljnih načel konvencije o spoštovanju prirojenega dostojanstva, osebne samostojnosti in neodvisnosti posameznikov (3. člen),⁷ mora pravna ureditev temeljiti na osebi in njeni svobodi odločanja. Uporablja se izraz podpora (*support*), ki jo potrebuje oseba, da bodo njene odločitve – njena volja in izbire – pravno učinkovale.⁸ Tudi v sodnem postopku je treba pri odločanju o potrebnosti skrbništva⁹ izhajati iz konkretnega položaja osebe ter pri izbiri skrbnika in obsegu njegovih nalog dati primarno težo pravicam, volji in izbiri osebe.¹⁰

V prvem letu po uveljavitvi instituta so v sodnih postopkih nastale mnoge dileme. Razlog je v tem, da gre tako z vsebinskega kakor tudi s procesnega vidika za novost, ki ob korenito drugačnemu položaju osebe, o kateri teče postopek, vzpostavlja tudi novo delitev pristojnosti med sodišči in centri za socialno delo. Ob študiju mednarodnopravnih in primerjalnopravnih virov se poraja tudi dvom, ali je zakonodajalec dovolj dobro opravil svoje delo.

Del dilem, ki so se odprle po začetku uporabe DZ in Zakona o nepravdnem postopku (ZNP-1),¹¹ se nanaša na položaj osebe v postopku: ali oseba, o kateri se vodi postopek postavitve pod skrbništvo,¹² samostojno nastopa v postopku, ali zahteva po poskusu zaslišanja osebe v postopku velja brez izjeme,¹³ ali ima oseba pravico do odvetnika oziroma procesnega pomočnika, in ali sme to vlogo opravljati začasni skrbnik. Razmišljanje o teh vprašanjih je tema tega prispevka.

2. PROCESNI POLOŽAJ OSEBE

2.1 Pravica osebe do izjave

Priporočilo SE med procesnimi načeli določa pravico osebe do seznanitve s postopkom¹⁴ in pravico osebe do izjave v postopku.¹⁵ Kadar oseba ni sposobna iz-

7 Te so kot pravice posameznika zagotovljene tudi v 34. členu Ustave Republike Slovenije (pravica do osebnega dostojanstva) in v 35. členu ustave, ki zagotavlja nedotakljivost duševne integritete in varuje pravico do samostojnega odločanja o sebi.

8 Več General Comment No. 1 (2014) k 12. členu MKPI.

9 T. i. načelo potrebnosti je posebej poudarjeno v letu 2017 sprejeti noveli avstrijskega ABGB in v juniju letos objavljenemu predlogu novele nemškega BGB. Glej predvsem § 239 ABGB in predlog §§ 1814 in 1815 BGB (predlog je dostopen na spletni strani Zveznega ministrstva za pravosodje in varstvo potrošnikov https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/062320_Reform_Vormundschaft.html).

10 Izraz je vsebovan v 4. točki 12. člena MKPI. V priporočilu SE je bila med izrazi največja korist (*best interests*), dobrobit (*welfare*) in korist (*benefit*) po zgledu Oviedske konvencije izbrana besedna zveza „interesi in dobrobit“ (*interests and welfare*).

11 Uradni list RS, št. 16/19.

12 V nadaljevanju bo poimenovana kot oseba.

13 Tako je mogoče razumeti 61. člen ZNP-1, ki se glasi: „Osebo ... sodišče zasliši, razen če potem, ko jo poskusi zaslišati, ugotovi, da bi zaslišanje škodilo njenemu zdravju ali da glede na njeno zdravstveno stanje zaslišanje ni mogoče.“

14 11. načelo, 2. točka: Prizadeta oseba mora biti v jeziku ali na drug način, ki ga razume, nemudoma seznanjena z začetkom postopka, ki bi lahko prizadel njeno pravno sposobnost ali izvrševanje njenih pravic ali interesov, razen če taka seznanitev zanj očitno ne bi imela pomena ali bi predstavljala resno nevarnost za njeno zdravje.

15 13. načelo: Oseba ima pravico, da se osebno izjavi v postopku, ki bi lahko prizadel njeno pravno sposobnost.

raziti svojega mnenja ali se zaradi svojega stanja ne more udeleževati postopka ali je tako moteča, da potrebuje nadzor, ji mora biti zagotovljena tudi pravica do zastopnika.¹⁶ Čeprav gre za neobvezujoči dokument, ga Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) upošteva pri oblikovanju svojih stališč o vsebini pravice do poštenega sojenja¹⁷ in pri ugotavljanju, ali obstajajo skupni standardi varstva v državah članicah Sveta Evrope.¹⁸ Načela iz priporočila z dodanim obrazložitvenim memorandumom so tako pomembno vodilo pri razlagi zakonskih določb o položaju osebe v postopku postavitve pod skrbništvo.

Pomen pravice do izjave osebe v tovrstnih postopkih je v nedavni odločbi Up-1178/18 poudarilo tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije.¹⁹ Ob upoštevanju stališč ESČP je navedlo, da mora biti osebam s težavami v izvrševanju njihove (svobodne) volje zagotovljeno čim bolj celovito in popolno sodelovanje v postopku. Le tako je mogoče zagotoviti, da bo oseba – v največjem možnem obsegu – sama predstavila svojo zadevo pred sodiščem in (p)ostala subjekt postopka. Prilagoditve in omejitve so dopustne, kolikor so nujno potrebne zaradi zavarovanja zdravlja osebe ali zagotovitve učinkovitosti postopka,²⁰ a morajo biti po drugi strani dopolnjene s preiskovalnimi pooblastili sodišča. V vsakem primeru morajo biti osebi zagotovljena minimalna procesna jamstva, ki spadajo v jedro pravice do poštenega postopka.

Ustavno sodišče je poudarilo dva vidika pravice: oseba ima možnost predstaviti svojo zadevo pred sodiščem (in tako ni le objekt, ampak tudi subjekt postopka), sodišče pa ima na ta način možnost neposredno pridobiti vtis o stanju in zmožnostih osebe. Ker gre za hud poseg v osebnostne pravice osebe, je še toliko pomembnejše, da je osebi dana dejanska možnost za uresničitev temeljnih jamstev poštenega postopka. Država mora zato osebi zagotoviti neodvisnega zastopnika. Sodišče mora paziti najprej na to, da pritožnikove interese zastopa bodisi začasni skrbnik bodisi odvetnik, dodeljen v postopku brezplačne pravne pomoči, in na to, da bo ta oseba dejansko nastopala v njegovo korist.

2.1.1 Sposobnost osebe, da samostojno nastopa v postopku

Že umestitev pravice do izjave med temeljne določbe ZNP-1 kaže na njen poseben pomen (tudi) v postopku postavitve pod skrbništvo. V prvem odstavku 5. člena ZNP-1 so opredeljeni vsi temeljni elementi pravice kot bistvenega jamstva poštenega postopka. Udeležencem mora biti dana možnost, da se izjavijo o navedbah drugih udeležencev, da sodelujejo pri izvajanju dokazov in da razpravljajo o izidih celotnega postopka. Iz položaja udeleženca izhaja, da imajo pravico sami navajati dejstva in predlagati dokaze. Tem pravicam je komplementarna dolžnost sodišča, da se o zbrnem procesnem gradivu, pomembnem za odločitev, izreče v jasnih in prepričljivih razlogih za odločitev.

¹⁶ Obrazložiten memorandum priporočila, 55. točka.

¹⁷ 6. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP). Istovrstna jamstva so zagotovljena v 22. členu (enako varstvo pravic) in v 23. členu ustave (pravica do sodnega varstva).

¹⁸ Tako na primer A. - M. V. proti Finski, št. 53251/13, 23. 3. 2017, § 74.

¹⁹ Odločba z dne 12. 12. 2019. Zadeva se sicer nanaša na postopek za odvzem poslovne sposobnosti, vendar je postopek za postavitve pod skrbništvo po svojem pomenu in kompleksnosti primerljiv.

²⁰ Tako tudi ESČP v sodbah Shtukaturv proti Rusiji, št. 44009/05, 27. 3. 2008, § 68, in Nikoljan proti Armeniji, št. 74438/14, 3. 10. 2019, § 107.

Omejitev pravice do izjave so po drugem odstavku 5. člena ZNP-1 dopustne, če tako določa zakon, ali če sodišče presodi, da bi bile s tem ogrožene druge ustavne pravice osebe, katere pravice in pravne interese mora varovati po uradni dolžnosti. Ker je pravica do izjave ustavna pravica, je omejitev dopustna le, če jo določa zakon in če je spoštovano načelo sorazmernosti.²¹ Tudi pri razlagi zakonskih določb, ki dopuščajo njeno omejitev, je zato treba upoštevati, da je dopusten le najmanjši potreben poseg.

Po ZNP-1 sodišče dovoli osebi, da zaradi uveljavitve svojih pravic ali pravnih interesov sama opravi posamezna procesna dejanja, če oceni, da je sposobna razumeti pomen in pravne posledice takih dejanj (prvi odstavek 45. člena ZNP-1). Na prvi pogled je samostojno nastopanje osebe v postopku izjema, a taka razlaga ni sprejemljiva.

Že v postopkih za odvzem poslovne sposobnosti se je uveljavilo stališče, da je osebi, o kateri teče postopek, treba omogočiti, da (tudi) sama nastopa v postopku.²² V vodilnem komentarju tedaj veljavnega zakona o nepravdnem postopku je avtorica izrazila mnenje, da osebi ni mogoče odvzeti pravice, da se v postopku izjavi in brani svoje interese, in da njenih dejanj niti tedaj, ko ni sposobna izraziti svoje volje, ni mogoče nadomestiti z dejanji zakonitega zastopnika.²³ Ustava, EKČP, Listina EU o temeljnih pravicah in MKPI, ki zahtevajo od države, da predvidi postopek, v katerem bo oseba dejansko subjekt postopka, in ne objekt, pravilnost tega stališča le še potrjujejo.

Odvzem pravice samostojno nastopati v postopku bi pomenil, da procesna dejanja osebe ne bi imela pravnega učinka. Taka omejitev bi bila zelo daljnosežna. Sodišče ne bi upoštevalo njenih navedb o tem, ali so podani razlogi za postavitev pod skrbništvo, pri katerih stvareh potrebuje pomoč in pri katerih ne, koga želi imeti za skrbnika, kaj meni o drugih osebah, ki bi lahko bile skrbnik, itd. Osebo bi torej postavila v položaj objekta postopka. Tak poseg bi bil dopusten kvečjemu v primeru, ko oseba niti v minimalnem obsegu ne bi bila sposobna razumeti pomena in posledic svojih procesnih dejanj ali bi seznanjenost s postopkom resno ogrožala njeno zdravje, za tako oceno pa sodnik praviloma nima potrebnega strokovnega znanja.

Zakonsko določbo je zato treba razumeti tako, da je sposobnost samostojnega nastopanja osebe pravilo in da je le v izjemnih primerih sprejemljiva odločitev sodišča, da njena dejanja nimajo pravnega učinka. Navedeno pomeni, da sodišče osebo praviloma šteje kot samostojnega udeleženca v postopku, ji vroča pisanja, jo vabi na narok, obravnava njene vloge.²⁴ Drugačno odločitev mora skrbno obrazložiti.²⁵

21 Tretji odstavek 15. člena ustave.

22 Glej sklep VSL I Cp 2229/2019 z dne 11. 12. 2019 in tam navedene sodne odločbe.

23 Tako Wedam-Lukić, Polajnar-Pavčnik, nav. delo, str. 46.

24 Na prvi pogled se morda dosledno vztrajanje pri tej zahtevi zdi nesmiselno, a njen pomen je v priznavanju temeljnega dostojanstva osebi, o kateri se vodi postopek. Če oseba ne zmore razumeti procesnih dejanj, ji mora biti postavljen procesni zastopnik. Njegova naloga je, da osebi na njej razumljiv način razloži vsebino prejetih sodnih pisanj.

Zgled je lahko avstrijski zakon, ki izrecno zahteva, da se osebi neposredno vroči sklep o postavitvi pod skrbništvo, pravni zastopnik pa ji mora na primeren način pojasniti vsebino odločitve. Posebej ureja primer, ko oseba sploh ne more razumeti odločitve. Tedaj za vročitev zadostuje, da je odločba v njeni telesni bližini (tako da bi se v primeru, če ne bi bila bolna, lahko seznanila z odločitvijo).

25 Tako je bilo tudi stališče sodne prakse, oblikovane na podlagi Zakona o nepravdnem postopku (ZNP), Uradni list SRS, 30/86 in nasl. Glej sklepe VSM I Cp 478/2004 z dne 5. 5. 2004, VSK Cp 717/2009 z dne 18. 8. 2009 in VSL I Cp 342/2010 z dne 10. 3. 2010.

Navedeno pa ne pomeni, da mora sodišče njena ravnanja upoštevati kot ravnanja razsodne osebe. Kadar se predlogi in stališča osebe razlikujejo od stališč drugih udeležencev, sodišče ne le sme, ampak tudi mora oceniti, ali jih je oseba podala pod vplivom bolezni in zato ne odražajo njenih želja in volje.

2.1.2 Zaslišanje osebe

61. člen ZNP-1 se od določbe 47. člena ZNP razlikuje v tem, da mora sodišče v vsakem primeru vsaj poskusiti zaslišati osebo. Šele potem ko jo vidi, sme odločiti, da je ne bo zaslišalo (ker to ni mogoče ali ker bi to škodilo njenemu zdravju). Na podlagi ZNP je torej sodišče lahko tudi na drug način ugotovilo, da bi zaslišanje škodilo zdravju osebe ali da zaslišanje ni mogoče, po ZNP-1 pa mora taka ugotovitev temeljiti na neposrednem vtisu sodnika o osebi. Določba je naletela na kritične pomisleke, ali je tak poseg v duševno integriteto v vsakem primeru nujen.

Pomen stika med sodnikom in osebo je dvojen. Na eni strani gre za dokaz o stanju osebe. Na drugi strani je osebi na ta način dejansko omogočeno, da ve, o čem teče postopek in se o tem izreče.^{26, 27} Ker je verjetno, da ni sposobna – vsaj ne v celoti – sama zagotoviti uveljavitve svojih pravic in interesov, jo mora sodišče poiskati, vzpostaviti stik in se pogovoriti z njo na način, ki ga je oseba sposobna razumeti.²⁸ Pomembno je, da do stika pride na začetku postopka.²⁹ Sodnik tako ugotovi, ali je izvedba postopka sploh potrebna, v kolikšnem obsegu oseba potrebuje pomoč pri uveljavljanju pravic v postopku, kdo bi lahko poskrbel za osebo, ipd.

Uvedba strožjih pogojev v ZNP-1 z vidika pravice do zaslišanja ni bila potrebna. O tem, da dokaza ni mogoče izvesti, se namreč sodišče lahko prepriča na drug način (in ne le tako, da osebo vidi). Kadar v zbranem procesnem gradivu ni najmanjšega dvoma, da oseba – upošteva njeno stanje – ni sposobna smiselne komunikacije, je dokaz z zaslišanjem dopustno opustiti.

Pri presoji o dopustnih odstopih od pravice do izjave je potrebna večja zadržanost. Prav je, da sodišče uporabi pooblastila iz 6. člena ZNP-1³⁰ in stori vse, kar je treba, da z osebo vzpostavi neposreden stik. Med izjeme, dopuščene v drugem odstavku 5. člena ZNP-1, spadajo primeri, v katerih je očitno, da vzpostavitev stika sodnika

26 Že v komentarju ZNP je bilo opozorjeno na razliko med pravico osebe do izjave in dokazom z zaslišanjem osebe. Smisel določbe je komentatorka videla v tem, da sodišče osebo vidi, skuša z njo vzpostaviti stik in si tako ustvari neposreden vtis o njenem stanju. Izraz zaslišanje razume kakor pogovor z osebo. Zakonska izjema od zaslišanja pa ne posega v pravico osebe do izjave. Wedam-Lukić, Polajnar-Pavčnik, prav tam, str. 52.

27 O pomenu stika sodišča z osebo se je na opisani način izreklo tudi ESČP. Glej Shtukatur, prav tam, § 72.

28 Kadar sodišče vzpostavi stik z osebo in odločitev temelji na tem neposrednem vtisu sodnika, je tudi ESČP bolj zadržano pri presoji tovrstnih zadev. Prim. Shtukatur, prav tam, § 91, in Sýkora proti Češki, št. 23419/07, 22. 11. 2012, §§ 102, 107.

29 Tako tudi 2. točka 11. načela priporočila SE.

30 Določba sodišču nalaga dolžnost, da po uradni dolžnosti ukrene vse, da se zavarujejo pravice in pravni interesi oseb, ki zaradi motnje v duševnem razvoju ali težav v duševnem zdravju ali drugih okoliščin niso sposobne, da bi same zagotovile uveljavitve svojih pravic in interesov.

z osebo glede na njeno zdravstveno stanje ne more doseči svojega namena,³¹ ali ko bi to lahko pomenilo resno tveganje za njeno zdravje.

2.2 Pravica do neodvisnega zastopnika v postopku

Ustavno sodišče in ESČP sta se o tej pravici izrekla v zvezi s postopki, v katerih je bila osebam bodisi delno bodisi v celoti odvzeta poslovna sposobnost. Dolžnost države, da zagotovi neodvisnega zastopnika, ki dejansko nastopa v korist osebe, sta utemeljili s tem, da gre za hud poseg v posameznikovo avtonomijo in osebno-stni položaj, da gre za osebe s težavami v duševnem zdravju in da gre (praviloma) za zahtevna pravna vprašanja.³² Postavitev osebe pod skrbništvo ima praviloma³³ manj daljnosežne posledice za osebo, a gre kljub temu za hud poseg v njeno svobodo samostojnega odločanja in duševno integriteto. Zahtevnost postopka tako v procesnem kakor tudi vsebinskem pogledu je primerljiva. Iz enakih razlogov kakor v postopku za odvzem poslovne sposobnosti tudi v teh postopkih oseba večinoma ni sposobna – ali vsaj ne v celoti – samostojno zagotoviti uveljavitev svojih pravic in koristi. Stališča, ki sta jih ustavno sodišče in ESČP zavzela v zvezi s postopkom za odvzem poslovne sposobnosti, je zato treba upoštevati tudi pri razlagi določb, ki urejajo postopek postavitve pod skrbništvo.

Oseba ima pravico do procesnega pomočnika, kadar sama zaradi težav v duševnem zdravju ne zmore dovolj dobro sodelovati v postopku. Prikrajšanja oseb so raznolika in različno intenzivna in temu je prilagojen tudi obseg nalog zastopnika. Splošno rečeno pa mora zastopnik zagotoviti, da oseba sama ali z njegovo pomočjo uveljavi pravice, ki jih ima v postopku. Pred sodišče mora prenesti njeno stališče (mnenje, želje) o tem, ali potrebuje pomoč skrbnika, na katerih področjih ga potrebuje, kdo naj bo skrbnik. Da oseba sploh lahko ve, za kaj gre, pa ji mora zastopnik na način, ki ga zmore razumeti, pojasniti vsebino postopka, njen položaj v njem in posledice možnih odločitev, ji sproti razložiti potek postopka, vsebino sodnih pisanj ipd. Od njega se torej pričakuje aktivna udeležba v celotnem postopku.

Da ni dovolj, da je zastopnik le postavljen, izhaja tudi iz sodb ESČP. Pri presoji kršitev pravice do poštenega sojenja je ESČP upoštevalo, ali je zastopnik vzpostavil stik z osebo, se z njo pogovoril in pridobil usmeritve za ravnanje v postopku ter bil dejansko aktiven v postopku pri podajanju navedb in dokaznih predlogov, sodelovanju pri izvajanju dokazov in izrekanju o rezultatih dokaznega postopka.³⁴

Tudi ustavno sodišče je poudarilo, da mora zastopnik dejansko nastopati v korist osebe. Seveda ni treba, da upošteva prav vse napotke in predloge osebe. Odločilno je, da objektivno ravna v njeno korist.

31 Gre za primere, ko zbrano gradivo, ki ga ima sodišče na voljo, ne daje nobene podlage za dvom, da oseba ne zmore vzpostaviti stika z drugim ali je sicer sposobna minimalne komunikacije, a bi pogovor s sodnikom pomenil zanjo nesorazmerno obremenitev (ker na primer o pomembnih okoliščinah v zvezi s potrebnostjo skrbništva, obsegom nalog in izbiro skrbnika ni spora).

32 Glej odločbo US RS Up-1178/18 in sodbo ESČP D. D. proti Litvi, št. 13469/06, 14. 2. 2012, § 122.

33 Omejitev ali celo odvzem poslovne sposobnosti sme sodišče izreči le izjemoma.

34 Prim. Sýkora, op. cit., § 108, Beiere proti Latviji, št. 30954/05, 29. 11. 2011, § 52, Salontaji-Drobnjak proti Srbiji, št. 36500/05, 13. 10. 2009, § 127, D. D. proti Litvi, op. cit., § 122.

Ustrezna izpolnitev te naloge verjetno ni mogoča, ne da bi bila med osebo in zastopnikom vzpostavljena določena stopnja zaupanja in ne da bi bil zastopnik sposoben ter pripravljen ugotoviti in upoštevati voljo osebe. Med interesi osebe in zastopnika ne sme biti nasprotja.

Četudi oseba ima zastopnika – ne glede na to, ali ga je izbrala sama ali ji ga je postavilo sodišče – med sodnikove naloge po 6. členu ZNP-1 spada tudi skrb za to, ali je zastopnik vzpostavil stik z osebo in ali je v postopku aktiven.

2.2.1 Začasni skrbnik kot procesni zastopnik

ZNP-1 ne vsebuje določbe, po kateri bi sodišče moralo osebi postaviti odvetnika,³⁵ a pritrdilni odgovor na vprašanje, ali je zato v neskladju z ustavo, je mogoč šele, ko zakon z uveljavljenimi metodami razlage ne omogoča ustavnoskladne rešitve.³⁶

Ustavno sodišče je med možnostma navedlo odvetnika (v okviru brezplačne pravne pomoči) in začasnega skrbnika, ki ga predvideva 265. člen DZ. Vsaj na prvi pogled sta položaja odvetnika in skrbnika v razmerju do osebe različna. Četudi je odvetnik imenovan v postopku za zagotovitev brezplačne pravne pomoči, je razmerje z osebo vzpostavljeno s pooblastilom, in je torej pogodbeno, začasni skrbnik pa črpa svoje pristojnosti iz odločbe sodišča.

Glede na zgoraj opisane naloge procesnega zastopnika osebe ni videti tehtnih pomislov, da osebo v primerih, ko je zmožna razumeti pomen pooblastitve, zastopa pooblaščen odvetnik. Taka pooblastitev ne pomeni, da oseba ne bi smela sama podajati svojih stališč v postopku. Na drugi strani mora sodišče tudi v takem primeru opraviti svojo nalogo iz 6. člena ZNP-1 in predvsem paziti, da pooblaščenec izraža voljo in želje osebe, ne pa koga drugega, ali celo uveljavlja lastne interese.

V okviru svojih uradnih pooblastil sodišče tudi pouči osebo, ki nima pooblaščenca, da zaprosi za dodelitev odvetnika na podlagi predpisov o brezplačni pravni pomoči. Pomanjkljivost teh predpisov je v omejitvi kroga vlagateljev na osebo, ki želi pridobiti odvetnika. Če namreč ta oseba ni zmožna razumeti pomena tega postopka ali storiti vsega potrebnega za vložitev popolne vloge, ni nikogar, ki bi to storil namesto nje.

Kaj pa začasni skrbnik? Že na podlagi ZNP je bil udeleženec v postopku za odvzem poslovne sposobnosti. Iz komentarja zakona izhaja, da je bil njegov namen poskrbeti za zadeve osebe, s katerimi ni bilo mogoče počakati do konca postopka, ne pa tudi v procesnem zastopanju osebe. V postopkih pa se je še posebej v primerih, v katerih je bil predlagatelj postopka center za socialno delo, pokazalo, da oseba potrebuje nekoga, ki bi zagotovil uveljavitev njenih pravic. Večkrat je bilo zavzeto stališče, da to nalogo lahko prevzame skrbnik za poseben primer.³⁷

³⁵ Tako kakor je to na primer predvideno v postopkih, ki tečejo na podlagi Zakona o duševnem zdravju (ZDZdr), Uradni list RS, št. 77/08 in nasl., 31. člen.

³⁶ Navedeno je po utrjenem stališču v presoji ustavnega sodišča predpostavka za vsebinsko obravnavanje zahteve sodišča za oceno ustavnosti zakona. Glej na primer sklepa US RS U-I-58/16 z dne 26. 10. 2017 in U-I-173/17 z dne 10. 10. 2018.

³⁷ Glej sklep VS RS II Ips 306/2011 z dne 1. 12. 2011, 6., 7. in 8. točka obrazložitve, in sklepe VSL I Cp 3091/2010 z dne 9. 11. 2010, II Cp 1322/2014 z dne 3. 2. 2014, I Cp 2753/2016 z dne 29. 3. 2017.

Podobno kakor je bilo določeno v prvem odstavku 209. člena ZZZDR, tudi na podlagi 265. člena DZ sodnik osebi postavi začasnega skrbnika „po potrebi“. Ker natančneje te potrebe niso utemeljene, je treba izhajati iz splošne opredelitve skrbnikovih nalog. Skrbnik se postavi osebi, ki ni sposobna zagotoviti uveljavitve svojih pravic in koristi in pri tem potrebuje pomoč.³⁸ Iz nadaljnjih določb DZ izhaja, da se začasni skrbnik postavi (najdlje) do pravnomočnega dokončanja postopka.

Med tako opredeljene naloge začasnega skrbnika lahko spada tudi zastopanje osebe v postopku postavitve pod skrbništvo. Ureditev nalog začasnega skrbnika v procesnih določbah ZNP-1 ne nasprotuje takemu stališču. Ker se določba 59. člena³⁹ veže na institut, urejen v materialnopravnem predpisu, jo je mogoče razumeti le tako, da ima začasni skrbnik, postavljen na podlagi DZ, že po zakonu tudi nalogo, da osebi pojasni bistvene vidike postopka, ki se vodi o njej.⁴⁰

Kljub pomislekom, izraženim v zakonodajnem postopku, ni videti tehničnih nasprotnih razlogov. Zakonodajna pravna služba je prvotnemu predlogu 59. člena⁴¹ nasprotovala, ker je menila, da v postopku, v katerem se odloča o statusu osebe, nihče ne more nadomestiti njene volje in bi zato postavitve zakonitega zastopnika, ki bi nadomeščala voljo osebe v postopku, pomenila nedopusten poseg v njeno pravico do osebnega dostojanstva.

Strinjam se, da nadomestitev volje osebe z voljo skrbnika pretirano posega v procesne pravice osebe in da je bil s tega vidika nesprejemljiv predlog zakonske določbe, po kateri bi začasni skrbnik imel vlogo zakonitega zastopnika osebe v postopku. Navedeno pa ne pomeni, da začasni skrbnik ne bi mogel opravljati nalog procesnega zastopnika osebe.

Drugače kakor po prejšnji ureditvi odločba o postavitvi pod skrbništvo ne pomeni nujno, da oseba nima več poslovne sposobnosti. Obseg skrbnikovih nalog mora biti v odločbi opredeljen (drugi odstavek 262. člena DZ). Pri tej opredelitvi sodišče ne le sme, ampak mora upoštevati, da osebe ni dopustno prikrajšati pri samostojnem nastopanju v postopku postavitve pod skrbništvo.

Določba 265. člena DZ, ki ureja institut začasnega skrbnika, ne omejuje njegovih nalog na zadeve osebe zunaj postopka. Uporabljen je izraz „po potrebi“. Začasni skrbnik se postavi tedaj, ko je treba urediti posamezne zadeve, s katerimi ni mogoče počakati do konca postopka.

Že v prejšnji ureditvi je zakon zaradi varstva osebe določal, da ima oseba – poleg morebitnega skrbnika – položaj udeleženca v postopku (46. člen ZNP). Podobna je tudi ureditev v ZNP-1. V 21. členu je med udeleženci navedena oseba, glede katere se vodi postopek, v drugem odstavku 58. člena pa je ta položaj dan tudi

38 Prim. 262. člen v povezavi z drugim odstavkom 239. člena DZ.

39 Določba se glasi: „Začasni skrbnik osebi na primeren način pojasni namen in potek postopka, pravice in dolžnosti, ki jih ima oseba v postopku, posledice nesodelovanja osebe ter vsebino in posledice odločitev sodišča.“

40 Da se 59. člen ZNP-1 nanaša na začasnega skrbnika, ki je postavljen na podlagi DZ, izrecno izhaja iz predhodne določbe 58. člena, po kateri je začasni skrbnik osebe, postavljen na podlagi DZ, po zakonu tudi udeleženec postopka.

41 Po predlogu se začasnemu skrbniku, postavljenemu na podlagi DZ, lahko v okviru nalog določi tudi zastopanje osebe v postopku postavitve pod skrbništvo.

začasnemu skrbniku. Kot udeleženec ima pravico podajati navedbe in predloge, predlagati dokaze, se izrekati o procesnem gradivu in vlagati pravna sredstva. Ta položaj ni ovira za opravljanje nalog procesnega zastopnika, ampak prej nasprotno: zagotavlja, da oseba ohrani samostojni položaj v postopku in lahko uveljavi vse pravice, ki jih ima kot udeleženec v postopku.

Položaj udeleženca, ki ga ima začasni skrbnik, ga tudi ne ovira, da ne bi mogel opraviti vsega, kar je treba, da oseba v celoti uresniči svoje procesne pravice. Tako kot procesni zastopnik mora tudi začasni skrbnik nuditi podporo osebi pri zadevah, ki jih ne zmore opraviti sama. Ali gre za zadevo, ki se ureja izven sodnega postopka ali v sodnem postopku, ni pomembno. Poleg tega mora začasni skrbnik – kadar je postavljen – že po zakonu osebi pojasniti namen in potek postopka, pravice in dolžnosti osebe v postopku ter vsebino in posledice odločitev sodišča. Ni videti razlogov, da mu ne bi bila zaupana tudi naloga, da ves postopek sodišču prenaša stališča, mnenja, želje osebe. Že po zakonu so namreč prav pravice in koristi osebe temeljno vodilo za izvrševanje skrbniških nalog. Še natančnejši je 12. člen MKPI. Oseba, ki nudi podporo, mora upoštevati pravice, voljo in izbiro varovanca.

2.2.2 V vsakem postopku ali „po potrebi“?

Že iz odločbe US Up-1178/18 izhaja, da sta pri presoji, ali je osebi treba postaviti procesnega zastopnika, pomembni predvsem teža odločitve v postopku in zmožnost osebe, da samostojno nastopa v postopku.

Razen v primeru očitno neutemeljenih predlogov postopek postavitve pod skrbništvo praviloma teče o osebi, ki ni popolnoma zmožna razumeti pomena postopka in zato tudi ni sposobna polno uresničiti svojih procesnih pravic. Predvsem v primerih, ko je treba urediti več zadev osebe ali nekatere med njimi za daljše obdobje, odločitev daljnosežno posega v pravni položaj osebe in njeno pravico do samostojnega odločanja. V vseh teh primerih oseba potrebuje pomoč in podporo pri predstavitvi svojih želja in pogledov o vprašanih, pomembnih za odločitve, in pri uveljavitvi drugih procesnih pravic.

Ker zakonodajalec ni predvidel drugih možnosti kakor izvedbo sodnega postopka,⁴² bo do potrebne dopolnitve zakona postopek treba izvesti tudi v zadevah, v katerih oseba niti ne bo nasprotovala postavitvi pod skrbništvo in bosta z bližnjo osebo soglasni, da ona ureja njene zadeve. Prav tako se mu ne bo mogoče izogniti v zadevah, v katerih sicer oseba ne bo več mogla izraziti svoje volje, a bo potreba po ureditvi nekaterih njenih zadev očitna in med bližnjimi ne bo spora o tem, kdo naj

⁴² To je, menim, ena od pomanjkljivosti DZ, zaradi katere je zakon verjetno v neskladju z ustavo. Posegi v ustavne pravice so namreč dopustni le ob upoštevanju načela sorazmernosti, ta pa od zakonodajalca zahteva, da poleg ukrepa, ki najintenzivneje posega v posameznikov ustavno varovani položaj, predvidi tudi milejše ukrepe. Tako stališče je bilo na primer že zavzeto v zvezi z zdravljenjem oseb z duševno motnjo (glej odločbo US RS U-I- 60/03 z dne 4. 12. 2003).

Zgled je lahko v letu 2017 sprejeti avstrijski zakon o varstvu odraslih (2. *Erwachsenenschutz-Gesetz*), ki poleg v primerjalnem pravu široko uveljavljene možnosti skrbniškega pooblastila (več: <http://www.internationales-betreuungsrecht.de/zusammenfassung/zusammenfassung-der-internationalen-landerumfrage-zum-thema-betreuungsrecht-und-vorsorgevollmacht.html>) pozna še institute izbranega zastopnika, zakonskega zastopnika in sodnega zastopnika odrasle osebe. Sodni postopek se izvede le, če oseba ni izbrala ali ni mogla sama izbrati zastopnika in ni mogoče določiti zastopnika izmed bližnjih oseb, ki so pripravljene urejati zadeve za osebo.

jih ureja zanje.⁴³ V teh primerih je smiseln razmislek, ali je postavitve procesnega zastopnika potrebna.⁴⁴

Razmislek sodišča o potrebnosti postavitve procesnega pomočnika je potreben tudi v primeru, ko oseba temu nasprotuje. Če je oseba zmožna sprejeti tako odločitev, jo mora sodišče spoštovati, hkrati pa med postopkom paziti, ali je postavitve procesnega pomočnika postala potrebna.

2.2.3 Izbira procesnega zastopnika

Pri izbiri procesnega pomočnika je treba upoštevati sposobnost osebe, da zagotovi uresničitev svojih procesnih pravic. Ta predpostavlja dejansko vzpostavitev stika med njim in osebo ter sposobnost sodelovanja v postopku.⁴⁵ V zadevah, ki so dejansko ali pravno bolj zapletene,⁴⁶ je smiselno izbrati med osebami s pravnim znanjem.⁴⁷ V manj zahtevnih zadevah je dopustno to nalogo zaupati tudi bližnji osebi⁴⁸ ali drugi osebi iz socialne mreže osebe ali centru za socialno delo (oziroma pooblaščenemu delavcu).

Pomembno je paziti tudi na to, da med osebo in procesnim pomočnikom ni nasprotja interesov (59. člen ZNP-1) oziroma navzkrižja koristi (241. člen DZ). Ta presoja mora biti skrbna in vezana na konkretne okoliščine.⁴⁹

Iz kroga oseb, ki se lahko postavijo za začasnega skrbnika, ZNP-1 utemeljeno izključuje predlagatelja in pri njem zaposleno osebo. Ista oseba ne more nastopati na strani predlagatelja in nasprotnega udeleženca.⁵⁰ Pomembne so osebne lastno-

43 V sodni praksi so bili obravnavani tudi primeri, ko je bilo treba osebi pomagati le pri enem pravnem dejanju. Kakor izhaja tudi iz sklepa VSL I Cp 1582/2019 z dne 16. 10. 2019, je v takem primeru ob upoštevanju načela najmanjšega možnega posega smiselna postavitve skrbnika za poseben primer. Podobno tudi Novak, nav. delo, str. 829.

44 Posebej v primeru, ko ni dvoma niti o potrebnosti postavitve skrbnika niti o obsegu njegovih nalog niti o tem, komu naj se zaupa skrbništvo, se zastavlja vprašanje, ali je sploh treba izpostavljati osebo sodnemu postopku in izvedenskem pregledu, ki že sama po sebi pomenita poseg v duševno integriteto osebe in njeno svobodo odločanja, poleg tega pa sta povezana s stroški, ki se krijejo iz premoženja osebe.

45 Podobno tudi sklep VS RS II Ips 35/2019 z dne 18. 4. 2019, po katerem je izbiro treba opraviti glede na to, kaj je predmet zahtevanega sodnega varstva in kakšno strokovno znanje je potrebno za varovanje pravic osebe.

46 Z vidika obsega potreb osebe, obsega skrbnikovih nalog, nasprotnih interesov, ki jih v postopku izrazijo različni udeleženci, nasprotovanja osebe postavitvi pod skrbništvo ipd.

47 Že ustavno sodišče je kot možnost navedlo odvetnika, postavljenega v okviru brezplačne pravne pomoči. Ta možnost se zdi primerna tudi v primerih, ko oseba nima socialne mreže in je CSD predlagatelj.

Odprto ostaja, kako postopati v primerih, ko oseba ne zaprosi za odobritev brezplačne pravne pomoči ali ko ne izpolnjuje pogojev za njeno odobritev. Menim, da bi bilo treba v primeru, ko odvetnika postavi sodišče, stroške začasno založiti iz sredstev sodišča. Sporno bi lahko bilo, da bi jih morala ob koncu postopka kriti oseba iz svojega premoženja. V vsakem primeru velja, da gre za postavljenega odvetnika, ki je upravičen do znižane nagrade po petem odstavku 17. členu ZOdv.

48 Kakor poročajo s sodišč prve stopnje, so bili po uveljavitvi DZ začeti številni postopki za postavitve pod skrbništvo za osebe, ki zaradi svojega zdravstvenega stanja niso več sposobne sprejemati odločitev, a je treba urediti le posamezno zadevo ali pa več zadev hkrati oziroma za daljše obdobje, in med bližnjimi ni spora o tem, kdo naj zadeve uredi oziroma ureja.

49 Podobno Nikoljan proti Armeniji, op. cit., §§ 95-96.

50 Prim. sklepa VSL II Cp 880/2009 z dne 15. 4. 2009 in I Cp 1294/2013 z dne 11. 9. 2013.

sti možnega skrbnika in njegovo razmerje z varovancem.⁵¹ Sporna pa je po mojem mnenju vnaprejšnja izključitev oseb, ki so bodisi same bodisi je njihov zakonec ali zunajzakonski partner z varovancem sklenil pogodbo o dosmrtnem preživljanju. Taka pogodba se pogosto sklepa med bližnjimi, razlog zanjo pa je prav v tesni osebni vezi in zaupanju med pogodbenikoma, da bo za preživljanca celovito poskrbljeno. Vnaprejšnje nezaupanje zakonodajalca, da bo preživljavec sposoben poskrbeti za preživljanca, pomeni, menim, prevelik poseg v svobodo odločanja osebe.⁵²

Pri izbiri začasnega skrbnika je smiselno oceniti, ali lahko ena oseba opravi naloge procesnega pomočnika in opravi zadeve, ki jih je treba opraviti med postopkom. Drobitev nalog med več oseb ne prispeva nujno k boljši skrbi za osebo, najbrž pa se temu vedno ne bo mogoče izogniti.

2.2.4 Postavitev procesnega zastopnika

Niti DZ niti ZNP-1 ne urejata posebej postopka za postavitev začasnega skrbnika. DZ določa le, da ga postavi sodišče in določi obseg njegovih nalog. Ob izostanku posebnih določb menim, da je treba analogno uporabiti zakonske določbe o urejevalni začasni odredbi, ki je prav tako namenjena začasni ureditvi razmerja. Ta se izda, kadar je to potrebno zaradi preprečitve težko nadomestljive škode in je verjetno, da škoda, ki bi nastala v primeru izdaje začasne odredbe, ki bi se pozneje izkazala za neutemeljeno, ni večja od škode, ki bi nastala v nasprotnem primeru. Postavitev začasnega skrbnika posega v svobodo odločanja osebe. Postavi naj se (še)le, kadar je verjetno, da oseba ne more samostojno sprejeti neke odločitve, odločitev te odločitve oziroma čakanje na izvedbo postopka za postavitev pod skrbništvo pa bi ji povzročilo težko popravljivo škodo.⁵³

Ker gre za poseg v pravni položaj osebe, ji mora biti zagotovljena pravica do izjave in verjetno izkazano, da oseba ni sposobna samostojno sprejeti potrebne odločitve oziroma opraviti neodložljive zadeve. Pred postavitvijo začasnega skrbnika – bodisi na predlog udeleženca bodisi po uradni dolžnosti – se mora sodišče praviloma pogovoriti z osebo ter pridobiti verodostojno in dovolj izčrpno zdravstveno dokumentacijo in mnenje centra za socialno delo (če se o pomembnih okoliščinah ni izreklo že v predlogu). Zoper sklep o postavitvi začasnega skrbnika je dovoljena pritožba. Ker je zakon posebej ne ureja, njena vložitev zadrži izvršitev odločitve.⁵⁴

Ker do postavitve začasnega skrbnika oseba nima nikogar, ki bi zanjo v postopku urejal zadeve, ta rešitev ni najboljša,⁵⁵ a je sprejemljiva. Praviloma sodnik na podlagi predloga in prvega stika z osebo ter – če je to še potrebno – mnenja centra za socialno delo lahko oceni, ali oseba potrebuje procesnega pomočnika in kdo naj se postavi. Osebi lahko razloži, da si ga lahko izbere sama ali pa bo po pridobitvi njenega mnenja in morebiti tudi mnenja predlagatelja ter ob upoštevanju predvidene

⁵¹ Menim, da se razmerje z varovančevimi starši upošteva le pri izbiri skrbnika za otroka.

⁵² Na videz jasno zakonsko določbo je, menim, mogoče preiti z argumentom teleološke redukcije.

⁵³ Podobno tudi Novak, str. 835.

⁵⁴ Izjemo določa drugi odstavek 52. člena ZNP-1.

⁵⁵ Avstrijski in nemški zakon razlikujeta med institutom procesnega pomočnika in institutom začasnega skrbnika ter predvidevata različen postopek postavitve. Glej §§ 276 in 300 FamFG in §§ 119 in 120 AussStrG.

zahtevnosti postopka odločil o tem, kdo naj jo zastopa. Če si oseba pozneje sama izbere pooblaščenca, sodišče razreši zastopnika, ki ga je postavilo, oziroma omeji obseg njegovih pooblastil.

3. SKLEP

Ta razmišljanja o nekaterih dilemah sodišč in centrov za socialno delo neposredno po uveljavitvi materialnopravne in procesne zakonodaje s področja skrbništva potrjujejo, da bi bil za ureditev pravnega položaja oseb, ki potrebujejo podporo pri uveljavljanju svojih pravic, koristi in interesov, potreben bolj poglobljen razmislek kakor ob sprejemanju DZ in ZNP-1.⁵⁶ Gre za razmerja, ki po naravi stvari zahtevajo še posebno občutljivost sodišča v vsakem posameznem primeru. Poleg tega potrebna skrb za osebo zahteva sodelovanje več subjektov, v vsakem primeru pa vsaj sodišča, centra za socialno delo in skrbnika. Zato bi bilo prav, da bi zakonodajalec določeneje uredil položaj skrbnikov, vlogo centra za socialno delo, nadzorne pristojnosti sodišča in sodni postopek, ob tem pa sprejel tudi druge potrebne ukrepe, da bi skrbništvo dejansko zaživel.⁵⁷ Skupaj z ureditvijo možnosti, ki bi osebi omogočale, da sama ali s pomočjo bližnjih poskrbi zase (ne da bi bilo potrebno sodelovanje državnih organov), bi bil vzpostavljen okvir, ki ga zahtevata pravna varnost ranljive skupine oseb in spoštovanje njihovega osebnega dostojanstva. Sodišča bi se tedaj lahko osredotočila na svojo temeljno nalogo – izvesti postopek s potrebnim občutkom za osebo in sprejeti odločitev, ki bo prilagojena položaju te osebe in ji bo, kolikor je to mogoče, omogočala samostojno odločanje v svojih zadevah.

56 V oceni stanja v predlogu DZ je ob institutu skrbništva kratka ocena, da so spremembe na področju skrbništva nastale zaradi pravnih in političnih potreb. Med cilji in načeli institut ni omenjen, v poglavju o poglavitnih rešitvah pa je podana ocena, da v poglavju o skrbništvu niso predlagane večje vsebinske spremembe. Niti obrazložitev posameznih določb iz poglavja o skrbništvu, podana na sedmih straneh, ne odraža pomena spremembe, ki bi ustrezala zakonodajalčevi oceni, da je zakon v skladu z MKPI. Predlog DZ, str. 10, 33 in 211.

Predlog zakona je bil objavljen v decembru 2016. Tedaj je bil v sosednji Avstriji tik pred sprejetjem zakon, ki je po dlje časa trajajoči javni razpravi ob upoštevanju zahtev MKPI temeljito prenovil institut skrbništva. Tudi v Nemčiji, po katere ureditvi se je zgledoval slovenski zakonodajalec, je že med sprejemanjem DZ potekala intenzivna javna razprava o potrebi po prenovi pravne ureditve skrbništva. Pred enim mesecem je bil objavljen osnutek reformnega zakona (na skoraj 500 (!) straneh).

57 Da bo institut sploh lahko zaživel, sta nujna vzpostavitev skrbniške mreže in ureditev pravnega položaja skrbnikov.

LITERATURA IN VIRI:

- Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, <www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> (3. 8. 2020), navedeno kot ABGB).
 - Ausserstreitgesetz, <www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003047> (3. 8. 2020)(navedeno kot Auss-StrG).
 - Bürgerliches Gesetzbuch, < www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (3. 8. 2020) (navedeno kot BGB).
- Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, <www.gesetze-im-internet.de/famfg/> (3. 8. 2020) (navedeno kot FamFG).
- Konvencija o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine, Uradni list RS, Mednarodne pogodbe, št. 17/98 (navedeno kot Oviedska konvencija).
 - Kraljič, Družinski zakonik s komentarjem, Poslovna založba MB, Maribor, 2019.
 - Novak (red.), Komentar družinskega zakonika, Uradni list RS, Ljubljana, 2019.
 - Wedam-Lukič, Polajnar-Pavčnik, Nepravdni postopek, Zakon s komentarjem, ČZ Uradni list, Ljubljana, 1989.
 - Predlog Družinskega zakonika, <vrs3.vlada.si/MANDAT14/VLADNAGRADI-VA.NSF/18a6b9887c33a0bdc12570e50034eb54/AC8B64126A6EAE51C1258087004E704C?OpenDocument> (22. 7. 2020).
 - UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment no. 1 (2014), <www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx> (31. 7. 2020)
 - <www.internationales-betreuungsrecht.de/zusammenfassung/zusammenfassung-der-internationalen-landerumfrage-zum-thema-betreuungsrecht-und-vorsorgevollmacht.html> (3. 8. 2020).
 - Erwachsenenschutz-Gesetz, <www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2017_I_59/BGBLA_2017_I_59.pdf> (3. 8. 2020).

OTROK KOT UDELEŽENEC POSTOPKA¹

Dr. Mateja Končina Peternel, vrhovna sodnica, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1. UVOD

O postopkih za varstvo koristi otroka in vlogo otroka v teh postopkih sem pisala že ob nastajanju novega Zakona o nepravdnem postopku (v nadaljevanju ZNP-1).² Takrat sem opisala prednosti nepravdnega postopka pred pravnim z vidika varovanja koristi otroka in podala kritično analizo predvidenih sprememb ureditve zastopanja otroka in pridobivanja njegovega mnenja.

V vmesnem času (15. aprila 2019) je že začel veljati novi ZNP-1,³ po katerem se o vseh družinskopravnih vprašanjih, povezanih z otroki, odloča v nepravdnem postopku. V letu dni uporabe ZNP-1 so se v sodni praksi že zastavila nekatera nova vprašanja. V tem prispevku zato že zavzeta stališča nadgrajujem z nekaterimi novimi spoznanji.

2. MATERIALNI IN FORMALNI UDELEŽENCI NEPRAVDNEGA POSTOPKA

Že takrat sem poudarila, da se stranka v nepravdnem postopku pomembno razlikuje od stranke pravnega postopka. V pravnem postopku je sprejet popolni procesni pomen stranke. Stranka je tista, ki zahteva pravno varstvo (tožnik), in tista, proti kateri tožnik zahteva pravno varstvo (toženec). V nepravdnem postopku pa ni tako preprosto, ker odločba, ki jo izda sodišče, praviloma ne učinkuje le na pravni položaj predlagatelja in nasprotnega udeleženca, ampak na širši krog ljudi. Poleg tega nepravdno sodišče lahko postopek začne tudi po uradni dolžnosti in takrat ni predlagatelja, praviloma pa tudi nasprotnega udeleženca ne. Zato je v nepravdnem postopku treba stranke oziroma udeležence postopka določiti na podlagi materialno-pravnega razmerja.⁴

Med materialne udeležence tako spadajo vse osebe, ki utegnejo biti z odločbo prizadete. Od materialnih udeležencev je treba razlikovati formalne udeležence. To so osebe, ki se dejansko udeležujejo postopka. To pomeni, da posameznik postane formalni udeleženec s procesnim dejanjem. Večinoma so to materialni ude-

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice na civilnopravni šoli v marcu 2020, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala od 4. do 6. marca 2020 v Portorožu.

2 M. Končina Peternel, Postopki ..., 2019, str. 93 in naslednje.

3 Uradni list št. 16/19.

4 ZNP-1 v 21. členu določa, da je udeleženec v nepravdnem postopku predlagatelj postopka, oseba, proti kateri je predlog vložen (nasprotni udeleženec), oseba, glede katere se vodi postopek, oziroma oseba, na katero se sodna odločba neposredno nanaša, in oseba, katere pravni interes utegne biti s sodno odločbo prizadet. Udeleženci so tudi osebe in organi, ki jim zakon daje pravico, da se udeležujejo postopka.

leženci, poleg teh pa so formalni udeleženci tudi osebe in organi, katerih interes sicer z odločbo ni prizadet, jim pa ZNP-1 daje možnost sodelovanja v postopku zato, da bi varovali koristi drugih oseb. Te osebe postanejo formalni udeleženci, če se v postopek vključijo. ZNP-1 pa uvaja tudi t. i. zakonitega udeleženca, ki je največkrat center za socialno delo (v nadaljevanju CSD), v nekaterih postopkih pa tudi (začasni) skrbnik in starši. Za zakonitega udeleženca ZNP-1 v 58., 72. 108., 114. in 120. členu določa, da je udeleženec postopka ves čas, torej ne glede na to, ali opravlja procesna dejanja ali ne.⁵

Ne glede na to, ali se postopek začne na predlog ali po uradni dolžnosti, mora sodišče na podlagi drugega odstavka 22. člena ZNP-1 osebe, za katere je jasno, da bodo njihovi pravni interesi neposredno prizadeti z odločbo, obvestiti o postopku, da lahko prijavijo svojo udeležbo. Poleg teh lahko prijavijo udeležbo tudi druge osebe in sodišče jim s sklepom udeležbo dopusti ali pa jo zavrne (tretji in četrti odstavek 22. člena ZNP-1). V sodni praksi se je že zastavilo vprašanje, ali naj se dovoli udeležba osebam, ki niso materialni udeleženci, jim pa ZNP-1 sicer daje pravico začeti postopek. Na primer: ali se dopusti udeležba enemu od (že odraslih) otrok, ki ima možnost tudi sam predlagati postavitve svojega starša pod skrbništvo, v postopku, ki se je začel na predlog druge osebe ali po uradni dolžnosti. Menim, da je treba v takem primeru pravni interes razlagati širše in bi bil utemeljen razlog za zavrnitev udeležbe predvsem nasprotovanje s strani osebe, glede katere se vodi postopek.⁶

To pomeni, da so formalni udeleženci predlagatelj in tisti, ki jih predlagatelj označi kot nasprotni udeleženci, tisti, na katere se postopek neposredno nanaša (na primer oseba, ki se postavlja pod skrbništvo), tisti, ki jih v postopek pritegne sodišče ali če sami priglasijo udeležbo in jim jo sodišče dovoli ter zakoniti udeleženci.⁷ Stranske intervencije po določbah ZPP v nepravdnem postopku ni, v nepravdnem postopku tudi – drugače kakor v pravdi – ni potrebno soglasje nasprotnih udeležencev za razširitev predloga nanje.⁸

Praviloma se kroga materialnih in formalnih udeležencev pokrivata, ni pa to nujno. Lahko se zgodi, da se materialni udeleženec ne udeležuje postopka in ne postane tudi formalni udeleženec. Formalni udeleženec ima položaj stranke tako kakor v pravnem postopku.⁹ Menim, da je prvostopenjsko odločbo treba vročiti formalnim udeležencem. Materialnim udeležencem, ki niso bili formalni udeleženci in na katere se odločba neposredno ne nanaša (na primer odločbe o odvzemu otroka materi očetu otroka, ki živi na neznanem naslovu in ni nikoli živel z otrokom), odločbe ni treba vročiti.¹⁰

5 Več o tem V. Rijavec, T. Keresteš, str. 1002.

6 Glej sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2241/2019 z dne 20. 2. 2020: Če sorodnik, ki je po 57. členu ZNP-1 legitimiran vložiti predlog za postavitve osebe pod skrbništvo (ima predlagalno pravico), želi v postopku sodelovati kot udeleženec zato, da varuje interese svojega sorodnika, ki bo morebiti postavljen pod skrbništvo, mu je po mnenju pritožbenega sodišča to treba dopustiti. Podobno tudi sklep istega sodišča II Cp 2173/2019 z dne 22. 1. 2020.

7 Povzeto po J. Juhart, str. 57 in naslednje.

8 M. Čujović, str. 11 in 12.

9 Nav. delo, str. 61. Juhart zavzame stališče, da je materialni udeleženec, ki se postopku ni pridružil kot formalni udeleženec, lahko priča.

10 Prav tam.

3. PROCESNA SPOSOBNOST UDELEŽENCEV

Udeleženec v nepravdnem postopku je lahko vsaka pravna in fizična oseba. Po 152. členu DZ fizična oseba pridobi popolno poslovno in s tem tudi pravno sposobnost z 18. letom, pred tem pa s sklenitvijo zakonske zveze ali z odločbo sodišča, če postane roditelj in doseže ustrezno zrelost.

Tudi po ZNP-1 je v nepravdnih postopkih za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij otroku, ki je dopolnil 15 let ter je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, podeljena popolna procesna sposobnost.¹¹

V nepravdnem postopku procesna sposobnost nima takšnega pomena kakor v pravnem postopku. V njem so namreč pogosto udeležene tudi osebe, ki niso poslovno sposobne, pa kljub temu lahko dajejo predloge, mnenja, pobude ali jim sodišče celo dovoli opraviti formalno procesno dejanje (glej prvi odstavek 45. člena ZNP-1).

4. ALI JE OTROK LE MATERIALNI ALI TUDI FORMALNI UDELEŽENEC

Dokler se je o varstvu in vzgoji otroka odločalo v pravnem postopku, je večina avtorjev zagovarjala stališče, da otrok v teh postopkih ni bil stranka postopka in je imel le pravico, da se izjavi, razen če je po petnajstem letu sam prevzel pravdo.¹² V nepravdnem postopku je otrok zagotovo v vseh postopkih za varstvo koristi otroka materialni udeleženec. Če izhajamo iz stališča, da oseba postane formalni udeleženec z opravo procesnega dejanja, potem otrok postane formalni udeleženec le v primeru, ko po petnajstem letu bodisi sam predlaga začetek postopka, bodisi prijavi udeležbo v postopku. Sicer pa ostaja le materialni udeleženec.

Pred petnajstim letom starosti je otrok formalni udeleženec v nepravdnem postopku za pridobitev poslovne sposobnosti otroka, ki je postal roditelj in za ugotovitev in izpodbijanje očetovstva in materinstva. Po 71. in 88. členu ZNP-1 lahko vloži predlog za začetek postopka ne glede na starost. V očetovskih sporih tako ni dvoma, da otrok od začetka postopka potrebuje kolizijskega skrbnika. Vprašanje pa je, ali otrok potrebuje kolizijskega skrbnika tudi v drugih primerih, ko ni formalni, ampak le materialni udeleženec. Nikakor pa ni mogoče kolizijskega skrbnika postaviti otroku, ki je že procesno sposoben.

5. ZASTOPANJE OTROKA

Kadar namreč otrok po petnajstem letu sam prevzame opravljanje procesnih dejanj, mu je po mojem mnenju treba priznati poslovno sposobnost za sklenitev materialne pogodbe z odvetnikom. Lahko se mu tudi zagotovi zastopanje po določbah

¹¹ ZNP-1 v 45. členu določa, da sodišče otroku, ki je dopolnil petnajst let ter je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, omogoči, da kot udeleženec v postopku samostojno opravlja procesna dejanja. Zakoniti zastopnik otroka sme dejanja v postopku opravljati le, dokler otrok ne izjavi, da bo samostojno opravljal procesna dejanja.

¹² D. Wedam-Lukić, 2000, str. 11. Tako tudi Vrhovno sodišče RS v odločbah II Ips 199/2005 in II Ips 536/2009.

o brezplačni pravni pomoči. Tak otrok je kot stranka tudi zaslišan v postopku pred sodiščem. Šteje se, da je dovolj zrel, da razume pomen postopka in posledice odločitve in se lahko samostojno odloči, ali se bo aktivno vključil v postopek in kako bo varoval svoje koristi.¹³

Otroka, ki še ni star petnajst let oziroma za katerega sodišče presodi, da ni sposoben razumeti pomena in pravnih posledic svojih dejanj, zastopa zakoniti zastopnik, to so starši ali skrbnik. ZNP-1 pa v petem odstavku 45. člena ZNP-1 določa, da sodišče, če si interesi otroka in njegovega zakonitega zastopnika nasprotujejo, otroku postavi kolizijskega skrbnika. Sodišče lahko zahteva mnenje centra za socialno delo o tem, koga naj imenuje za kolizijskega skrbnika (šesti odstavek 45. člena ZNP-1).

5.1 Kolizijski skrbnik

Tudi DZ v 269. členu določa, da CSD ali sodišče imenuje kolizijskega skrbnika, kadar so koristi otroka in njegovih staršev ali skrbnika v navzkrižju. Kakor rečeno, ni dvoma o nasprotju interesov, kadar so otrok in starši formalni udeleženci postopka, kar je v očetovskih sporih. V drugih zadevah, ko je otrok le materialni udeleženec postopka, pa ta ocena ni preprosta.

Nepravdni postopek se namreč od pravnega postopka zelo pomembno razlikuje. Že pravila postopka so prilagojena posebni skrbi za osebe, ki same ne morejo varovati svojih koristi. Zato so za nepravdni postopek značilni: večja prožnost, milejše formalne zahteve, usmerjenost k pomoči stranki, poudarjeni javni interes in zato skupna odgovornost sodišča in strank za ureditev pravnih razmerij. Tudi sodnik mora aktivno varovati koristi oseb, ki tega ne zmorejo same in mora biti pri tem ustvarjalen, saj mora upoštevati tudi prihodnji razvoj razmerja med strankami.¹⁴ V družinskih nepravdnih postopkih morata tako CSD kakor tudi sodnik varovati koristi otroka. V zahtevnejših zadevah sodišče postavi tudi izvedenca, ki mora oceniti vpliv posameznih okoliščin primera na otrokov razvoj. Na podlagi teh ocen izvedenca pa je sodnik tisti, ki se mora odločiti, kakšna odločitev bo otroku v največjo korist oziroma v najmanjšo škodo. To pomeni, da sodnik kolizijskega skrbnika postavi, kadar oceni, da je nasprotje interesov med starši in otrokom tako hudo, da sam ob sodelovanju in pomoči izvedenca in CSD ne more zadostno zavarovati koristi otroka.

Sodišče s postavitvijo kolizijskega skrbnika omeji pravico staršev do zastopanja otrokovih koristi, zato morajo imeti starši pravico do pritožbe. Tako je odločilo tudi Višje sodišče v Ljubljani s sklepom v zadevi I Cp 1241/2018 z dne 27. 9. 2018, v kateri je bil otroku postavljen začasni zastopnik.

Kolizijski skrbnik je eden od skrbnikov za posebni primer. Zanj je značilno, da opravlja varstvo le v omejenem obsegu. Tako se oseba ne postavi pod skrbništvo, ampak se izda le odločba o postavitvi skrbnika.¹⁵ Njegove naloge so omejene na varstvo koristi otroka in njegovo zastopanje glede vprašanj, o katerih se odloča v konkretnem postopku.

¹³ Več o tem M. Končina Peternel, *Pravica ...*, 2019, str. 134.

¹⁴ J. Juhart, str. 9.

¹⁵ A. Finžgar, str. 155.

Kolizijski skrbnik ni otrokov odvetnik, torej pooblaščenec. Kadar gre za manjše otroke, ki niso sposobni razumeti pomena in posledic postopka, mora glede vprašanj, o katerih se odloča v postopku, sam oceniti, kakšna odločitev bi bila otroku v korist in nato s procesnimi dejanji skušati doseči takšno odločitev. Gre za zahtevno in odgovorno delo in zelo malo je fizičnih ali pravnih oseb v Sloveniji, ki bi imele tako strokovno znanje s področja klinične psihologije in socialnega dela, da bi ocenile, kaj je otroku v korist, kakor tudi s potrebnim pravnim znanjem za vodenje zahtevnih pravnih postopkov. Zato je velika težava, koga postaviti za kolizijskega skrbnika. Menim, da bi ministrstvo za pravosodje moralo zagotoviti seznam odvetnikov, ki bi pridobili posebna znanja in bi jih lahko postavljali za kolizijske skrbnike.¹⁶

6. PRAVICA OTROKA, DA POVE SVOJE MNENJE

Otrok, ki je sposoben razumeti pomen postopka in posledice odločitve, ima po 96. členu ZNP-1 v vseh postopkih za varstvo svoje koristi pravico izraziti svoje mnenje. To pravico ima ne glede na svojo procesno sposobnost. Če je že procesno sposoben in se vključi v postopek, je formalni udeleženec in ima vse pravice, ki gredo stranki postopka. Če pa se ne vključi v postopek kot formalni udeleženec, ima prav tako pravico, da izrazi svoje mnenje.

To mnenje lahko izrazi sam, lahko pa mu pri tem pomagata zagovornik otroka ali zaupna oseba.¹⁷ Menim, da nobeden od njiju ni niti udeleženec postopka niti zakoniti zastopnik otroka in nima pravice do vpogleda v dokumentacijo v spisu.

6.1 Zagovornik otroka

V drugem odstavku 25.a člena Zakonom o varuhu človekovih pravic (v nadaljevanju ZvarCP)¹⁸ je določeno, da je namen zagovorništva, da zagovornik nudi strokovno pomoč otroku, da izrazi svoje mnenje v vseh postopkih in zadevah, v katerih je udeležen, ter mnenje otroka sporoči pristojnim organom in institucijam, ki odločajo o njegovih pravicah in koristih. Zagovornik ni otrokov zakoniti zastopnik, nudi mu predvsem psihosocialno podporo in ga seznaja s postopki in dejavnostmi na njemu primeren način, išče najprimernejše rešitve skupaj z otrokom ter spremlja otroka pred organi in institucijami, ki odločajo o njegovih pravicah in koristih.

Sodišče tudi s postavitvijo zagovornika (tako kakor s postavitvijo kolizijskega skrbnika), ki otroku pomaga le izraziti mnenje, poseže v pravico staršev, da to nalogo opravijo oni, kadar ni njihovega soglasja. To pa lahko stori le, če starši s svojim zastopanjem ogrožajo otrokove koristi. V večini družinskopravnih postopkov sploh ni spora med staršema o tem, kateri od njiju bo po razpadu družine skrbel za otroka, v večini primerov med staršema tudi ni spora o otrokovih stikih, sporna je v večini primerov le višina preživnine. V tovrstnih primerih nikakor ni mogoče govoriti o neustreznem ravnanju staršev, koristi otroka niso v ničemer ogrožene in zato menim, da ne bi bilo prav, da bi sodišča v vseh postopkih otroku samodejno postavljala

¹⁶ B. Novak, ki se zavzema za možnost kombiniranega zastopanja pravnika specialista in strokovnjaka z znanjem psihologije ali socialnega dela, opozarja, da bi to zahtevalo visoko stopnjo splošne blaginje v državi. B. Novak, 2003, str. 1799.

¹⁷ Več o tem M. Končina Peternel, 2019, Postopki ..., str. 100.

¹⁸ Uradni list RS, št. 71/93, 15/94 – popr., 56/02 – ZJU, 109/2012, 54/17.

zagovornika ali kolizijskega skrbnika, saj bi s tem neutemeljeno posegala v pravice staršev, ki so zavarovane z ustavo (54. člen Ustave Republike Slovenije).

7. POSEBEJ O ZASTOPANJU OTROKA PRI NAMESTITVI V ZAVOD

Z DZ je bila na sodišča prenesena tudi pristojnost za odločanje o namestitvi otroka v zavod.¹⁹ V 175. členu DZ je določeno, da o namestitvi v zavod odloči sodišče zaradi otrokovih psihosocialnih težav, ki se kažejo kot vedenjske, čustvene, učne ali druge težave v njegovem odrasčanju, če je ogrožen on sam ali drugi otroci v družini in je le z njegovo namestitvijo v zavod mogoče zadostno zavarovati njegove koristi ali koristi drugih otrok v družini.

Pri oddaji otroka v zavod po 175. členu ZD gre za primere, ko zaradi hudih psihosocialnih težav otroka starši ne zmorejo, največkrat pa tudi ne želijo več nositi odgovornosti za vzgojo in varstvo otroka. Zato se starši največkrat strinjajo z namestitvijo otroka v zavod in med njimi in otrokom v tem primeru obstaja nasprotje interesov. Zelo pogosto so ti otroci tudi že storilci kaznivih dejanj, le da so mlajši od 14 let in zato še niso kazensko odgovorni (21. člen Kazenskega zakonika, v nadaljevanju KZ-1).²⁰ V tovrstnih primerih gre pravzaprav za vsebinsko popolnoma enak ukrep, kakor je vzgojni ukrep oddaje v vzgojni zavod po 79. členu Kazenskega zakonika.²¹ Oba ukrepa pomenita popolnoma enako omejitve otrokovih pravic. Po 454. členu Zakona o kazenskem postopku²² mora imeti mladoletnik v kazenskem postopku zagovornika še pred začetkom pripravljalnega postopka, če mu je bila odvzeta prostost in je bil pripeljan k sodniku za mladoletnike; od začetka pripravljalnega postopka pa mora imeti zagovornika, če gre za kaznivo dejanje, za katero je predpisana kazen zapor več kakor tri leta.²³ Zato menim, da bi moralo sodišče, ko odloča o namestitvi otroka v zavod po ZNP-1 in starši otroka z njo soglašajo, otroku postaviti kolizijskega skrbnika, in to odvetnika.

V zadevi Blokhin proti Rusiji (št. 47152/06) z dne 23. 3. 2016 Evropskega sodišča za varstvo človekovih pravic (v nadaljevanju ESČP) so dvanajstletnega dečka, ki naj bi izsiljeval vrstnika, po podobnem postopku, kakor je naš nepravdni postopek za namestitev otroka v zavod, za trideset dni namestili v center za mladoletne prestopnike. Zaradi sindroma ADHD (pomanjkanje pozornosti in motnje hiperaktivnosti) in bolezni, povezane z urinsko inkontinenco, se mu je ob pomanjkanju ustrezne zdravstvene oskrbe v centru zdravje občutno poslabšalo. ESČP je ugotovilo, da je država kršila 3., 5. in 6. člen Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic (ESČP) zaradi številnih pomanjkljivosti v postopku, saj so ocenili, da je šlo glede

19 Javno varstvene zavode, v katere je mogoče nameščati otroke, ureja Zakon o socialnem varstvu v 16. in 49. do 54. členu.

20 Uradni list RS, št. 55/2008.

21 Prehodna določba 375. člena Kazenskega zakonika (KZ-1) določa, da se do uveljavitve kazenskega zakona za mladoletnike iz drugega odstavka 5. člena tega zakonika za mladoletnike uporabljajo določbe drugega odstavka 70. člena, določbe od 71. do 94. člena, določbe, ki se nanašajo na mladoletniški zapor v petem odstavku 47. člena, v prvem, drugem in četrtem odstavku 49. člena ter določbe tretjega odstavka 100. člena, prvega odstavka 102. člena, točke 3) četrtega odstavka 103. člena, šestega odstavka 109. člena, drugega odstavka 113. člena in 115. člena Kazenskega zakonika (Uradni list RS, št. 63/94, 70/94 – popravek, 23/99, 40/04 in 95/04, v nadaljnjem besedilu: Kazenski zakonik), določbe tega zakonika, kakor sicer veljajo za polnoletne, pa le, če niso v nasprotju z navedenimi določbami Kazenskega zakonika.

22 Uradni list RS št. 63/4 do 89/20 – odl. US.

23 Š. Horvat, str. 975

na vsebino za kazenski postopek. Poudarili so, da je bil primarni namen namestitve v center za mladoletne prestopnike v discipliniranju, in ne učenju. Med drugim je v 199. točki obrazložitve zapisalo tudi, da je glede na posebno ranljivost otrok in ob upoštevanju njihove stopnje zrelosti ter intelektualnih in čustvenih zmožnosti zelo pomembno, da se otroku, kadar je v priporu, zagotovi dostop do odvetnika.

Določba 175. člena DZ v bistvu ni namenjena nameščanju otrok s posebnimi potrebami,²⁴ razen kadar so za takega otroka podani še posebni pogoji iz 175. člena DZ, torej da je otrok ogrožen ali ogroža druge.²⁵ Za nameščanje otrok s posebnimi potrebami se sicer uporablja Pravilnik o organizaciji in načinu dela komisij za usmerjanje otrok s posebnimi potrebami.

Določba 175. člena DZ tudi ni namenjena nameščanju otrok, ki imajo akutno duševno motnjo in potrebujejo zdravljenje v oddelku pod posebnim nadzorom psihiatrične bolnišnice, ali otrok, ki zaradi duševne bolezni potrebujejo dolgotrajno oskrbo na varovanem oddelku socialnovarstvenega zavoda.²⁶ V teh primerih gre za tako hudo omejitev svobode otroka, da se po mojem mnenju ne smejo uporabiti določbe 35. člena Zakona o pacientovih pravicah,²⁷ ki omogočajo staršem, da do petnajstega

24 Uradni list RS št. 88/13. Zakon o usmerjanju otrok s posebnimi potrebami (Uradni list RS št. 58/11 do št. 42/17-ZOPOP) v 2. členu določa: Otroci s posebnimi potrebami so otroci z motnjami v duševnem razvoju, slepi in slabovidni otroci oziroma otroci z okvaro vidne funkcije, gluhi in naglušni otroci, otroci z govorno-jezikovnimi motnjami, gibalno ovirani otroci, dolgotrajno bolni otroci, otroci s primanjkljaji na posameznih področjih učenja, otroci z avtiističnimi motnjami ter otroci s čustvenimi in vedenjskimi motnjami, ki potrebujejo prilagojeno izvajanje programov vzgoje in izobraževanja z dodatno strokovno pomočjo ali prilagojene programe vzgoje in izobraževanja oziroma posebne programe vzgoje in izobraževanja.

25 Tako tudi M. Čujović, 2019, str. 90.

26 Tretji odstavek 50. člena Zakona o socialnem varstvu (Uradni list RS, št. 54/92 do 28/19) določa: Če opravlja dom za starejše institucionalno varstvo po prvem odstavku 16. člena tega zakona za mlajše invalidne osebe, opravljanje teh storitev organizira v posebni enoti. Opozarjam, da v Sloveniji nimamo posebne enote za dolgotrajno oskrbo duševno bolnih otrok. Glede tega vprašanja je Vrhovno sodišče Republike Slovenije dopustilo revizijo v zadevi II DoR 393/2020. Evropsko sodišče za varstvo človekovih pravic (v nadaljevanju ESČP) je enega takšnih primerov obravnavalo v zadevi L. R. proti Severni Makedoniji (št. 38067/15) z dne 23. 5. 2020, v kateri je ugotovilo kršitev 3. člena EKČP zaradi neustrezne namestitve nemega, duševno prizadetega dečka s cerebralno paralizo.

27 35. člen Zakona o pacientovih pravicah (Uradni list RS, št. 15/08, 55/17) določa:

(1) Kadar otrok ni sposoben privolitve v medicinski poseg oziroma zdravstveno obravnavo, se ta sme opraviti le, če ga dovolijo njegovi starši ali skrbnik oziroma skrbnica (v nadaljnjem besedilu: skrbnik). Enako velja za posebne vrste privolitve iz tretjega odstavka 26. člena tega zakona, če zakon ne določa drugače.

(2) Šteje se, da otrok do petnajstega leta starosti ni sposoben privolitve, razen če zdravnik glede na otrokovo zrelost oceni, da je za to sposoben, pri čemer se glede okoliščin, ki govorijo o sposobnosti odločanja o sebi, praviloma posvetuje s starši oziroma skrbnikom. Šteje se, da je otrok, ki je dopolnil petnajst let starosti, sposoben privolitve, razen če zdravnik glede na otrokovo zrelost oceni, da za to ni sposoben, pri čemer se glede okoliščin, ki govorijo o sposobnosti odločanja o sebi, praviloma posvetuje s starši oziroma skrbnikom.

(3) O privolitvi iz tega člena odločata starša praviloma sporazumno.

(4) Za operativni ali drug medicinski poseg, povezan z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo, oziroma medicinski poseg, ki utegne imeti pomembne posledice za otroka, se zahteva privolitev obeh staršev, razen kadar:

- eden od staršev ni znan ali je neznanega bivališča,

- je enemu od staršev odvzeta roditeljska pravica,

- eden od staršev zaradi začasne zadržanosti mnenja ne more dati pravočasno brez nevarnosti za nastanek resne zdravstvene škode za otroka,

- eden od staršev ne izpolnjuje pogojev, ki se zahtevajo za pacientovo sposobnost odločanja o sebi.

(5) Za privolitev po prejšnjem odstavku se uporabljajo določbe 27. člena tega zakona, ki veljajo za privolitev.

leta starosti otroka namesto njega dovolijo zdravstvene posege.²⁸ Menim, da je treba vselej, ko mladoletnik še ni sposoben podati samostojne privolitve za zdravljenje v oddelku pod posebnim nadzorom, izpeljati postopek po 40. in naslednjih členih ZDZdr o sprejemu mladoletnika v oddelek pod posebnim nadzorom brez privolitve. V teh primerih je po mojem mnenju treba v skladu z drugim odstavkom 31. člena Zakona o duševnem zdravju (v nadaljevanju ZDZdr)²⁹ otroku vselej postaviti odvetnika.

Za namestitvev otroka po 175. členu ZD tudi ne gre takrat, kadar je otrok od vzeta staršem zaradi njihove neustrezne skrbi (ne pa zaradi otrokovih vedenjskih motenj), pa se izkaže, da zanj ni najprimernejša rešitev namestitvev k drugi osebi ali v rejništvo, ampak v zavod.

Sodišče seveda lahko odloči o namestitvi otroka v zavod tudi brez soglasja staršev, če meni, da psihosocialne težave otroka ogrožajo njegov zdravi osebnostni razvoj. V tem primeru sodišče tudi omeji starševsko skrb ali celo odvzame otroka staršem in gre za kombinacijo ukrepov po 171., 174. in 175. členu DZ.³⁰

8. SKLEPNO

Otrok je materialni udeleženec v vseh postopkih za varstvo koristi otroka. Formalni udeleženec je v postopkih za pridobitev popolne poslovne sposobnosti, ker je postal roditelj in v postopkih za ugotovitev in izpodbijanje očetovstva, v drugih postopkih pa, če aktivno vstopi v postopek potem, ko postane procesno sposoben. Kadar je formalni udeleženec in v postopku kot formalni udeleženci sodelujejo tudi njegovi zakoniti zastopniki, otrok pa še ni procesno sposoben, mu je treba postaviti kolizijskega skrbnika. Kolizijskega skrbnika, ki je odvetnik, mu je treba postaviti tudi v nekaterih postopkih namestitve v zavod. V vseh drugih primerih pa je po mojem mnenju postavitvev kolizijskega skrbnika potrebna takrat, kadar sodnik oceni, da je nasprotje interesov med starši in otrokom tako hudo, da on sam ob sodelovanju in pomoči izvedenca in CSD ne bo mogel zadostno zavarovati koristi otroka. Tudi takrat se otroka navaja kot formalnega udeleženca postopka, ki ga zastopa kolizijski skrbnik.

(6) Kadar se starša o operativnem ali drugem medicinskem posegu, povezanem z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo, oziroma medicinskem posegu, ki utegne imeti pomembne posledice za otroka, ne moreta odločiti sporazumno, lahko predlagata, da jima pri tem pomaga ali odloči organ, ki je za to pristojen po predpisih, ki urejajo družinska razmerja.

(7) Za druge medicinske posege oziroma zdravstveno obravnavo, ki ne predstavlja posegov oziroma oskrbe iz prejšnjega odstavka, lahko da privolitev tisti od staršev, ki je takrat, ko se privolitev daje, prisoten. Če sta prisotna oba in ne soglašata, zdravnik pridobi soglasje konzilija v največjo možno korist otroka, če to ni mogoče, pa od drugega zdravnika, ki dotlej ni bil in pozneje ne bo vključen v pacientovo zdravljenje. Odločitev na obrazcu iz 27. člena tega zakona podpišejo eden od staršev, ki soglaša z medicinskim posegom oziroma zdravstveno obravnavo, in člani konzilija oziroma zdravnik, ki je dal soglasje.

(8) Otrok ima pravico, da se kadar o njegovi zdravstveni obravnavi odločajo druge osebe, kolikor je najbolj mogoče upošteva njegovo mnenje, če ga je sposoben izraziti in če razume njegov pomen ter posledice.

(9) Na način, kot je določen v prejšnjih odstavkih, uveljavlja otrok tudi druge pravice iz 5. člena tega zakona, če ta zakon ne določa drugače.

28 Takšno stališče je zavzelo sedem sodnikov ESČP v zadevi Nielsen proti Dansk (št. 10929/84) z dne 28. 11. 1988 v ločenem odklonilnem mnenju. Menim, da tako stališče posredno izhaja tudi iz odločbe ESČP v zadevi D. D. proti Litvi (št. 13469/06) z dne 14. 2. 2012.

29 Uradni list RS št. 77/08.

30 Več glej M. Čujović, Komentar k 175. členu DZ, 2019, str. 585.

SEZNAM LITERATURE:

- Čujovič, Matej, Problematika udeležbe v nepravdnih postopkih, *Pravna praksa*, 2015, št. 31-32, str. 10–13.
- Čujovič, Matej, Odvzem in namestitev otroka v postopku odločanja o varstvu in vzgoji, *Pravni letopis*, 2019, str. 79–92.
- Horvat, Štefan, *Zakon o kazenskem postopku s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2004.
- Finžgar, Alojzij, *Rodbinsko pravo*, Univerza v Ljubljani – Pravno-ekonomska fakulteta, Pravni oddelek, Ljubljana 1957.
- Končina Peternel, Mateja, Pomoč otrokom, ko starši odpovedo, družinskopravni vidik, *Znanstveno in publicistično središče*, Ljubljana 1998.
- Končina Peternel, Mateja, Postopki za varstvo koristi otroka in vloga otroka v teh postopkih, *Pravosodni bilten*, št. 1/2019, str. 93–105.
- Končina Peternel, Mateja (2019), Pravica do izjave v nepravdnem postopku, *Liber amicorum Dragica Wedam Lukić*, Pravna fakulteta v Ljubljani, str. 121–133.
- Novak, Barbara, Sposobnost otroka za uveljavljanje pravic v postopkih družinskega prava, *Podjetje in delo*, št. 6-7/2003, str. 1791–1799.
- Novak, Barbara in drugi, *Komentar družinskega zakonika*, Uradni list RS, Ljubljana 2019.
- Ogrizek, Dušan, Nov položaj mladostnika in otroka v sporih o vzgoji, varstvu in preživljanju otrok, Uporaba določb 409. in 410. člena Zakona o pravnem postopku, *Pravosodni bilten*, št. 4/2000, str. 35–52.
- Persons with disabilities and the European Convention on Human Rights, European Court of human rights, March 2020, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Disabled_ENG.pdf.
- Rijavec, Vesna, Keresteš, Tomaž, Razmerje med subjekti v družinskih nepravdnih postopkih (problematika centrov za socialno delo, izvedencev in drugih oseb, ki varujejo otrokove koristi), *Podjetje in delo*, 6-7/2019/XLV, str. 999–1011.
- Wedam-Lukić, Dragica in Polajnar-Pavčnik, Ada, Nepravdni postopek, zakon s komentarjem, Uradni list RS, Ljubljana, 1989.
- Wedam-Lukić, Dragica, Ureditev postopka v zakonskih sporih ter v sporih iz razmerij med starši in otroki po novem ZPP, *Pravosodni bilten*, št. 4/2000, str. 7–14.
- Wedam-Lukić, Dragica, Pravica udeležencev do izjave v nepravdnih postopkih v družinskih zadevah, *Podjetje in delo*, 6-7/2019/XLV, str. 1012–1021.

IZVAJANJE 12. ČLENA KONVENCIJE ZN O OTROKOVIH PRAVICAH V PRAKSI

Mag. Lea Javornik, svetnica, Varuh človekovih pravic Republike Slovenije

1. UVOD

Poleg reševanja konkretnih pobud državljanek in državljanov se Varuh človekovih pravic Republike Slovenije (v nadaljnjem besedilu: varuh) s posebno pozornostjo ukvarja tudi s spremljanjem doslednega spoštovanja pravic in temeljnih svoboščin ranljivih družbenih skupin, kakor so otroci, starejši, invalidi ipd. Področje otrokovih pravic zaradi svoje specifičnosti zahteva drugačen, subtilnejši pristop in drugačne načine reševanja. Otroci že po Ustavi Republike Slovenije¹ (56. člen) uživajo posebno varstvo in skrb, da bodo deležni ustreznega pravnega položaja in zaščite pri uveljavljanju svojih pravic. Leta 2002 je bil pri varuhu oblikovan poseben oddelek za otrokove pravice s primarno nalogo izobraževanja o otrokovih pravicah in njihovi promociji ter ozaveščanja širše javnosti o najbolj žgočih, vselej aktualnih vprašanjih, kakor so pravica otroka do obeh staršev, pravicah otroka živeti v zanj spodbudnemu okolju, o posledicah otroka, ki odrašča v patoloških odnosih, ipd.

Država mora ustvarjati primerne pogoje za doseganje visoke ravni kakovosti življenja otrok in zagotavljati njihovo varstvo ter zaščito, ki jo kot najbolj ranljiva družbena skupina potrebujejo. Poleg širokega mednarodnega pravnega okvira, ki mu je zavezana Slovenija, tudi Ustava Republike Slovenije določa, da otroci uživajo posebno varstvo in skrb ter da država varuje družino, materinstvo, očetovstvo, otroke in mladino ter ustvarja za to varstvo potrebne razmere. Človekove pravice in temeljne svoboščine otroci uživajo v skladu s svojo starostjo in zrelostjo ob upoštevanju otrokove osebnosti in identitete. Država mora s posebnim(i) zakonom(i) otrokom zagotoviti posebno varstvo pred ekonomskim, socialnim, telesnim, duševnim in drugim izkoriščanjem in zlorabami ter nuditi posebno varstvo tistim otrokom in mladim osebam, za katere starši ne skrbijo, oziroma, ki nimajo staršev, ali so brez ustrezne družinske oskrbe (na primer namestitvev otroka v rejniško družino, zavodsko varstvo ali k drugi odrasli osebi).

V Sloveniji sta do leta 2017 področje pravnega zastopanja otroka v sodnih postopkih urejala civilna in kazenska zakonodaja, vrzel pa je zevala na področju vsebine 12. člena Konvencije ZN o otrokovih pravicah² (v nadaljevanju KOP) oziroma t. i. zagovorništva v sodnih in izvensodnih postopkih glede nudenja strokovne pomoči otroku, da izrazi svoje mnenje v vseh postopkih in zadevah, ki vplivajo na otrokovo prihodnost. Ob tem velja poudariti, da so imeli otroci pred tem od sprememb

1 Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 69/04, 69/04, 68/06, 47/13, 47/13, 47/13 in 47/13.

2 Konvencija o otrokovih pravicah, Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo, objavljen v Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 9/92, 3/93, 9/93, 5/99, 9/08, 13/11 in 9/13; konvencija objavljena v Uradni list SFRJ – Mednarodne pogodbe, št. 15/90.

Zakona o pravnem postopku leta 1999 sicer možnost izraziti svoje mnenje ob pomoči centra za socialno delo, vendar pa niso imeli možnosti, da bi bili deležni strokovne pomoči, ki zadeva čustveno razbremenitev s psihosocialno podporo, seznanjanjem s postopki in dejavnostmi, ki tečejo pred sodiščem ali drugimi organi, v zanj razumljivem jeziku, z iskanjem najprimernejše rešitve skupaj z otrokom ter spremljanjem otroka pred organi in institucijami, ki odločajo o njegovih pravicah in koristih. To velja poudariti zlasti z vidika KOP, ki v ospredje vseh sodnih in upravnih postopkov postavlja največjo korist otroka, njegov interes, s čimer ga prvokrat v zgodovini obravnava kot samostojnega nosilca pravic, ki ni več podredno povezan s svojimi starši.

Temeljno poslanstvo instituta zagovornika otroka je okrepiti otrokov glas, da je slišan v vseh postopkih, kjer se odloča o njegovi prihodnosti, pri čemer gre za celostno pomoč pri uveljavljanju njegovih pravic, tudi izrecno uporabo 12. člena KOP. Ta oblika pomoči ne predstavlja zgolj pomoči otroku v določenih upravnih in sodnih postopkih, praviloma pred centrom za socialno delo ali sodiščem, saj zagovornik otroka ni njegov pravni zastopnik, temveč tudi aktivno pomoč otroku, da sam izrazi svoje želje in mišljenje. Otroku v zapletenem življenjskem položaju, kakor je razpad družine, v kateri je doslej živel, ali prenos pravice, komu bo zaupan v varstvo in vzgojo, ne zadošča le pravno formalno zastopanje. Otroku v takšnem položaju nujno potrebuje čvrsto psihosocialno oporo, ki mu bo omogočila, da se njegov glas lahko okrepi, na podlagi česar je v upravnem ali sodnem postopku ustrezno upoštevan tako, kakor opredeljuje KOP.

Varuh povprečno dobi 80 pobud za postavitve zagovornika otrok letno; izmed njih jih je največ s sklepom sodišča in soglasjem staršev ter pobud centrov za socialno delo. V povprečju dobi zagovornika 65 otrok na leto, saj je treba upoštevati, da niso vse pobude, ki jih prejme varuh, utemeljene. V letu 2019 so imeli vsi zagovorniki skupaj 591 srečanj z otroki. Starost otrok v zagovorništvu se giblje od šest do osemnajst let, velika večina jih je v starostni skupini od osem do trinajst let. V skladu s KOP si varuh prizadeva, da bi bili otroci v postopkih in zadevah, kjer se odloča o njihovi največji koristi, s tem pa pomembno vpliva na njihovo nadaljnje življenje, slišani. Institut zagovornika otroka je vnesel v slovensko družbo neposredno uresničevanje 12. člena KOP in s tem zagotovil otrokom polnopravni položaj pri njihovi obravnavi. Vendar pa je treba upoštevati, da je praksa institucij, ki odločajo o otrokovi prihodnosti, precej raznolika, čeprav bi morala biti obravnava otrok in omogočanje njihovih pravic povsod enaka, vendar žal še vedno ni.

1.1 Za Slovenijo pomembni mejniki v mednarodnem okviru otrokovih pravic

Evropsko pravo o otrokovih pravicah, vsaj njegov primarni del, ki mu je zavezana tudi Republika Slovenija s svojimi institucijami, sta v evropskem prostoru doslej razvila EU in Svet Evrope. Pomembne instrumente, ki ostajajo podlaga za razvoj evropskega prava, so poleg Organizacije združenih narodov sprejele tudi druge mednarodne institucije, kakor je Haaška konferenca o mednarodnem zasebnem pravu. Čeprav so ti mednarodni okviri delovali ločeno drug od drugega, pa se med njimi vse pogostje vzpostavljajo povezave, med katerimi velja poudariti zlasti dobro medinstitucionalno sodelovanje med Svetom Evrope in EU. Nedvomno je KOP, ki jo je Generalna skupščina Organizacije združenih narodov soglasno

sprejela leta 1989, temeljni mednarodni dokument, ki so mu zavezane vse države podpisnice. V Sloveniji, ki je status pogodbenice nasledila kot ena od naslednic nekdanje Socialistične federativne republike Jugoslavije, je KOP začela veljati 25. junija 1991. Do zdaj je edina mednarodna pogodba s tako izjemno podporo držav. KOP je sistematično uredila posamezna področja otrokovih pravic in otrokom v najširšem pomenu podelila status subjekta, s čimer je prekinila dolgoletno pojmovanje otrok, da so to le mali ljudje z malo pravicami. S svojo uveljavitvijo je KOP na svetovni ravni postavila nov pravni standard glede celovite in enakovredne obravnave otroka, ki šteje za pomemben civilizacijski premik v razviti družbi 20. stoletja.

Eden glavnih ciljev Evropske konvencije o uresničevanju otrokovih pravic³ (v nadaljevanju MEKUOP) je zaveza držav pogodbenic, da sprejmejo zakonodajne, upravne in druge potrebne ukrepe za uresničitev pravic otrok, ki jim jih podeljuje že KOP. Ob tem pa gre MEKUOP še korak dlje in od držav pogodbenic zahteva tudi procesne pravice otrok, in sicer pravico do obveščenosti in izražanja lastnega mnenja (3. člen), pravico zaprositi za imenovanje posebnega zastopnika (4. člen), pravico, da v postopkih, ki zadevajo otroka, pravosodni organi pred sprejetjem odločitve ustrezno upoštevajo izraženo otrokovo mnenje (6. člen), in druge procesne pravice. Z institutom zagovornika otroka se lahko ta določila celostno izvajajo v praksi.

Na ravni strateške politike Sveta Evrope velja poudariti, da je leta 2006 Svet Evrope začel izvajati svoj zelo prepoznavni program Gradimo Evropo za otroke in z njimi (Building a Europe for and with children), ki je bil v obdobju 2012–2015 horizontalni akcijski načrt za obravnavo vprašanj v zvezi z otrokovimi pravicami, vključno s sprejetjem instrumentov za določanje standardov na področjih, kakor so spodbujanje otroku prijaznih storitev in sistemov, odprava vseh oblik nasilja nad otroki, spodbujanje sodelovanja otrok ter zagotavljanje pravic otrok v ranljivem položaju.⁴ Vsebinsko nadaljevanje tega programa je Strategija Sveta Evrope za otrokove pravice 2016–2021,⁵ pri njenem oblikovanju pa je kot polnopravna članica sodelovala tudi Republika Slovenija, ki je novembra 2020 sprejela tudi nacionalni strateški dokument Program za otroke 2020–2025, ki določa temeljne cilje in ukrepe na področju otrokovih pravic ter blaginje in kakovosti življenja otrok v danem obdobju.

Na tem mestu moramo spomniti tudi, da se je lani začel v celoti uporabljati Družinski zakonik,⁶ ki ureja obsežno področje: zakonsko zvezo, zunajzakonsko skupnost, razmerja med starši in otroki, oblike pomoči države pri težavah partnerskega in družinskega življenja, ukrepe za varstvo koristi otroka ter preživetje, posvojitve, podelitev starševske skrbi sorodniku, rejništvo in skrbništvo za otroke in odrasle osebe, ki potrebujejo posebno varstvo. Družinski zakonik je dal v 182. členu pravno podlago tudi zagovorništvo otrok, saj je določil, da zagovornik varuje koristi otroka v postopkih in dejavnostih, ki ga zadevajo, če varstva njegovih koristi ni mogoče zagotoviti na drug primernejši način.

3 Uradni list RS, št. 86/99.

4 Svet Evrope, Odbor ministrov (2011), Strategija Sveta Evrope o otrokovih pravicah (2012–2015), CM(2011) 171 final, 15. februar 2012.

5 Council of Europe: Strategy for the Rights of the Child 2016–2021, www.coe.int/children.

6 Uradni list RS, št. 15/17.

Prav tako je bil leta 2019 dopolnjen Zakon o nepravdnem postopku,⁷ ki določa pravila postopka, po katerih sodišče pridobi in obravnava mnenje otroka v postopku za varstvo koristi otroka v povezavi z vlogo centra za socialno delo (96. člen) ter določi nosilca stroškov postopka postavitve zagovornika otroku (97. člen). Nedvomno je cilj obeh zakonov izboljšanje položaja otrok, oceno učinkov obeh zakonov pa bo prinesel čas. Dejstvo pa je, da so velika težava tako v družinskih kakor tudi kazenskih postopkih pred sodiščem zastoji zaradi nezadostnega števila sodnih izvedencev različnih strok (klinična psihologija otrok in mladostnikov, pedopsihiatrija in psihiatrija). Kako je danes po trideseti obletnici KOP? Država je v tem obdobju sistem zaščite otrokovih pravic nadgradila, vendar se v praksi še vedno dogajajo primeri, ko sistem odpove, otrok pa ostane neslišan.

1.2 Drža Slovenije pri uresničevanju otrokovih pravic

Na področju otrokovih pravic je Slovenija od ratifikacije KOP zavzemala stališče, da je skrb za otroke in njihovo blaginjo ena ključnih nalog tako v okviru varnostne politike kakor tudi humanitarne pomoči in mednarodnega sodelovanja. Aktivna udeležba Slovenije v mednarodnem okviru se v zgodovini kaže v prizadevanjih za zviševanje standardov pri uresničevanju otrokovih pravic, pri podpori mandata posebnih predstavnic generalnega sekretarja za otroke v oboroženih spopadih in pri nasilju nad otroki. V tem vsesplošnem družbenem ozračju se je odnos do področja otrokovih pravic razvijal tudi pri varuhu, ki je bil ustanovljen na podlagi 159. člena Ustave Republike Slovenije.⁸ V prvem mandatu delovanja te institucije, ki je bila ustanovljena leta 1994, otrokove pravice sicer niso bile prednostna naloga, kar je razumljivo, saj se je šele vzpostavljala nova institucija z novim poslanstvom. V letu 2002 je bil oblikovan posebni oddelek za zaščito otrokovih pravic, katerega temeljne naloge so bile vezane na neposredno uporabo določb KOP, predvsem v iskanju razmerij med otroki in starši v različnih življenjskih položajih (na primer razvezni postopki, določanje stikov). V nadaljevanju je bil kot nadgradnja v letu 2007 pri varuhu zasnovan pilotni projekt »Zagovornik – glas otroka«, kjer so bili partnerji poleg varuha še tedanje Ministrstvo za delo, družino in socialne zadeve, Pravno-informacijski center nevladnih organizacij in Fakulteta za socialno delo. Varuh je namreč v svojih letnih poročilih več let opozarjal, da Slovenija ne izpolnjuje vseh zavez iz KOP, predvsem v povezavi z izvajanjem 12. člena KOP.

Namen pilotnega projekta je bil zagotoviti aktivno sodelovanje otrok v postopkih odločanja, seznanitev otrok s pomenom in posledicami postopkov, ki neposredno vplivajo nanje, ter okrepiti otrokov položaj in procesne pravice otroka v postopkih, ki vplivajo na njegovo prihodnost (razpad družinske skupnosti, namestitvev otroka v drugo obliko bivanja, prešolanje idr.). Glavni cilj tega pilotnega projekta je bil v praksi preveriti možnost uveljavljanja pravice otrok, da v postopkih in zadevah izrazijo svoje mnenje. Na podlagi te ugotovitve naj bi partnerji v projektu pripravili primerno strokovno podlago za celovito zakonodajno rešitev zagovorništva otrok. Zaradi neuspešnih poskusov priprave novega družinskega zakonika, ki naj bi nadomestil tedanji Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, se je podaljševalo tudi izvajanje prvotno zastavljenega dveletnega pilotnega projekta zagovorništva otrok.

⁷ Uradni list RS, št. 16/19.

⁸ Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91.

Leta 2013 je varuh na podlagi tretjega odstavka 43. člena Zakona o varuhu človekovih pravic⁹ objavil posebno poročilo o izvajanju pilotnega projekta »Zagovornik – glas otroka« in predlog Državnemu zboru Republike Slovenije, da sprejme sklep o vladnem oblikovanju posebnega zakona, ki bo institucionaliziral zagovorništvo otrok. Državni zbor Republike Slovenije je poročilo varuha obravnaval, prav tako pa je sprejel predlagani sklep; zaradi tedaj še vedno nesprejetega družinskega zakonika, ki je bil zaradi referendumov precej ohromljen, je varuh leta 2017 pravno uredil področje zagovorništva otrok s sprejetjem sprememb Zakona o varuhu človekovih pravic¹⁰ (v nadaljevanju ZVarCP). Desetletno izvajanje pilotnega projekta je pokazalo, da je optimalna rešitev v razširitvi tedanjega obsega dela varuha in umestitvi naloge zagovorništva otrok med druge redne naloge, ki jih varuh v okviru svojega ustavnega mandata že izvaja. Pilotni projekt je bil dvakrat tudi evalviran, prvo evalvacijo je po dveh letih opravil Pedagoški inštitut, drugo pa v letih 2016 in 2017 Inštitut Republike Slovenije za socialno varstvo. Namen evalvacije je bil pregled uresničenih ciljev zagovorništva, ki so bili večinoma uresničeni, nekoliko manj pa v delu, ki se nanaša neposredno na upoštevanje otrokovega mnenja v praksi. Izvajalec druge evalvacije je predlagal, naj se mora varuh glede na empirično analizo, opravljeno na vseh območjih Slovenije, opraviti sistematično promocijo inštituta zagovorništva otrok med strokovno in laično javnostjo. Takšna oblika promocije se je začela lani na različnih območjih Slovenije (Maribor, Murska Sobota, Koper, Novo mesto, Celje), letos pa je zastala zaradi pandemije nove koronavirusne bolezni. V okviru promocije v letu 2019 je varuh posebno pozornost namenil predstavitvi konkretnih primerov zagovorništva, saj se prav ob določenih življenjskih dogodkih (na primer razveza, določitev stikov idr.) najbolj pokažejo prednosti zagovorništva, pa tudi njegove (omejene) možnosti.

Vendar pa varuh na področju otrokovih pravic že več let v svojih letnih poročilih opozarja, da se ugotovljene nepravilnosti in neučinkovitosti pri delovanju državnih in lokalnih oblasti, povezanih s pravicami otrok, odpravljajo prepočasi, saj institucije še vedno ne delujejo dovolj usklajeno, zato je tudi obravnava otrok neenaka.

2. USTROJ ZAGOVORNIŠTVA OTROK V PRAKSI

2.1 Zasnova ključnih elementov inštituta zagovornika otroka

Inštitut zagovornika je otrokova pravica, in ne dolžnost, zato pred vsakim zagovorniškim procesom varuh pridobi načelno soglasje otroka, da ta sprejema zagovorništvo. To je velikega pomena zato, ker so otroci pogosto sočasno izpostavljeni več različnim specialističnim obravnavam, kar zanje praviloma pomeni veliko breme. Namen zagovornika pa ni, da bi poglobljaj stisko otroka, temveč da bi ga okrepil in razbremenil. Ključni cilji zagovorništva otrok so od vsega začetka trije: (1) glas otroka naj bo slišan v vseh sodnih in upravnih postopkih, kjer se odloča o pomembnih vprašanih otrokovega življenja v prihodnosti, (2) zagotoviti dostopnost inštituta zagovornika čim bolj enotno po vsej državi in s tem vsem otrokom omogočiti, da izrazijo svoje mnenje, in (3) pravica do inštituta zagovornika otroka mora biti omogočena otrokom ne glede na socialno-ekonomski položaj njihovih staršev. Zato je

9 Zakon o varuhu človekovih pravic, Uradni list RS, št. 69/17.

10 Zakon o varuhu človekovih pravic – ZVarCP, Uradni list RS, št. 54/17.

zakon uredil to področje, saj je bil to edini način za vzpostavitev stabilne institucionalne ureditve zagovorništva otrok ter zagotovitev tako institucionalne kakor tudi finančne avtonomije.

Za kakovostno izvajanje zakonskega instituta zagovornika otrok je moral varuh zagotoviti tudi stalno kakovostno interdisciplinarno strokovno opremljenost, ki za operativno delo potrebuje neprestani razvoj in vzdrževanje mreže zagovornikov po vsej državi. Varuh je z vključitvijo zagovorništva v zakon sprejel številne obveznosti, od vzpostavljanja mreže zagovornikov, organizacije in izvedbe usposabljanja za nove zagovornike, rednih letnih izobraževanj obstoječih zagovornikov, organizacije supervizij in intervizij za zagovornike, do obravnave pisnih pobud za postavitve zagovornika otroku, izdaje sklepov varuha za imenovanje zagovornika otroku, spremljanja in nadzora vsakega zagovorniškega primera, predstavitve otrokove izjave staršem, sodišču, centru za socialno delo ali drugim organom ter v zadnjih dveh letih pa varuh izvaja tudi aktivno promocijo zagovorništva za strokovno javnost na vseh območjih Slovenije.

Zakon je opredelil merila za izbiro zagovornikov, določil njihov obseg dela in pristojnosti, dodatno izobraževanje ter opravljanje preizkusa usposobljenosti. Prav tako je zakon določil načine postavitve zagovornika. Pobudo¹¹ za imenovanje zagovornika otroku lahko poda vsakdo, ki meni, da otrok ne more uresničiti pravice do izražanja svojega mnenja. Kadar pobudo pošlje varuhu kateri koli organ, je zaradi optimizacije časa, v katerem otrok dobi zagovornika, potrebno, da pobuda že v začetni fazi vsebuje vse potrebne informacije. Te so zlasti: za katero vrsto upravnega ali sodnega postopka gre in koliko časa postopek že traja, podatke o otroku in njegovih morebitnih posebnostih, razloge za postavitve zagovornika, krajši opis družinske situacije, ki je lahko povzet po mnenju centra za socialno delo, kontaktne podatke otrokovih staršev ter izraženo pričakovanje organa, ki vlaga pobudo, glede postavitve zagovornika glede na to, ali je organ že pridobil soglasji staršev in načelno privolitev otroka. Iz tega namreč izhaja, kdo postavi zagovornika, varuh ali organ predlagatelj. Varuh namreč v skladu z ZVarCP postavi zagovornika izključno na podlagi prejetega soglasja obeh staršev.

Če varuh oceni, da je pobuda utemeljena, pridobi soglasje obeh staršev ali zakonitih zastopnikov ter skupaj s koordinatorjem izbere otroku najprimernejšega zagovornika s seznama zagovornikov, ki ga vodi varuh. V praksi se dogaja, da v zlasti visoko konfliktnih razvezah eden od staršev ne poda soglasja k postavitvi zagovornika bodisi zaradi načelnega nestrinjanja z drugim staršem bodisi iz katerega drugega razloga. Kadar soglasja enega ali obeh staršev ali zakonitih zastopnikov glede imenovanja zagovornika ni, varuh pošlje predlog za imenovanje zagovornika pristojnemu centru za socialno delo ali sodišču, ki vodi postopek. Center za socialno delo lahko postavi zagovornika otroku z odločbo, sodišče pa s sklepom. Sodišče namreč pomeni varovalko v primeru, ko interes staršev ni največja korist otroka, tj. da se izreče o zadevi in izrazi svojo voljo.

Soglasje staršev ni potrebno v primeru, če z imenovanjem zagovornika soglašata otrok, ki je že dopolnil 15 let. Otroci, stari 15 let in več, ki so dobro seznanjeni s svojimi pravicami in institutom zagovorništva, so varuhu v dosednji praksi večkrat

11 25.a člen Zakona o varuhu človekovih pravic (ZVarCP).

sami podali pobudo za zagovornika, zlasti v primerih prešolanja oziroma namestitve izven družine.

Za boljšo organizacijo in usklajevanje dela zagovornikov so pristojni območni koordinatorji, katerih naloge so opredeljene v Splošnem aktu o načinu izvajanja zagovorništva otrok, organizaciji, vključitvi otroka v zagovorništvo ter nalogah, sestavi in načinu dela strokovnega sveta,¹² ki je podzakonski predpis s področja zagovorništva otrok. Koordinator organizira in vodi primere zagovorništva na posameznem območju, ki je določeno z mrežo zagovornikov. Je tudi tisti, ki komunicira s starši, medtem ko je zagovornik namenjen izključno otroku. Tu gre za neke vrste preventivo, da oče ali mama s svojim videnjem položaja ne pritiska in skušata vplivati na zagovornika.

Koordinator, ki ga varuh izbere na podlagi javnega poziva, mora izpolnjevati naslednje zakonsko določene pogoje, da je za to primerna oseba: je državljan Republike Slovenije; je poslovno sposobna oseba; ji ni odvzeta starševska skrb; ni bila pravnomočno obsojena zaradi naklepnega kaznivega dejanja; zoper njo ni bila vložena pravnomočna obtožnica zaradi naklepnega kaznivega dejanja, ki se preganja po uradni dolžnosti; ima končano najmanj višješolsko izobrazbo; ima najmanj deset let delovnih izkušenj na področju dela z otroki in starši; je opravila usposabljanje za kandidate za zagovornike otrok v enem letu od izbire; je zaupanja vredna oseba; je pripravljena redno sodelovati z varuhom na način, ki ga določajo predpisi s področja zagovorništva, ter se udeleževati izpopolnjevanja in usposabljanja, ki ga ta organizira; ima zagotovljen lastni prevoz za terensko delo; in ni drugih zadržkov, ki bi vzbujali dvom, da bo kot zagovornik delovala v največjo korist otrok.

V mreži prostovoljcev, ki opravljajo nalogo zagovornika otrok, je danes 60 oseb, od katerih velika večina to delo opravlja poleg svoje redne zaposlitve, med zagovorniki pa je tudi nekaj mlajših upokojenih oseb. Prevladujejo ženske, povprečna starost je 45 let. Po izobrazbi jih največ prihaja s področja socialnega dela, psihologije, pedagogike, socialne in specialne pedagogike, prava itd. Njihovo delo je častno. Ni zanemarljivo, da so to osebe, ki del svojega prostega časa namenijo izvajanju aktivnosti v okviru zagovorništva otrok. Do lanskega leta je varuh objavljala javni poziv za nove zagovornike glede na potrebe na posameznem območju, zdaj pa je javni poziv odprt vse leto. Na podlagi zadostnega števila prijavljenih kandidatov, ki izpolnjujejo pogoje, varuh pripravi interdisciplinarno izobraževanje za prihodnje zagovornike. Predavanja izvajajo ugledni in priznani strokovnjaki z različnih področij.

Na seznam zagovornikov, ki ga vodi varuh, se lahko uvrsti oseba, ki izpolnjuje natančno določene zakonske pogoje:¹³ je državljan Republike Slovenije; ima poslovno sposobnost; ji ni odvzeta starševska skrb; ni bila pravnomočno obsojena zaradi naklepnega kaznivega dejanja, zoper njo ni bila vložena pravnomočna obtožnica zaradi naklepnega kaznivega dejanja, ki se preganja po uradni dolžnosti; ima končano najmanj višješolsko izobrazbo; ima najmanj pet let delovnih izkušenj na področju dela z otroki oziroma na družinskem področju; je kot kandidat za zagovornika opravila usposabljanje in preizkus znanja za zagovornika po programu in postopku, ki ga določi varuh na predlog strokovnega sveta; je zaupanja vredna

¹² Uradni list RS, št. 44/18.

¹³ 25.b člen Zakona o varuhu človekovih pravic (ZVarCP).

oseba; ne obstajajo drugi zadržki, ki bi vzbujali dvom, da bo delovala v največjo korist otrok.

Predhodne izkušnje zagovornikov na področju dela z otroki oziroma družinami so pomembne zlasti zaradi različnih socialnih in psiholoških veščin in tehnik vzpostavljanja zaupnega odnosa med otrokom in zagovornikom. Zagovorniški proces, ki v povprečju traja od dva do tri mesece po eno uro na teden, je razmeroma kratek čas za graditev varnega okolja, v katerem se otrok lahko odpre in zaupa odrasli osebi. V povprečnem času od osmih do desetih srečanj nastaja izjava otroka, ki se gradi od prvega srečanja dalje. Odvisno od vsakega posameznega primera pa se število srečanj med otrokom in zagovornikom lahko tudi poveča.

Skrb za uresničevanje zagovorništva otrok pri varuhu je temeljna naloga Strokovnega sveta za zagovorništvo, ki ga sestavljajo koordinatorji, varuh, zagovorniki, strokovna javnost in nevladne organizacije. Njegove naloge zajemajo obravnavo konceptualnih, organizacijskih in strokovnih vprašanj, oblikovanje stališč in predlogov uresničevanja otrokovih pravic na področju zagovorništva ter tudi načrtovanje promocijskih aktivnosti zagovorništva.

2.2 Volja otroka v obliki izjave

Primarni nalogi zagovornika sta nudenje strokovne pomoči otroku, da izrazi svoje mnenje v vseh postopkih in zadevah, v katerih je udeležen, ter da mnenje otroka sporoči pristojnim organom. Strokovna pomoč zagovornika otroku obsega predvsem psihosocialno podporo, seznanjanje otroka s postopki in dejavnostmi na njemu primeren način razumevanja, upoštevanje starost in zrelost otroka, iskanje najprimernejše rešitve skupaj z otrokom ter spremljanje otroka k organom in institucijam, ki odločajo o njegovih pravicah in koristih. Ta naloga je izjemnega pomena za otroka, saj v konfliktnih razveznih postopkih starša pogosto »pozabita« na otroka, ki si ne zna razložiti, kaj se v družini dogaja in zakaj bo moral na center za socialno delo, predvsem pa ga nihče ne vpraša, kako sam vidi nastali položaj in kaj si glede na nove okoliščine želi v prihodnje. Otroci imajo nemalokrat občutek krivde zaradi družinske situacije, hkrati pa, kar je v naravi otroka, želijo ugajati obema staršema. Z izražanjem svojega mnenja se tako bojijo, da bodo prizadeli bodisi mamo bodisi očeta, prav zato je v takih primerih razbremenitev s pogovorom z zagovornikom izrednega pomena.

Pobude, ki jih prejme varuh v okviru izvajanja instituta zagovorništva otrok, se v veliki večini nanašajo na razvezne postopke med zakonci, na zaupanje v varstvo in vzgojo ter na določitev stikov s tistim staršem, pri katerem otrok ne živi. Nemalo primerov je, ko starša v okviru razveznega postopka skleneta dogovor o skupnem starševstvu, nato pa čez čas eden od njiju sproži postopek pred sodiščem o spremembi tega s ciljem, da mu sodišče zaupa otroka v varstvo in vzgojo, drugemu staršu pa določi stike z otrokom.

Izjava otroka,¹⁴ pridobljena v zagovorniškem procesu, se lahko uporabi v vsakem postopku, v katerem se odloča o otrokovih pravicah in koristih. Organ, ki odloča o otrokovih pravicah ali koristih (praviloma sodišče ali center za socialno delo), mora

¹⁴ 25.c člen Zakona o varuhu človekovih pravic (ZVarCP).

v svoji odločitvi posebej utemeljiti, kako je upošteval otrokovo izjavo in njegovo največjo korist. Izjava otroka, kakor je opredeljena v zakonu, v praksi pomeni na papir preneseno otrokovo videnje razmer doma in otrokove želje, kako naj bi družinski člani med seboj funkcionirali v prihodnje, kako si želi stike z njemu pomembnimi drugimi osebami (starimi starši, bratrance, prijatelji idr.), kako bi rad preživel prosti čas in počitnice idr.

Ker so zaradi istega postopka, na primer razveze, otroci večkrat izprašani o isti vsebini pred različnimi organi, to zanje pogosto pomeni veliko stisko. Organi, ki odločajo o otrokovi prihodnosti, bi lahko v izjavi prebrali otrokovo voljo in ga ne bi po nepotrebnem ponovno izpraševali o zadevi, glede katere se je že izrekel. Odgovorno ravnanje institucij je, da storijo vse, da čim bolj zmanjšajo obremenitev otroka, saj s tem delujejo v njegovo največjo korist.

Otrokova volja se spoštuje tudi pri njegovi želji, kdo od udeležencev se sme seznaniti z otrokovo izjavo. Varuh v svoji praksi ugotavlja, da večina otrok želi, da se z vsebino izjave seznanijo vsi (starši, sodišče, center za socialno delo), vendar pa so primeri, ko otrok izrazi, da se z izjavo seznani le sodišče, starši pa ne. Razlogov za takšno odločitev otroka je več, vendar varuh vselej upošteva voljo otroka. Starši, ki jim njihov otrok ne želi prenesti svoje izjave, se s tem dejstvom različno spoprijemajo, eni so razočarani, drugi jezni. Prav tako je v primerih, ko se starši seznanijo z otrokovo izjavo, pa z njo niso zadovoljni, ker so pričakovali drugačno mnenje otroka, morda so zaradi želje po potrditvi tudi predlagali zagovornika otroku, da bi dobili podkrepitev svojega (že jasno izraženega) stališča v predmetni zadevi.

2.3 Pomembnost poznavanja instituta zagovornika otroka

Varuh opaza, da tako starši kakor tudi predstavniki organov nemalokrat ne poznajo dovolj nalog zagovornika, zato to včasih vnaša v odnos napačna pričakovanja in posledično razočaranje. Zagovornik je v vsakem postopku postavljen izključno zaradi otroka, zato je tudi njegova pozornost usmerjena v vzpostavljanje pogojev, v katerih bo lahko otrok varno in suvereno oblikoval svojo izjavo, s katero se bodo seznanili starši in organ, ki odloča o njegovih največjih koristih v prihodnosti.

V vsakem primeru, ko so vzpostavljeni pogoji za postavitve zagovornika otroku, se je treba vprašati, s kakšnim namenom bo otroku postavljen zagovornik, komu bo mnenje otroka preneseno in kdaj približno se bo zagovorništvo končalo. Treba je vedeti, kateri postopek je v teku in koliko časa, saj je tudi zagovorništvo proces, za katerega je potreben ustrezen čas, zato je treba vedeti, da se upravni ali sodni postopek ne bo končal, dokler ni končano zagovorništvo, saj v nasprotnem primeru otrokova izjava ne bi koristila nikomur.

Zagovornik nikoli ne zaslišuje otroka, saj je zagovorništvo otrokova pravica, in ne dolžnost. Prav zato je otrok pred začetkom zagovorništva vselej vprašan, ali si zagovornika želi. Zagovornik se prav tako nikoli ne opredeljuje do otrokove izjave, ne razlaga o svojih občutkih na srečanjih z otrokom in ne ugotavlja največje koristi otroka. Občasno varuh prejme pobudo katerega od centrov za socialno delo za postavitve zagovornika v obravnavanem primeru z obrazložitvijo, da bo pridobitev izjave otroka v procesu zagovorništva prispevala k oblikovanju mnenja centra za

socialno delo, ki ga potrebuje sodišče,¹⁵ vendar mora biti mnenje centra za socialno delo vselej ločeno od otrokove izjave.

V nadaljevanju navajamo, v katerih primerih se zagovornik otroku ne postavi:

- I. kadar je otrok zaradi dolgotrajne izpostavljenosti nezdravim odnosom in neprierni skrbi v družini, so posledice tako hude, da je že vključen v terapevtsko obravnavo (pedopsiholog, psiholog, svetovalna služba) – če bi v tem primeru postavili otroku zagovornika, bi bil ta le še ena dodatna odrasla oseba, ki bi ji otrok razlagal svoje stiske in občutke v istem obdobju, kar zagotovo ne bi bilo v njegovo korist;
- II. kadar gre za nujni odvzem otroka iz družine – v tem primeru trčijo otrokove želje (na primer, da želi ostati v disfunkcionalni družini) ob otrokove koristi (sistem ugotovi hudo ogroženost, zato poseže po najstrožjem ukrepu – odvzemu otroka iz družine); otrokova naravna želja je, da živi skupaj s starši, četudi ni to njemu v korist, kar so prepoznale institucije; v takem primeru je otrokova volja podrejena koristim, ki jih prepozna stroka, zato se zagovornik otroku ne postavi;
- III. kadar gre za odločanje o začasni odredbi – v tem primeru se zagovornik ne postavi zato, ker gre začasno odločitev sodišča in o začasni odredbi praviloma sodišče hitro odloči;
- IV. kadar je otroku postavljen skrbnik za poseben primer; tega otroku, ki nima staršev ali za katerega starši ne skrbijo, postavi sodišče na podlagi 257. člena Družinskega zakonika zaradi zaščite otrokovih koristi. Sodišče pošlje centru za socialno delo pravnomočno odločbo, s katero je otroka postavilo pod skrbništvo in imenovalo skrbnika, ki mora skrbeti zanj z enako skrbnostjo kakor starši;
- V. kadar je otrok žrtev kaznivega dejanja – v tem primeru morajo organi izvesti vse ukrepe za takojšnjo zaščito otroka, zato namen otrokovega mnenja ne bi bil, da bi bil slišan, saj so njegove koristi pred njegovo voljo;
- VI. dolgotrajni postopki na sodišču, visoko konfliktna razveza – v tem primeru, ko starša praviloma zavlačujeta s postopkom na sodišču s tem, ko zahtevata različne sodne izvedence, vlagata nasprotne tožbe ipd., otrok pa je žrtev lastnih staršev, ki zaradi spora otroka sploh ne vidi več, postavev zagovornika ne bi bila otroku v korist.

Pobudo za postavitev zagovornika otroku lahko poda vsakdo, vendar v nadaljevanju obravnavamo le pobudo sodišča in centra za socialno delo kot primera dveh organov, ki najpogosteje podata pobudo za zagovornika. Da bi se izognili podaljševanju postopka postavitve, mora pobuda vsebovati vse informacije, potrebne za presojo utemeljenosti, in sicer:

- (1) informacije o vrsti postopka in pravilna številka zadeve,
- (2) podatki o otroku, vključno z informacijo o morebitnih posebnostih otroka,
- (3) opis družinske situacije (na primer, kje dejansko živijo starši in otrok, kako potekajo stiki z roditeljem, pri katerem otrok ne živi, ipd.), vključno z opisom morebitnih drugih odprtih postopkov,

¹⁵ Peti odstavek 96. člena ZNP-1.

- (4) telefonski in drugi kontaktni podatki staršev (lahko tudi v obliki dokumentacije centra za socialno delo ali drugih služb);
- (5) kratko obrazložitev, zakaj organ meni, da bi bila postavitve zagovornika otroku v korist, in pričakovanja glede možne postavitve zagovornika (ali s soglasjem obeh staršev ter otroka, ali na podlagi sklepa sodišča ali odločbe centra za socialno delo).

Zgoraj navedene informacije, vsebovane v pobudi organa, omogočijo, da varuhu ni treba pridobivati dodatnih mnenj, na primer centra za socialno delo ali sodišča, s pozivanjem za dopolnitev pobude, kar je nedvomno v korist otroku, saj zagovornika lahko dobi zelo hitro, tj. v nekaj dneh.

Varuh v svoji praksi na področju zagovorništva otrok ugotavlja, da so vložene pobude še vedno večkrat nepopolne. Najpogostejše ugotovitve so:

- Pomanjkljivi predlog sodišča ali centra za socialno delo brez potrebnih (zgoraj navedenih) informacij o primeru, kar po nepotrebnem podaljša postopek postavitve zagovornika otroku.
- Pošiljanje pobude po običajni, in ne elektronski pošti, kar podaljša postopek.
- Nedosegljivost sodišča oziroma centra za socialno delo (nosilca pobude) po telefonu.
- Ob prejemu soglasju staršev, ki ga organ pošlje varuhu skupaj s pobudo, varuh ne ve, ali imajo starši vse potrebne informacije o zagovorništvu otrok in ali je organ pridobil tudi načelno soglasje otroka.
- Pričakovanja sodišča do otroka s tem, da sodišče navede konkretna vprašanja, na katera naj otrok odgovori.
- Pričakovanja sodišča do zagovornika, naj zagovornik opravi en razgovor, na podlagi katerega pošlje končno poročilo sodišču, sodišče občasno zahteva tudi vmesna poročila srečanj med zagovornikom in otrokom.
- Mnenje centra za socialno delo, ki ga pripravi za potrebe sodišča, mora biti neodvisno od mnenja otroka v zagovorništvu.

Nedvomno pa je treba nekaj besed nameniti tudi temu, da želje otroka niso nujno v skladu z dolgoročno koristjo otroka. Zato je izjava otroka instrument, ki je sodniku v pomoč zlasti pri končni odločitvi o na primer zaupanju v varstvo in vzgojo ter pri določitvi stikov z drugim roditeljem in drugimi za otroka pomembnimi osebami. Sodišče je tisto, ki presoja, kaj je v največjo korist otroku, da bo v prihodnje živel v spodbudnem psihofizičnem okolju ter lahko optimalno razvil svoje sposobnosti. Skrbno spoštovanje človekovega dostojanstva in telesna nedotakljivost sta tisti dve civilizacijski pravici, ki ju mora država še zlasti negovati pri otrocih.¹⁶ Njihova odvisnost od odraslih oseb zaradi stopnje razvoja, občutljiva faza psihofizičnega razvoja ter ranljivost zaradi starosti in zrelosti so razlogi za višjo raven pravne zaščite otrok pred raznovrstnimi oblikami nasilja, zanemarjanja in zlorabe. Praviloma so otroci žrtve nasilja v ožji ali širši družini, pojavne oblike nasilja, ki ga doživljajo, pa so različne. Dlje, ko so otroci prikrajšani za varno in zdravo otroštvo, hujše so

¹⁶ Lea Javornik Novak, Zloraba otroka – vloga zakonodaje, preprečevalnih ukrepov in družbene odgovornosti v »Otrokove pravice v Sloveniji – od normativnih standardov do učinkovitega varstva«, ur. Jager Agius, I., Založba FDV, Ljubljana, 2014.

posledice v odrasli dobi. Prav družina, ki naj bi bila varen prostor intimno povezanih oseb, kraj, kjer vsak posameznik, tudi otrok, zadovoljuje svoje temeljne človeške potrebe, med katere spadajo tudi varnost, sprejetost in enakovredno obravnavanje, je pogosto poligon za različne vrste zlorab in patoloških odnosov. V dolgo trajajočih primerih visoko konfliktnih razvez so posledice še hujše. Težo nasilja staršev nad otrokom pa daje še dejstvo, da je v tem primeru otrok žrtev tistih, ki bi ga morali imeti radi, skrbeti za njegov uspešni psihofizični razvoj in ga zaščititi, kadar je to potrebno. Otroci trpinčenih mater imajo pravzaprav enake čustvene in vedenjske motnje, kakor bi jih imeli, če bi bili neposredne žrtve. V družboslovni stroki se posledice nasilja nad otrokom delijo na več temeljnih področij človekovega delovanja, ki imajo dolgotrajne in pogosto usodne posledice na posameznikovo prihodnost.¹⁷ Vodilno načelo stroke pri delu z ogroženim otrokom je največja korist otroka.

Največja korist otroka se zagotovi v postopku, za katerega sta značilni timska in večdisciplinarna strokovna presoja ter sodelovanje staršev in otroka, pri čemer je pomembno upoštevati otrokovo starost in razumevanje ter zmožnost neposredne ali posredne udeležbe ter soodločanja. Sodelovanje otroka se zagotavlja z vzpostavitvijo možnosti, da otrok v pogovoru izrazi svoje želje, stališča in mnenje o vseh stvareh, ki so povezane z njim in v vseh fazah procesa zaščite. Vsi postopki morajo biti prilagojeni starosti, zrelosti in razumevanju trenutnega položaja. Ključnega pomena pri ocenjevanju največje koristi otroka, ki jih je za optimalno nudenje pomoči treba upoštevati, so:¹⁸ otrokove telesne, duševne in vzgojne potrebe ter želje otroka; verjetni učinek vsake spremembe na otroka; ključne individualne značilnosti otroka; škodo, ki jo je otrok že utrpel na zdravju oziroma ali obstaja nevarnost, da jo bo utrpel; možnosti in sposobnosti staršev ali drugih oseb, da zadovoljijo otrokove razvojne potrebe. Še vedno pa obstajajo pri sodelovanju med sodišči in varuhom nekateri izzivi, ker je poznavanje instituta zagovornika otroka med sodniki in sodnicami ter strokovnimi delavci in delavkami na centrih za socialno delo različno.

Velja omeniti nekatere najpogostejše izzive, s katerimi se v praksi spoprijemamo od umestitve instituta zagovornika otroka v ZvarCP:

- (1) Kadar sodišče vloži skupaj s soglasjem staršev utemeljeno pobudo varuhu, da postavi zagovornika otroku v predmetnem postopku, ta izda sklep o imenovanju zagovornika otroku; včasih pa se zgodi, da po izdanem sklepu varuha tudi sodišče izda sklep o postavitvi zagovornika, kar pa ni potrebno. Zakon jasno določa, da varuh postavi zagovornika le v primeru, kadar pridobi soglasji obeh staršev in načelno soglasje otroka, medtem ko sodišče postavi zagovornika s sklepom takrat, kadar eden od staršev ne poda soglasja, sodišče pa ocenjuje, da je postavitve zagovornika otroku v korist.
- (2) V praksi se je že večkrat zgodilo, da je bila že med zagovorništvom sklenjena sodna poravnava med starši. Dejansko to pomeni, da v takem primeru izjava otroka ni upoštevana, še več, otrok lahko občuti, da je bil popolnoma izigran v postopku, saj sta se starša nekaj dogovorila mimo njega. Tak primer pomeni zlorabo otroka, saj sodišče ni upoštevalo dejstva, da zagovorništvo še poteka,

¹⁷ Strokovne smernice za delo centrov za socialno delo pri zaščiti otrok pred nasiljem v družini, nav. delo, 2017, Društvo za nenasilno komunikacijo.

¹⁸ Prav tam.

zato se otrok svoje volje še ni izrazil, sodna poravnava pa je bila kljub temu sklenjena.

- (3) Kadar je sodišče že prejelo otrokovo izjavo, pa se je postopek na sodišču iz različnih razlogov podaljšal, je vselej treba preveriti izjavo otroka, kajti spremene okoliščine lahko vplivajo na to, da otrok spremeni svojo voljo in si želi izjavo dopolniti. To dejstvo je treba upoštevati, kadar med pridobitvijo otrokove izjave in končno odločitvijo sodišča mine več časa. Preverjanje izjave otroka poteka tako, da se zagovornik in otrok srečata še enkrat ali dvakrat, da se preveri vsebina izjave ter se ta po potrebi dopolni in pošlje sodišču.
- (4) V praksi so primeri, ko otrok zaradi določenega razloga izrecno želi, da se z njegovo izjavo seznani le sodišče, na kar varuh posebej opozori sodišče v dopisu, ko sporoča otrokovo izjavo sodišču. Praviloma se sodnik, ki vodi primer, z izjavo seznani, jo ponovno zapečati in vloži v spis. Na tak način se starša kot stranki v postopku, ki imata sicer pravico vpogleda v sodni spis, ne moreta seznani z otrokovo izjavo. V praksi pa so se žal zgodili primeri, ko je ovojnica, v kateri je bila izjava otroka, ostala v spisu odprta, zaradi česar se je lahko eden od staršev seznanil ali sta se oba starša seznanila z vsebino izjave, za katero je otrok izrecno navedel, da ne želi, da se z njo seznani starša. Praksa sodnikov, kako ravna v takšnih primerih, da zavarujejo otrokovo izjavo, je različna. Če se starša seznani z otrokovo izjavo proti volji otroka, se otrok počuti ogroženega in pod dodatnim pritiskom, kakšen bo odziv staršev. Ob tem velja poudariti, da mora sodnik spoštovati otrokovo voljo glede vpogleda v izjavo, saj ima otrok za to, da se starša ne seznani z vsebino, svoje razloge.

Zgoraj opisani primeri izzivov pri sodelovanju med varuhom in sodišči na področju zagovorništva otrok bodo nedvomno sčasoma izzveneli, saj za zdaj sodišča zelo različno uporabljajo institut zagovornika, prav tako pa bo k temu pomembno prispevalo tudi nadaljevanje izobraževanja različnih strokovnih delavcev, kadar bo izvedeno po vsej Sloveniji. Pandemija nove koronavirusne bolezni je namreč preprečila, da bi varuh promocijo zagovorništva lahko izvedel v vseh regijah.

2.4 Zaupnost postopka in dolžnost prijave

Nekaj besed je treba nameniti tudi zaupnosti postopka zagovorništva in primerom, v katerih je treba podati prijavo suma kaznivega dejanja nad otrokom pristojnim institucijam. Varuh je bil ustanovljen z namenom varovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin v razmerju do državnih organov, organov lokalne samouprave in nosilcev javnih pooblastil. To pomeni, da se varuh pri svojem delu ravna po določilih ustave in mednarodnih pravnih aktov o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah. Pri opravljanju svojega dela oziroma poslanstva se lahko sklicuje tudi na načela pravičnosti in dobrega upravljanja. Zakon¹⁹ varuhu nalaga, da mora zaupnost postopka vzdrževati v razmerju med vsemi udeleženci postopka v tej instituciji: v razmerju s pobudniki in organi oblasti (katerih delo nadzoruje) ter prav tako v razmerju s tretjimi osebami in javnostjo. S tem varuh gradi javno zaupanje, ki je vezivno tkivo za njegovo učinkovito delovanje.

Na uvodnem srečanju vseh udeleženi v postopku zagovorništva otrok (starši, otrok, zagovornik, koordinator) koordinator in zagovornik pojasnita, da je postopek

¹⁹ Zakon o varuhu človekovih pravic (ZVarCP-UPB2).

zagovorništva zaupen, vendar obstajajo določene izjeme, ki jih morajo upoštevati vsi udeleženci; v primeru, če otrok razodene okoliščine, v katerih se vzbuja sum za njegovo ogroženost kakršne koli oblike (zanemarjanje, nasilje v družini, spolne zlorabe idr.), je dolžnost zagovornika in koordinatorja, da v skladu z zakonodajo podata prijavo pristojnim organom, ki preučijo morebitno ogroženost otroka.

Zanemarjanje oziroma opustitev dolžne skrbi lahko opredelimo kot nedvoumno ali zelo verjetno namerno ali nenamerno opuščanje zadovoljevanja otrokovih osnovnih potreb, kakor so zagotavljanje zdravstvene oskrbe, varnosti, ustrezne prehrane, oblačil, higiene, izobraževanja s strani staršev, skrbnikov in drugih, ki morajo skrbeti za otroka, kar povzroča ali bi lahko povzročilo resne motnje zdravja in razvoja v celoti. Zanemarjanje zajema tudi opustitev ustreznega nadzora in zaščite otroka pred poškodbami.

Pri izvajanju zagovorništva pri varuhu se je večkrat zgodilo, da se je otrok zaradi nasilja v družini zaupal zagovorniku, ki je prijavo poslal pristojnim organom po predpisanem protokolu. To pravzaprav ni nenavadno, če vemo, da se zaupni odnos med otrokom in zagovornikom gradi v t. i. varnem okolju, v katerem lahko otrok, ne da bi se bal posledic, odkrito spregovori o svojih izkušnjah in intimnem doživljanju v družini. Pri tem ne moremo mimo največje koristi otroka (angl. best interest of the child), ki je kot ena temeljnih določb opredeljena v 3. členu KOP. Do sprejetja KOP je namreč veljalo prepričanje, da imajo odrasli pravico in dolžnost odločati v imenu otroka, saj sami najbolje vedo, kaj je dobro zanj. Največja korist otroka v navedenem členu pomeni nekaj več, je tisto, kar morajo vsi organi in organizacije upoštevati pri svojih odločitvah, povezanih z otrokom. Koristi otroka so bile s 3. členom KOP postavljene kot imperativ, ki ga je treba upoštevati v vsakem primeru.

Življenjski položaji, na podlagi katerih organi odločajo o prihodnosti otroka, so seveda zelo različni, vendar pa so s to določbo vsi organi in organizacije zavezani, da svoje odločitve pretehtajo ob upoštevanju največje koristi otroka. Sem spada tudi morebitna opustitev dejanj, ki bi jih organi morali izvesti za zaščito koristi otroka, pa jih niso. V praksi, ki jo zaznava varuh, se še vedno prepogosto odgovornost za nerešena vprašanja prelaga na druge, ki posegajo na polje zaščite otrokovih pravic. Institucije si le birokratsko dopisujejo, prelagajo odgovornost na druge, otrok pa ostaja nemočen v sistemu prenormiranosti in zbirokratiziranosti državnega aparata, ki ne izvaja obveznosti po KOP, kakor bi jih moral, na kar varuh opozarja tudi v svojih rednih letnih poročilih.

3. SKLEPNE MISLI

Najboljši način, kako otroke seznaniti z njihovimi pravicami, je, da jih vsakodnevno uživajo. Izobraževanje o otrokovih pravicah ni le zagotavljanje prihodnosti demokracije, temveč je pomembno, da otroke spodbudimo, da jih spoznajo in se lahko, če je to potrebno, postavijo za svoje pravice kakor vsi drugi državljani. To pa zmorejo storiti le, če je njihova drža trdna in glas okrepljen. Prav zato varuh v zadnjem času veliko pozornosti namenja promociji otrokovih pravic in zagovorništva otrok tako med ciljno populacijo otrok kakor tudi med strokovnimi delavci na različnih področjih, kjer delajo z otroki.

Država mora s svojimi podpornimi sistemi zagotavljati blaginjo in varnost za svoje državljane ter kakovostno odraščanje mlade generacije, k temu pa pomembno prispevata splošna družbena odgovornost in vrednostni sistem, na katerega postopno vplivajo preprečevalni ukrepi države. KOP je ključni pravni in konceptualni okvir, v okviru katerega države pogodbenice, tudi Slovenija, zagotavljajo ustrezne, tj. spodbudne možnosti za zdrav psihosocialni razvoj otrok; postavlja pomembno civilizacijsko normo razvitega sveta – največjo korist otroka – hkrati pa zavezuje vse organe in organizacije, ki delajo s ciljno skupino otrok, da dosledno ščitijo največji interes otroka. S tem je KOP naredila pomemben korak naprej v širšem razumevanju celovitega odnosa odraslih do otrok po vsem svetu, ne le v Sloveniji. Prvo obdobje življenja, obdobje otroštva in mladostništva, je eno najboljčutljivejših in nedvomno najpomembnejše v življenju posameznika, še zlasti glede zdravja, telesnega, umskega in čustvenega razvoja in oblikovanja temeljnih vedenjskih vzorcev, iz katerih črpamo vse življenje. Čeprav je ta starostna skupina praviloma najbolj zdrava od vseh, današnji dejavniki tveganja in tvegana vedenja pomembno in dolgotrajno zaznamujejo nadaljnje življenje posameznika. Še vedno ugotavljamo, da otroci niso vselej zaščiteni tako, kakor to omogočajo številne pravne podlage; pogosto so žrtve birokratskih zapletov in ovir, česar sami ne morejo preprečiti. Prav v postopkih, ki zadevajo spremenjeno družinsko dinamiko s pogosto spremljajočo patologijo v odnosih, ostajajo najbolj ranljivi.

Mehanizem spremljanja uresničevanja otrokovih pravic in celovita zbirka podatkov o otrocih sta pogoj za uresničevanje največje koristi otroka kot glavnega vodila pri oblikovanju vseh politik, povezanih z otroki. Zanimivo je, da je primerjalno s skupino otrok (torej do 18. leta starosti) področje mladine (osebe, stare od 15 do 29 let) zelo učinkovito podprto s številnimi pravnimi in strateškimi akti, razlogi za takšno razhajanje v okviru dveh zaporednih generacijskih skupin pa so zagotovo različni. Obstajajo sicer sektorski strateški akti glede otrokovih pravic, vendar so ti premalo učinkovito vpeti v sistem varstva človekovih pravic. Zaradi pomanjkanja uvida v celoto so mehanizmi za usklajevanje in vodenje pogosto neučinkoviti, sektorske strategije pa premalo uspešne; to še posebej velja zaradi nepovezanosti reševanja večine zadev, ki sočasno zadevajo več ministrstev in vladnih služb ali vlado v celoti. Strukture izvajanja ukrepov niso prilagojene zapletenim in dolgotrajnim procesom, ki zahtevajo tesno in učinkovito partnerstvo vseh akterjev na različnih ravneh, zlasti tudi tistih izven javne uprave. Vse preveč je težen za hitro vidne rezultate, s katerimi se želi aktualna politika na hitro promovirati. Za družbene procese in postavljanje novih, višjih civilizacijskih standardov je potreben čas, da družba nove vrednote in standarde ponotranji in temu prilagodi svoja ravnanja, zato rezultati trdega stalnega dela ne morejo biti vidni v kratkem času. V slovenskem sistemu pri načrtovanju predpisov in sektorskih politik manjka celovita presoja vplivov na človekove pravice (human rights impact assesment), ki vpliva na položaj otrok, vendar bo to področje v prihodnje zlasti zaradi aktivnejše vloge EU in Sveta Evrope deležno bolj sistematičnega in vključujočega pristopa tudi v državah članicah.

Z okrepitevijo otrokovega glasu, da ima pravico povedati svoje mnenje, se otrokova drža krepi. Otroci, ki so vključeni v zagovorništvo, niso (več) le objekt sodnega odločanja in nadaljnjega medstarševskega spora, ki je lahko tudi dolgotrajen. Tako sodišča kakor tudi centri za socialno delo vse bolj prepoznajo pomembnost instituta zagovornika otroka, saj ga vse pogostejše uporabljajo. Čeprav je možnosti za pridobitev otrokovega mnenja več, od neformalnega razgovora sodnika z otro-

kom do razgovora strokovnega delavca na centru za socialno delo z otrokom, pa vendarle tega ni mogoče enačiti z zagovorniškimi procesom, saj je zagovorništvo proces, stkan v niz približno desetih srečanj, medtem ko je razgovor z otrokom na sodišču ali centru za socialno delo enkratno dejanje. Ena od pomembnih nalog zagovorništva je namreč tudi razbremenitev otroka v njegovi čustveni stiski, s katero se zaradi svoje starosti in še nezadostne opremljenosti ne zna učinkovito spoprijeti.

V sodobni družbi, ki jo zaznamujejo globalizacija, individualizacija in otrokocentričnost, sta na spremembo v pojmovanju otroštva, starševstva in vzgoje otrok vplivali vse večja pluralizacija in individualizacija življenjskih potekov. V času, ko je za mnoge starše otrok »projekt«, ki mu je treba pozornost namenjati toliko, da materialno ni za nič prikrajšan, da se bo udeleževal v vseh mogočih krožkih in tekmovanjih, bil učno čim bolj uspešen, pa po drugi strani ti isti starši niso pripravljeni otroka slišati in spoznati, česa si želi in česa ne. Zato je v takih primerih prav, da država otroku omogoči izraziti njegovo mnenje in da institucije, ki odločajo o njegovi prihodnosti, otrokovo mnenje tudi pravočasno slišijo.

LITERATURA IN VIRI:

- Council of Europe Strategy for the Rights of the Child 2016–2021, www.coe.int/children.
- Družinski zakonik, Uradni list RS, št. 15/17.
- Evropska konvencija o uresničevanju otrokovih pravic – MEKUOP, Uradni list RS, št. 86/99.
- Glaser, D.: Attachment and Child Protection v Child Abuse Review, BASP-CAN, 2001, Volume 10, Issue 6, str. 371–375.
- Javornik Novak, L. (2014), Zloraba otroka – vloga zakonodaje, preprečevalnih ukrepov in družbene odgovornosti v »Otrokove pravice v Sloveniji – od normativnih standardov do učinkovitega varstva«, ur. Jager Agius, I., Založba FDV, Ljubljana, 2014.
- Javornik Novak, L., (2009): v Guidelines on Data Collection and Monitoring Systems on Child Abuse, ChildONEurope, Series 1, Istituto degli Innocenti, Firenze.
- Javornik Novak, L., (2011): Combating Domestic Violence in Slovenia-Social Values and Legislation na mednarodni konferenci I love. I do not hit. The whole Europe against Child Abuse, Warsaw, 3.–4. 3. 2011.
- Kaljenje. Preprečevanje nasilja v družini (2010). Ljubljana: Skupnost CSD Slovenije.
- Konvencija o otrokovih pravicah, Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo, objavljen v Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 9/92, 3/93, 9/93, 5/99, 9/08, 13/11 in 9/13; konvencija objavljena v Uradni list SFRJ – Mednarodne pogodbe, št. 15/90.

- Nolte, L. D, Harris R., (2004): Otroci so podoba svojih staršev: starševstvo, ki oblikuje vrednote, Murska Sobota, Učila International.
- Pravilnik o sodelovanju organov ter o delovanju centrov za socialno delo, multidisciplinarnih timov in regijskih služb pri obravnavi nasilja v družini, Uradni list RS, št. 31/09.
- Splošni akt o načinu izvajanja zagovorništva otrok, organizaciji zagovorništva, vključitvi otroka v zagovorništvo ter nalogah, sestavi in načinu dela strokovnega sveta, Uradni list RS, št. 44/18.
- Strokovne smernice za delo centrov za socialno delo pri zaščiti otrok pred nasiljem v družini (2011), Bilten Kaljenje. Ljubljana: Skupnost CSD Slovenije.
- Strokovne smernice za delo centrov za socialno delo pri zaščiti otrok pred nasiljem v družini, nav. delo, 2017, Društvo za nenasilno komunikacijo.
- Svet Evrope, Odbor ministrov (2011), Strategija Sveta Evrope o otrokovih pravicah (2012–2015), CM(2011) 171 final, 15. februar 2012.
- Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 69/04, 69/04, 68/06, 47/13, 47/13, 47/13 in 47/13.
- Zakon o preprečevanju nasilja v družini, Uradni list RS, št. 16/08.
- Zakon o varuhu človekovih pravic, Uradni list RS, št. 54/17, 69/17.

KO SE V NEPRAVDNEM POSTOPKU SREČATA DRUŽINSKO IN ZEMLJIŠKOKNJIZNO PRAVO¹

Frida Burkelc, višja sodnica, Okrožno sodišče v Celju

1. UVOD

Na prvi pogled družinske zadeve nimajo nič skupnega z zemljiško knjigo, ki je javna knjiga, namenjena vpisu in javni objavi podatkov o pravicah na nepremičninah in o pravnih dejstvih v zvezi z njimi. Ker pa se v zemljiško knjigo poleg stvarnih pravic na nepremičninah in nekaterih obligacijskih pravic vpisujejo tudi z zakonom določena pravna dejstva,² ki se nanašajo na imetnika pravic na nepremičnini, obstaja tudi med tema dvema pravnima področjema povezava, ki se odrazi, kadar je družinskopravnega varstva deležen (ogroženi) otrok ali oseba, ki ni sposoben sam oziroma ni sposobna sama uveljavljati svojih pravic in koristi, ter je ta tudi lastnik nepremičnin oziroma imetnik v zemljiški knjigi vknjiženih pravic, saj je treba nekatere vrste odločb, ki izkazujejo pravno pomembna dejstva o osebnem stanju udeleženca, vpisati v zemljiško knjigo.

V prispevku obravnavam sodne odločbe, izdane v družinskih zadevah, oziroma postopke, vodene po določbah ZNP-1, odkar se v celoti uporablja DZ, za katere je predviden vpis zaznambe osebnih stanj v zemljiško knjigo po uradni dolžnosti. Tovrstne zaznambe niso novost, vendar pa prinaša zdajšnja ureditev nekaj sprememb, ki so pri nekaterih institutih le vsebinske, nekateri pa so uvedeni popolnoma na novo (ukrepi za varstvo koristi otrok), za vpis zaznamb pa so določene tudi nove/spremenjene zakonske podlage.

2. ZAZNAMBE OSEBNIH STANJ

V prvi točki 22. člena ZZK-1 so med pravnimi dejstvi, ki se glede imetnika pravic na nepremičnini vpisujejo v zemljiško knjigo, poleg zaznambe stečaja predvidene tudi zaznambe osebnih stanj,³ ki se nanašajo na *začetek sodnega postopka* glede imetnika pravice na nepremičnini, *če zakon določa*, da se začetek postopka vpiše v zemljiško knjigo oziroma se vpišejo *pravna dejstva glede poslovne sposobnosti* imetnika pravice na nepremičnini.

V zemljiško knjigo se tako ne morejo z zaznambo vpisati katera koli (pravna) dejstva, ampak samo tista, za katera je tako določeno v ZZK-1 ali drugem zakonu, v našem primeru v DZ ali ZNP-1. Zaznambe osebnih stanj imajo deklaratorni učinek,

1 Prispevek je bil z naslovom »Družinski zakonik in nepravdni postopek v zemljiškooknjižnih postopkih« pripravljen za predstavitev v zemljiškooknjižni šoli 2020, ki je bila izvedena na daljavo 5. in 6. novembra 2020 v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju.

2 22. člen Zakona o zemljiški knjigi – ZZK-1 (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 – ZNP-1).

3 O zaznambah glej podrobneje Juhart in drugi, nav. delo, 2007, str. 182, in tudi Tratnik in drugi, nav. delo, 2008, str. 454–456.

njihov namen pa je objava pravno pomembnih dejstev, ki se nanašajo na osebne lastnosti imetnika pravic na nepremičnini, torej zagotovitev njihovega učinka *erga omnes*, saj z zaznambo v zemljiški knjigi postane pravno pomembno dejstvo razvidno tudi za tretje osebe in se tako nihče ne more sklicevati, da mu to pravno dejstvo ni bilo znano. Kadar pravno dejstvo, za katerega zakon določa, da se vpisuje v zemljiško knjigo, ni vpisano, se namreč šteje, da tretji za takšno pravno dejstvo ni vedel, če se ne dokaže drugače.⁴

2.1 Ureditev pred 15. aprilom 2019

Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR)⁵ je urejal obveznost vpisa zaznamb osebnega stanja v zemljiško knjigo, kadar je sodišče odločilo o podaljšanju (prenehanju podaljšanja) roditeljske pravice staršem čez otrokovo polnoletnost,⁶ ko je CSD postavil pod skrbništvo osebo, ki ji je bila odvzeta poslovna sposobnost,⁷ pri posameznih vrstah postopkov pa je bila podlaga za obveznost vpisa zaznambe določena v Zakonu o nepravdnem postopku (ZNP).⁸ V 56. členu je ZNP dajal podlago sodišču, da odredi zaznambo uvedbe postopka in zaznambo odločbe o odvzemu poslovne sposobnosti oziroma o vrnitvi poslovne sposobnosti v zemljiški knjigi, kadar je imela oseba, zoper katero je potekal postopek, nepremičnine. Ta določba se je uporabljala tudi v postopku za podaljšanje in prenehanje podaljšane roditeljske pravice,⁹ obe vrsti zaznamb pa pomembno učinkujejo tudi po zdajšnji ureditvi.¹⁰ V 66. členu je ZNP opredeljeval po pravnomočnosti tudi ureditev zaznambe sklepa o odvzemu roditeljske pravice. V postopku za omejitev pravic staršev glede upravljanja otrokovega premoženja je ZNP v 69. členu napotoval na smiselno uporabo določb postopka o odvzemu in vrnitvi roditeljske pravice, kar v zvezi z zaznambo pomeni ureditev po 66. členu ZNP.

V 66. členu takrat veljavnega ZZK-1 so bile predvidene materialnopravnim institutom prilagojene zaznambe, o katerih je zemljiškoknjižno sodišče odločalo na podlagi obvestila sodišča, ki je vodilo postopek, ki je, razen v primeru zaznambe začetka postopka, obvestilu priložilo tudi pravnomočni sklep.

Zaznamba mladoletnosti se ni vpisala, če je bil v zemljiški knjigi vpisan tudi datum imetnikovega rojstva, pri čemer pa zanimivo, tako kakor tudi zdaj, ni bil predviden vpis za primere, ko je mladoletna oseba pridobila poslovno sposobnost pred dopolnjenjo polnoletnostjo. V 67. členu je prej veljavni ZZK-1 popolnoma logično nalagal zemljiškoknjižnemu sodišču, da ob zaznambi podaljšanja roditeljske pravice oziroma zaznambi odvzema poslovne sposobnosti hkrati po uradni dolžnosti izbriše zaznambo začetka postopka, v katerem je sodišče izdalo odločbo, ki je bila po pravnomočnosti vpisana z zaznambo v zemljiško knjigo, na kar se je včasih tudi pozabilo, saj glede tega ni bilo predvideno posebno obvestilo sodišča. Predvideni

4 Glej 6. člen ZZK-1. O publicitetnem učinku vpisov v zemljiško knjigo tudi Plavšak, nav. delo, str. 35–38 in Tratnik in drugi, nav. delo, str. 454 in 455.

5 Uradni list RS, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US, 15/17 – DZ in 30/18 – ZSVL.

6 Tako četrty odstavek 118. člena ZZZDR, tudi 66. člen ZZK-1.

7 222. člen ZZZDR.

8 Uradni list SRS, št. 30/86, 20/88 – popr., Uradni list RS, št. 87/02 – SPZ, 131/03 – odl. US, 77/08 – ZDZdr, 10/17 – ZPP-E in 16/19 – ZNP-1.

9 Glej 60. člen v zvezi s 56. členom ZNP.

10 Glej 293. in 295. člen DZ.

so bili izbris iz zaznamb začetka postopka, ko je bil postopek pravnomočno končan, vendar ni prišlo do podaljšanja roditeljske pravice po polnoletnosti oziroma do odvzema poslovne sposobnosti imetnika pravic na nepremičnini. Ti so bili izvedeni na podlagi obvestila sodišča, ki je vodilo postopek, obvestilu pa je bila priložena pravnomočna odločba o končanem postopku (sklep o ustavitvi, zavrnilna odločba). V tretjem odstavku 67. člena ZZK-1 so bili urejeni tudi izbris iz zaznamb podaljšanja roditeljske pravice oziroma odvzema poslovne sposobnosti, ki so se izvedli po uradni dolžnosti, na podlagi obvestila sodišča, ki je vodilo postopek, ki mu je bila priložena pravnomočna odločba o vrnitvi poslovne sposobnosti (kar je bil po pomenu lahko tudi sklep o prenehanju podaljšane roditeljske pravice).

2.2 Ureditev po 15. aprilu 2019

DZ ne pozna več delne ali popolne omejitve poslovne sposobnosti, ampak je ta institut nadomeščen s postavitvijo odrasle osebe pod skrbništvo, kamor spadajo tudi primeri, v katerih se je po ZZDR odločalo o podaljšanju roditeljske pravice staršem.¹¹ O *postavitvi odrasle osebe pod skrbništvo*¹² sodišče odloča v posebnem postopku.¹³ Tudi za *postavitev otroka pod skrbništvo* DZ vsebuje materialnopravne določbe,¹⁴ v ZNP-1 pa so določena pravila postopka,¹⁵ v katerem sodišče otroku določi skrbnika. V obeh primerih je predvidena zaznamba v zemljiški knjigi.

Popolnoma na novo so v DZ umeščeni ukrepi za varstvo koristi otroka, v njihovem okviru pa so poleg nujnega odvzema otroka, ki ga izvede CSD, opredeljene tudi začasne odredbe in ukrepi trajnejšega značaja, o obojih pa odloča izključno sodišče. Prav pri teh ukrepih je v primeru, da je otrok lastnik nepremičnine oziroma imetnik druge stvarne pravice, vpisane v zemljiško knjigo, dolžnost družinskega sodnika, da pravočasno zagotovi zaznambo pravno pomembnih dejstev v zemljiško knjigo.

Sprememba prvega in drugega odstavka 66. člena ZZK-1 ter drugega in tretjega odstavka 67. člena ZZK-1 na podlagi uveljavitve ZNP-1 dejansko pomeni prilagoditev zdaj veljavnim institutom družinskega prava, ko ni več postopka za podaljšanje roditeljske pravice po polnoletnosti oziroma odvzema poslovne sposobnosti imetniku pravice, zato je vpis oziroma izbris iz zaznamb predviden le za postopke postavitve pod skrbništvo in iz njega izvirajoče sodne odločbe.

3. NEPRAVDNI POSTOPEK

Sodišče obravnava osebna stanja, družinska in premoženjska razmerja v nepravdnem postopku, ki je manj formalno določen kakor pravdni postopek,¹⁶ drugače pa je opredeljena tudi litispendenca, saj se postopek, uveden na predlog, začne, ko sodišče prejme predlog, uradni pa, ko sodišče opravi prvo procesno dejanje.¹⁷

¹¹ 118. člen ZZDR.

¹² Glej 262.–266. člen DZ.

¹³ Postopek za postavitve odrasle osebe pod skrbništvo (57. –71. člen ZNP-1).

¹⁴ Glej 257.–261. člen DZ.

¹⁵ Postopek za postavitev otroka pod skrbništvo (113.–115. člen ZNP-1).

¹⁶ O novostih v nepravdnem postopku glej podrobneje Čujovič, nav. delo, 2019, str. 83–92, Končina Peternel, nav. delo, str. 93–105.

¹⁷ Obstoje postopka (3. člen ZNP-1).

Odločbe, ki se zaznamujejo v zemljiški knjigi, niso nujno le epilog posamezne vrste postopka,¹⁸ saj so lahko izdane v različnih postopkih.

V okviru tega prispevka obravnavam postopke za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij, v njihovem okviru pa zlasti postopek za postavitve odrasle osebe pod skrbništvo in postopki za varstvo koristi otroka, med slednjimi pa postopek za odločanje o vprašanih glede izvajanja starševske skrbi, ki bistveno vplivajo na otrokov razvoj, postopek za odločanje o ukrepih za varstvo koristi otrok in postopek za postavitve otroka pod skrbništvo.¹⁹

4. UREDITEV V DRUŽINSKEM ZAKONIKU

4.1 Starševska skrb

V DZ je poudarjeno, da imajo pri skrbi za otrokovo korist njegovi starši glavno in enako odgovornost (načelo prvenstva in enake odgovornosti staršev do otrok) ter²⁰ da starševsko skrb izvajata oba starša sporazumno. Kadar se o vprašanih glede izvajanja starševske skrbi, ki bistveno vplivajo na otrokov razvoj, starša ne zmoreta sporazumeti, o tem odloča sodišče.²¹ Takega pomena so lahko tudi odločitve staršev o upravljanju otrokovega premoženja in zastopanje otrokovih koristi pri razpolaganju z njegovim premoženjem v pravnem prometu in sklepanju poslov v zvezi s tem premoženjem.

4.1.2 Starši kot zastopniki otrok

Na podlagi zakona otroka načeloma zastopajo starši²² – podatki o starših so vpisani v matični register.²³ Zastopanje otroka in upravljanje njegovega premoženja poleg drugih pravic in obveznosti, ki se nanašajo na skrb za otrokovo življenje, zdravje, vzgojo, varstvo, nego, nadzor nad otrokom, skrb za izobraževanje in preživljanje, sta vsebina starševske skrbi.²⁴

Soglasje organa socialnega skrbstva, ki je bilo pred uporabo DZ posebna predpostavka za veljavno izjavo volje, ki jo v imenu otroka izjavi roditelj kot njegov zakoniti zastopnik,²⁵ in se je z njegovo izdajo štelo, da je takšen posel v korist otroka, obsegalo pa je tudi odločitve o morebitnem nestrinjanju staršev glede sklenitve tega posla,²⁶ zdaj ni več potrebno.

Načelno 147. člen DZ opredeljuje le dolžnost staršev, da otrokovo premoženje upravljajo v njegovo korist, pri čemer zakon konkretnije omejuje le namen uporabe

18 Prvi odstavek 69. člena ZNP-1.

19 Glej 93. člen ZNP-1.

20 Glej Novak v Novak in drugi, nav. delo, str. 411.

21 151. člen DZ. Glej tudi 104. člen ZNP-1.

22 Zakoniti zastopniki – prvi odstavek 145. člena DZ.

23 Glej 1. točko prvega odstavka 4. člena Zakona o matičnem registru – ZMatR (Uradni list RS, št. 11/11 – uradno prečiščeno besedilo in 67/19).

24 Glej 136. člen v povezavi s 147. do 149. členom DZ.

25 Tako 111. člen ZZZDR.

26 Glej Plavšak v Juhart in drugi, nav. delo, 2003, str. 416–418. Takšno stališče je zavzelo tudi VSRS v zadevi II Ips 249/94.

dohodkov iz premoženja otroka²⁷ ter dopustnost odsvojitve in obremenitve stvari iz otrokovega premoženja, ki je primarno pogojena s potrebami preživljanja, vzgoje in izobrazbe otroka.²⁸ Ker vsi starši (ne)hote vendarle ne ravnaajo z otrokovim premoženjem vedno v njegovo korist, ima lahko zdajšnja ureditev škodljive posledice za otrokov premoženjski interes,²⁹ kar se utegne pogostejše kakor v primeru, ko starša soglašata s sklenitvijo pravnega posla, s katerim razpolagata z otrokovim premoženjem, pokazati v primerih, ko takšno odločitev sprejme le eden od staršev. Menim, da je treba zlasti pri pravnih poslih, ki se nanašajo na odsvojitve in obremenitve stvari iz otrokovega premoženja,³⁰ zagotoviti, da sta z razpolaganjem seznanjena in o tem soglašata oba starša, kadar sporazuma med njima ni mogoče doseči, pa po merilu varovanja največjih otrokovih koristi o tem odloči sodišče.³¹ Po veljavni ureditvi utegne prihajati tudi do situacij, ko eden od staršev, ki ne bo vedel za razpolaganja drugega starša, ne bo imel možnosti, da bi lahko pravni posel (v morebitno škodo) otroka pravočasno preprečil, razen seveda, če je predhodno zagotovil ustrezno zavarovanje z omejitvijo lastninske pravice v skladu z 38. členom Stvarnopravnega zakonika (SPZ). V drugem odstavku 149. člena DZ sicer predvideva varovalko premoženjskim interesom otroka, saj nalaga sodišču, da v primeru nevarnosti, da bodo starši z odsvojitvijo ali obremenitvijo stvari iz premoženja svojega otroka ogrozili njegove premoženjske koristi, izreče ukrepe, ki jih za varstvo premoženjskih koristi otroka določa ta zakonik. Zastavlja pa se vprašanje glede pravočasnosti izrekanja takih ukrepov, ki bodo predstavljeni v nadaljevanju. Obstaja bojazen, da se bo njihova zaščitna vloga v večini primerov lahko udeležila šele *post festum*, ko bodo (škodljive) pravne posledice sklenjenih poslov (lahko) že nastale.

4.1.3 Položaj otroka, ki je dopolnil petnajst let

Nova ureditev ni prinesla bistvenih sprememb v zvezi s sklepanjem pravnih poslov otroka, ki je dopolnil petnajst let, saj jih lahko samostojno sklepa, če zakon ne določa drugače.³² Takšna poslovna sposobnost pa je po DZ načeloma predvidena tudi za osebe, nad katerimi je bila po ZZZDR podaljšana roditeljska pravica.³³

Glede na svojo delno (omejeno) poslovno sposobnost lahko otrok sklepa pravne posle, če mu tega ne prepoveduje zakon, v drugem odstavku 146. člena DZ pa je dodatno varovalo otrokove koristi, saj je za posle, ki bistveno vplivajo na njegovo življenje tako do dosežene polnoletnosti kakor tudi po njej potrebno dovoljenje staršev. Veljavnost tistih poslov, za katere starši niso dali dovoljenja, pa je to glede na njihov pomen in vpliv na otrokovo življenje to potrebno, se presoja po pravilih obligacijskega prava.³⁴

²⁷ Glej 148. člen DZ.

²⁸ Prvi odstavek 149. člena DZ.

²⁹ Podrobneje o tem glej Erjavec v Novak in drugi, nav. delo, str. 460–463.

³⁰ Glej 149. člen DZ.

³¹ Četrti odstavek 151. člena DZ in 104. člen ZNP-1. Obvezno predhodno svetovanje (prvi odstavek 203. člena DZ).

³² Primerjaj 146. člen DZ in 108. člen ZZZDR, tako tudi Weber, nav. delo, str. 108–109.

³³ 293. člen DZ.

³⁴ Po obligacijskih pravilih so posli sklenjeni brez potrebnega soglasja zakonitega zastopnika relativno neveljavni (izpodbojni). Glej 94. in 95. člen Obligacijskega zakonika – OZ (Uradni list RS, št. 97/07, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631).

4.2 Skrbniki kot zastopniki otrok

Za zaščito pravic in koristi ter pravno varstvo otroka, ki nima staršev ali za katerega starši ne skrbijo, mora poskrbeti država z zagotovitvijo nadomestne skrbi, ki je v DZ predvidena s postavitvijo otroka pod skrbništvo in z imenovanjem skrbnika.³⁵ Podatki o skrbništvu in njegovem prenehanju se vpisujejo v matični register.³⁶ Obseg skrbnikovih pravic in obveznosti je zakonsko opredeljen, in sicer 258. člen DZ nalaga skrbniku, da mora skrbeti za otroka z enako skrbnostjo kakor starši, ni pa mu ga treba preživljati in ga imeti pri sebi.

Osnovni namen skrbništva je zagotovitev zakonitega skrbnika otroku, ki ga ne zastopajo starši, ki v tem delu svoje starševske skrbi ne morejo izvrševati.³⁷ Razlogi za postavitve pod skrbništvo so lahko tako dejanske (smrt staršev, odsotnost/bolezen in podobno) kakor tudi pravne narave (postavitev starša pod skrbništvo, mladoletnost starša, odvzem/omejitev starševske skrbi in podobno). Skrbništvo nastane na podlagi odločbe sodišča, preneha pa s pridobitvijo poslovne sposobnosti otroka, torej traja najdlje do otrokovega osemnajstega leta. Skrbništvo preneha tudi, če je otrok posvojen ali če prenehajo pogoji za skrbništvo (na primer vrnitev starševske skrbi staršem, podelitev starševske skrbi sorodniku). Naloga skrbnika je tudi skrb za otrokove premoženjske koristi,³⁸ pri čemer mora upoštevati otrokovo mnenje, če je otrok sposoben razumeti pomen in posledice, saj skrbnik v otrokovem imenu in na njegov račun samostojno opravlja posle, ki spadajo v redno poslovanje in upravljanje otrokovega premoženja. Ne glede na nekoliko nedorečeno vsebino 259. člena DZ, ko opredeljuje veljavnost pravnih poslov otrok, pa je treba razlikovati položaj mlajših otrok in tistih, ki so že dopolnili starost petnajst let.³⁹ Skrb države za otrokovo korist se odraža v nadzoru skrbnika, saj mora ta CSD poročati o upravljanju otrokovega premoženja,⁴⁰ in v prepovedi, da bi brez dovoljenja CSD storil kar koli, kar bi presegalo posle rednega poslovanja ali upravljanja otrokovega premoženja. V 248. členu DZ⁴¹ tako izrecno opredeljuje pravno-poslovna razpolaganja, ki jih sme skrbnik opraviti le z dovoljenjem CSD, ki na njegov predlog v zvezi s tem izda odločbo. V okviru skrbništva za otroke pa so predvidene še dodatne omejitve obsega skrbnikovih pooblastil.⁴²

O postavitvi otroka pod skrbništvo odloča okrožno sodišče, postopek se lahko začne tudi po uradni dolžnosti,⁴³ pravnomočna odločba o postavitvi pod skrbništvo se pošlje matičnemu registru.⁴⁴

Kadar *ima otrok nepremičnine*, DZ v 278. členu nalaga CSD in sodišču, da pošlje *ta pravnomočno odločbo o postavitvi pod skrbništvo in o prenehanju skrbništva* v petnajstih dneh od njene pravnomočnosti pristojnemu sodišču, ki *podatek o skrb-*

35 Glej 257. člen DZ in prvi odstavek 145. člena DZ. Podrobneje o tem Cankar, nav. delo, 2020.

36 9. točka prvega odstavka 4. člena ZMatR.

37 Glej podrobneje Kraljič, nav. delo, str. 1004–1017.

38 V življenju se to kaže kot skrb za otrokovo vzgojo in izobrazbo, zdravje, premoženje in zastopanje otroka (natančno o tem: prav tam, str. 1019–1031).

39 Glej 259. člen DZ. Glej tudi Novak in drugi, nav. delo, str. 821.

40 250. in 251. člen DZ.

41 248. člen DZ se uporablja za skrbništvo za odrasle in tudi, kadar gre za skrbništvo za otroke.

42 260. člen DZ.

43 113.–115. člen ZNP-1.

44 Glej 277. člen DZ in 9. točko prvega odstavka 4. člena ZMatR.

ništvu in prenehanju skrbništva zaznamuje v zemljiški knjigi. Ureditev vpisa zaznamb, kadar gre za skrbništvo otroku, se razlikuje od določb, ki se nanašajo na skrbništvo za odrasle osebe, kjer je v prvem odstavku 69. člena ZNP-1 določeno, da sodišče, ki vodi postopek, pošlje zemljiškoknjižnemu sodišču (že) obvestilo o uvedbi postopka za postavitve pod skrbništvo, obvestilo in pravnomočni sklep o postavitvi osebe pod skrbništvo ter obvestilo in pravnomočni sklep o prenehanju skrbništva.

Ker v 115. členu ZNP-1 med določbami, ki se iz postopka postavitve odraslih oseb pod skrbništvo uporabljajo tudi v postopku postavitve otrok pod skrbništvo, ni naveden tudi 69. člen ZNP-1, se zastavlja vprašanje, ali to pomeni, da je zakonodajalec za vpise zaznamb skrbništva nad otroki predvidel šele vpis zaznambe pravnomočnega sklepa o postavitvi otroka pod skrbništvo, ni pa predvidel tudi zaznambe začetka postopka, v katerem je lahko izdana odločba o postavitvi otroka pod skrbništvo.

Glede na določbo 278. člena DZ je mogoča še dilema, ali se vpis zaznambe osebnega stanja lahko izvede tudi pri drugih otrokovih pravicah na nepremičninah.

Družinsko sodišče o postavitvi otroka pod skrbništvo ne odloča vedno le v samostojno vodenem postopku, saj je odločanje o skrbništvu otroku lahko pridruženo in tako predmet odločanja tudi v drugih nepravdnih postopkih, zlasti postopkih za odločanje o ukrepih za varstvo koristi otroka.

4.2.1 Položaj otroka, ki je dopolnil petnajst let

DZ v 259. členu posebej ureja pravni položaj otroka, ko dopolni starost petnajst let, saj mu zakon priznava delno poslovno sposobnost in zato lahko že sam sklepa svoje pravne posle, dovoljenje skrbnika pa potrebuje le za tiste pravne posle, ki so tako pomembni, da bistveno vplivajo na otrokovo življenje pred polnoletnostjo in po njej. Kateri so tako pomembni pravni posli, je treba ugotoviti glede na dejanske okoliščine v vsakem posameznem primeru, izostanek skrbnikovega dovoljenja, kadar je to glede na vrsto posla potrebno, pa ima lahko za posledico neveljavnost takega posla. Za presojo veljavnosti pravnega posla se upoštevajo določila obligacijskega prava.⁴⁵ Zahtevano soglasje skrbnika se načeloma poda kot dovoljenje pred sklenitvijo posla, po njegovi sklenitvi pa se lahko poda odobritev k že sklenjenemu poslu.⁴⁶

4.3 Postavitve odraslih oseb pod skrbništvo

Namen skrbništva za odrasle osebe, ki ga DZ ureja v 262. členu, je zavarovanje premoženjskih in drugih koristi odrasle osebe, ki ne zmore sama uveljaviti svojih pravic in koristi zaradi motenj v duševnem razvoju, težav v duševnem zdravju ali drugega vzroka (na primer odvisnost od alkohola, drog, zdravil in podobno), ki vpliva na zmožnost razsojanja. Obveznost skrbnika je tudi skrb za zastopanje in varovanje premoženjske koristi varovanca.⁴⁷ Sodišče v odločbi o postavitvi odrasle

⁴⁵ 41. člen OZ.

⁴⁶ Več o tem Kraljič, nav. delo, str. 1031–1036.

⁴⁷ Več o tem Kraljič, nav. delo, str. 1042–1068.

osebe pod skrbništvo določi tudi obseg skrbnikovih pravic in obveznosti. Skrbnik je zakoniti zastopnik varovanca, v varovančevem imenu in za varovančev račun samostojno opravlja vse, kar spada v redno poslovanje in upravljanje varovančevega premoženja, pri čemer mu morajo biti varovančeve koristi glavno vodilo, brez dovoljenja CSD pa ne sme storiti ničesar, kar bi presegalo posle rednega poslovanja ali upravljanja, mora se posvetovati in upoštevati mnenje varovanca, če ga je ta izrazil in če je sposoben razumeti pomen in posledice. V 248. člen DZ so opredeljeni pogoji, za katere potrebuje skrbnik posebno dovoljenje CSD.

O postavitvi odrasle osebe pod skrbništvo odloča okrajno sodišče po določbah postopka za postavitve odrasle osebe pod skrbništvo.⁴⁸ Postopek se lahko začne tako na predlog upravičenega predlagatelja kakor tudi po uradni dolžnosti. Predvidena je postavitve začasnega skrbnika⁴⁹ in posebna vloga CSD pri imenovanju skrbnika.⁵⁰ Skrbništvo preneha z odločbo sodišča, če so prenehali razlogi za skrbništvo,⁵¹ v skladu z 9. točko prvega odstavka 4. člena ZMatR pa se skrbništvo in prenehanje tega ukrepa vpišeta v matični register.

Za odraslo osebo *z nepremičninami ali drugim premoženjem, glede katerega se vodijo javne knjige ali evidence*, je v prvem odstavku 69. člena ZNP-1 predviden vpis zaznambe v zemljiški knjigi, s čimer zakon nalaga nepravdnemu sodišču, da pošlje zemljiškotoknjižnemu sodišču (že) obvestilo o uvedbi postopka za postavitve pod skrbništvo, nato pa tudi obvestilo in pravnomočni sklep o postavitvi osebe pod skrbništvo ter obvestilo in pravnomočni sklep o prenehanju skrbništva.

Iz vsebine zakonske določbe je mogoče povzeti, da zaznamba ni predvidena le za primere, ko je oseba, ki je postavljena pod skrbništvo, lastnik nepremičnin, ampak je mogoče sklepati, da se obveznost vpisa nanaša tudi na primere, ko je imetnik drugih pravic na nepremičnini (hipoteka, osebna služnost in podobno).

4.3.1 Skrbništvo za posebne primere

Kadar niso izpolnjeni pogoji za postavitve otroka ali odrasle osebe pod skrbništvo,⁵² se o varstvu koristi oseb odloča na podlagi določb o skrbnistvu za posebne primere.⁵³ Med takšne spada tudi kolizijski skrbnik, nekoliko drugačen pa je položaj začasnega skrbnika.⁵⁴

Bistveno za ta prispevek je, da se skrbništvo za poseben primer ne zaznamuje v zemljiški knjigi.⁵⁵

48 Glej 57.–70. člen ZNP-1.

49 Tako 265. člen DZ. Podrobneje o tem glej Cankar, nav. delo, 2020.

50 64. člen ZNP-1.

51 O postavitvi odrasle osebe pod skrbništvo glej tudi Podobnik Oblak, nav. delo, 2020.

52 O tem več Dolar Božič, nav. delo, 2020.

53 Podrobneje o tem Kraljič, nav. delo, str. 1091–1130 in Novak v Novak in drugi, nav. delo, 2019, str. 837–843.

54 Glej 57.–70. člen ZNP-1, še posebej 59. člen ZNP-1. Več v Orehar Ivanc, nav. delo, 2020.

55 Podrobneje glej Erjavec v Novak in drugi, nav. delo, str. 856–857.

5. ODLOČANJE O UKREPIH ZA VARSTVO KORISTI OTROK

5.1 Vrste ukrepov po DZ

DZ je na novo in natančneje opredelil ukrepe za varstvo koristi otrok, o katerih je po prejšnji ureditvi odločal in jih izrekal CSD. Ker imajo starši pred vsemi drugimi pravico in obveznost varovati pravice in koristi svojega otroka, lahko država izvede potrebne ukrepe za zaščito otrokove koristi le, kadar starši te svoje vloge ne opravijo, ko starševske skrbi do otroka bodisi ne izvajajo, bodisi je ne izvajajo na način, ki bi bil otroku v korist.⁵⁶ Ukrepi za varstvo koristi otrok so začasne odredbe (ZO), nujni odvzem otroka (dejanje CSD) in ukrepi trajnejšega značaja (UTZ).

Sodišče ukrepe za varstvo koristi otroka izreka le v primeru otrokove ogroženosti,⁵⁷ in to tako, da zagotovi potrebno/ustrezno zaščito otrokove koristi tako, da čim manj omeji starše pri izvajanju starševske skrbi.⁵⁸ Ukrepe je mogoče glede na njihovo učinkovitost zaščite ogroženega otroka tudi spreminjati, pa tudi kombinacija ukrepov ni izključena,⁵⁹ zato za potrebe tega prispevka navajam tako ukrepe, ki jih za zaščito otroka lahko izreče sodišče, kakor tudi postopke, iz katerih izvirajo sodne odločbe, ki jih je treba zaznamovati v zemljiški knjigi.

5.2 Postopek za odločanje o ukrepih za varstvo koristi otrok

Za odločanje sodišča o ZO in UTZ je v ZNP-1 predviden postopek za odločanje o ukrepih za varstvo koristi otrok,⁶⁰ ki je nujen, opredeljen je tudi krog predlagateljev,⁶¹ postopek pa se v primeru, kadar sodišče oceni, da je za zaščito ogroženega otroka treba izdati UTZ, lahko začne tudi po uradni dolžnosti, med postopkom odločanja o ukrepu pa lahko sodišče ZO izda tudi po uradni dolžnosti.⁶² Kakor izhaja iz drugega odstavka 154. člena DZ, imajo ukrepi za varstvo koristi otroka omejeno trajanje, saj se lahko izvajajo le, dokler otrok ne postane popolnoma poslovno sposoben, razen v primerih, ko je v zakonu določeno drugače.

5.3 O posameznih ukrepih za varstvo koristi otroka

5.3.1 Začasne odredbe

Za izdajo ZO zadošča, da sodišče s stopnjo verjetnosti⁶³ ugotovi, da je otrok ogrožen, za začasno varstvo pa je mogoče izdati katero koli ZO, s katero je mogoče

⁵⁶ Glej 135. člen DZ v zvezi s 154. členom DZ.

⁵⁷ Drugi odstavek 157. člena DZ.

⁵⁸ Načelo najmilejšega ukrepa, 156. člen DZ. Podrobneje o tem Čujović v Novak in drugi, nav. delo, str. 483485.

⁵⁹ 160. člen DZ. Več o odločanju o ukrepih in spremljanju njihovega izvajanja prav tam, str. 499–509.

⁶⁰ 105.–112. člen ZNP-1.

⁶¹ V prvem odstavku 106. člena ZNP-1.

⁶² Glej 177. in 178. člen DZ ter 111. člen ZNP-1.

⁶³ Dokazni standardi, izoblikovani v teoriji in praksi, ki se povezujejo s stopnjami materialne resnice, so gotovost, prepričanje, verjetnost in dvom.

otroka in njegovo korist zaščititi, zato so vrste ZO predvidene le primeroma.⁶⁴ Med predvidenimi ZO je opredeljena tudi odredba o zavarovanju na premoženju staršev ali otroka, ki jo omenjam zato, ker njena posledica lahko ni le zaznamba prepovedi obremenitve in odtujitve otrokovih nepremičnin v zemljiški knjigi,⁶⁵ ampak tudi izrek začasne omejitve starševske skrbi pri razpolaganju z otrokovim premoženjem ter v obsegu omejitve starševske skrbi tudi postavitve otroka pod skrbništvo in imenovanje skrbnika.⁶⁶

Že ime nakazuje na omejeno, kratkotrajnejšo veljavnost ZO, kar še posebej velja, kadar je ZO izdana pred uvedbo (rednega) postopka za varstvo koristi otroka, saj velja le sedem dni,⁶⁷ če ni uveden »redni« postopek. Drugače pa je z veljavnostjo ZO, izdane med postopkom, saj je opredelitev njene veljavnosti odvisna od potrebne zaščite ogroženega otroka in čas njene veljavnosti določi sodišče. V družinskih zadevah je najpogostejši skrajni rok veljavnosti pravnomočno končani postopek, zato je ZO mogoče izdati tudi po koncu postopka na prvi stopnji, ko poteka postopek s pravnimi sredstvi, do pravnomočnosti izpodbijane odločbe in celo dokler ni opravljena izvršba.

Kadar ima otrok nepremičnine ali je imetnik drugih pravic na nepremičnini in sodišče izda ZO, ki se nanaša na omejitev upravičenj staršev v zvezi z upravljanjem otrokovega premoženja in/ali postavi otroka pod skrbništvo, je zaradi zagotovitve učinkovite pravne zaščite otrokovih koristi tako ZO treba zaznamovati tudi v zemljiški knjigi.⁶⁸

5.3.2 Ukrepi trajnejšega značaja

Dolgoročnejši učinek za zagotovitev zaščite koristi ogroženega otroka imajo UTZ. Pri teh je skrajni rok trajanja posameznega ukrepa določen v zakonu.⁶⁹ Za razliko od začasnih odredb so ukrepi trajnejšega značaja v DZ določeni taksativno, sodišče pa izbere ukrep glede na vrsto ogroženosti otroka z namenom čim učinkovitejše zaščite njegovih koristi in upoštevanjem načela najmilejšega ukrepa, pri čemer je mogoče ukrepe kombinirati in izreči več ukrepov hkrati, kakor je že obrazloženo. Podrobneje opisujem ukrep omejitve starševske skrbi, ki ga sodišče pogosto izreka skupaj z ukrepoma namestitve otroka v zavod in/ali odvzema otroka staršem,⁷⁰ in ukrep odvzema starševske skrbi.

64 Glej 162. člen DZ. O vsebini predlogov za izdajo ZO glej podrobneje Marolt, nav. delo, 2019, str. 74-89, zlasti: predlog za izdajo ZO o zavarovanju na premoženju staršev ali otroka, ki v zaščito otrokovih koristi med drugim predvideva zaznambo prepovedi odtujitve in obremenitve pri otrokovih nepremičninah vpisanih v zemljiško knjigo.

65 O zaznambi prepovedi odtujitve in obremenitve glej četrti odstavek 98. člena ZZZK-1.

66 Primerjava učinkov zaznambe prepovedi odtujitve in obremenitve in zaznambe osebnih stanj (5.točka obrazložitve sklepa VSM I Cp 711/2018).

67 Glej 166. člen DZ.

68 Glej drugi odstavek 112. člena ZNP-1 in 278. člen DZ.

69 V petem odstavku 171. člena DZ je določeno, da ukrep omejitve starševske skrbi traja največ eno leto, če sodišče o tem ukrepu odloča skupaj z ukrepom odvzema otroka staršem ali ukrepom namestitve otroka v zavod, pa traja največ tri leta. Iz četrtega odstavka 174. člena DZ izhaja, da traja ukrep odvzema otroka staršem največ tri leta; enako najdaljše trajanje je določeno v tretjem odstavku 175. člena DZ tudi za ukrep namestitve otroka v zavod. Glede na vsebino potrebnega varstva otrokove koristi, ki je ogrožena, pa trajanje ni opredeljeno pri ukrepu odločitve o zdravniškem pregledu ali zdravljenju (172. člen DZ), ukrepu omejitve stikov ali odvzema pravice do stikov (173. člen DZ) in pri ukrepu odvzema starševske skrbi.

70 O vsebini predlogov za izrek UTZ glej podrobneje Burkelc, nav. delo, str. 90–101.

*Omejitev starševske skrbi*⁷¹ spada med najmilejše ukrepe, ki jih lahko izreče sodišče za zaščito ogroženega otroka. DZ ne omejuje možnosti, ki jih sodišče lahko izbere za zaščito otrokovih premoženjskih koristi. Tako iz drugega odstavka 171. člena DZ izhaja, da lahko sodišče odloči, da imajo starši glede upravljanja otrokovega premoženja položaj skrbnika,⁷² sodišče pa lahko staršem prepove upravljanje otrokove preživnine in premoženja ali jim prepove le odsvojitve ali obremenitve premoženja.⁷³ Za zagotovitev učinkovitega pravnega varstva otrokovih koristi je v četrtem odstavku 171. člena DZ določeno, da sodišče ob izreku ukrepa za omejitev starševske skrbi otroka postavi pod skrbništvo za zastopanje v obsegu, v katerem staršem omeji upravičenja iz starševske skrbi in imenuje skrbnika.⁷⁴

Predvideva se, da starši ravnajo v otrokovo korist, kar ob upoštevanju 147. člena DZ pomeni, da se pričakuje, da starši, ki imajo sicer primarno vlogo pri izvajanju starševske skrbi, tudi otrokovo premoženje upravljajo na otroku koristen način, omejeni so le z zakonsko predvidenimi nameni, za katere smejo porabljati dohodke iz otrokovega premoženja, in pogoji, ob katerih smejo (izjemoma) odsvojiti ali obremeniti stvari iz premoženja svojega otroka,⁷⁵ ne omejuje pa njihovih razpolaganj več obvezna pridobitev soglasja CSD kot oblike zaščitne vloge države pri skrbi za premoženjske koristi otrok.

DZ je naložil sodišču, da v primerih, ko obstaja nevarnost, da bodo starši z odsvojitvijo ali obremenitvijo ogrozili otrokove premoženjske koristi, izreče ukrepe za omejitev posameznih upravičenj staršev. V praksi je ključna težava, kako pravočasno izvedeti, da starši ogrožajo otrokove premoženjske interese, da bi jih bilo mogoče zaščititi.

Primarno je zaščitna vloga naložena CSD, ki na podlagi pooblastil, ki mu jih daje 153. člen DZ, lahko izvede vsako dejanje za zaščito otrokove koristi in tako na podlagi informacij, ki so mu glede ogroženosti otroka sporočene,⁷⁶ ali poznavanja družinskih razmer iz preteklega dela z družino, od staršev zahteva predložitve računa o upravljanju otrokovega premoženja. Če starši v takem primeru ne sodelujejo s CSD in ne upoštevajo zahteve za predložitev poročila o premoženju otroka in svojem upravljanju oziroma razpolaganju z njim, CSD o tem obvesti sodišče, ki po izvedbi postopka odloči o primerni obliki omejitve starševske skrbi, vendar sodišče ukrep izreče le, če oceni, da sta starša ali eden od njiju že razpolagala ali da še vedno razpolagata z otrokovim premoženjem tako, da ogrožata premoženjske interese otroka. Ključni pogoj za izrek ukrepa je ugotovitev ogroženosti otroka, v nasprotnem primeru, četudi bi starša z otrokovim premoženjem ne ravnala v skladu z določbami 147.–149. člena DZ,⁷⁷ pa otrokove koristi zaradi tega ne bi bile ogrožene, sodišče ukrepa omejitve starševske skrbi ne izda.

⁷¹ Glej 171. člen DZ.

⁷² Glej zlasti tretji odstavek 247. člena in 248. člen DZ.

⁷³ Zaznamba odsvojitve ali obremenitve.

⁷⁴ O tem tudi Murgel in drugi, nav. delo, str. 16.

⁷⁵ Glej 148. in 149. člen DZ.

⁷⁶ 180. člen DZ – dolžnost obveščanja v primeru zaznave ogroženosti otroka.

⁷⁷ Čujović navaja primer, ko starši porabijo otrokova finančna sredstva za nakup nepremičnine, pri čemer kot lastnika nepremičnine v zemljiško knjigo vknjižijo izključno otroka. Čujović v Novak in drugi, nav. delo, str. 565.

Ukrep omejitve starševske skrbi je mogoče izreči kot samostojen ukrep, kadar so z njim zadostno varovane koristi ogroženega otroka, ko pa je potreben otrokov umik iz družinskega okolja in je zaradi zaščite njegove koristi potreben še izrek kakšnega drugega ukrepa, sodišče o omejitvi starševske skrbi odloči skupaj s takim ukrepom.

Tako je ukrep omejitve starševske skrbi lahko izrečen skupaj z ukrepom *odvzema otroka staršem*, opredeljenim v 174. členu DZ, saj z odvzemom ne prenehajo druge pravice in obveznosti staršev do otroka (stiki, preživljanje, zastopanje in podobno), razen, če sodišče v skladu s 171. členom DZ ob tem ukrepu omeji tudi starševsko skrb.⁷⁸ Prav tako je lahko izrečen skupaj z ukrepom *namestitve otroka v zavod*,⁷⁹ opredeljenim v 175. členu DZ, saj tudi pri tem UTZ druge pravice in obveznosti staršev ne prenehajo, razen kadar sodišče hkrati v skladu s 171. členom DZ omeji tudi starševsko skrb.

Ukrep *odvzema starševske skrbi*⁸⁰ je najhujši poseg v pravico do družinskega življenja, ko ni več mogoča dobra napoved starševskih zmožnosti za izvajanje starševske skrbi v otrokovo korist. Pomeni odvzem vseh upravičenj staršev in odvzem možnosti odločanja o otroku, s čimer se zavaruje otrokova korist.⁸¹ Ob odvzemu starševske skrbi lahko sodišče med drugim odloči tudi o postavitvi otroka pod skrbništvo, če o tem še ni bilo odločeno, in skrbnika tudi imenuje.⁸² Odvzem starševske skrbi in prenehanje tega ukrepa se vpišeta tudi v matični register.⁸³

Kadar sodišče o ukrepih za varstvo koristi otrok odloča samostojno, upošteva določbe *postopka za odločanje o ukrepih za varstvo koristi otrok*, pri čemer drugi odstavek 112. člena ZNP-1 nalaga sodišču, če je *otrok lastnik nepremičnine*, da pošlje (že) obvestilo o začetku postopka za odvzem starševske skrbi in omejitev upravičenj staršev v zvezi z upravljanjem otrokovega premoženja, pozneje pa tudi obvestilo in pravnomočni sklep o odvzemu starševske skrbi in o omejitvi upravičenj staršev v zvezi z upravljanjem tega premoženja zemljiškoknjižnemu sodišču za vpis zaznambe v zemljiško knjigo. Prav tako pa tudi, da po zavrnitvi predloga ali ustavitvi postopka, ki se je začel po uradni dolžnosti, in po prenehanju ukrepov, pošlje o tem zemljiškoknjižnemu sodišču obvestilo za izbris opravljenih zaznamb v zemljiško knjigo. Iz besedila navedene zakonske določbe ne izhaja, da bi bila predvidena zaznamba osebnega stanja tudi, kadar je otrok imetnik drugih pravic na nepremičnini.⁸⁴

6. SKLEP

Terminologija v posameznih zakonskih določbah,⁸⁵ ki nalagajo družinskemu/nepravdnemu sodniku, da po uradni dolžnosti zagotovi vpis zaznamb osebnih stanj

78 Drugi odstavek 174. člena DZ.

79 Drugi odstavek 175. člena DZ.

80 Prvi odstavek 176. člena DZ.

81 Podrobneje o odvzemu starševske skrbi glej Čujović v Novak in drugi, nav. delo, str. 589–598.

82 Glej tretji, četrti in peti odstavek 176. člena DZ.

83 7. točka četrtega odstavka ZMatR.

84 Glej 13. člen ZZK-1 (razen stvarne služnosti in zemljiškega dolga).

85 Primerjaj 278. člen DZ, prvi odstavek 69. člena in drugi odstavek 112. člena ZNP-1 ter 66. in 67. člen ZZK-1.

v zemljiško knjigo, je nekoliko nedosledna, saj pri posameznih institutih ni mogoče natančno razbrati, ali naj se zaznambe vpišejo le v primeru, če je otrok/varovaneec lastnik nepremičnine, ali tudi v primeru, ko je ta imetnik katerih drugih pravic, vknjiženih v zemljiško knjigo, pri katerih je v skladu z določbo 13. člena ZZK-1 mogoča zaznamba osebnega stanja. Z vidika pravne varnosti in namena zaznamb osebnega stanja za različne pristope ni najti nobenega razloga,⁸⁶ zato menim, da je treba zaznambe vpisati pri vseh vknjiženih pravicah, na kar kaže tudi določba 65. člena ZZK-1, ko opredeljuje zaznambo osebnega stanja in predvideva njen vpis pri imetniku pravic na nepremičnini.

ZN-1 v prvem odstavku 69. člena (skrbništvo za odrasle osebe) in drugem odstavku 112. člena (odvzem/omejitev starševske skrbi) določa, da se z obvestilom sodišča, ki vodi postopek, vpiše zaznamba že ob uvedbi/začetku postopka (3. člen ZN-1).

V procesnih določbah ni najti podlage, kako ravnati, kadar gre za postavitvev otroka pod skrbništvo, saj je za ta postopek obveznost vpisa zaznambe predvidena le v 278. členu DZ, vendar šele zaznamba pravnomočne odločbe o postavitvi otroka pod skrbništvo in o prenehanju skrbništva.

Ob iskanju razlogov za različno ureditev postopanja in časovno učinkovanje zaznamb je sicer mogoče upoštevati, da se v primeru, ko ima otrok starše, večina postopkov postavitve otroka pod skrbništvo obravnava skupaj z odločanjem o ukrepih za varstvo koristi otroka, zlasti skupaj z ukrepom omejitve starševske skrbi (omejitev upravičenj staršev v zvezi z upravljanjem otrokovega premoženja), ki se pogosto izreka tudi v kombinaciji z drugimi ukrepi. Tako je lahko v teh primerih na podlagi drugega odstavka 112. člena ZN-1 vpisana tudi že zaznamba začetka postopka (v okviru katerega bo obravnavana tudi postavitvev otroka pod skrbništvo).

Kako je z vpisom zaznambe *začetka postopka za postavitvev otroka pod skrbništvo*, ko se ta vodi samostojno, bo pokazala sodna praksa. Dejstvo, da je bila v predlogu Zakona o nepravdnem postopku uporaba določbe zdaj 69. člena ZN-1, ki (že) ureja zaznambo uvedbe postopka v zemljiški knjigi, predvidena tudi za postopek postavitvev otroka pod skrbništvo, pa lahko kaže, da je prišlo do redakcijske napake, zaradi katere je v 115. členu ZN-1 pomotoma izostala tudi navedba 69. člena ZN-1, saj je med zakonodajnim postopkom prišlo do preštevilčenj posameznih členov.⁸⁷ Ker tako ni najti razumnih razlogov za različne pristope, saj tudi določba 66. člena ZZK-1 enotno ureja postopanja zemljiškoknjižnega sodišča pri vpisu zaznamb v zvezi s skrbništvom, je treba tudi v postopkih postavitvev otroka pod skrbništvo zagotoviti vpis zaznambe *začetka postopka*.⁸⁸

Kadar je vsebina postopka odločanje o postavitvi otroka pod skrbništvo oziroma o odvzemu starševske skrbi ali omejitvi starševskih upravičenj njegovim staršem, mora družinski sodnik že ob uvedbi postopka preveriti, ali je otrok lastnik oziroma imetnik drugih pravic na nepremičnini in z vložitvijo obvestila v elektronski obliki

⁸⁶ Tako tudi Erjavec, v Novak in drugi, nav. delo, str. 855.

⁸⁷ Glej podrobneje komentar predlagatelja k 114. členu v predlogu ZN-1, str. 191, <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=93>.

⁸⁸ »Redakcijska napaka« je spregledana tudi v Zakonu o nepravdnem postopku (ZN-1) Razširjenja uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana 2020, str. 269, glej tudi str. 197.

pravočasno obvestiti zemljiškoknjižno sodišče, da vpiše zaznambo začetka takega postopka.

Navedeni ukrepi se ne izrekajo le samostojno, ampak tudi skupaj z drugimi ukrepi za varstvo koristi otroka oziroma so njihova posledica, ali pa se izrekajo celo v okviru drugih postopkov, zato utegnejo ob nedoslednosti pri pošiljanju obvestil o začetku postopka zemljiški knjigi v praksi nastajati težave. Pazljivost je potrebna, ko se bo za izrek ukrepa, za katerega je predvidena zaznamba, oziroma za zagotovitev nadomestne skrbi s postavitvijo otroka pod skrbništvo odločilo sodišče po uradni dolžnosti.

Družinsko/nepravdno sodišče mora v primerih, ko je treba zemljiškoknjižnemu sodišču skupaj z obvestilom poslati tudi sklep, temu poslati le izrek pravnomočnega sklepa brez obrazložitve, saj razlogi, zaradi katerih je oseba postavljena pod skrbništvo, za zaznambo niso pomembni. Ker se z vpisom zaznambe osebnega stanja v zemljiško knjigo objavijo pravna dejstva, ki vplivajo na poslovno sposobnost oziroma sposobnost razsojanja fizične osebe, ki je imetnik pravic na nepremičnini, se zaznamba vpiše le v predvidenem obsegu, zato ni treba vpisati tudi podatkov o skrbniku, saj se ta lahko zamenja, nepotreben je tudi zapis o morebitnem odvzemu volilne pravice in drugi podrobnejši (zasebni) podatki.

SEZNAM LITERATURE:

- BURKELC, Frida. Osnutki vzorcev predlogov po Družinskem zakoniku. Ljubljana: *Odvetnik*, 2019, št. 2, str. 90–101.
- CANKAR, Nataša. Ureditev skrbništva po Družinskem zakoniku. Ljubljana: *Pravna praksa*, 2020, št. 31–32, priloga.
- ČUJOVIČ, Matej. Novela Zakona o nepravdnem postopku: sodna odločba, sodna poravnava in pravna sredstva po novi ureditvi. Ljubljana: *Pravosodni bilten*, 2019, št. 1, str. 83–92.
- DOLAR BOŽIČ, Tanja. Razlika med skrbništvom za posebni primer in trajnim skrbništvom, delovno gradivo. Portorož: *Civilnopravna sodniška šola*, 2020.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (red.). Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del), 1. knjiga. Ljubljana: *GV Založba*, 2003.
- JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato. Stvarno pravo. Ljubljana: *GV Založba*, 2007.
- KONČINA PETERNEL, Mateja. Postopki za varstvo koristi otroka in vloga otroka v teh postopkih. Ljubljana: *Pravosodni bilten*, 2019, št. 1, str. 93–105.
- KRALJIĆ, Suzana. Družinski zakonik s komentarjem. Maribor: *Poslovna založba MB*, 2019.
- OREHAR IVANC, Metoda. Procesni položaj osebe, o kateri se vodi postopek, in vloga začasnega skrbnika, delovno gradivo. Portorož: *Civilnopravna sodniška šola*, 2020.

- MAROLT, Nadja. Začasne odredbe po Družinskem zakoniku – osnutki vzorcev predlogov. Ljubljana: *Odvetnik*, 2019, št. 2, str. 74–89.
- MURGEL, Jasna, CVETKO, Žiga. Imenovanje skrbnika pri izreku ukrepa omejitve starševske skrbi. Ljubljana: *Pravna praksa*, 2019, št. 46, str. 18–19.
- NOVAK, Barbara (red) in drugi. Komentar Družinskega zakonika. Ljubljana: *Uradni list RS*, 2019.
- PLAVŠAK, Nina. Uvodna pojasnila Zakon o zemljiški knjigi (ZZK-1). Ljubljana: *GV Založba*, 2003.
- PODOBNIK OBLAK, Nadja. Dileme sodnika pri odločanju o postavitvi odrasle osebe pod skrbništvo, delovno gradivo. Portorož: Civilnopravna sodniška šola, 2020.
- TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato. Zemljiškoknjižno pravo v teoriji in praksi. Maribor: *Inštitut za nepremičninsko pravo*, 2008.
- WEBER, Nana. Družinski zakonik (DZ)/uvodna pojasnila. Ljubljana: *GV Založba*, 2018.

PRAVICA DO SPOLNE IDENTITETE KOT ČLOVEKOVA PRAVICA V PRAKSI EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

Doc. dr. Boštjan Tratar, višji državni odvetnik, Državno odvetništvo Republike Slovenije, docent Fakultete za državne in evropske študije

1. UVOD

Spolna identiteta (angl. *gender identity*, nem. *Geschlechtsidentität*, šp. *identidad sexual/ identidad de sexo*) je vidik identitete človeka in jo lahko opredelimo tudi kot neke vrste **družbeni** oziroma **psihološki spol** – je del posameznikovega občutenja sebe oziroma zavedanja samega sebe,¹ tj. zlasti notranjega občutenja, da si ali moški ali ženska, vendar ni nujno, da je to v skladu z biološkim spolom, dodeljenim ob rojstvu (npr. oseba, ki je biološko rojena kot moški, ima lahko žensko spolno identiteto).² Kot taka **ima spolna identiteta tudi pravno varstvo**,³

- ¹ Spolno identiteto je treba razlikovati od *spolne vloge* (nem. *Geschlechtsrolle*), ki je praviloma to, kar drugi pričakujejo od nas, t. i. normativno pričakovanje o obnašanju in delovanju moških in žensk v družbi. Prav tako je ne moremo enačiti s *spolno orientacijo* (nem. *sexuelle Orientierung*), ki je prav tako različen koncept in se nanaša na privlačnost spola (intimnega) partnerja (v načelu govorimo o heteroseksualnosti, homoseksualnosti in biseksualnosti). Glej **Thomas Hemmarberg**: *Menschenrechte & Geschlechtsidentität, Themenpapier, »Transrespekt versus Transphobie weltweit«* (TVT), Schriftenreihe Band 2, Berlin, 2010, str. 5 in nasl.
- ² Navedeno po **Heike Polster**: *Gender Identity as a New Prohibited Ground of Discrimination*, v: *New Zealand Journal of Public and International Law*, let. 1, št. 1, 2003, str. 159. Glej tudi **Xavier Palau Altarriba**: *Identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad*, doktorska disertacija, Universitat de Lleida, 2016; **Luis Ignacio Arechederra Aranzadi**: *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el transexualismo*, v: *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, št. 1/1991; **Esther Arroyo Y Amayuelas**: *Sexo, identidad de género y transexualidad*, v: *Matrimonio homosexual y adopción, Perspectiva nacional e internacional*, Navas, Madrid, 2006; **Enrique Belda Perez-Pedrero**: *Transexualidad y Derechos Fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferencia*, v: *Cuadernos de Derecho Público*, št. 2, 2004; **Rafael Barril Vicente**: *Aspectos legales del Transexualismo, Asistencia sanitaria*, v: *Transexualidad, La búsqueda de una identidad*, Díaz de Santos, Madrid, 2003; **Nina Perger, Simona Muršec**: *Seksualno nebinarne osebe in nekatere dimenzije njihovega vsakdanjega življenja*, v: *Časopis za kritiko znanosti, domišljijo in novo antropologijo*, let. 47, št. 275, 2019, str. 30 in nasl.
- ³ *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law, Jurisprudential, Legislative and Doctrinal References from the Council of Europe and the European Union*, International Commission of Jurists, Ženeva, 2007. Glej tudi **Pieter Cannoot**: *The pathologisation of trans* persons in the ECtHR's case law on legal gender recognition*, v: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 37, št. 1, 2019, str. 14–35; **Maria Elisa Castro-Peraza, Jesus Manuel Garcia-Acosta, Naira Delgado, Ana María Perdomo-Hernández, María Inmaculada Sosa-Alvarez, Rosa Lladrés-Solé, Nieves Doria Lorenzo-Rocha**: *Gender identity: The Human Right of Depathologization*, v: *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 16, št. 6, 2019, str. 978 in nasl.; **Anne Hellum**: *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity*, v: **Anne Hellum** (ur.): *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity*, Routledge, 2017; **Sonya K. Katyal**: *The Numerus Clausus of Sex*, v: *The University of Chicago Law Review*, vol. 84, št. 1, 2017, str. 389–405; **J. T. Theilen**: *Depathologisation of transgenderism and international human rights law*, v: *Human Rights Law Review*, 14, 2014, str. 327–342; **Lau Holning**: *Gender Recognition as a Human Right*, v: *The Cambridge Handbook on Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric* (edited by Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, Mart Susi), 2018; **Elisabeth Holzleithner**: *Spannungsfeld: Sexualität, geschlechtliche Identität und Menschenrechte*, str. 263 in nasl., v: **Gregor Heißl** (ur.): *Handbuch Menschenrechte*, Wien, 2009.

začenši na ravni ustavnih pravic, kjer izhajamo iz predpostavke, da je vsak človek nosilec človekovih pravic – **pravice do življenja** in pravice do **telesne nedotakljivosti** ter **svobode izražanja mnenja**, v zvezi s spolom oziroma spolno identiteto pa sta pomembni še dve ustavni pravici, **načelo enakosti** in **splošna osebna pravica**.⁴

Na **ustavni ravni** je odmevala predvsem odločitev **nemškega Zveznega ustavnega sodišča** (*Bundesverfassungsgericht*) iz leta 2017 (št. 1 BvR 2019/16), kjer je to jasno navedlo, da **ustava ne predvideva le spolne binarnosti (tj. moški, ženska), temveč da so bile take predstave v preteklosti le odraz nekega** (očitno napačnega, opomba avtorja) **prevladujočega mišljenja**.⁵

Na ravni **Evropske konvencije o človekovih pravicah** (v nadaljevanju EKČP) je pomemben 8. člen, ki varuje *pravico do zasebnega in družinskega življenja*, v ta okvir pa glede na prakso ESČP spadajo tudi primeri interspolnih in transspolnih oseb. Tem osebam se jamči tudi, da se jim zagotovi in obravnava kot spol, kateremu pripadnost občutijo, posledično torej spol ne more biti neka nespremenljiva značilnost, ki so jo morda na začetku življenja določili zdravniki, in osebam je treba tudi zagotoviti, da se jih ne uvrsti niti v moški ali ženski spol, temveč v neko tretjo vrsto spola (t. i. »tretji spol«), kar mora dobiti svoj izraz tudi v civilnem statusu in uradnih dokumentih. Iz 8. člena EKČP izhaja tudi pozitivna dolžnost države, da varuje telesno nedotakljivost državljanom, kar naj bi pomenilo, da je v primeru napak pri zdravljenju treba zagotoviti uveljavljanje civilnopravne in kazenskopravne odgovornosti in s tem predvsem pravico do povrnitve škode.⁶ V 12. členu EKČP se *moškim in ženskam zagotavlja pravico do sklenitve zakonske zveze*. Ta člen sicer ni podlaga nobenim pozitivnim dolžnostim države, da bi država uredila zakonsko zvezo za interspolne osebe, iz primera Goodwin pa vendarle izhaja, da ko ta člen govori o moškem in ženski, se to ne nanaša nujno na spol, opredeljen le po bioloških merilih. Ne nazadnje lahko pomeni neenaka obravnava interspolnih ali transspolnih oseb tudi diskriminacijo po 14. členu EKČP, saj gre vendarle za neenako obravnavo glede na spol.^{7,8} Na evropski ravni je treba omeniti vsaj še **Listino**

4 Glej **José Díaz Lafuente**: La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de la Unión Europea, v: *Revista General de Derecho Constitucional*, št. 17/2013; **Jill Marshall**: *Human Rights Law and Personal Identity*, Routledge, London, 2014.

5 Več o tem **Julia Rädler**: Das dritte Geschlecht, Rechtsfragen und Rechtsentwicklung, Duncker & Humblot, Berlin, 2019. Glej še **Akanksha Mishra**: Third Gender Rights: The Battle for Equality, v: *Christ University Law Journal*, vol. 5, št. 2/2016, str. 9–21.

6 Glej delo *Intersexualität und Transidentität, Stellungnahme der Bioethikkommission*, Wien, 2017, str. 25.

7 Primeri ESČP v zvezi z diskriminacijo na podlagi spola, ki se navajajo, so: *Abdulaziz, Cabales and Balkandali zoper Združeno Kraljestvo*; *Schuler-Zraggen zoper Švico* (1993), Series A, št. 263; *Burghartz zoper Švico* (1994), Series A, št. 280-B; *Karlheinz Schmidt zoper Nemčijo* (1994), Series A, št. 291-B; *Van Raalte zoper Nizozemsko* (1997), Reports 1997-I; *Petrovic zoper Avstrijo*; *Unal Tekeli zoper Turčijo* (2004), Reports 2004-X; *Willis zoper Združeno Kraljestvo* (2002), Reports 2002-IV; *Wessels-Bergervoet zoper Nizozemsko* (2002), Reports 2002-IV; *Stec in drugi zoper Združeno kraljestvo*; *Barrow zoper Združeno kraljestvo* (2006), Reports 2006; *Walker zoper Združeno kraljestvo* (2006), Reports 2006; *Pearson zoper Združeno kraljestvo* (2006), Reports 2006; *Zarb Adami zoper Malto*; *Runkee in White zoper Združeno kraljestvo* (2007), pa tudi *Rasmussen zoper Dansko*; *Mizzi zoper Malto* (2006), Reports 2006. Navedeno po **Ivana Radacic**: Critical Review of Jurisprudence: An Occasional Series, Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights, v: *The European Journal of International Law*, vol. 19, št. 4, 2008, str. 844.

8 Glej *Intersexualität und Transidentität, Stellungnahme der Bioethikkommission*, Wien, 2017, str. 26. **Christa Tobler**: Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law – A Comparison Fo-

Evropske unije o temeljnih pravicah. Prvi odstavek 3. člena določa pravico do telesne in duševne celovitosti. V to pravico se uvrščajo tudi vsi medicinski ukrepi, ki bi bili izvedeni samovoljno brez privolitve ali zadostne predhodne informiranosti o spremembi spola. 7. člen varuje (podobno kakor 8. člen EKČP) spoštovanje zasebnega in družinskega življenja. 21. člen prav tako prepoveduje diskriminacijo na podlagi spola in s tem tudi zaradi interspolnosti ali transspolnosti. 23. člen določa enakost moških in žensk na vseh področjih, pri zaposlovanju, delu, plačilu za delo. To velja tudi za interspolne in transspolne osebe (saj velja varstvo pred diskriminacijo tudi na podlagi spremembe spola). Na podlagi sodbe Sodišča EU pomeni odpoved transspolni osebi zaradi operacije spremembe spola nedopustni razlog diskriminacije zaradi spola (odločitev Sodišča EU v zadevi *P./S. in Cornwall County Council* z dne 30. aprila 1996, C-13/94.).⁹

2. TEMELJNE OPREDELITVE IZRAZOV O SPOLNI IDENTITETI

V razpravi o navedenem je treba predvsem razločevati **biološki spol** (angl. *sex*) in **psihološki spol, družbeni spol** (angl. *gender*), čeprav se izraza pogosto uporabljata kot sopomenki v vsakdanjem življenju in tudi pravnem kontekstu. Čeprav oba izraza opisujeta dve povezani ideji, pa sta vendarle različna drug od drugega.¹⁰ Biološki spol (*sex*) se običajno nanaša na fizično anatomijo ob rojstvu, torej na to, da se kdo rodi kot moški ali ženska. Družba upošteva različne biološke dejavnike pri opredeljevanju »moškega« in »ženske«.¹¹ Da bi ugotovili spol človeka, so lahko pomembni naslednji dejavniki: spolni kromosomi, spolne žleze – gonade (tj. prisotnost ali odsotnost testisov ali jajčnikov), spolni hormoni, notranji reproduktivni organi, zunanja spolovila, sekundarne spolne značilnosti in psihološki spol. V nasprotju s tem pa je družbeni oziroma psihološki spol (*gender*) bolj zapletena in družbeno vzpostavljena zadeva in se nanaša na tiste dejavnike, ki so tradicionalno povezani z moškimi ali ženskami in jih je mogoče opredeliti kot seštevke lastnosti, ki so tradicionalno ali kulturno povezane z moškim ali ženskim spolom.¹²

Veliko ljudi se v življenju nikoli ne ukvarja z vprašanji glede identitete spola oziroma **spolne identitete** (angl. *gender identity*) – spol, ki jim je določen ob rojstvu, se jim zdi primeren in ne doživljajo nikakršnega nasprotja oziroma neskladnosti med njihovim fizičnim spolom in njihovo notranjo psihološko identifikacijo kot moški ali

cusing on Discrimination against LGBTI Persons, v: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2014, str. 521-544; **George G. Tumanishvili**: Topical Issues on Equality before the Law for Intersex and Transgender Persons, v: Dny Prava, Brno, 2015.

9 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0013> (6. 4. 2020). Glej tudi **Elisabeth Greif**: Diskriminierung von transidenten Personen – Diskriminierung aufgrund des Geschlechts?, 2009. Gre pa še za druge primere, npr. *KB v. National Health Service Pensions Agency and Another* (2004, 1 CMLR 28); *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions* (2006, 2 CMLR 49); *MB v. Secretary of State for Work and Pensions* (C-451/16, European Court of Justice, 26. junij 2018). Več glej v **Marjolein van den Brink, Peter Dunne**: Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis, 2018 (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/trans_and_intersex_equality_rights.pdf, 5. 4. 2020).

10 Glej **Leslie Pearlman**: Transsexualism as Metaphor: The Collision of Sex and Gender, v *Buffalo Law Review*, vol. 43, št. 3/1995, str. 835–872.

11 Glej **Heike Polster**, naved. delo, str. 157–195.

12 Glej **Heike Polster**, naved. delo, str. 159. Glej tudi **Eleonora Lamm**: Identidad de género – Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica, v: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, št. 8/2018, str. 230–278.

ženska (t. i. **cisspolne osebe**).¹³ Spolna identiteta pri nekaterih ljudeh pa je lahko v nasprotju z njihovim fizičnim spolom oziroma je njihova spolna izraznost drugačna ali so njihove fizične lastnosti drugačne od spola, kakor je bil določen ob rojstvu; počutijo se neprijetno s svojim ob rojstvu dodeljenim spolom in se namesto tega poistovetijo s pripadniki nasprotnega spola, oziroma se lahko počutijo utesnjene v binarnem spolnem sistemu na splošno.¹⁴ Večina ljudi, ki ima težave s spolno identiteto, se mora spoprijeti s čustvenimi in psihičnimi težavami že od malih nog in na njihov vsakdan bistveno vplivata neskladnost njihove spolne identitete in to, kako jih družba dojema. Kako se ljudje spoprijemajo s tem neugodjem, pa se razlikuje glede na notranje procese posameznika in tudi vedenja, ki je vidno drugim. Glede na to razlikujemo:¹⁵ **1. transspolne osebe; 2. transseksualce; 3. interspolne osebe; 3. krosdreserje.**

Izraz **transspolna oseba** (angl. *transgender*) je krovni izraz, ki se uporablja za opisovanje tistih ljudi ali skupin ljudi, pri katerih se zastavljajo vprašanja glede njihove spolne identitete; nanaša se na vsakogar, katerega videz, vedenje ali druga osebnostna značilnost se razlikuje od tradicionalnih spolnih norm in nimajo značilnosti oziroma znakov, ki so tradicionalno povezani z biološkim spolom take osebe.¹⁶ Oznaka »transspolna« obsega različne identitete in izkušnje, kakor so predoperativni, pooperativni in neoperativni transseksualni posamezniki, interseksualci, krosdreserji, moški in ženske, katerih videz ali značilnosti se štejejo za neskladne s spolom (v to zadnjo skupino spadajo npr. poženšчени moški, angl. *effeminate men*), »ženske možače« (angl. *»butch« women*) in tisti, ki kakor koli drugače odstopajo od spolnih predstav (angl. *»gender-bending«*), vključno z androgenimi osebami.¹⁷ Transgenderizem zajema tudi tiste, ki jih drugi dojemajo kot transspolne osebe, čeprav se sami ne identificirajo kot transgenderji (transspolne osebe). Sinonimi za transspolne osebe so spolna različica (angl. *gender variant*), spolno različen (angl. *gender different*) in spolno nekonformen (angl. *gender non-conforming*). Čeprav so transspolne osebe obstajale v vsaki družbi v znani človeški zgodovini, jih kljub temu v naši kulturi pogosto obravnavajo kot duševno bolne.¹⁸

¹³ Glej **Heike Polster**, naved. delo, str. 161.

¹⁴ Primerjaj **Gunnar Duttge, Wolfgang Engel, Barbara Zoll** (ur.): *Sexuelle Identität und gesellschaftliche Norm*, Universitätsverlag Göttingen, 2010; **Annika Kieck**: *Der Schutz individueller Identität als verfassungsrechtliche Aufgabe, Am Beispiel des geschlechtlichen Personenstandsrecht*, Duncker&Humblot, Berlin, 2019; **Andrea Büchler, Michelle Cottier**: *Intersexualität, Transsexualität und das Recht, Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption*, v: *Freiburger FrauenStudien*, 17, 2005, str. 115–140.

¹⁵ Glej **Heike Polster**, naved. delo, str. 161.

¹⁶ Glej tudi **Maria Elósegui Itxaso**: *Transsexualidad, derecho a la vida privada y derecho matrimonial. El caso español a la luz de la jurisprudencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estadounidense*, v: *Actualidad civil*, št. 10/7, 13. 3. 1994; **Maria Elósegui Itxaso**: *Transsexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Comares Granada, 1990; **Richard Green**: *Transsexual legal rights in the United States and United Kingdom: Employment, Medical treatment and civil status*, v: *Archives of Sexual Behavior*, št. 39, 2010; **Luis Gooren**: *El transexualismo, una forma de intersexo*, v: *Transsexualidad: la búsqueda de una identidad*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2003; **Dolores Moreno Torres**: *Situación legal de transexualidad en España, perspectivas legislativas y situación legal en países de su entorno*, v: *Ser Transexual* (z **Esther Gómez Gil, Isabel Esteva de Antonio**), Glosa, Barcelona, 2006.

¹⁷ Glej **Heike Polster**, naved. delo, str. 162.

¹⁸ Glej **Heike Polster**, naved. delo, str. 162. Glej tudi **Anja Koletnik, Ana Grm Evan, Eva Gračanin**: *Pravno priznanje spola v Sloveniji: smernice za uresničevanje spoštovanja človekovih pravic transspolnih in cisspolno nenormativnih oseb*, Društvo informacijski center Legebitra, Ljubljana, 2016 (<http://transakcija.si/wp-content/uploads/2016/05/Pravno-priznanje-spola-v-Sloveniji.pdf>, 5. 4. 2020), str. 7 in nasl.

Ena od podskupin transspolnih oseb (angl. *transgender*) vključuje **transseksualce** (angl. *transsexuals*), transseksualne posameznike, pri čemer je transseksualnost »trajna, prodorna, prepričljiva želja biti oseba nasprotnega spola«. Najpogostejši način opisovanja tega stanja je miselna slika transseksualca kot ženske ali moškega, ki je ujet v moško/žensko telo. Za razliko od večine ljudi, ki imajo spolno identiteto, ki ustreza spolu, s katerim so se rodili, pa transseksualci doživljajo nasprotje med svojim fizičnim (biološkim) spolom in svojo spolno identiteto kot moški ali ženska.¹⁹ Čeprav imajo fizične lastnosti enega spola, se psihološko dojemajo, kakor da so pripadniki nasprotnega spola. Čeprav vzrok za to stanje ni znan, pa zdajšnje indikacije podpirajo raznolike biološke vzroke; medicinsko je to stanje mogoče opredeliti kot trdovratno stisko, ki izhaja iz neke fizične spolne značilnosti ali s tem povezano družbeno vlogo. Medtem ko vse transspolne osebe (angl. *transgender people*) trpijo zaradi tega stanja, pa je to bolj akutno za transseksualce.²⁰ Številni transseksualci se odločijo, da je stalno življenje v njihovem spolu, v katerem se niso rodili (angl. *non-birth gender*), torej v drugačnem spolu, edina rešitev, in se zato odločijo za hormonsko terapijo in operacijo spremembe spola, tj. fizično spremembi spola. S tem želijo svoje fizične lastnosti prilagoditi v skladu s svojo spolno identiteto, tj. psihološkim spolom ter nato živeti in biti priznan kot spol, ki je različen od tistega, ki jim je bil dodeljen ob rojstvu.²¹

Nadaljnja skupina transspolnih oseb, za katere je spolna identiteta lahko pomembna, so **interspolni posamezniki** (angl. *intersex people*).²² Interspolnost je splošni medicinski izraz za posameznike, ki so rojeni z anatomijo oziroma fiziologijo, ki se razlikuje od zdajšnjih kulturnih predstav o moškosti in ženskosti; interspolnost se nanaša na celotni sklop zdravstvenih stanj, ki so sestavljena iz prirojene anomalije reproduktivnega in spolnega sistema. Interspolne osebe se rodijo s spolnimi kromosomi, zunanjimi genitalijami ali notranjimi reproduktivnimi sistemi, ki se ne štejejo za »standardne« za moške ali ženske. Čeprav to ne pomeni, da je oseba rojena z dvema kompletnima setoma genitalij, se nekateri interspolni otroci rodijo s spolno anatomijo, ki otežuje njihovo uvrstitev med moške ali ženske (to bi lahko bil na primer set dvoumni genitalij, na primer penis, ki se šteje za »premajhnega«, ali

19 Glej Heike Polster, naved. delo, str. 163.

20 Glej Heike Polster, naved. delo, str. 163, 164. Med drugim avtorica navaja, da se v nasprotju s splošnim prepričanjem transseksualizem pojavlja tako pri moških kakor tudi pri ženskah, tako da so transseksualci bodisi moški, ki imajo žensko spolno identiteto (angl. *male-to-female transsexuals* – MTF), bodisi ženske, ki imajo moško spolno identiteto (angl. *female-to-male transsexuals* – FTM). Natančnih statističnih podatkov o številu transseksualcev ni, vendar pa se ocenjuje, da obstaja eden na vsakih 150.000 za FTM in eden na vsakih 37.000 za MTF, zadnji podatki z Nizozemske pa predlagajo domnevo, da je eden od 11.900 moških in eden od 30.400 žensk transseksualen.

21 Glej Heike Polster, naved. delo, str. 165. Avtorica pojasnjuje, da je izraz za transseksualca, ki je prestal operacijo spremembe spola, pooperativni transseksualec (angl. *post-operative transsexual*); pri njem so vsi spolni dejavniki skladni z njegovo oziroma njeno spolno identiteto, razen kromosomi. Transseksualec, ki ni bil operiran, se imenuje predoperativni transseksualec (angl. *preoperative transsexual*). Ko transseksualci začnejo živeti v spolu, ki ustreza njihovi spolni identiteti, so v t. i. »tranziciji« – to je postopek doseganja postajanja želenega oziroma »pravega« spola – in običajno vključuje razlago navedenega njihovim družinam, delodajalcu in drugim. Glej tudi Miha Istenič: Pravno priznanje spola v Sloveniji, v: Pravna praksa, št. 14, 2017, str. 20–21.

22 Glej Heike Polster, naved. delo, str. 166. Vsaj eden od 2.000 dojenčkov se rodi v interspolnem stanju. Glej še Julia Koll, Jantine Nierop, Gerhard Schreiber (ur.): *Diverse Identität, Interdisziplinäre Annäherungen an das Phänomen Intersexualität*, Creo media GmbH, Hannover, 2018; Angela Kolbe: *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, Eine interdisziplinäre Untersuchung*, Nomos Verlag, 2010.

klitoris, ki je »prevelik«).²³ Interspolen lahko tudi opisuje osebo s kombinacijo moških in ženskih spolnih značilnosti, vzroki za to stanje so hormonska neravnovesja, kromosomske nepravilnosti in nepravilnosti tkiv, ki se razvijejo v genitalije. Mnoge interspolne osebe se identificirajo kot moški ali ženska, tako da nimajo kakršne koli dileme glede spolne identitete, ko (če) živijo v svojem resničnem spolu; nekateri pa se vendarle identificirajo kot alternativni, t. i. tretji spol ali preprosto niti kot moški niti kot ženska (angl. „*intergender*“). Na podlagi domneve, da bi lahko iz katerega koli interspolnega otroka naredili fanta ali deklco, če bi se genitalije zdele »prave«, je bila donedavno medicinsko sprejeta operacija »popravljanja spola«, kadar je prišlo do interspolnega stanja, motivacija za tak postopek pa je običajno želja, da bi staršem in interspolnim otrokom pomagali, da bi bili družbeno sprejeti, zdajšnje stališče pa je, da to ni najboljši način za reševanje tovrstnih stanj, saj to vodi v povzročanje dodatne škode.²⁴

Največja skupina transspolnih oseb (*transgender persons*) so verjetno **krosdreserji** (angl. *cross-dressers*), ki so se nekoč imenovali **transvestiti**.²⁵ Ta skupina sestoji večinoma iz heteroseksualnih moških, čeprav to obstaja tudi pri ženskah. Ne glede na njihovo priložnostno oblačenje, krosdressing, pa praviloma živijo svoje običajno, urejeno življenje ter so večinoma poročeni in imajo družine. Krosdressing je vseskozi obstajal v zgodovini, tako kakor pri transseksualcih, zdajšnje medicinsko mnenje pa kaže na več vzročnih dejavnikov, ki vključujejo prenatalne procese. Medtem ko krosdreserji ne želijo spremeniti svojega fizičnega (biološkega) spola, pa imajo vse od zgodnjega otroštva dalje željo, da svojo spolno identiteto izražajo s krosdressingom, kar lahko vodi do resnih čustvenih stisk, ki jih povzroči odziv družbe.²⁶

Obstajajo indikacije, da se spolna identiteta razvije v zgodnjem otroštvu kot posledica izobrazbe staršev in določenih družbenih vplivov, nato pa se nadalje izgradi zaradi hormonskih sprememb v času pubertete, mogoče pa je tudi, da je že nevrološko podana pred rojstvom. Spolna identiteta se nanaša na človekov notranji, nevidni globok občutek biti moški ali ženska (ali kaj drugega ali kaj vmes) in se včasih imenuje temeljna (spolna) identiteta (angl. *core gender identity*).²⁷ Njena narava je taka, da je ni mogoče preprosto meriti z objektivnimi standardi in jo lahko izkusi, občuti le posameznik sam. Kljub temu je odnos med spolno identiteto in družbenimi predstavami o moškosti in ženskosti pomemben. Posameznikova spolna identiteta lahko ali pa tudi ne soglaša z družbenimi spolnimi ideali. V zadnjem času se uporablja izraz »spolna identiteta« zlasti v zvezi z ljudmi, katerih fizične lastnosti niso tradicionalno povezane z njihovo biološko moškostjo ali ženskostjo. Povezan s spolno identiteto, vendar osredotočen na zunanjo perspektivo, je izraz

23 Glej **Heike Polster**, naved. delo, str. 166.

24 Glej **Heike Polster**, naved. delo, str. 166, 167. Avtorica navaja, da interspolni posamezniki, ki jih obravnavajo na ta način, pogosto kažejo identitete, ki odstopajo od dodeljenega spola, nekateri drugi se počutijo neke vmes med priznanimi spoli (angl. *in-between the recognised genders*), kar pogosto povzroči resne psihološke težave, to pa vodi k ponovni spremembi nazaj k prvotnemu spolu, kar zahteva enako medicinsko zdravljenje kakor za transseksualce in vodi do enakih družbenih ovir in predsodkov.

25 Glej **Heike Polster**, naved. delo, str. 167.

26 Glej **Heike Polster**, naved. delo, str. 167. Glej še **Johannes von Stritzky**: El desarrollo de la protección jurídica de las personas homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGTBI) en Alemania, v: Revista General de Derecho Constitucional, št. 17/2003.

27 Glej **Heike Polster**, naved. delo, str. 160. Glej še **Ann Kronn**: Fe/Male asymmetries of gender and sexuality, Uppsala, 2017.

izražanje spola, spolni izraz (angl. *gender expression*),²⁸ ki se nanaša na to, kako posameznika družba dojema zaradi njegovih zunanjih značilnosti in vedenja, družbene opredelitve kot moški ali ženska, npr. njegove socialne interakcije, telesa, oblačenja. Spolna identiteta osebe in izražanje spola nista nujno skladna – mogoče je namreč, da se posameznikovo izražanje spola lahko dojame kot spolno nekonformistično (npr. če ženska sebe identificira kot žensko, vendar pa jo drugi doživljajo kot moškega), toda njena spolna identiteta kljub temu ustreza njenemu anatomskemu spolu.²⁹

Pomembno je tudi poudariti, da spolna identiteta in izražanje spola nista enako kakor **spolna usmerjenost** (angl. *sexual orientation*).³⁰ Spolna identiteta se ukvarja s tem, kdo je oseba, kako zaznava sama sebe in kateremu spolu pripada, medtem ko gre pri spolni usmerjenosti za vprašanje, kdo posameznika spolno privlači, torej ali gre za homoseksualne, heteroseksualne ali biseksualne osebe. Spolne usmerjenosti ne določa spolna identiteta posameznika, zato imajo lahko tudi transspolne osebe enak razpon spolne usmerjenosti kakor netransgenderji, torej osebe, ki niso transspolne (torej **cisspolne osebe**).³¹

3. POMEN SPOLA V PRAVU

Pravo se na spol določene osebe sklicuje na številnih mestih, zaradi tega pripada **spolu** oziroma **spolni identiteti** posameznika tudi **ustavnopravno varstvo** (na primer splošna osebnostna pravica, načelo enakosti).³² Vendar pa v pravni literaturi zmanjšamo iščemo opredelitev spola, kar se utemeljuje s tem, da ima vsak človek predstavo o spolu in da razlaga izraza zato naj ne bi bila nujna. V preteklosti se je spol praviloma določal po **fenotipski metodi**, tj. s pregledom zunanjih spolnih organov, spol novorojenega otroka se je določil po tem, ali ima otrok penis ali vagino (ta pregled običajno opravi zdravnik ali babica); danes pa se priznava, da se spol določa po številnih (drugih) merilih, omejevanje le na zunanje spolne organe se je izkazalo za preveč poenostavljeno in ne upošteva današnje diagnostične možnosti. Poleg medicinske preiskave obstajajo še drugi dejavniki presoje prizadetega, merila za določitev spola se delijo v tri skupine: **biološki, psihični in socialni**.³³ **Biološki** oziroma medicinski spol je bil vedno pomemben pri določanju spola, vendar pa drugi dejavniki segajo preko zunanjih spolnih organov.³⁴ **Genitalni ali fenotipski spol** se ne omejuje izključno na zunanje spolne organe, temveč obsega tudi sekundarne znake spola, ki pri rojstvu (sprva) niso vidni, ki pa so lahko pozneje v pomoč pri določitvi spola (na primer pri moških rast brade, večja poraščenost, nižji

28 Glej Heike Polster, naved. delo, str. 160, 161.

29 Glej še Dionisio Llamazares Fernández: Libertad de conciencia, identidad sexual y moral pública, v: Estudios Jurídicos sobre persona y familia (z Maria Teresa Areces Piñol), Comares, Granada, 2009; Javier López-Galiacho Perona: La problemática jurídica de la transexualidad, McGraw Hill, Madrid, 1998; Cristina Monereo Atienza: Orientación sexual e identidad de género: aproximación conceptual y estrategias para la reivindicación de derechos del colectivo de LGBT, v: Papeles el tiempo de los derechos, št. 21, Universidad de Málaga, 2004; Paula Siverina Bavio: Diversidad sexual y derechos humanos: hacia el pleno reconocimiento de las personas sexualmente diversas, v: Revista General de Derecho Constitucional, št. 19/2004; Paula Siverina Bavio: Breves apuntes sobre transexualidad y derecho a la identidad, v: Revista persona, št. 41/2005.

30 Glej H. Polster, naved. delo, str. 161.

31 Glej prav tam, str. 160, 161.

32 J. Rädler, naved. delo, str. 25.

33 Glej prav tam, str. 27.

34 Prav tam, str. 27.

glas; pri ženskah se kaže značilna porazdelitev maščob, ženski tip poraščenosti, prsi).³⁵ Nadaljnji znak je **gonadalni spol**, pri katerem je pomemben oziroma odločilen obstoj mod (moški) in jajčnikov (ženske). Z genskim testom lahko ugotovimo **kromosomski spol**, ki je pri ženskah xx in pri moških xy.³⁶ **Hormonski ali endokrinološki spol** se določa po količini oziroma koncentraciji hormonov – androgena oziroma testosterona (večinoma pri moških) oziroma estrogena ali gestagena (pri ženskah). Nadalje se priznavajo **psihične lastnosti spola oziroma spolna identiteta** – ta se opredeljuje s subjektivnim zaznavanjem samega sebe kot moškega, ženske ali interpolne osebe.³⁷ Ne nazadnje se razlikuje tudi **družbeni spol**, pri čemer gre za to, kako drugi na podlagi razumevanja spolnih vlog vidijo spolno vlogo prizadetega. Sem spada morebitno omogočeni **pravni spol**, to je (lastna) pravna opredelitev spolnega statusa.³⁸

Čeprav se je pomen spola v preteklosti že zmanjšal, pa ima spol danes še vedno določeno **vlogo pri kategorizaciji, individualizaciji in identifikaciji**; to je povezano s tem, da je spol eden od znakov, ki jih upravni organi vodijo v svojih registrih in ki so navedeni v določenih dokumentih, spol je na primer naveden v rojstni matični knjigi in rojstnih listinah, spol je navezna točka pri prepovedih diskriminacije (moške, ženske kvote), tj. načela zapovedi enakega obravnavanja. Ne nazadnje ima pomen tudi v nekaterih kazenskih predpisih države in družinskem pravu.³⁹

Pravno priznanje **tretjega spola** (angl. *third gender* ali *third sex*, nem. *drittes Geschlecht*, it. *terzo genere*, *terzo sesso*, fr. *troisième genre*, šp. *tercer género*) pomeni uvedbo pravno priznane tretje vrste spola (poleg moškega in ženske – lat. *tertium sexus*) tudi **androgeni spol** za tiste osebe, ki presegajo okvire moškega ali ženske v določeni družbi (angl. *genderfluid*, *bigender*, *neutrois*) in ki jih ni mogoče uvrstiti v donedavno prevladujoči t. i. **binarni spolni sistem**.⁴⁰ Praviloma gre za transspolne ali interpolne osebe.⁴¹ Že med slovenskimi odve-

35 Prav tam, str. 27.

36 Prav tam, str. 28.

37 Prav tam, str. 28.

38 Prav tam, str. 28. O ustavnopravnih vidikih glej še A. Kolbe, naved. delo.

39 Glej J. Rädler, naved. delo, str. 29.

40 Glej Tobias Helm: Brauchen wir ein drittes Geschlecht?: Reformbedarf im deutschen (Familien-) Recht nach Einführung des §22 Abs. 3 PstG, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, De Gruyter, 2015; Gilbert Herdt (ur.): Third sex, Third Gender: Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History, Zone Books, 1996; Klaus Märker: Drittes Geschlecht? Quo vadis Bundesverfassungsgericht?, v: Neue Zeitschrift für Familienrecht, 2018, str. 1–5; Saskia Wielpütz: Über das Recht, ein anderer zu werden und zu sein – Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2012; Ann Kroon: FE/MALE asymmetries of gender and sexuality, disertacija, Uppsala Universitet, Uppsala, 2007. Tretji spol je pravno priznan npr. v Avstraliji – 2003, Pakistanu – 2009, Argentini, Novi Zelandiji – 2012, v Bangladešu, Čilu – 2013, v Keniji, Indiji – 2014, na Malti, v Nepal – 2015, v Kanadi – 2017, v Avstriji, Nemčiji, na Nizozemskem, v Urugvaju – 2018, na Islandiji – 2019, v več državah ZDA, na Danskem, v Kolumbiji itd.

41 **Interspolne osebe** so osebe, ki jih po medicinskih normah glede na njihove kromosomske, gonadalne ali anatomske značilnosti ni mogoče opredeliti niti kot moške niti kot ženske. Anatomske spol postane viden na primer v sekundarnih značilnostih, kakor so na primer mišična masa, poraščenost in višina, ali v primarnih spolnih značilnostih, kakor so notranje ali zunanje genitalije oziroma kromosomske in hormonske strukture. Razlike lahko vključujejo število spolnih kromosomov in zaporedje (na primer XXY ali XO), različne reakcije tkiva na spolne hormone (na primer obstoj enega jajčnika in enega testisa ali gonade, ki vsebuje tako tkivo jajčnika kakor tudi tkivo testisa) ali različno hormonsko ravnotežje. Pri nekaterih interspolnih osebah ni mogoče jasno ugotoviti, ali so genitalije moške ali ženske, zaradi česar je ob rojstvu jasno razvidno, da gre za interpolno osebo. V drugih primerih

tniki oziroma odvetnicami je bila poznana **dr. Ljuba Prenner** (1906–1977), ki se ni počutila ne kot moški ne kot ženska, temveč preprosto – ona/on.⁴² Grški filozof **Platon** (427–347 pr. n. št.) je zapisal v Simpoziju, da moški na zabavi, kjer pijejo, filozofirajo o naravi ljubezni, **Aristofan** (445–385 pr. n. št.), grški komediograf, pa pripoveduje zgodbo o stvoru, pri katerem »izvorno človeška narava« vključuje tretji spol. Ta spol je »je bil izrazite vrste, s telesno obliko in lastnim imenom, ki ga je tvorila zveza moškega in ženskega spola: zdaj pa je ohranjena le beseda »**androgyn**«, in to kot izraz obsojanja».⁴³

4. NEKATERI PRIMERI NEBINARNIH SPOLNIH IDENTITET V EVROPI IN V SVETU (T. I. »TRETJI SPOL«)

Pri pravnem priznavanju tretjega spola ne gre za priznavanje nekega novega fenomena, nastalega v 20. ali 21. stoletju, saj zgodovina kaže, da so različne spolne identitete oziroma t. i. tretji spol obstajali že v najstarejših obdobjih človeštva po vsem svetu, vendar pa je predvsem kolonializacija zatrla marsikateri pogled prvobitnih družb in verovanj na spol in spolne identitete. Tradicionalne družbe, v katerih je obstajal tretji spol, so imele jasno opredeljen prostor za te osebe, ki je bil ločen od moškega in ženskega prostora, osebe tretjega spola so imele posebno vlogo v družbi, drugačno od moških in žensk, imele so dostop tako do moškega kakor tudi do ženskega prostora, saj so bili ti prostori sicer zaprti za prostore nasprotnega spola. V srednjem veku so osebe tretjega spola še imele svoje ločene prostore, vendar pa je njihov status začel razpadati.⁴⁴

Eden najstarejših primerov obstoja tretjega spola izhaja na primer iz **Egipta**, kjer lončeno posodje iz časa med 2000 in 1800 pr. n. št. kaže tri različne spole, poleg moškega in ženske še t. i. **sekhet**, ki ni bil ne moški ne ženska. Risbe moških in ženskih oseb imajo anatomske pravilno naslikane spolne organe, medtem ko pri sekhet kaže, kakor da je moški brez organov.⁴⁵ V primeru **Mamluškega sultanata** (današnji Egipt) v času od 1200 do 1700 so **mameluki** mlade ženske, ki so imele moške poteze in so jih obravnavali in vzgajali kot moške in jim zagotovili vse pravne in družbene prednosti.⁴⁶ V starem **Izraelu** so ločevali: *zachar* (moški spol), *nekeva* (ženski spol), *androgynos* (ki imajo tako moške kakor tudi ženske spolne organe, obstaja dvom o pravnem spolu); *tumtum* (genitalije, prekrite s kožo, neznan spol, četudi se odstrani koža), *aylonit* (neplodna ženska, ki ima ženske genitalije, vendar je neplodna) in *saris*, ki je naravno neploden moški ali kastriranec (pogosto imenovan tudi evnuh).⁴⁷

pa se to odkrije šele pozneje v življenju, na primer med puberteto ali celo pozneje (na primer zaradi odsotnosti menstruacije ali fizičnega razvoja, ki ni v skladu z določenim spolom). Glej **Julia Koll, Jantine Nierop, Gerhard Schreiber** (ur.): *Diverse Identität, Interdisziplinäre Annäherungen an das Phänomen Intersexualität*, Schriften zu Genderfragen in Kirche und Theologie, Studienzentrum der EKD, Hannover, 2018.

42 Glej **Suzana Tratnik**: Ko se je pojavila dr. Prennerjeva, se je spremenilo ozračje, <https://narobe.si/intervju-z-jerico-mrzeli/> (7. 2. 2020). Prennerjeva naj bi se izrazila: »Jaz sem dr. Ljuba Prenner, ne moški ne ženska.«

43 Glej <https://foreignpolicy.com/2014/06/30/third-gender-a-short-history/> (31. 3. 2020).

44 Glej https://sh.wikipedia.org/wiki/Tre%C4%87i_spol (4. 4. 2020).

45 Navedeno po <https://www.ranker.com/list/third-genders-around-the-world/rachel-souerby> (29. 3. 2020).

46 <https://www.wikizero.com/en/Mamluk> (4. 4. 2020).

47 Glej https://en.wikipedia.org/wiki/Third_gender#Israel (31. 3. 2020).

V **mezopotamski mitologiji** je med najzgodnejšimi pisnimi dokazi o človeštvu mogoče najti sklicevanja na ljudi, ki niso ne moški ne ženska. V sumerskem mitu o stvarjenju, ki so ga našli na kamniti plošči iz drugega tisočletja pred našim štetjem, na primer boginja Ninmah oblikuje bitje, »ki nima ne moškega in ne ženskega organa«, za katerega Enki najde položaj v družbi: »stati pred kraljem«. V akadskem mitu o Atra-Hasisu (približno 1700 pr. n. št.) Enki naroči Nintu, boginji rojstva, naj poleg moških in žensk vzpostavi »tretjo vrsto med ljudmi«, ki vključuje demone, ki kradejo dojenčke, ženske, ki ne morejo roditi, in svečenice, ki jim je prepovedano roditi otroke. V Babiloniji, Sumerju in Asiriji so bile nekatere vrste oseb, ki so opravljale verske dolžnosti v službi Inanne oziroma Ishtarja, opisane kot tretji spol. Delale so kot svete prostitutke ali *hierodule*, izvajale so ekstatične plesne, glasbo in igre, nosile maske in imele spolne značilnosti žensk in moških. V Sumerju so jim dali klinopisna imena *ur.sal* (»pes/moški-ženska«) in *kur.gar.ra* (prav tako opisana kot moški-ženska), *assinnu*, *kalaturru*. Sodobni znanstveniki, ki si prizadevajo, da bi te osebe opisali z uporabo sodobnih spolnih opredelitev, so jih različno opisali kot »osebe, ki živijo kot ženske«, ali pa so uporabili oznake, kakor so hermafroditi, evnuhi, homoseksualci, transvestiti, poženščeni moški ter številne druge izraze in besedne zveze.⁴⁸ Prav tako so poznani **ksaniti** (*xanith* ali *khanith*, tudi *khaneeth*, arab. *ثين*), ki jih lahko štejemo kot osebe tretjega spola, ki živijo v **Omanu** na jugu Savdskega polotoka.⁴⁹ V družbenem smislu se označujejo kot ženske ob upoštevanju strogih pravil segregacije, čeprav naj bi bili pravno moški, mnogi med njimi so homoseksualni prostituti.⁵⁰ Ksanitom ni treba biti celo življenje identificiran s to identiteto, lahko jo spremenijo.⁵¹

V **Otomanskem cesarstvu** so od 17. stoletja do 19. stoletja obstajali kulturni fenomeni, t. i. **köçek**,⁵² ko so se lepi mlajši moški (tur. *rakkas*) oblačili v ženske oprave in tvorili plesne skupine, ki so potovale in izvajale seksualno sugestivne plesne.⁵³ Sprva jih je podpiral celo sultan. Čeprav niso bili nujno homoseksualci, pa so bili dosegljivi za najboljšega moškega ponudnika v pasivni vlogi. Kultura

48 Glej https://en.wikipedia.org/wiki/Third_gender#Israel (31. 3. 2020).

49 <https://www.ranker.com/list/third-genders-around-the-world/rachel-souerbry> (29. 3. 2020). Beseda ksanit pomeni efeminiziran, impotenten, mehak in označuje poženščene moške, ki igrajo pasivno vlogo v homoseksualnih odnosih v severovzhodni obalni regiji Omana.

50 Glej **Unni Wikan**: *Resonance: Beyond the Words*, University of Chicago Press, 2015. Wikan ocenjuje, da je 2 % (okoli 60 na 3000) odraslih moških v Omanu naj bi bil ksaniti. Glej tudi **Stephen O. Murray**: *Homosexualities*, University of Chicago Press, 2002, str. 244 in nasl.

51 Pravno so po islamskem pravu ksaniti moški (imajo pravico pričanja na sodišču, ki je ženske sicer nimajo, molitev v mošaji opravljajo z moškimi, opravljajo plačane službe itd.), vendar pa so glede na strogi binarni sistem bližje »pravim« ženskam (vpadljiva šminka, oblačila pastelnih barv, parfumi, oponašanje ženskega glasu itd.). Za razliko od »pravih« moških lahko določen čas preživijo med ženskami ali v posebnih ženskih prostorih. Glej **Unni Wikan**: *The Omani Xanith: A Third Gender Role?*, v: Man, Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland, vol. 13, št. 3/1978, str. 473–475.

52 Turška beseda izvira iz perzijske besede *kuchak*, ki pomeni majhen, droben, mlad (glej <https://en.wikipedia.org/wiki/K%C3%B6%C3%A7ek>, 27. 11. 2019).

53 Njihov ustreznik v Egiptu so bili t. i. **khawal** (množina *khawalat*, *arabsko* *بلوط*), kar pomeni služabnik ali suženj) egipčanski moški plesalci, oblečeni v ženske oprave, kar je bilo priljubljeno do poznega 18. in zgodnjega 19. stoletja. Nudili so tudi spolne usluge moškim v pasivni vlogi; beseda danes označuje pasivnega homoseksualca (<https://en.wikipedia.org/wiki/Khawal> (27. 11. 2019)). Prav tako so v Afganistanu znani t. i. **bacha bāzi** (v farski jeziku *بچه بازي*, pomeni »fant za igranje«; iz arab. *bacheh* – »fant«, *بازي*, »bazi« – igrati). Gre za številne spolne odnose med starejšimi moškimi in adolescenti, pri čemer gre za spolno suženjstvo in otroško prostitucijo (glej https://en.wikipedia.org/wiki/Bacha_bazi, 27. 11. 2019)).

koček obstaja še danes v Turčiji, vendar kot folklorna plesna tradicija.⁵⁴ V Rusiji so obstajali **skopti** (rusko скопцы; množina скопец, »kastrirani«; tudi zapisano *Skoptzy, Skoptzi, Skoptsi, Skopzi, Skoptsy*),⁵⁵ krščanska verska sekta s skrajnimi pogledi na spol, sami so se imenovali *beli golobi* (rus. белые голуби).⁵⁶ To skupnost, ki je bila odkrita leta 1771 v zahodni Rusiji (ustanovil naj bi jo kmet Kondratij Ivanovič Selivanov v vasi Sosnovka blizu Morshanska), je verjela, da sta Adam in Eva polovico od prepovedanega sadeža cepila na njihova telesa v obliki testisov in prsi, zato so rutinsko kastrirali moške otroke in amputirali prsi žensk (*mastektomija*), včasih so odstranili tudi *labia majora, labia minora* in *clitoris*, da bi jih povrnili v stanje pred izvirnim grehom. Seks, nečimrnost, lepoto in poželenje so šteli za vir zla. Vrhunec so dosegli v zgodnjem 20. stoletju, ko so šteli okoli 100.000 članov, čeprav jih je cesarska uprava preganjala.⁵⁷ Leta 1950 so skoraj izginili. Nekateri kljub temu trdijo, da naj bi danes obstajalo še okoli 400 skoptov, za kar pa ni resnega dokaza.⁵⁸ Na področju Sibirije je bil med nomadskimi šamanskimi ljudstvi Čukči (rus. Чукчи), **Korjaki** (rus. Коряки) in **Kamčadali** (rus. Камчадалы) znan tretji spol. Šamani so bili praviloma biološko moški z določenimi prevzetimi ženskimi vlogami in ženskim videzom (*yirka-lául*), ki so se poročali z moškimi, vendar niso bili družbeno omejevani, kakor je bilo značilno za ženske. Tretji spol Čukčev je lahko spremljal moškega na lovu, prav tako je lahko skrbel za družino.⁵⁹

Na **Japonskem** so znane t. i. »mlade, lepe osebe« (jap. *wakashu*), splošno sprejete kot tretji spol v času dobe Edo (1603–1868). V glavnem je šlo za adolescentne dečke, ki so bili po izgledu in obnašanju androgeni. Bili naj bi objekt poželenja tako za starejše ženske kot moške.⁶⁰ Na **Kitajskem** so kot oblika tretjega spola obstajali t. i. **evnuhi** (kit. *taijian*), ki niso bili ne moški ne ženske, temveč so bili posebni in čudaški ljudje v avtokratski in zgodovinsko starodavni Kitajski (kastreatorji, ki so bili dedni profesionalci – t. i. kit. *daozijiang* – so jim odstranili penis in testise).⁶¹ Obstajali so približno pred 4.000 leti in so bili znani kot služabniki v času dinastije Qin (221–206 pr. n. št.), pa tudi kasneje (npr. v času dinastije Han, 206 pr. n. št. – 220 n. št., dinastije Tang, 618–907, in dinastije Ming, 1368–1644); od tedaj pa do dinastije Sui je kastriranje (kit. *chu jia*) pomenilo bodisi tradicional-

54 Glej <https://en.wikipedia.org/wiki/K%C3%B6%C3%A7ek> (4. 4. 2020).

55 Beseda *skoptsy* izhaja iz zastarele ruske besede *oskopit*, ki pomeni kastrirati.

56 Navedeno po <https://en.wikipedia.org/wiki/Skoptsy>, 27. 11. 2019.

57 Glej **Laura Englestein**: From Heresy to Harm: Self-Castrators in the Civic Discourse of Late Tsarist Russia, v: *Castration and the heavenly kingdom: a Russian folktale*, Ithaca, N. Y., Cornell University Press, 1999 in **Irina A. Tulpe/ Evgeny A. Torchinov**: The Castrati (»Skoptsy«) Sect in Russia: History, Teaching and Religious Practice, v.: *The International Journal for Transpersonal Studies*, vol. 19, 2000, str. 77–87.

58 Glej **Oleg Skripnik**: The Skoptsy: The story of the Russian sect that maimed for its beliefs, glej https://www.rbth.com/politics_and_society/2016/08/25/the-skoptsy-the-story-of-the-russian-sect-that-maimed-for-its-beliefs_624175, 27. 11. 2019. Glej še **Jean D. Wilson, Claus Roehrborn**: Long-Term Consequences of Castration in Men: Lessons from the Skoptzy and the Eunuchs of the Chinese and Ottoman Courts, v: *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, vol. 84, št. 12/1999, str. 4324 in nasl.

59 Glej **Olga Povoroznyuk, Joachim Otto Habeck, Virginie Vaté**: Introduction: On the Definition, Theory, and Practice of Gender Schift in the North of Russia, v: *Anthropology of East Europe Review*, vol. 28, št. 2/ 2010, str. 1–37.

60 Glej <https://www.ranker.com/list/third-genders-around-the-world/rachel-souerby> (29. 3. 2020).

61 Glej **Wang Yu De**: *World of the Third Gender: investigation of Chinese eunuchs*, Orient Publishing Center, 2012.; **Matthew Sommer**: *Sex, Law, and Society in Late Imperial China*, Stanford University Press, 2000.

no kaznovanje bodisi sredstvo za pridobitev službe v cesarstvu (evnuhe so radi zaposlovali zato, ker niso mogli imeti otrok, niso mogli omadeževati cesarjevega harema, niso bili nagnjeni k pridobitvi moči in začeti nove dinastije, štel so se za zanesljive).⁶² V kulturi **Maorov na Novi Zelandiji** obstajajo **wakawahine**, ki so moški, ki imajo rajši družbo žensk in tudi sami prevzamejo tradicionalno ženska opravila, kot je npr. tkanje. Na drugi strani poznajo tangata ira tane, ki so po rojstvu ženske, vendar se predstavljajo kot moški.⁶³ Pred evropsko naselitvijo so novozelandski **Maori** imeli zelo odprt odnos do spolnosti in spolne raznolikosti, spolne reference so bile običajne v tradicionalnem plesu in pesmi, spolnost in spolni organi pa so bili prikazani na rezbarijah. Maori so sprejeli tradicionalni izraz **takatāpui** (ki prvotno pomeni intimnega spremljevalca ali predanega partnerja istega spola), ki obsega celotno skupnost LGBTQI. Čeprav priznava vidike kulturne in spolne identitete posameznika, pa je izraz pomembna vez med zgodovinsko in sodobno kulturo Maorov – izraz ima izpeljanke za trans moške (**takatāpui wahine ki tāne**) in trans ženske (**takatāpui tāne ki wahine**).⁶⁴ Med domorodci v **Avstraliji** najdemo ljudi, poznane kot »sistergirls« (moški z ženskim duhom) in »brotherboys« (ženska z moškim duhom). Tako kot v drugih prvobitnih kulturah je tudi tu mogoče zaznati dokaze, da so bile transspolne in interpolne osebe veliko bolj sprejete v družbi pred kolonizacijo, zdaj pa obstaja večja stigma.⁶⁵ Na **Filipinih** obstaja že od nekdaj tretji spol, poimenovan v tagaloščini kot t. i. **baklâ** (v bistvu to pomeni homoseksualen), v cebuanščini **bayot** oziroma hiligajonskem jeziku **agi**, kar označuje osebo, ki je bila ob rojstvu prepoznana kot moški, ki pa je prevzela ženski način obnašanja in oblačenja.⁶⁶ Poznani so bili že v predkolonialnem času, predvsem tisti, ki so se oblačili v ženske (*asog*, *bayoc* ali *bayoquin*) in so bili praviloma šamani (*babaylan*). Imajo svoj jezik (argot), ki je mešanica filipinščine, angleščine in španščine, in se imenuje *sward-speak* (tudi kot gejevska govorica – *gay lingo*).⁶⁷ V **Nepalu** beseda **meti** ali **metis** označuje tretji spol, tj. osebe, ki so rojene kot moški, vendar pa prevzamejo žensko obnašanje in oblačenje (na zahodu to pomeni transspolne osebe). V Nepalju imajo dolgo in pisano zgodovino v Himalajski regiji, V zadnjih tridesetih letih delujejo predvsem kot prostitutke, vendar sebe ne štejejo kot homoseksualce, temveč kot tretji spol, ki se zanima za streljati moške. V zadnjih letih so tarča nasilja s strani nepalske policije in tolpe, ki se imenujejo »maoisti«.⁶⁸ V **Mjanmaru** (bivša Burma) obstaja tretji spol, ki ga imenujejo **acaunt** (burmsko အခွက်), pomeni osebo moškega spola, ki prevzema oblačenje in vedenje ženskega spola – pogosto imajo vlogo nekega duhovnega medija v domorodnem animističnem verskem

62 Več glej **Melissa S. Dale**: Inside the World of the Eunuch, A Social History of the Emperor's Servants in Qing China, Hong Kong University Press, Hong Kong, 2018; **Jean D. Wilson, Claus Roehrborn**: Long-Term Consequences of Castration in Men: Lessons from the Skoptzy and the Eunuchs of the Chinese and Ottoman Courts, v: The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism, vol. 84, št. 12/1999, str. 4324 in nasl.; **Howard Chiang**: How China Became a »Castrated Civilization« and Eunuchs a »Third Sex«, str. 23–66, v: H. Chiang (ur.): Transgender China, Palgrave Macmillan, New York, 2012; **Howard Chiang**: After Eunuchs: Science, Medicine, and the Transformation of Sex in Modern China, Columbia University Press, 2018.

63 Več o tem **Poiva Junior Ashleigh Feu'u**: A comparative study of the fa'afafine of Samoa and the whakawahine of Aotearoa/ New Zealand, thesis, Victoria University of Wellington, 2013.

64 <https://www.annemreid.com/history-third-gender> (3. 4. 2020).

65 <http://www.dih.si/zanimivo/2018/raznolikost-spolnih-identitet-skozi-cas> (3. 4. 2020).

66 Glej <https://en.wikipedia.org/wiki/Bakla>, 27. 11. 2019.

67 Glej <https://en.wikipedia.org/wiki/Swardpeak>, 27. 11. 2019.

68 Glej [https://en.wikipedia.org/wiki/Meti_\(gender\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Meti_(gender)), 27. 11. 2019. Glej več v: **Michael Bochenek, Kyle Knight**: Establishing a third gender category in Nepal: process and prognosis, v: Emory International Law Review, vol. 26, 2012, str. 11–41.

svetu (duhovna poroka z ženskim duhom Manguedonom, ki prevzame moškega in mu podeli ženskost). Niso vsi acault homoseksualci.⁶⁹ Podobno kot tretji spol v Samoi in na Havajih obstajajo v **Kraljevini Tonga fakaleiti** – iz jezika Tonge *faka* (»na način«), in *leiti*, sposojeno iz angleščine *lady* – *ženska* –, ki so biološko moški, ki prevzamejo ženski način obnašanja, ženske obleke in žensko družbeno vlogo. Sami sebe ne štejejo kot transpolne osebe ali homoseksualce.⁷⁰ V **Boliviji** so poznane **amarete** iz vasi Amarete v **Bolivijskih Andih**, tj. indijanci, ki govorijo jezik quechua, kjer moški in ženske ne razlikujejo samo njihov biološki spol, temveč razlikujejo tudi pet simbolnih spolov: moški, ženska-ženska, ženska-moški, moški-ženska, moški-moški. Skupaj z biološkim spolom privede to do razlikovanja desetih spolnih vlog. Te spolne vloge zavzemajo široko področje religije, obredov in vsakdanjega življenja. Določajo red sedenja, vrstni red hoje, vrstni red postopkov, tako imenovani vogalni red, vrstni red gostoljubnosti in predvsem zapleten žrtveni red v obredih. S prevzemom kake vloge se lahko simbolni spol nekoga spremeni tudi zato, ker imajo tudi družbene vloge simboličen spol, tako kot tudi prostor, čas in zadeve. Na podlagi dolgoletnih terenskih raziskav v regiji Kallawaya v visokih Andih Bolivije je Ina Rösing opisala deseterico spolnih vlog tako v vsakdanjem življenju kot v ritualih.⁷¹ Indijansko plemo **Očipve (Ojibwe) v Kanadi** je pred kolonizacijo priznavalo ininiikaazo in ikwekaazo: ininiikaazo pomeni »žensko, ki deluje kot moški«, in ikwekaazo, ki pomeni »moški ki deluje kot ženska«.⁷² Tretji spol v severno peiganskem plemenu konfederacije Črnih nog v severni Montani in Južni Alberti v Kanadi so **ninauposkitzipxpe**, kar grobo rečeno pomeni »ženske z moškim srcem«, bilo so biološko ženske, ki pa se niso nujno oblačile kot moški, vendar pa niso imele družbenih omejitev, kot so sicer veljale za ženske v družbi Črnih nog.⁷³ V prvobitni **kulturi Lakota** (severna in Južna Dakota v Ameriki) pozna eno od plemen severnoameriških indijancev Suji izraz **winkte** za osebe dveh duš (»two-spirit people«), okrajšava besede *winyank-tehca*, ki pomeni »želim biti kot ženska«. Podobno kot pri nadleehi in dilbaa gre za osebe, ki so rojene kot moški, vendar pa prevzemajo mnogo tradicionalnih ženskih vlog, kot npr. kuhanje in skrb za otroke, ključno vlogo pri ritualih ter ohranjajo ustno izročilo plemena. Termin **nádleehí** v **indijanski kulturi Navaho** se nanaša na tretji spol, kjer gre za osebo, ki je biološko moški, vendar pa ima v sebi tako moški kot ženski duh. **Dilbaa** pa pomeni osebo, ki je rojena kot ženska, ki pa ima v sebi več moškega duha. Pri obeh se šteje, da gre za osebe, ki imajo v sebi oba spola. Poleg moške (*hastiin*) in ženske spolne identitete (*asdzaan*) poznajo še peto spolno identiteto.⁷⁴ V kulturi **indijanskega plemena Mojave** obstaja mit o stvarstvu, ko se ljudje med sabo niso razlikovali po spolu. Razlikujejo štiri vrste spolnih identitet: moške, ženske, **hwame** (ženske, ki se identificirajo kot moški) in **alyha** (moške, ki se identificirajo kot ženske).⁷⁵ Med **indijanskim ljudstvom**

69 Več o tem glej **Eli Coleman/ Philip Colgan/ Louis Gooren**: Male Cross-Gender Behaviour in Myanmar (Burma): A Description of the Acault, v: Archives of Sexual Behaviour, vol. 21, št. 3, 1992, str. 313–321.

70 <https://en.wikipedia.org/wiki/Fakaleit%C4%AB> (27. 11. 2019).

71 Glej **Ina Rösing**: Ten genders of Amarete – religion, ritual and everyday life in the Andean cul, Iberoamericana Vervuert, 2013.

72 https://nonbinary.wiki/wiki/Gender-variant_identities_worldwide (2. 4. 2020).

73 Glej Podrobneje glej **Oscar Lewis**: Manly-Hearted Women among the North Piegan, v: American Anthropologist, vol. 43, št. 2, 1941, str. 173–187.

74 Glej **Markéta Bártová**: Gender Variety in Native American Societies, Bachelor's Diploma Thesis, Masaryk University, 2015.

75 Glej tudi **George Devereux**: Institutionalized Homosexuality of the Mohave Indians, v: Human Biology, vol. 9, št. 4/1937, Wayne state University Press, str. 498–527.

Zuni (v zahodni Novi Mehiki v ZDA) je poznana tradicija dveh duhov **lhamana**, po kateri oseba živi hkrati z dvema spoloma. Take osebe imajo ključno vlogo v družbi kot mediatorji, duhovniki in umetniki in izvajajo tako tradicionalna ženska opravila (lončarstvo in ročne spretnosti) kot tradicionalna moška opravila (lov).⁷⁶ Med **ljudstvom Zapotec** na polotoku Oaxacan obstajajo **muxe** ali tudi **muxehe**, ki so praviloma moški, ki se oblačijo bodisi kot ženske ali kot moški z ličili. Prevzamejo žensko družbeno vlogo, kot je npr. voženje, vendar pa imajo mnogi tudi v Mehiki kariero pisarniškega delavca. V zadnjih desetletjih pojem označuje tudi homoseksualnega moškega.⁷⁷ **Ljudstvo Bugi**, ki živi na jugu otoka Sulavezija v Indoneziji, razlikuje tri spole (moški, ženski, interseksualni) in pet spolnih identitet (moški, ženska, calabai, calalai, bissu). **Calabai** so biološko moški, ki imajo žensko spolno identiteto, **calalai** so biološko ženske, ki imajo moško spolno identiteto, **bissu** pa so transpolne osebe, ki združujejo vse spole ali pa nobenega, kot taki igrajo pomembno vlogo pri ritualih, včasih se štejejo tudi kot svečeniki. V **Angoli** poznajo t. i. **chibados**, ki so šamani tretjega spola v kraljestvu Ndogo.⁷⁸ V **Dominikanski republiki** obstajajo t. i. **guedeche** (beseda izhaja iz španskega izraza *huevo a las doce* – jajca/testisi na dvanajst) oziroma **machiembras**, kar pomeni »prvo ženska, potem moški«. Gre za pojav, ki je pogost v Dominikanski republiki, zlasti v vasi Las Salinas, kjer deklicam v puberteti zraste penis, iz notranjosti pa se spustijo testisi (pomanjkanje 5-alfa reduktaze). Od njihove odločitve je odvisno, ali se bodo opredelili kot moški ali ženska ali pa kot tretji spol. Ljudstvo Sakalava na Madagaskarju pozna neke vrste tretji spol kot t. i. **sekrata, sarimbavy** – mlade dečke, ki imajo že od malega bolj ženski videz, vzgajajo kot ženske. Ti dečki niso označeni kot homoseksualci, temveč kot osebe, ki imajo moško telo in se označujejo kot ženske (imajo dolge lase, dekorativne predmete, vstavljene srebrne predmete, pirsinge v ušesih, nosijo zaplestnice, sčasoma dobijo ženski glas). Seksualne preference ne predstavljajo noben dejavnik, vzgajanje otrok v ta tretji spol je naravno in družbeno sprejeto.⁷⁹ V **Keniji** in **Tanzaniji** obstajajo **mashoga**, kar je izraz v svahili jeziku, in pomeni biološko moškega, ki prevzame žensko vlogo že zelo zgodaj v življenju. Značilno zanje naj bi bilo, da nosijo tako moška kot ženska oblačila. Praviloma prevzamejo žensko spolno identiteto (so t. i. pasivni homoseksualci) in imajo ključno vlogo pri poročnih obredih.⁸⁰ Na področju **današnje Ugande** je pred kolonizacijo živel **ljudstvo Ankole**, ki je izbralo ženske, ki so se oblačile kot moški, s čimer so postale svečenik boga Mukase. V nekdanjem **Dahomejskem kraljestvu** (danes država **Benin**) je obstajal povsem polk ženskih bojevnic, ki so se imenoval **mino** (»naše mame«) – **N'Nonmiton**. Bile so neporočene in brez otrok, imele so povsem moško in agresivno vlogo.⁸¹ Na področju današnje republike Kongo je

76 Glej <https://www.uis.edu/gendersexualitystudentservices/weiwha/> (2. 12. 2019). Najbolj znan primer je bila **We'wha** (1849–1896), biološko moški, ki je služila kot zuni ambasador v ZDA in je preživela 6 mesecev v Washington, D. C., kjer je bila entuziastično čaščena s strani oblasti, ki verjetno niso vedeli, da ni bila rojena kot ženska.

77 Glej <https://www.bbc.com/mundo/vert-tra-46374110> 2. (2. 12. 2019).

78 Glej https://en.wikipedia.org/wiki/Third_gender#Israel (31. 3. 2020).

79 <https://www.ranker.com/list/third-genders-around-the-world/rachel-souerbry> (29. 3. 2020).

80 Glej **Deborah P. Amory**: *Mashoga, Mabasha, and Magai: »Homosexuality« on the East African Coast*, v: **S. O. Murray & W. Roscoe** (ur.): *Boy-Wives and Female Husbands*, New York, Palgrave, 1998, str. 67–87; **Deborah P. Amory**: »Homosexuality« in Africa: Issues and Debates, v: *A Journal of Opinion*, vol. 25, št. 1, *Commentaries in African Studies: Essays about African Social Change and the Meaning of Our Professional Work*, 1997, str. 5–10.

81 Glej <http://www.bbc.com/travel/story/20180826-the-legend-of-benins-fearless-female-warriors>, 28. 11. 2019; <https://theculturetrip.com/africa/benin/articles/a-history-of-female-empowerment-the-mino-of-benin/>, 28. 11. 2019.

stoletja pred evropskimi kolonizatorji živelo **ljudstvo Bengala**, ki je imelo animistična verovanja, šamani so se oblačili v ženska oblačila, da bi s tem pridobili zmogljivost razrešiti kazniva dejanja (npr. umor). Zgodovinsko med **ljudstvom Maale** v južni Etiopiji obstaja pojem **ashtime**, ki označuje evnuhe, ki živijo v domu najbolj močnega duhovnega ali političnega voditelja, saj je biološkim ženskam tja prepovedano vstopati. Ti ashtime uživajo določene privilegije v zameno za vzdrževanje posestva in opravilo drugih ženskih opravil. Antropologi naj bi odkrili, da pojem sicer označuje vsak spol, ki ni moški, vključno z neporočenimi moškimi in invalidnimi osebami, ki ne (z)morejo opravljati tradicionalnih moških vlog.⁸²

Na območju Evrope se omenjajo t. i. **zaprisežene device** (*burneša*, alb. *burrnesha* tudi *tobelije*),⁸³ ki so biološko ženske, vendar pa se identificirajo kot moški, in ne želijo spremeniti svoje spolne značilnosti. Obstajale naj bi v planinskih delih Albanije (npr. gorovje Prokletije), Srbije, Bosne in Črne gore, predvsem zaradi strogega patriarhalnega sistema na Balkanu (predvsem na območju severne Albanije), s tem je podrejenim ženskam omogočal pot do bolj svobodnega življenja. V tradicionalni patriarhalni družbi na Južnem Balkanu naj bi že dolgo obstajala možnost, ki je omogočala zagotavljanje moških dedičev v primeru, če ti ne obstajajo – dekleta ali ženska se je lahko sama razglasila (ali pa so to storili njeni starši, včasih že ob rojstvu), da je postala moški. Od tedaj dalje se je ženska oblačila kot moški, opravljala moška opravila in se tudi sicer v družbi uveljavila kot moški (nosila pištolo, kadila, pila alkohol, ukazovala v gospodinjstvu, se družila z moškimi). V skladu s to spremembo se zapriseže k deviškosti in se nikoli ne sme povrniti k svojemu rojstnemu spolu. Takšna izbira ženski zagotavlja dedovanje družinskega doma in ji dovoljuje, da na častno zavrne poroko z moškim, ki je bil izbran za njenega bodočega moža. Tradicija zapriseženih devic sega v več kakor pol tisočletja staro albansko preteklost, v čas zakonika Lekeja Dukagjina (*Kanuni i Lekë Dukagjinit*), ki se je z ustnim izročilom prenašal med klani severne Albanije.⁸⁴

Mnogi so »evnuhe« starodavnega vzhodnega Sredozemlja razlagali kot tretji spol, ki je zasedal mesto v mejnem prostoru med ženskami in moškimi, v svojih družbah pa jih razumejo kot niti eno niti drugo. V zbirki življenjepisov rimskih cesarjev *Historia Augusta* je evnuhovo telo opisano kot *tertium genus hominum* (tretji človeški spol) in leta 77 pred našim štetjem so evnuhu z imenom *Genucius*

82 Glej <https://buyuafrika.wordpress.com/2019/04/29/the-ashtime-of-ethiopia/> (28. 11. 2019).

83 V hrvaščini se te osebe imenujejo *virđine*, v albanskem tudi *vajzë e betuar*, *virgijeshë*, *virgjereshë*, *verginesa*, *virgin*, *vergjinesha*; v turščini *sadik*, kar pomeni pošten ali pravičen, v srbskem jeziku *ostajnica* (kar pomeni osebo, ki ostane), v bosanščini pa *tobelija* (zaprisežena). Glej https://en.wikipedia.org/wiki/Albanian_sworn_virgins (28. 11. 2019). Podoben pojav naj bi bil v določenih delih Afganistana in Pakistana (t. i. *bacha posh*, perzijsko بچہ پوش, kar dobesedno pomeni »oblečen kot moški«, kjer so družine brez moških potomcev hčerke oblačili in vzgajali kot fante, kar jim je omogočalo bolj svobodno življenje, obiskovanje šole in delo ter preprečevalo stigo družine v primeru, ko niso imeli moških potomcev (glej https://en.wikipedia.org/wiki/Bacha_posh, 28. 11. 2019). Nekateri jih primerjajo tudi z ženskami Samsui (*sān shuī fū nǚ*), kitajskimi imigrantkami, ki so prišle v Malezijo in Singapur med letoma 1920 in 1940 iskat delo v gradbeništvu in industriji, mnoge so zaprisegle, da se ne bodo nikoli poročile (glej https://en.wikipedia.org/wiki/Samsui_women, 28. 11. 2019).

84 Zaprisežena devica je bila institucija, rojena iz potrebe v agrarni regiji, ki je bila zdesetkana od vojne in kuge. Zaprisežene device so se oblačile kot moški, življenje preživljale v družbi drugih moških, v javnem življenju se jim nihče ni posmehoval, temveč so jih sprejeli in jim celo laskali. Takšno menjava spolov se je razumelo kot praktična rešitev za družino brez moških, zato je bilo v teh primerih samoumevno, odreči se spolnosti, možu, otrokom ter živeti kot moški. Glej **Arjana Savarin**: V ozadju spolnega dimorfizma: tretji spol kot družbeno-kulturni konstrukt, diplomsko delo, Maribor, 2016, str. 78–84.

preprečili zahtevati blago, ki mu je bilo dano z oporoko, in sicer z utemeljitvijo, da se je prostovoljno pohabil (lat. *amputatis sui ipsius*) in ni bil ne ženska ne moški (lat. *neque virorum neque mulierum numero*). Številni učenjaki trdijo, da so bili evnuhi v hebrejski Bibliji in Novi zavezi v njihovem času razumljeni tako, da pripadajo tretjemu spolu, ne pa novejšim razlagam, da gre za neke vrste pomehkuženega moškega ali metaforo čednosti. Zgodnjekrščanski teolog *Tertulijan* (160–220) je zapisal, da je bil Jezus evnuh (približno 200 n. št.), tudi *Tertulijan* je opozoril na obstoj tretjega spola (lat. *tertium sexus*) med pogani: »tretja rasa v spolu ... narejena iz moškega in ženskega spola v enem.« Morda je mislil na *Galli*, »evnuha« oboževalca frigijske boginje *Kibele*, ki jo je več rimskih pisateljev opisalo kot pripadnico tretjemu spolu.⁸⁵

Iz 18. stoletja so iz **Anglije** znani t. i. **mollies**, iz 19. stoletja pa t. i. uranci – angl. **uranian**. Kot začetke tretjega spola omenjajo tako nekateri pojav moških sodomitov v Angliji okoli leta 1700, gre za posebno subkulturo požensčenih moških na njihovih posebnih mestih (t. i. **molly-houses**). Mesta, kjer so se ti moški lahko družili, so bila praviloma gostilne, javne hiše, kavarne ali celo zasebne sobe.⁸⁶ **Uranici** (angl. **uranian**) pa izhajajo iz 19. stoletja in tudi pri njih naj bi šlo za tretji spol – izvorno naj bi šlo za »žensko psiho v moškem telesu«, ki je spolno privlačen za moške, pozneje pa se je pojem razširil in zajemal homoseksualne spolne variante.⁸⁷ O t. i. **kuvadah** (fr. *couvade*) naj bi poročali že *Apolonij* z Rodosa (295–215 pr. n. št.), *Diodor Sicilski* (90–30 pr. n. št.) in *Plutarh* (48–127), obstajale naj bi predvsem v matrifokalnih skupnostih. **Kuvade** (iz fr. glagola *couver* – valiti jajca, fr. *couve* – kokoš) so t. i. »moške porodnice«, kjer naj bi šlo za posebno očetovo vedenje, povezano z otrokovim rojstvom, ko se oče odreče svojim običajnim vsakdanjim aktivnostim in se ob rojevanju otroka uleže na ležišče ali v posteljo (ženske pri teh ljudstvih rojevajo čepe ali sede) in trpi ali posnema porodne bolečine (ki jih porodnica navadno ne kaže ali ne trpi) in se podreja prehranjevalnim ali drugim prepovedim (se ne izpostavlja nevarnim opravilom, ne pleza po drevju ipd.).⁸⁸ V Italiji so poznali kot tretji spol t. i. »**femmenèlla**« (v napolitanskem jeziku tudi »**femminèllo**«, »**femmenèllo**«, »**femminièlle**«, v množini »**femmenièlle**«), grobo rečeno »mali mož-ženska«, ki pomeni osebo, ki je biološko moški, ki pa se oblači kot ženska in sprejema tudi ženske vloge v napolitanski družbi. Njihov položaj v družbi je bil do 19. stoletja privilegiran, prinašali naj bi srečo, rituali (vključno poroko s kom drugim) so temeljili na grški mitologiji, povezani s *Hermafroditom* in *Tiresiasem*, slepim profetom iz Teb (ki ga je boginja *Hera* spremenila v žensko in je tako preživel sedem let).⁸⁹

85 Glej https://en.wikipedia.org/wiki/Third_gender#Israel (31. 3. 2020).

86 Beseda *molly* (zapisano tudi *molley*, *mollie*, *mally*) je ljubkovalna oblika ženskega imena Mary in je imela v 18. stoletju dva glavna pomena, prvi je blizu angl. besedi *moll*, ki pomeni punco ali žensko nižjega sloja, deloma tudi prostitutko; drugi pomen pa v slengu požensčeni moški, praviloma homoseksualec. Navedeno po https://en.wikipedia.org/wiki/Molly_house (1. 4. 2020).

87 Glej <https://en.wikipedia.org/wiki/Uranian> (1. 4. 2020).

88 Ta pojav naj bi obstajal v geografsko obrobni deželah, Albaniji, Traciji, na Korziki, Cipru, Irskem, Nizozemskem, poznajo ga tudi v baltskih državah, na daljnem Vzhodu, severu Japonske, v kitajskem Turkestanu, pa tudi Indoneziji, Maleziji, Melaneziji in na vsej ameriški celini, od Grenlandije do Južne Amerike. Glej **Zaja Skušek**: Ritualne oblike očetovskega vedenja, antropologija in kuvada, v: *Socialno delo*, Fakulteta za socialno delo, let. 33, št. 4/1994, str. 293–299.

89 Glej <https://en.wikipedia.org/wiki/Femminiello> (4. 4. 2020).

5. ODLOČANJE O SPOLNI IDENTITETI PRED EVROPSKIM SODIŠČEM ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

Evropsko sodišče za človekove pravice se je z odločanjem o vidikih spolne identitete (tudi spremembe spola) ukvarjalo v že kar nekaj primerih.⁹⁰ Praksa ESČP je sicer v posameznih primerih napravila napredek pri zagotavljanju varstva transspolnim osebam, vendar pa se na splošno še vedno ocenjuje kot neustrezna z več vidikov.

V primeru **Rees proti Združenemu kraljestvu** (odločitev z dne 17. oktobra 1986)⁹¹ se je transseksualec (iz ženske v moškega) Mark Rees pritoževal, da mu zakon Združenega kraljestva ne daje pravnega statusa, ki bi ustrežal njegovemu takratnemu stanju, ko je postal moški. ESČP je štelo, da ne gre za kršitev pravice do zasebnega in družinskega življenja iz 8. člena EKČP. Spremembe, ki jih je zahteval pritožnik (tj. da bi bil po prestanih posegih v ustreznih dokumentih zaveden kot moški), so vključevale popolno spremembo sistema za vodenje registra rojstev, kar bi imelo pomembne upravne posledice in bi povzročilo nove obveznosti za preostalo prebivalstvo. ESČP je dalo poudarek dejstvu, da je Združeno kraljestvo sicer nosilo stroške pritožnikove medicinske obravnave, ESČP pa se je vendarle zavedalo »resnosti problema, ki zadeva transseksualce in njihove stiske« in je priporočalo »da je treba imeti pred očmi potrebo po ustreznih ukrepih glede na znanstveni in družbeni razvoj« (§ 47 v sodbi). ESČP je tudi štelo, da ni bilo kršitve pravice do sklenitve zakonske zveze iz 12. člena EKČP; navedlo je, da je tradicionalni koncept zakonske zveze temeljil na združitvi med osebami različnih bioloških spolov, države pa imajo vso pristojnost, da na tak način uredijo pravico do sklenitve zakonske zveze (ko se je pritožnik želel poročiti z žensko, mu namreč država tega ni dovolila, saj se je po britanskem pravu upoštevalo stanje spola ob rojstvu). Poleg tega primera se praviloma omenja še zadeva **Corbett proti Corbettu** (1971), kjer sodišče ni dopustilo sklenitve zakonske zveze s transspolno osebo.⁹² V zadevi **Cossey proti Združenemu kraljestvu** (odločitev z dne 27. septembra 1990)⁹³ je ESČP sklenilo podobno kakor v zadevi Rees proti Združenemu kraljestvu; ni namreč našlo novih dejstev ali posebnih okoliščin, ki bi zahtevale drugačno odločitev od prejšnje. ESČP je navedlo, da pri pritožnici (transseksualki iz moškega v žensko) ni šlo za kršitev pravice do zasebnega in družinskega življenja iz 8. člena EKČP, ponovilo

90 Pregled v nadaljevanju je povzet po https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf (1. 4. 2020). Glej še **Maria Elósegui Itxaso**: Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el problema, v: La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica, Comares, S. L., Granada, 1990; **Michael Levinet**: La Revendication Transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme, v: Revista Trimestral de Derecho Civil, št. 39, Montpellier, 1999; **Ralph Sandland**: Crossing and not crossing: gender, sexuality and melancholy in the European Court of Human Rights, v: Feminist Legal Studies, Netherlands, št. 11/2003; **Encarna Carmona Cuenca**: La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, v: Revista Española de Derecho Constitucional, št. 104/2015, str. 297–328; **Iina Sofia Korkiamäki**: Legal Gender Recognition and (Lack of) Equality in the European Court of Human Rights, v: The Equal Rights Review, vol. 13, 2004, str. 20–50. Splošno o diskriminaciji (med drugim tudi transspolnih in interspolnih oseb) glej **Christa Tobler**: Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law, A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons, v: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, vol. 74, 2014, str. 521–561.

91 Št. 9532/81, <https://swarb.co.uk/rees-v-the-united-kingdom-echr-17-oct-1986/> (4. 4. 2020).

92 Glej <https://swarb.co.uk/corbett-v-corbett-otherwise-ashley-fd-1-feb-1970/> (4. 4. 2020).

93 Št. pritožbe 10843/84, <https://genderidentitywatch.com/wp-content/uploads/2013/12/cossey-v-uk.pdf> (4. 4. 2020).

je, da »kirurška operacija spremembe spola ni privedla do pridobitve vseh bioloških značilnosti nasprotnega spola« (§ 40 sodbe). Prav tako je ESČP tudi tu zavrnilo dolžnost, da se spremeni ali dopolni register, prav tako navedba v rojstnem registru ne bi bila ustrezna rešitev. ESČP tudi ni ugotovilo kršitve pravice do sklenitve zakonske zveze iz 12. člena EKČP – navezava na tradicionalni koncept zakonske zveze je po mnenju sodišča zagotovila »zadosten razlog za ohranitev sprejema biološkega kriterija za določanje spola osebe za namene sklenitve zakonske zveze« in je v pristojnosti države, da z nacionalnim pravom ureja izvrševanje pravice do sklenitve zakonske zveze.

ESČP je v zadevi **B. zoper Francijo** (odločitev z dne 25. marca 1992)⁹⁴ prvič sklenilo, da **je šlo za kršitev pravice do zasebnega življenja iz 8. člena EKČP** v primeru transseksualcev. Pritožnik (transseksualec iz moškega v žensko) se je namreč pritoževal zaradi zavrnitve francoskih organov, da bi spremenili register civilnega statusa v skladu z njenimi željami. ESČP pa je tokrat štelo, da **je podana kršitev 8. člena EKČP**, upoštevajoč dejavnike, ki so se razlikovali od tistih v zadevah Rees zoper Združeno kraljestvo in Cossey zoper Združeno kraljestvo, zlasti razlike med sistemom civilnega statusa v Združenem kraljestvu in Franciji. Medtem ko so bile glavne ovire v Združenem kraljestvu preprečevanje sprememb v rojstnih potrdilih, je bilo v Franciji nameravano, da bi bili ti posodobljeni v času življenja zadevne osebe. ESČP je poudarilo, da je v Franciji veliko uradnih dokumentov razkrilo »diskrepanco med pravnim spolom in izraženim spolom transseksualne osebe« (§ 59 sodbe), kar je bilo vidno tudi v dokumentih socialnega varstva in plačilnih listkih. ESČP je zato štelo, da je zavrnitev spremembe civilnega statusa v registru v njenem primeru pritožnico postavilo »v (vsako)dnevni položaj, ki ni bil skladen s spoštovanjem njenega zasebnega življenja«.

X, Y in Z proti Združenemu kraljestvu (odločitev z dne 22. aprila 1997)⁹⁵ – prvi pritožnik X (transseksualka iz ženskega v moškega) je živel v trajni in trdni zvezi z drugim pritožnikom Y (žensko). Tretji pritožnik Z se je rodil drugemu pritožniku kot rezultat umetne oploditve s strani darovalca. Vsi pritožniki so navajali, da je zaradi pomanjkanja pravnega priznanja zveze med X in Z prišlo do kršitve 8. člena EKČP. Medtem ko je ESČP v tej zadevi sklenilo, da ni šlo za kršitev 8. člena EKČP, pa je vendar priznalo obstoj družinskega življenja med transseksualcem in otrokom njenega partnerja: »X je v vsakem pogledu deloval kot Z-jev oče« vse od rojstva, v teh okoliščinah je ESČP prepoznalo *de facto* družinske vezi med tremi pritožniki (§ 37 sodbe).

V zadevi **Sheffield in Horsham proti Združenemu kraljestvu** (odločitev z dne 30. julija 1998)⁹⁶ ESČP ni bilo prepričano, da bi odločilo drugače kakor v sodbah Rees in Cossey: transspolnost še vedno odpira kompleksna znanstvena, pravna, moralna in socialna vprašanja, glede katerih ni splošno sprejetega stališča med državami pogodbenicami (§ 58 v sodbi). ESČP je menilo, da *ne gre za kršitev pravice do zasebnega in družinskega življenja* (8. člena EKČP), pravice do sklenitve zakonske zveze (12. člena EKČP) in prepovedi diskriminacije (14. člena

94 Št. pritožbe 13343/87, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-62326%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-62326%22]}) (4. 4. 2020).

95 Št. pritožbe 21830/93, <https://swarb.co.uk/x-y-and-z-v-the-united-kingdom-echr-22-apr-1997/> (4. 4. 2020).

96 Št. pritožbe 31–32/1997/815–816/1018–1019, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-58212%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-58212%22]}) (5. 4. 2020).

EKČP), vendarle pa je potrdilo, da gre za področje, ki mora biti pod stalnim nadzorom držav članic (§ 60 sodbe), v smislu »povečane družbene sprejemljivosti tega pojava in povečanega priznanja problematike, s katero so soočeni postoperativni transseksualci«.

Pritožnik se je v zadevi **Christine Goodwin proti Združenemu kraljestvu** (odločitev Velikega senata z dne 11. julija 2002)⁹⁷ pritoževal zaradi pomanjkanja pravnega priznanja njenega spremenjenega spola in zlasti obravnave pri upoštevanju pogojev zaposlovanja, njene socialne varnosti, pokojninskih pravic in nezmožnosti za sklenitev zakonske zveze. ESČP je odločilo, da je podana kršitev 8. člena EKČP, zaradi jasnih in trajnih mednarodnih trendov za povečano družbeno sprejemljivost transseksualcev in pravno priznanje nove spolne identitete postoperativnih transseksualcev. »Ker ni pomembnih dejavnikov javnega interesa, ki bi pretehtali nad interesi tega individualnega pritožnika pri pravnem priznanju spremenjenega spola, je ESČP prišlo do zaključka, da se pojem poštenega ravnesja (*fair balance*), ki je (sicer) vgrajen v EKČP, sedaj odločilno nagiba v korist pritožnika/pritožnice« (§ 93 sodbe). ESČP je tudi menilo, da je šlo za kršitev 12. člena EKČP. ESČP ni bilo prepričano, da lahko še zmeraj sklene, da je treba pri opredelitvi spola izhajati iz le bioloških meril (§ 100). ESČP je navedlo, da je na strani države, da določa pogoje in formalnosti transseksualnih zakonskih zvez, vendar ni našlo utemeljitve za odvzem pravice do sklenitve zakonske zveze transseksualcem pod vsakršnimi pogoji (§ 103).⁹⁸

Dva primera, navedena v nadaljevanju, zadevata transspolno osebo, ki je bila pred kirurško operacijo spremembe spola v zakonski zvezi in je želela uporabiti postopek za priznanje spola. **Parry proti Združenemu kraljestvu**⁹⁹ ter **R. in F. proti Združenemu kraljestvu**¹⁰⁰ (odločitev o dopustnosti pritožbe z dne 28. novembra 2006). Vsak od pritožnikov je bil v zakonski zvezi in je imel otroke; v obeh primerih je imel eden kirurško operacijo spremembe spola in je ostal s svojo partnerko oziroma partnerjem poročen. Po uveljavitvi zakona (*Gender Recognition Act 2004*) so pritožniki, ki so imeli kirurško operacijo spremembe spola, zaprosili za izdajo potrdila o spremenjenem spolu (*Gender Recognition Certificate*), ki pa ga ni bilo mogoče pridobiti, ne da bi razvezali zakonsko zvezo. Pritožniki so zatrjevali zlasti kršitev 8. in 12. člena EKČP, češ da niso mogli pridobiti pravnega priznanja spremenjenega spola, ne da bi prekinili njihove zakonske zveze. ESČP je pritožbo spoznalo kot nedopustno (očitno neutemeljeno). Od pritožnikov se je zahtevalo, da razveljavijo svojo zakonsko zvezo, ker sklenitev istospolnih zakonskih zvez ni bila dovoljena po angleškem pravu. Združeno kraljestvo torej ni opustilo svoje dolžnosti priznanja spremenjenega spola in pritožniki so lahko nadaljevali svoja razmerja prek civilne partnerske skupnosti, ki ima skoraj enake pravice in obveznosti. ESČP je izjavilo, da je bil ob upoštevanju sodbe v primeru Christine Goodwin uveden nov

97 Št. pritožbe 28957/95, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22%3A%22001-60596%22%7D> (5. 4. 2020).

98 Glej tudi sodbo Velikega senata, ki jo je ta izdal v istem dnevu v primeru **I. proti Združenemu kraljestvu** (št. pritožbe 25680/94, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/em256809.html>, 5. 4. 2020), kjer je ESČP prav tako ugotovilo kršitev 8. in 12. člena EKČP. Ob upoštevanju odločitve Velikega senata v zadevi Christine Goodwin je Združeno kraljestvo uvedlo sistem, po katerem lahko transspolna oseba zaprosi za potrdilo o priznanju spremenjenega spola.

99 Št. pritožbe 42971/05, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-61228%22%7D> (5. 4. 2020).

100 Št. pritožbe 35748/05, <https://mafr.fr/media/assets/r-and-f-v-the-united-kingdom.pdf> (5. 4. 2020).

sistem, vendar kljub zavedanju dejstva, da obstaja majhno število transseksualcev v veljavnih zakonskih zvezah, zavestno ni bila vzpostavljena določba za ohranitev teh zakonskih zvez v primeru, če bi en partner uporabil postopek priznavanja spremembe spola. ESČP je to utemeljilo z navedbo, da ni mogoče zahtevati, da bi to dopustili niti za te redke primere zakonskih zvez. V zadevi **Van Kück proti Nemčiji**¹⁰¹ (odločitev z dne 12. junija 2003) je bila pritožnica leta 1948 rojena kot moški, leta 1990 pa je začela postopek pred prvostopenjskim sodiščem v Schönerbergu, da bi spremenila ime, in sodišče je leta 1991 ugodilo zahtevi za prevzem ženskega imena. Pritožnica je začela sodni spor tudi zoper nemško zdravstveno zavarovalnico za povračilo stroškov hormonskega zdravljenja v višini 50 odstotkov stroškov operacije spremembe spola (pritožnik je bil namreč v konkretnem primeru upravičen do druge polovice kritja stroškov s strani dežele). Sodišče je leta 1993 tožbo zavrnilo, češ da zdravljenje iz zdravstvenih razlogov ni bilo potrebno in da bi pritožnica najprej morala opraviti psihoterapijo. Tudi pritožba je bila leta 1995 zavrnjena, znova iz razloga, ker da zdravljenje ni bilo potrebno in je pritožnica sama začela jemati ženske hormone brez ustreznega zdravniškega navodila. Pritožnica se je pred ESČP pritoževala zaradi domnevne nepoštenosti postopkov pred nemškimi sodišči glede njene zahteve za povrnitev stroškov posegov za spremembo spola zoper zasebno zavarovalnico; nadalje je pritožnica navajala, da so izpodbijane sodne odločitve kršile njeno pravico do spoštovanja zasebnega življenja. ESČP je menilo, da je šlo pri tem za kršitev pravice do poštenega postopka iz prvega odstavka 6. člena EKČP. Nemška sodišča bi morala zahtevati nadaljnja pojasnila od medicinskih izvedencev. Glede na sklicevanja pritožbenega sodišča glede vzrokov pritožničinega stanja ni mogoče reči, da je bilo kaj arbitrarnega ali muhastega v odločitvi za operacijo spremembe spola, pritožnica pa je bila v času, ko je sodišče izdalo svojo odločitev, že operirana. Sodni postopki kot celota niso izpolnili zahtev poštenega postopka. ESČP je tudi štelo, da je bila podana kršitev 8. člena EKČP; ker je spolna identiteta eden od najbolj intimnih vidikov zasebnega življenja osebe, in je bilo nesorazmerno zahtevati od pritožnice dokazovanje medicinske potrebnosti posega. Ni bilo poštenega ravnotežja med interesi zavarovalnice na eni strani in interesi posameznika na drugi strani.

V zadevi **Grant proti Združenemu kraljestvu**¹⁰² (odločitev z dne 23. maja 2006) je šlo za pritožnika, 68-letnega transseksualca, ki je prestal operacijo spremembe spola iz moškega v žensko, in ki se je pritoževal zaradi pomanjkanja možnosti pravnega priznanja (zdaj) njenega spremenjenega spola in zaradi zavrnitve plačila pokojnine v starosti, ki se uporablja za ženske (60). ESČP je štelo, da je podana kršitev 8. člena EKČP; po mnenju ESČP je bil pritožnik v položaju, ki je bil podoben položaju Christine Goodwin. Po sodbi Christine Goodwin ni bilo več opravičila za pomanjkanje priznanja spremembe spola transseksualcu po prestani operaciji. Pritožnik v tistem času ni imel nobenih možnosti, da bi pridobil takšno priznanje in je bil oškodovan v tistem času, pritožnikov status žrtve pa je bil končan, ko je začel veljati zakon (*Gender Recognition Act 2004*), ki je zagotovil sredstva na domači ravni za pridobitev pravnega priznanja spremembe spola. Glede na to se je pritožnica lahko pritožila, da je bila žrtev pomanjkanja pravnega priznanja od časa po sodbi Christine Goodwin, ko so oblasti zavrnilo, da bi uresničile njeno pritožbo, tj.

101 Št. pritožbe 35968/97, <https://www.unionedirittiumani.it/wp-content/uploads/2012/07/CASE-OF-VAN-KUCK-v.-GERMANY.pdf> 8 (5. 4. 2020).

102 Št. pritožbe 32570/03, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-75454%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-75454%22]}) (5. 4. 2020).

od 5. septembra 2002. To pomanjkanje priznanja je kršilo njeno pravico do spoštovanja zasebnega življenja.

Primer **L. proti Litvi**¹⁰³ (odločitev z dne 11. septembra 2007) je zadeval neuspešno sprejetje zakonodaje, ki bi omogočala transseksualni osebi kirurško operacijo spremembe spola in bi spremenila svojo spolno identiteto v uradnih dokumentih. ESČP je bilo mnenja, da ne gre za kršitev 3. člena EKČP (prepoved nečloveškega ali ponižujočega ravnanja). Čas, ko je pritožnik trpel razumljivo stisko in frustracijo, okoliščine niso bile takšne stopnje intenzivnosti, vključno z izjemno življenje ogrožajočimi pogoji, da bi spadal na področje uporabe te določbe. ESČP je nadalje štelo, da je bila podana kršitev 8. člena EKČP – zakonodaja Litve je priznavala transseksualcem pravico, da ne le spremenijo svoj spol, temveč tudi svoj civilni status, šlo pa je za luknjo v zakonodaji, ker zakonodaja ni urejala popolne kirurške operacije spremembe spola. Ta zakonodajna praznina je pustila pritožnika v položaju stresne, mučne negotovosti kar zadeva njeno zasebno življenje in priznavanje njegove prav(n)e identitete. Proračunske omejitve za javno zdravstvo bi lahko upravičile nekaj začetne zamude pri uresničevanju pravic transseksualcev po civilnem zakoniku, vendar ne zamude več kot štiri leta. Glede na omejeno število takih ljudi proračunsko breme ne bi bilo pretirano veliko, država tako ni vzpostavila poštenega ravnotežja med javnim interesom in pritožnikovimi pravicami.

Primer **Schlumpf proti Švici**¹⁰⁴ (odločitev z dne 8. januarja 2009) je zadeval zavrnitev pritožničine zdravstvene zavarovalnice, da bi plačala stroške njene operacije za spremembo spola iz razloga, ker se pritožnica ni podredila dveletni čakalni dobi pred kirurško operacijo spremembe spola, kakor je zahtevano po sodni praksi kot pogoj za plačilo stroškov take operacije. ESČP je štelo, da je zavrnitev zavarovalnice, da bi povrnila stroške zdravljenja in operacije spremembe spola, kršitev pravice do zasebnega in družinskega življenja po 8. členu EKČP. Čakalna doba je bila v konkretnem primeru uporabljena mehanično, ne da bi upoštevali, da je bila pritožnica stara že 67 let in da bi zapoznela operacija poslabšala pritožničino svobodo določitve glede njene spolne identitete.¹⁰⁵

Primer **P. V. proti Španiji**¹⁰⁶ (odločitev z dne 30. novembra 2010) je zadeval transseksualko (iz moškega v žensko), ki je, preden je spremenila spol, imel(a) sina s svojo ženo v letu 1998. Ločila sta se leta 2002 in pritožnik se je pritoževal nad omejitvami, ki jim je bil izpostavljen s strani sodišča glede dogovorov o stikih s sinom zaradi tega, ker naj bi njena čustvena nestabilnost po spremembi spola povzročila tveganje vznemirjanja otroka, tedaj starega šest let. ESČP je bilo mnenja, da ne gre za kršitev 8. člena EKČP v povezavi s 14. členom EKČP (prepoved diskriminacije). ESČP je utemeljevalo, da omejitev stikov ni izhajala iz diskriminacije na podlagi pritožnikove transseksualnosti, odločilni temelj za omejitev s strani španskih sodišč, upoštevajoč tedanjo čustveno nestabilnost pritožnika, je bila otrokova

103 Št. pritožbe 27527/03, http://en.efhr.eu/2010/02/11/case-l-v-lithuania-application-no-_2752703-2007/ (5. 4. 2020).

104 Št. pritožbe 29002/06, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-90476%22%7D> (5. 4. 2020).

105 O problematiki širše glej tudi **Nana Weber**: Sprememba spola v Sloveniji, v: Pravna praksa, št. 16–17, 2013, str. 21 in nasl.

106 Št. pritožbe 35159/09, <https://genderidentitywatch.com/2013/12/23/p-v-v-spain-european-court-of-human-rights/> (5. 4. 2020).

največja korist, zato so sklenili postopni dogovor, ki bi omogočal otroku, da bi se postopoma navadil na očetovo spremembo spola.

V zadevi **P. proti Portugalski**¹⁰⁷ (odločitev o izbrisu zadeve s seznama z dne 6. septembra 2011) je šlo za to, da je bil pritožnik ob rojstvu registriran kot moški, ko je postal polnoleten, pa je spremenil spol s kirurško operacijo. Pritoževala se je zaradi pomanjkanja pravne pripoznavne njenega stanja, povezano z zatrjevanim pomanjkanjem kakršne koli tozadevne zakonodaje. ESČP je pritožbo izbrisalo s seznama zadev (po 37. členu EKČP), saj je bila zadeva uspešno rešena pred domačimi sodišči. V zadevi **Cassar proti Malti**¹⁰⁸ (odločitev o izbrisu zadeve s seznama zadev z dne 9. julija 2013) se je pritožnik pritoževal nad dejstvom, da malteško pravo ni priznavalo transseksualcev kot oseb z novo pridobljenim spolom za vse namene in cilje, vključno za sklenitev zakonske zveze. Pritožnica se je pritoževala, da ji ni bilo zagotovljeno učinkovito pravno sredstvo (13. člen EKČP) glede kršitve njene pravice in je torej bila še vedno žrtev zaradi kršitev 8. in 12. člena EKČP. ESČP je glede na to, da je bila sklenjena izvensodna poravnava med pritožnico in vlado, izbrisalo pritožbo s seznama zadev (glede na 37. člen EKČP).

V zadevi **Hämäläinen proti Finski**¹⁰⁹ (odločitev Velikega senata z dne 16. julija 2014) se je pritožnik rodil kot moški, od leta 1996 je poročen z žensko. Par je dobil otroka leta 2002, septembra 2009 pa je pritožnik s kirurško operacijo spremenil spol iz moškega v žensko. Svoje osebno ime je pritožnica lahko spremenila, ni pa mogla spremeniti svoje številke identitete, ki bi izkazovala njen ženski spol v njenih dokumentih, dokler ne bi njegova žena pristala, da se zakonska zveza spremeni v civilno skupnost, kar pa je ta zavrnila, oziroma dokler se par ne bi ločil. Njena zahteva, da bi bila registrirana kot ženska, je bila zato pri lokalnih organih zavrnjena. Pritožnica se je pritoževala, da bi morala pridobiti popolno uradno priznanje njenega novega spola samo s spremembo svoje zakonske zveze v civilno partnerstvo (odreči se torej eni pravici v zameno za drugo). ESČP je navedlo, *da ni šlo za kršitev 8. člena EKČP*. ESČP je utemeljilo, da ni bilo nesorazmerno zahtevati spremembe zakonske zveze v partnersko skupnost kot predpogoja za pravno priznanje novo pridobljenega spola, saj je to možnost, ki zagotavlja pravno varstvo istospolnim parom, in je partnerska skupnost skoraj enaka kakor zakonska zveza. Le majhne razlike med tema dvema pravnima konceptoma niso (z)mogle veljavnega finskega sistema prikazati kot nepopolnega glede pozitivnih obveznosti po 8. členu EKČP. Še več, takšna sprememba ne bi imela učinkov na pritožnično družinsko življenje in ne bi zadevalo očetovstva pritožničine hčerke ali odgovornosti za nego, skrbništvo ali vzdrževanje otroka. ESČP je nadalje štelo, da ni šlo za ločeno vprašanje glede 12. člena EKČP in je utemeljilo, da ni šlo za kršitev 14. člena EKČP (prepoved diskriminacije) v povezavi z 8. in 12. členom EKČP.¹¹⁰

Zadeva **Y. Y. proti Turčiji**¹¹¹ (odločitev z dne 10. marca 2015) je obravnavala zavrnitev turških organov, da bi dovolile odobritev kirurške operacije za spremembo

107 Št. Pritožbe 56027/09), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22%3A%22892251%22%22itemid%22%3A%22001-106402%22%7D> (5. 4. 2020).

108 Št. pritožbe 36982/11, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-123392%22%7D> (5. 4. 2020).

109 Št. 37359/09, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-145768%22%7D> (5. 4. 2020).

110 Glej tudi **Anja Koletnik, Ana Grm Evan, Eva Gračanin**, naved. delo, str. 14. Glej še **Nana Weber**: Posledice spremembe spola za zakonsko zvezo, v: *Pravna praksa*, št. 31-32, 2012, str. 18.

111 Št. pritožbe 14793/08.

spola iz razlogov, ker oseba, ki jo zahteva, transseksualec, ni bil trajno nesposoben roditi. Pritožnica, ki je bila v času vložitve pritožbe registrirana kot ženska, se je pritoževala zlasti, da ji je bila kršena pravica do spoštovanja zasebnega življenja. Zlasti je navajal, da je bilo nasprotje med njeno zaznavo sebe kot moškega in njeno fizično zgradbo ugotovljeno z zdravniškim poročilom, zato se je pritoževala nad zavrnitvijo domačih oblasti, da bi odpravili to nasprotje z utemeljitvijo, da je bila sposobna spočeti. V maju 2013 pa so turška sodišča ugodila pritožbi in odobrila kirurško operacijo. ESČP je menilo, da je šlo za kršitev 8. člena EKČP, ki je bila v tem, da so pritožnici mnogo let zanikali možnost, da bi bila operirana, s čimer je Turčija kršila njeno pravico do zasebnega življenja. ESČP je večkrat ponovilo zlasti, da se možnost za transseksualce, da v celoti uresničujejo pravico do osebnega razvoja ter fizične in moralne integritete, ne more obravnavati kot sporno vprašanje. ESČP je navajalo, da četudi sprejmemo, da je zavrnitev pritožničine prvotne zahteve za dostop do takšne operacije temeljil na ustreznih temeljih, pa ni temeljil na zadostnih temeljih. Nastalega nasprotja s pritožnikovo pravico do spoštovanja zasebnega življenja ni mogoče šteti za »potrebno« v demokratični družbi.

V zadevi **D. Ç. proti Turčiji**¹¹² (odločitev o dopustnosti z dne 7. februarja 2017) se je pritožnik (transseksualec, katerega sprememba spola še ni bila izvedena) pritoževal zaradi zavrnitve ministrstva za pravosodje, da bi krili stroške njegove spremembe spola kljub medicinskemu dokazu, ki ga je priložil in ki je jasno izkazoval, da je nujno potreboval zdravniški poseg. ESČP je pritožbo spoznalo za nedopustno, saj pritožnik ni izčrpal vseh domačih pravnih sredstev (prvi in četrti odstavek 35. člena EKČP). V zadevi **A. P.,¹¹³ Garçon in Nicot proti Franciji**¹¹⁴ (odločitev z dne 6. aprila 2017) je šlo za tri transspolne osebe francoske narodnosti, ki so želele spremeniti svoj spol in svoja imena v rojstnih listinah, vendar jim sodišča tega niso dovolila. Pritožniki so med drugim navajali, da so oblasti kršile njihovo pravico do spoštovanja zasebnega življenja s tem, da so pogojevale priznanje spremenjene spolne identitete z operacijo, ki pa vključuje hkrati veliko verjetnost povzročitve sterilnosti. ESČP je presodilo, da je šlo v tem primeru pri drugem in tretjem pritožniku za kršitev 8. člena EKČP (pravica do spoštovanja zasebnega življenja) zaradi obveznosti za nepovratno spremembo njunega videza. ESČP je nadalje razsodilo, da kršitev 8. člena EKČP ni bila podana pri drugem pritožniku glede dolžnosti, da dokaže, da je dejansko trpel zaradi motnje spolne identitete, in glede prvega pritožnika zaradi obveznosti, da opravi zdravniški pregled. ESČP je zlasti razsodilo, da določitev priznanja spolne identitete transspolnih oseb, ki je pogojena z operacijo ali sterilizacijo, ki je te osebe niso želele, pomeni, da je popolno uveljavljanje pravice do spoštovanja zasebnega življenja pogojeno z opustitvijo uveljavljanja pravice do spoštovanja telesne integritete.¹¹⁵

V zadevi **S. V. proti Italiji**¹¹⁶ (odločitev z dne 11. oktobra 2018) italijanski organi transspolni osebi z ženskim videzom niso odobrili spremembe moškega osebnega

112 Št. pritožbe 10684/13, <https://ecjl.org/family/echr/towards-a-fundamental-right-to-choose-ones-sex> (5. 4. 2020).

113 Št. pritožbe 79885/12.

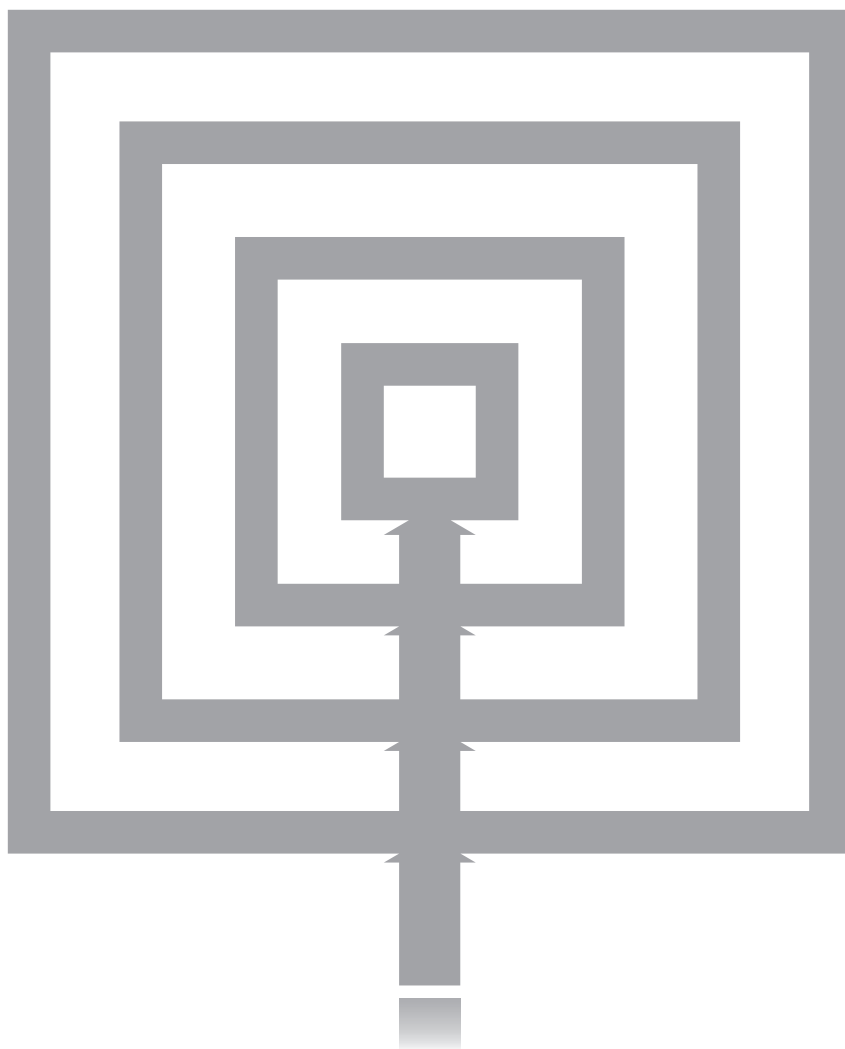
114 Št. pritožbe 52471/13 in št. 52596/13, <https://ecjl.org/family/echr/towards-a-fundamental-right-to-choose-ones-sex> (5. 4. 2020).

115 Glej tudi **Pieter Cannoot**: A.P., Garçon and Nicot v. France: the Court draws a line for trans rights, <https://strasbourgobservers.com/2017/05/05/a-p-garcon-and-nicot-v-france-the-court-draws-a-line-for-trans-rights/> (5. 4. 2020).

116 Št. pritožbe 55216/08, <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/S.%20V.%20v.%20Italia.pdf> (5. 4. 2020).

imena, ker osebi s kirurško operacijo še ni bil spremenjen spol in ker še ni bila izdana dokončna sodna odločba, ki bi potrdila spremembo spola. Maja 2001 je okrožno sodišče v Rimu dovolilo pritožniku, da s kirurško operacijo spremeni spol, vendar po veljavni zakonodaji v tistem času ni bilo mogoče spremeniti osebnega imena, dokler sodišče ne potrdi, da je bila operacija izvedena, in dokler ne izda dokončne odločitve o spolni identiteti, kar je sodišče tudi storilo v oktobru 2003. ESČP je štelo, *da je šlo za kršitev 8. člena EKČP*. ESČP je predvsem ugotovilo, da je pritožničina nezmožnost, da več kakor dve leti in pol ni mogla doseči spremembe osebnega imena, ker postopek spremembe spola še ni bil končan s kirurško operacijo spremembe spola, pomenila neučinkovitost države, da bi uresničila svojo pozitivno dolžnost, da pritožnici zagotovi pravico do spoštovanja zasebnega življenja. Po mnenju ESČP je okostenelost sodnega postopka za ponovno prepoznavo spolne identitete transspolne osebe, kakor je obstajala v tistem času, pustila pritožnico, katere fizični videz in družbena identiteta je bila že dolgo ženska, nerazumno dolgo v položaju, ki ji je povzročal občutke ranljivosti, ponižanja in zaskrbljenosti. ESČP je sicer pripomnilo, da je bil zakon v letu 2011 spremenjen tako, da ni več potrebna nova odločitev sodišča v postopkih za potrditev spremembe spola osebe, ki je s kirurško operacijo spremenila spol, in lahko spremembe v registru civilnega statusa odredi sodnik pri odločitvi o dovolitvi kirurške operacije.¹¹⁷

¹¹⁷ Glej tudi **Pieter Canoot**: S.V. v. Italy: on temporality and transgender persons, <https://strasbourgeoiservers.com/2018/10/19/s-v-v-italy-on-temporality-and-transgender-persons/> (5. 4. 2020). O problematiki splošno glej tudi **Lena Holzer** (ur.): Non-Binary Gender Registration Models in Europe, Report on third gender marker or no gender marker options, For ILGA-Europe, september 2018; **Ines Espinhaço Gomes**: Queering European Union Law: Sex and Gender Beyond the Binary and Cisnormativity, Studi Paper No 4/19, April 2019.



**IZ PRAKSE ZA
PRAKSO**



PRAKTIČNE IZKUŠNJE S TUJIMI EVROPSKIMI POTRDLI O DEDOVANJU PRI VPISIH LASTNINSKE PRAVICE DEDIČEV V SLOVENSKO ZEMLJIŠKO KNJIGO

Mag. Nataša Erjavec, notarka v Ljubljani

1. UVOD

Mineva dobrih pet let, odkar se tudi v Sloveniji uporablja Uredba EU 650/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. 7. 2012 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju odločb in sprejemljivosti in izvrševanju javnih listin v dednih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju (v nadaljevanju uredba EU o dedovanju).¹ Uredba se uporablja za dedovanje po osebah, ki so umrle 17. avgusta 2015 ali po tem datumu², ter je v celoti zavezujoča in se neposredno uporablja v državah članicah Evropske unije³ z izjemo Irske⁴ in Danske.⁵

Uredba EU o dedovanju določa, da v primerih čezmejnega dedovanja o celotni zapuščini odloči »sodišče«⁶ države, v kateri je imel zapustnik ob smrti običajno prebivališče in to sodišče⁷ pri tem praviloma uporabi svoje pravo. Cilj uredbe je namreč večja pravna varnost, prihodnjemu zapustniku nudi možnost izbire prava, ki se bo uporabilo za njegovo zapuščino, dedičem⁸ pa preprostejši, hitrejši, cenejši in enotni postopek za dedovanje celotnega premoženja zapustnika.

1 Uradni list Evropske unije L 201/107, 27. 7. 2012.

2 Glej 83. člen uredbe EU o dedovanju.

3 Glej drugi odstavek 84. člena uredbe EU o dedovanju.

4 V skladu s 1. in 2. členom Protokola (št. 21) o stališču Združenega kraljestva in Irske glede območja svobode in pravice, ki je priložen Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o delovanju Evropske unije, Irska in Združeno kraljestvo ne sodelujeta pri sprejetju te uredbe, ki zanju ni zavezujoča in se zanju ne uporablja. Vendar to ne posega v možnost, da Irska v skladu s 4. členom navedenega protokola po sprejetju te uredbe pošlje uradno obvestilo o svoji nameri, da želi sprejeti to uredbo (82. točka preambule uredbe EU o dedovanju). Od 1. februarja 2020 Združeno kraljestvo ni več država članica EU. Vendar se v skladu s sporazumom o izstopu v prehodnem obdobju (do 31. decembra 2020) za Združeno kraljestvo in v njem uporablja pravo EU. Spomniti velja, da Združeno kraljestvo ni in ni bilo država članica uredbe EU o dedovanju.

5 V skladu s 1. in 2. členom Protokola (št. 22) o stališču Danske, ki je priložen Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o delovanju Evropske unije, Danska ne sodeluje pri sprejetju te uredbe, ki zanju ni zavezujoča niti se zanju ne uporablja (83. točka preambule uredbe EU o dedovanju).

6 Kar je treba razumeti v pomenu, kakor je v uredbi EU o dedovanju opredeljen v drugem odstavku 3. člena.

7 Po uredbi EU o dedovanju ima izraz »sodišče« širok pomen, in sicer se nanaša tako na: a) sodišča v pravem pomenu besede, torej organe, ki izvajajo sodno funkcijo, kakor tudi na b) notarje in matične urade, ki v nekaterih državah članicah uredbe tako kakor sodišča izvajajo sodno funkcijo, ter tudi na c) notarje in pravne strokovnjake, ki v nekaterih državah članicah uredbe izvajajo sodno funkcijo na podlagi prenosa pooblastil s strani sodišča. Glede na povedano slovenski notarji niso zajeti v opredelitvi »sodišča« po uredbi EU o dedovanju.

8 Kadar je zapustnik izbral pravo za dedovanje v skladu z uredbo EU o dedovanju, tudi dogovor o izbiri sodišča.

Če si za potrebe tega prispevka čezmejno dedovanje zamislimo kot široko, večpasovno avtocesto, po desnem voznem pasu iz Slovenije v tujino potujejo nacionalni sklepi o dedovanju in evropska potrdila o dedovanju glede zapuščine, ki je v tujini, in se bodo ti izvedli v zemljiških knjigah⁹ držav, kjer je nepremičnina. Hkrati pa po nasprotnem voznem pasu k nam iz tujine prihajajo nacionalni dokumenti o dedovanju ali evropska potrdila o dedovanju, katerih predmet je (tudi) nepremičnina, ki je na območju Republike Slovenije. V tem prispevku so obravnavane le slednje.

Izbrala sem tri primere iz prakse naše notarske pisarne. Prvi primer izhaja iz Hrvaške, izbran pa je zaradi prikaza razmerja med nacionalnim dokumentom o dedovanju in evropskim potrdilom o dedovanju.¹⁰ Ob njem bom obravnavala pridobitev EMŠO dediča, davke in prevod tuje listine (odločbe). Drugi primer je iz Nemčije. Seveda s posebnim namenom, saj je prav Nemčija država izvora nacionalnih dokumentov o dedovanju ali evropskih potrdil o dedovanju, ki so v prvih letih po uveljavitvi uredbe EU o dedovanju v praksi povzročala največ težav, kadar v njih nepremičnine, ki so predmet dedovanja, niso bile navedene. Ob nemškem primeru bom navedla tudi slovensko in avstrijsko sodno prakso z navedenega področja. Ob nemškem primeru bom znova obravnavala prevod, tokrat tujega evropskega potrdila o dedovanju. Tretji primer je iz Švedske, ob katerem bom navedla različne pristojne izdajatelje tujih evropskih potrdil o dedovanju in postopek v primeru, če je nepremičnina, opredeljena v tujem evropskem potrdilu o dedovanju, nepravilno označena. Opozoriti torej **želim** na razlike in posledice, kadar v tujem evropskem potrdilu nepremičnina sploh ni označena (Nemčija) ali če je, vendar nepravilno (Švedska). V sklepu opisujem, kako zdaj v praksi potekajo vpisi na podlagi iz tujine izhajajočih listin o dedovanju. Najprej pa podajam teoretični uvod in ustrezne pravne podlage.

1.1 Teoretični uvod in pravne podlage

Za prakse je bistvenega pomena odgovor na vprašanje, kaj spada v področje uporabe uredbe EU o dedovanju in kaj ne.

Navajam predvsem izključitve iz uporabe uredbe, in sicer najprej **splošne**. Uredba EU o dedovanju se uporablja v zadevah dedovanja, **ne uporablja pa se v davčnih**, carinskih ali upravnih zadevah.¹¹ Podrobneje je v 10. točki preambule pojasnjeno, da je nacionalna zakonodaja države članice uredbe tista, ki določa, kako na primer izračunati in plačati kakršen koli davek na zapuščino, ki bi ga bilo treba plačati iz zapuščine ali bi ga morali plačati upravičenci, kakor tudi, ali se prehod zapuščine na upravičenca ali vpis zapuščine v register obdavči točki.

Med **posebnimi** izključitvami je treba opozoriti, da so iz področja uporabe uredbe izrecno izključeni (drugi odstavek 1. člena):

»(I) vpis pravic na nepremičnini ali premičnini v register, vključno s pravnimi zahtevami za takšen vpis in učinki vpisa ali nevpisa takšnih pravic v register.«

⁹ In drugih ustreznih evidencah in registrih.

¹⁰ V nadaljevanju EPD.

¹¹ Prvi odstavek 1. člena uredbe EU o dedovanju.

Strnemo lahko, da se s tematiko, zajeto v zgornji (l) uporabi nacionalno pravo posamezne države članice, ki vodi zemljiško knjigo. Enako velja tudi za naravo stvarnih pravic (posebna izključitev iz točke (k) drugega odstavka 1. člena uredbe EU o dedovanju. Število in obseg uvodnih določil¹² kažeta na politične težave, ki so vplivale na pogajanja in oblikovanje navedenih določb.¹³

Preambula uredbe tako nakazuje, naj »zakonske pogoje in način vpisa pravice ter organe, kot so zemljiške knjižne ali notarji, ki so pristojni, da preverijo, ali so izpolnjene vse zahteve in ali je predložena ali veljavna dokumentacija zadostna oziroma vsebuje vse potrebne informacije, določa pravo države članice, v kateri se vodi register (za nepremičnine *lex rei sitae*).«¹⁴ Priznati je treba listine o dedovanju, ki jih sestavijo pristojni organi držav članic uredbe. Zlasti novo uvedeno evropsko potrdilo o dedovanju mora biti veljavna listina za vpis zapuščine v zemljiško knjigo. Seveda pa lahko pristojni organ države članice, ki vodi zemljiško knjigo, zahteva dodatne listine ali informacije (na primer glede plačila davka) ter prosilcu za vpis svetuje glede pridobitve manjkajočih listin in informacij.¹⁵ Ker so iz področja uredbe EU o dedovanju izključeni učinki vpisa pravice v zemljiško knjigo, nacionalno pravo države članice določa, ali ima vpis deklaratorni ali konstitutivni učinek.

V noveli zakona o dedovanju ZD-C¹⁶ je bila med drugim za doseg učinkovite uporabe in doseg ciljev uredbe EU o dedovanju izvedena prilagoditev nacionalne zakonodaje,¹⁷ potrebna tudi zaradi zapolnitev praznine v uredbi.¹⁸

227.e člen ZD ureja evropsko potrdilo o dedovanju, izdano v drugi državi članici. Zanj določa, da ima v primerih, ko je za »vpis pravice na nepremičnini ali premičnini v zemljiško knjigo ali drugo evidenco ali register pristojno sodišče ali drug organ Republike Slovenije, **lastnost** sklepa o dedovanju.«¹⁹ Evropsko potrdilo o dedovanju, izdano v državi članici uredbe EU o dedovanju, je listina, ki je podlaga za vpis pravice v zemljiško knjigo v Sloveniji, postopek pa se začne na predlog stranke.²⁰

2. PRAKTIČNI PRIMERI

2.1 Država izvora Hrvaška, vpis dovoljen pod Dn 122760/2020 z dne 17. 8. 2020

Na našo notarsko pisarno se je najprej po telefonu in nato še po e-poti obrnila dedinja iz Hrvaške, ki je po svoji mami, zapustnici z običajnim prebivališčem ob smrti v Republiki Hrvaški, med drugim podedovala tudi obsežno nepremično premoženje

12 Preambula uredbe EU o dedovanju.

13 Tako Frimstone v EU Regulation on Succession and Wills, Commentary, OttoSchmidt 2015, str. 49.

14 18. točka preambule uredbe EU o dedovanju.

15 Povzeto po 18. točki preambule uredbe EU o dedovanju.

16 Zakon o dedovanju (Uradni list SRS, št. 15/76, 23/78, Uradni list RS/l, št. 17/91 – ZUDE, Uradni list RS, št. 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 82/94 – ZN-B, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ, 73/04 – ZN-C, 31/13 – odl. US, 99/13, 63/16).

17 Povzeto po Dolžan, J. in Rudolf, C., Uredba o dedovanju v teoriji in praksi, Pravosodni bilten 2/2017, Vrhovno sodišče RS, str. 36.

18 Na primer postopek prilagoditve neznane stvarne pravice, 227.f člen ZD.

19 Prvi odstavek 227.e člena ZD-C.

20 Drugi in tretji odstavek 227.e člena ZD-C.

v Republiki Sloveniji. Zapuščinski postopek po zapustnici se je vodil pred hrvaško notarko kot komisarko sodišča, ki je glede zapustničnih nepremičnin v Republiki Sloveniji izdala poseben sklep, da je to nepremično premoženje naknadno najdena zapuščina in ga z istim sklepom dodelila dedinji. Dedinja nam je izdani sklep poslala v pregled (obsegal je skoraj štiri strani navedb nepremičnin) in nas zaprosila za podatek, kaj vse še potrebuje, da bo lahko dosegla vpis lastninske pravice pri podedovanem premoženju v svojo korist.

Dedinjo smo prosili, naj pridobi izvod izdanega sklepa, ki ga je izdala notarka, z določbo o pravnomočnosti in prevod tega dokumenta v slovenski jezik. Dedinja nas je vprašala, ali mora prevod opraviti slovenski sodni tolmač ali pa je to lahko sodni tolmač iz katere koli druge države, in povedala, da slovenske EMŠO nima. Je pa pojasnila, da je hrvaška notarka sklep o dedovanju za naknadno najdeno premoženje že predložila Davčni upravi Republike Hrvaške, Izpostava Samobor.

Dedinjo je zanimalo, ali bo za vpis lastninske pravice v njeno korist zadoščal že hrvaški nacionalni sklep o dedovanju (tu konkretno »Rješenje« hrvaške notarke) ali bi morda morala pridobiti še (ali le) evropsko potrdilo o dedovanju.

Odgovorili smo ji, da nacionalni dokument (hrvaški sklep o dedovanju) zadošča za vpis lastninske pravice v njeno korist pri podedovanju nepremičnin v slovensko zemljiško knjigo. 62. člen uredbe EU o dedovanju jasno določa, da uporaba potrdila (EPD) **ni obvezna** in da evropsko potrdilo o dedovanju ne nadomešča nacionalnih dokumentov, ki se za podobne namene uporabljajo v državah članicah.²¹ Evropsko potrdilo o dedovanju je izbirni instrument in njegova izdaja torej ne izključuje izdaje nacionalnih listin o dedovanju ter nima prednostnega učinka v primerjavi z nacionalnimi odločbami ali potrdili o dedovanju.²² Dedinja lahko prosto izbira, in ali bo zaprosila za izdajo evropskega potrdila o dedovanju, za nacionalni dokument o dedovanju ali za izdajo obeh listin.²³

Pomembno je dodati še, da EPD učinkuje v vseh državah članicah, ne da bi bil za to potreben kakšen poseben postopek, pri evropskem dokumentu o dedovanju²⁴ pa je treba ločiti, ali gre za **odločbo**²⁵ ali **javno listino**.²⁶ Priznanje, izvršljivost in izvrševanje odločb uredba EU o dedovanju ureja v IV. poglavju, javne listine pa v poglavju.

21 Vendar potrdilo, potem ko je bilo izdano za uporabo v drugi državi članici, učinkuje, kakor je navedeno v 69. členu, tudi v državi članici, katere organi so ga izdali v skladu s tem poglavjem (tretji odstavek 62. člena uredbe EU o dedovanju).

22 Ivanc, Evropsko potrdilo o dedovanju – nov instrument na področju mednarodnega zasebnega (dednega) prava, str. 2.

23 Dolžan, J. in Rudolf, C., Uredba o dedovanju v teoriji in praksi, Pravosodni bilten 2/2017, Vrhovno sodišče RS, str. 55.

24 Na primer sklep o dedovanju (»rješenje o nasljeđivanju« na Hrvaškem) ali potrdilo v dedovanju (»Erbschein« v Nemčiji).

25 »Odločba« je v uredbi EU o dedovanju opredeljena v točki (g) prvega odstavka 3. člena kot vsaka odločba v dednih zadevah, ki jo izda sodišče države članice, ne glede na to, kako je ta poimenovana.

26 »Javna listina« je v uredbi o dedovanju opredeljena v točki (i) prvega odstavka 3. člena kot listina v dedni zadevi, ki je bila uradno sestavljena ali overjena kot javna listina v državi članici in katere verodostojnost se nanaša na podpis in vsebino ter jo je ugotovil javni ali drug organ, ki ga je v ta namen pooblastila država članica izjava javne listine.

V konkretnem primeru velja, da je hrvaški sklep o dedovanju sodna odločba, ki jo izda notar kot sodni komisar po pooblastilu sodišča, ter se v Sloveniji prizna samodejno,²⁷ apostila ni potrebna.²⁸

Prevod pravnomočnega hrvaškega sklepa o dedovanju v slovenski jezik je opravil hrvaški sodni tolmač. Za dedinjo, ki doslej slovenske EMŠO ni imela, smo jo na podlagi njenega pooblastila pridobili v naši pisarni pri Oddelku za centralni register prebivalcev in upravljanje podatkov pri Ministrstvu za notranje zadeve Republike Slovenije (MNZ).

Davki so, kakor je obrazloženo zgoraj, izvzeti iz področja uporabe uredbe EU o dedovanju in jih ureja nacionalno pravo vsake države članice uredbe. Nacionalna zakonodaja naj bi določala, ali so bili izračunani in plačani davki in obveznosti s področja javnega prava ne glede na to, ali gre za davke, ki bi jih moral plačati zapustnik ob smrti, ali za kakršen koli davek na zapuščino, ki bi ga bilo treba plačati iz zapuščine ali bi ga morali plačati dediči. Nacionalno pravo naj bi določalo, ali se prehod zapuščine na dediče v skladu z uredbo EU o dedovanju ali vpis zapuščine v zemljiško knjigo (ustrezni register) obdavči.²⁹

V nacionalnem pravu imamo določbo, da se pravnomočni sklep o dedovanju pošlje pristojnemu davčnemu uradu.³⁰ Zakon o davku na dediščine in darila³¹ določa, da je davčni zavezanec fizična ali pravna oseba zasebnega prava, ki prejme premoženje na podlagi dedovanja,³² osnova za davek pa je vrednost podedovanega prejetega premoženja v času nastanka davčne obveznosti po odbitku dolgov, stroškov in bremen, ki odpadejo na premoženje, od katerega se plačuje ta davek.³³ Davčna obveznost nastane na dan pravnomočnosti sklepa o dedovanju. V praksi smo sprva tudi tuje nacionalne dokumente o dedovanju pred vložitvijo predloga za vpis lastninske pravice v korist dedičev v zemljiško knjigo pošiljali slovenski FURS, ki je bodisi ugotovila, da gre za davčno oprostitvev v skladu z zakonom, bodisi je ustrezni davek odmerila.³⁴ Pozneje se je izkazalo, da so bili vpisi lastninske pravice v korist dedičev izvedeni tudi, če to ni bilo predhodno opravljeno, zato smo to prakso začeli opuščati. S tem pa je ali bi lahko prišlo do neenakega obravnavanja dedičev glede nato, v kateri državi je imel zapustnik običajno prebivališče ob smrti in katero sodišče je bilo pristojno za odločanje o njegovi celotni zapuščini, domače (slovensko) ali tuje (v skladu z uredbo EU o dedovanju). Na to okoliščino je bilo opozorjeno tudi v okviru projekta CISUR³⁵ in v zvezi s tem izdano priporočilo. Po njem naj bi bilo

27 Glej tudi Rijavec, V., Čezmejno dedovanje – glavni poudarki za odvetnike, Odvetnik 97, jesen 2020, str. 14, in Ivanc, T. v Mednarodno zasebno pravo Evropske unije, urednici Repas, Martina in Rijavec, Vesna, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2018, str. 552–555.

28 Enako velja že na podlagi 20. člena Zakona o ratifikaciji pogodbe med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško o pravni pomoči v civilnih in kazenskih zadevah, Uradni list RS št. 42/1994, z dne 13. 7. 1994.

29 Glej 10. točko preambule uredbe EU o dedovanju.

30 Glej tretji odstavek 215. člena ZD.

31 Zakon o davku na dediščine in darila (Uradni list RS, št. 117/06, 36/16 – odl. US), v nadaljevanju ZDDD.

32 Glej prvi odstavek 3. člena ZDDD.

33 Glej prvi odstavek 5. člena ZDDD.

34 Ni pa mi znano, da bi se kdaj izrekla, da odločanje o tem ne spada v njeno pristojnost.

35 Projekt CISUR je namenjen krepitvi pravosodnega sodelovanja pri izvajanju uredbe EU o dedovanju na Hrvaškem in v Sloveniji, pri njem pa so sodelovali Hrvaški pravni center (nevladna organizacija iz Hrvaške) v partnerstvu z Mirovnim inštitutom iz Slovenije, Ministrstvom za pravosodje Republike

tudi v slovenskih predpisih priporočljivo določiti postopke, ki bi zagotovili, da pred izvršitvijo odločb oziroma evropskih potrdil o dedovanju, ta obravnavajo davčni organi.³⁶

V konkretnem primeru hrvaškega sklepa o dedovanju slovenski FURS pred vložitvijo predloga za vpis lastninske pravice v korist dedinje nismo predložili. Predlagani vpis je bil dovoljen.

Stroški dedinje za vpis lastninske pravice v Sloveniji so bili izključno notarska pristojbina,³⁷ saj velja za vpise v zemljiško knjigo na podlagi sklepa (tudi tujega) o dedovanju³⁸ taksna oprostitve.³⁹

2.2 Država izvora Nemčija, vpis dovoljen pod Dn 173996/2019 z dne 23. 9. 2019

Navedeni nemški primer sem izbrala zato, ker je bil vpis lastninske pravice v korist dedinje predlagan na podlagi v Nemčiji izdanega evropskega potrdila o dedovanju, kjer je bilo nepremično premoženje, ki je v Sloveniji, natančno in pravilno navedeno v točki 9 priloge IV. Nemško evropsko potrdilo o dedovanju je izdalo nemško sodišče.

Vendar v praksi nemška sodišča pri izdanih evropskih potrdilih o dedovanju⁴⁰ pogosto odklanjajo navedbo premoženja, ki je predmet zapuščine (na primer nepremično premoženje v Sloveniji).

Nepremičnine se v slovensko zemljiško knjigo vpisujejo z **identifikacijskim znakom**.⁴¹ Identifikacijski znak zemljiške parcele je identifikacijska oznaka, kakor je vpisana v zemljiškem katastru, identifikacijski znak stavbe ali njenega posameznega dela pa je identifikacijska oznaka, kakor je vpisana v katastru stavb.⁴² V nemških nacionalnih potrdilih o dedovanju ali evropskih potrdilih o dedovanju pa takšne (ali sploh kakršne koli) oznake nepremičnin v Sloveniji ni bilo.

Praksa slovenskih zemljiškoknjižnih sodišč prve stopnje pri obravnavanju predlogov za vpis lastninske pravice dedičev na podlagi nemških potrdil o dedovanju (bodisi nacionalnega Erbscheina, bodisi evropskega potrdila o dedovanju), v katerih pa v skladu z nemškim nacionalnim (dednim) pravom ni bilo navedbe identifikacij-

Hrvaške, Hrvaško notarsko zbornico, Notarsko zbornico Slovenije in v sodelovanju z Vrhovnim sodiščem Republike Hrvaške. Več o projektu glej na: <https://www.mirovni-institut.si/projekti/cisur-krepitev-pravosodnega-sodelovanja-pri-implementaciji-uredbe-o-dedovanju-na-hrvaskem-in-v-sloveniji/> (15. 11. 2020).

36 Glej <www.notar-z.si> (15. 11. 2020).

37 Ta je znašala 97,06 evra z že vključenim DDV.

38 Enako tudi v primeru tujega evropskega potrdila o dedovanju.

39 Taksna tarifa 9.10 (Zakon o sodnih taksah (Uradni list RS, št. 37/08, 97/10, 29/13 – skl. US, 21/13 – ZP-1H, 63/13, 89/13 – odl. US, 111/13 ZP-1I, 40/14 – skl. US, 58/14 – odl. US, 72/14 – skl. US, 19/15 – odl. US, 30/16, 10/17 – ZPP-E, 11/18 – ZIZ-L, 35/18 – odl. US, 16/19 – ZNP-1) za zemljiškoknjižne postopke namreč v opombi 6 določa, da se taksa ne plača za zemljiškoknjižne vpise po sklepu o dedovanju.

40 V nemščini evropsko potrdilo o dedovanju (EPD): Europäische Nachlasszeugnis (ENZ).

41 Glej 12. člen Zakona o zemljiški knjigi (Uradni list RS, št. 58/03, 45/08, 37/08 – ZST-1, 28/09, 25/11, 14/15 – ZUUJFO, 23/17 – ZDOdv, 69/17, 11/18 – ZIZ-L, 16/19 – ZNP-1), ZZK-1.

42 Glej 4. in 5. točko prvega odstavka 3. člena ZZK-1.

ske oznake slovenske nepremičnine, ki je tvorila zapuščino, se je sprva razlikovala. Vpisi so bili včasih dovoljeni, včasih pa ne, praviloma z obrazložitvijo, da v listini, ki je podlaga za vknjižbo, nepremičnina ni označena z identifikacijskim znakom, kakor to določata 30. in 31. člen Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1). Prišlo je torej do razkoraka med nemškim nacionalnim dednim pravom in slovenskim nacionalnim zemljiškoknjižnim pravom.

Prelomnica je **Sklep Višjega sodišča v Kopru, opr. št. CDn 196/2018**.⁴³

Sodišče prve stopnje je zavrnilo predlog predlagateljice za vpis lastninske pravice v korist dedinje na podlagi nemškega evropskega potrdila o dedovanju, ker v njem nepremičnina, ki je predmet dedovanja, ni bila navedena, kar pomeni, da ni izpolnjen pogoj iz 31 člena ZZK-1. Po pritožbi predlagateljice je višje sodišče izpodbijani sklep razveljavilo in zadevo vrnilo zemljiškoknjižni sodnici v novo odločanje o vpisu.

Višje sodišče je v navedenem sklepu ugotovilo, da »bi razlaga, za katero se zavzema sodišče prve stopnje, pomenila, da na podlagi evropskih potrdil o dedovanju, ki jih izdajajo nemška sodišča, nikoli ne bi mogli izvesti vpisa v zemljiško knjigo. To pa je v nasprotju z namenom uredbe EU o dedovanju, pa tudi v nasprotju z javnim interesom. V javnem interesu je namreč, da je urejen prehod premoženja v primeru smrti (tudi brez izrecno izražene volje dedičev) in da zemljiška knjiga odraža resnične podatke. Bilo bi v nasprotju z načeli, na katerih temeljijo uredba o dedovanju, ZD in ZZK-1, če bi na predlagatelja (dediča) prevladali posledice razlik med pravnimi sistemi oziroma če zaradi razlik v teh sistemih vpisa ne bi mogli opraviti.«

Višje sodišče se je odločilo za razlago, po kateri lahko predlagateljica zahtevo iz 31. člena ZZK-1 izpolni tudi na drug način in torej ni nujno, da podatek vsebuje že listina (nemško evropsko potrdilo o dedovanju).

2.2.1 Sodna praksa avstrijskega vrhovnega sodišča 5 Ob 157/18a

S podobnimi težavami, ko nepremičnina v nemškem sklepu o dedovanju (*Erbschein*) ali v evropskem potrdilu o dedovanju ni označena z identifikacijskim znakom, se je spoprijemala tudi avstrijska sodna praksa.⁴⁴

Avstrijsko vrhovno sodišče je izreklo,⁴⁵ da **konkretna navedba nepremičnin v nemškem potrdilu o dedovanju (Erbschein) kakor tudi v nemškem evropskem potrdilu o dedovanju (ENZ) ni potrebna**.⁴⁶

⁴³ <<https://www.iusinfo.si/sodna-praksa/vsk-sklep-cdn-196-2018>>(25. 10. 2019).

⁴⁴ Ob tem velja opozoriti na pomembno razliko v ureditvi dedovanja med Avstrijo in Slovenijo. Dedovanje v Avstriji ureja zvezni zakon – *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*. V nasprotju s sistemom *ipso iure* prehoda dediščine na dediče v trenutku smrti (kot to velja v Sloveniji) avstrijska ureditev dedovanja izhaja iz načela prisoditve dediščine dedičem. V Avstriji dedič ne pridobi dediščine samodejno, ampak šele na podlagi prisojila (*Einantwortung*), ki pomeni sodno izročitev premoženja v last in posest po tem, ko je dedič podal izjavo o sprejemu dediščine. Avstrijsko dedno pravo torej temelji na *sistemu ležeče zapuščine* in so dediči lahko le tisti, ki so podali pozitivno dedno izjavo (v Avstriji ne poznajo domneve o sprejemu dediščine). Za izdajo sklepa o prisojilu, ki je konstitutivne narave, je pristojno sodišče, po pooblastilu sodišča pa notar kot sodni komisar. V Sloveniji pa je sklep o dedovanju deklaratorne narave.

⁴⁵ Sklep 5Ob157/18a z dne 3. 10. 2018.

⁴⁶ Ein deutscher Erbschein muss - ebenso wie ein europäisches Nachlasszeugnis - die Liegenschaft(en) nicht konkret bezeichnen.

Mladoletni predlagateljici sta na podlagi nemškega potrdila o dedovanju (Erb-schein) po svoji mami, ki je imela ob smrti običajno prebivališče v Nemčiji, med drugim predlagali vpis lastninske pravice v njuno korist pri dveh nepremičninah v Avstriji. Potrdilu o dedovanju (Erb-schein) sta dedinji priložili še potrdilo o izvršitelju oporoke in druge listine (enotna vrednost) ter rojstna lista.

V tem konkretnem primeru v skladu z uredbo EU o dedovanju prehod premoženja, pravic in obveznosti na dedinji ureja nemško pravo.⁴⁷ Nemško pravo ureja tudi po-oblastila dedinj, zlasti glede prodaje podedovanega premoženja,⁴⁸ oziroma njune pravice razpolaganja s podedovanim premoženjem in upravljanja premoženja.

Po nemškem pravu s smrtjo zapustnika njegovo premoženje kot celota preide na eno osebo ali več oseb (dediča oziroma dediče).⁴⁹ V konkretnem primeru je tako s smrtjo zapustnice nastala skupnost dedinj, zapustničnih mladoletnih hčera, in podedovano premoženje je postalo njuno skupno premoženje.⁵⁰ Po nemškem pravu sta torej dedinji ob smrti zapustnice samodejno pridobili zapuščino,⁵¹ drugače kakor to velja po avstrijskem pravu, ki pozna sistem »ležeče zapuščine« in zapuščina preide na dediče s prisojilom. Vendar lahko dedinji po nemškem pravu le skupno razpolagata s podedovanim premoženjem in ga upravljata, to pa je skupaj s pravicami izvršitelja oporoke (njunega očeta) in prepovedjo razpolaganja mogoče vpisati v avstrijsko zemljiško knjigo brez izvedbe postopka za prilagoditev stvarnih pravic.⁵²

Zanimiva sta tudi sklepa avstrijskega vrhovnega sodišča (sklepa 5 Ob 108/17v z dne 29. 8. 2017 in 5 Ob 186/17i z dne 21. 12. 2017). V obeh primerih je bilo dedovanje izvedeno v Nemčiji in po nemškem pravu, v listinah, ki so podlaga za vknjižbo, pa nepremičnina v Avstriji ni bila navedena. V obeh primerih je prvostopenjsko sodišče zemljiškoknjižni vpis zavrnilo, kar sta višji sodišči potrdili, revizijsko sodišče pa je zavzelo uredbi EU o dedovanju naklonjeno stališče. Odločitve nižjih sodišč je razveljavilo in zadevi vrnilo sodniku prve stopnje v ponovno odločanje.

Posebej zanimiv je prvi od zgoraj navedenih primerov. Predlog za vpis lastninske pravice v svojo korist je vložil kupec nepremičnine, ki je zemljiškoknjižnemu predlogu poleg kupoprodajne pogodbe predložil tudi nemški *Erb-schein* in EPD (pri obeh pa podatki o avstrijski nepremičnini niso navedeni), je pa na njuni podlagi razvidno, da je prodajalec edini dedič po zapustniku, ki je še vpisan kot lastnik nepremičnine v Avstriji. Zapustnik je imel ob smrti 12. oktobra 2015 običajno prebivališče v Nemčiji.

Avstrijsko vrhovno sodišče v obrazložitvi navaja tudi, da je bil obravnavani predlog za vpis lastninske pravice v korist predlagatelja vložен »na preskok«.⁵³ V zemljiški knjigi je kot lastnik še vpisan zapustnik. Dedovanje se je na podlagi uredbe EU o dedovanju izvedlo v Nemčiji in po nemškem dednem pravu. Zato nemško

47 Drugi odstavek (e) 23. člena uredbe EU o dedovanju.

48 Drugi odstavek (f) 23. člena uredbe EU o dedovanju.

49 Prvi odstavek par. 1922 BGB.

50 Glej <[51 *Ipsa iure* prehod zapuščine, podobno kakor v Sloveniji.](https://e-justice.europa.eu/content_adapting_rights_in_rem>(25. 10. 2020).</p></div><div data-bbox=)

52 31. člen uredbe EU o dedovanju.

53 *Sprungeintragung* (nem.) oziroma *leap-frog entry* (angl.).

(materialno) dedno pravo v skladu s 23. členom uredbe o dedovanju med drugim ureja tudi (drugi odstavek 23. člena točka (a)) vzroke, čas in kraj uvedbe dedovanja kakor tudi (drugi odstavek 23. člena točka (e)) prehod premoženja, pravic in obveznosti, ki sestavljajo zapuščino, na dediče skupaj s pogoji in učinki sprejema dediščine (oziroma odpovedi dediščini), torej kdaj in v kakšni obliki (*ex lege* ali na podlagi sodne odločbe), pod katerimi pogoji in s kakšnimi učinki zapuščina ali njen del preide na dediče/volilojemnike. Točka (f) istega člena določa tudi, da v konkretnem primeru nemško pravo določa tudi pooblastila dedičev za prodajo premoženja iz zapuščine. Točka (l) drugega odstavka 1. člena uredbe EU o dedovanju iz področja uporabe uredbe sicer izključuje vpis pravic na nepremičnini v register, vključno s pravnimi zahtevami za tak vpis in učinke vpisa ali nevpisa pravic v register. Zato se vprašanje, ali nepremičnina po stvarnem pravu pripada zapustniku, presoja po avstrijskem pravu. Prav tako se vprašanje, ali je tak vpis v zemljiško knjigo konstitutivne ali deklaratorne narave, presoja po avstrijskem pravu.⁵⁴ Vprašanja, ali so pravice na nepremičnini predmet dednega prava ter na kakšen način in kdaj se prenesejo z zapustnika na dediča, pa se v konkretnem primeru rešujejo po nemškem pravu. Prav tako je treba po nemškem pravu odgovoriti tudi na vprašanje, ali lahko lastninska pravica na nepremičninah *ex lege* (zunajknjižno) preide na dediča, ki je hkrati prodajalec nepremičnine, in tak prehod zadošča za veljavni prenos lastninske pravice na kupca te nepremičnine.⁵⁵

2.2.2 Še o prevodu evropskega potrdila o dedovanju

Pomembna razlika med EPD in drugimi nacionalnimi dokumenti o dedovanju (odločbe, javne listine, sodne poravnave in podobno) je, da nacionalni dokumenti o dedovanju praviloma niso izdani na obrazcu. Drugače je pri EPD. Organ izdajatelj namreč izda evropsko potrdilo o dedovanju takoj potem (v uredbi EU o dedovanju je uporabljen izraz *nemudoma*), ko po pravu, ki se uporabi za dedovanje, ali po katerem koli drugem pravu, ki se uporablja za posamezne elemente, ugotovi vse potrebne elemente in pri tem **obvezno uporabi predpisani obrazec**.⁵⁶

Pomembno vprašanje je, ali je za izvedbo EPD v zemljiški knjigi (ali sodnem ali drugem registru) potreben njegov prevod v jezik države, ki vodi register.⁵⁷ Med cilji uredbe EU o dedovanju je zagotovo tudi dedičem omogočiti preprostejši, hitrejši, **cenejši** in enotni postopek za dedovanje celotnega premoženja zapustnika. Stroške prevoda izdanega EPD v jezik ciljne države (države registra ali zemljiške knjige) nosijo dediči. Zagotovo je bila zato želja evropskega zakonodajalca, pripraviti obrazec za EPD, da ne bi ali vsaj, če je to mogoče, ne bi zahtevali prevoda v jezik države registra/zemljiške knjige.

V praksi smo doslej stranke napotili, naj sodnega tolmača za izdelavo prevoda tujega evropskega potrdila o dedovanju v slovenski jezik prosijo, naj za podlago

54 Česar pa nacionalno (tukaj avstrijsko) registrsko pravo izrecno ne ureja, glej tudi 19. točko preambule uredbe EU o dedovanju.

55 Več o tem glej Erjavec, Nataša, Iz prakse: Vpisi v slovensko zemljiško knjigo na podlagi nemških listin o dedovanju, Notarski vestnik, št. 11, 2018, str. 53.

56 Objavljeni so na strani e-justice, <e-justice.europa.eu/content_european_certificate_of_succession> (16. 11. 2020). Obrazci so dinamični in jih je mogoče izpolniti na spletu.

57 Glej tudi Reinhartz Barbara, v EU Regulation on Succession and Wills, Commentary, OttoSchmidt 2015, str. 284.

uporabi že pripravljeni slovenski obrazec EPD. Vanj naj vnese in prevede v slovenski jezik le v EPD izpolnjeno besedilo. Obstajajo pa tudi EPD, ki posebnega besedila, ki bi ga bilo treba prevesti, ne vsebujejo, saj vsebujejo le podatke o zapustniku in dediču, predmet zapuščine v njem ni posebej naveden (ali pa je oznaka nepremičnin številčna, česar prav tako ni treba prevesti). Prvi predlogi, ki so bili za vpis lastninske pravice v korist dedičev predlagani na taki podlagi in brez prevoda v slovenski jezik, so bili neuspešni in ugovori že vloženi, kakšna bo glede tega domača sodna praksa, pa bomo morali še počakati.

2.3 Država izvora Švedska, vpis dovoljen pod Dn 135843/2017 z dne 24. 7. 2017

Na našo pisarno se je obrnil pooblaščenec dedinje, njen sin, s prošnjo, da v zemljiški knjigi predlagamo vpis lastninske pravice v korist njegove mame na podlagi evropskega potrdila o dedovanju, ki ga je izdal švedski davčni organ.⁵⁸

Na Švedskem se zapuščina večinoma razdeli brez sodelovanja organov.⁵⁹ Skandinavske države praviloma nimajo nacionalnih dokumentov o dedovanju.⁶⁰ Po smrti zapuščino skupaj razdelijo osebe, ki so upravičene do zapuščine, tj. skupni lastniki pokojnikove zapuščine. Tri mesece po smrti je treba popis zapuščine predložiti švedski davčni upravi (Skatteverket). V popisu so navedeni premoženje in dolgovi iz pokojnikove zapuščine. V njem je navedeno tudi, kdo je pooblaščen za zastopanje zapuščine. Švedska davčna uprava je tudi pristojna za iskanje dedičev, za katere ni znano, kje so, in sicer z objavo obvestila v uradnem listu.⁶¹

Dedič nam je izdano evropsko potrdilo o dedovanju poslal v pregled po e-pošti in pri pregledu zemljiške knjige smo ugotovili, da je pri navedbi nepremičnin v EPD prišlo do strojepisne napake, zamenjave številčk, ki tvorijo identifikacijsko oznako nepremičnin. Takšne primere uredba EU o dedovanju ureja v 71. členu. V skladu z njim organ izdajatelj evropskega potrdila o dedovanju bodisi sam po uradni dolžnosti bodisi na zahtevo osebe z upravičenim interesom popravi upravno napako. O tem nemudoma obvesti vse osebe, ki so jim bile izdane overjene kopije evropskega potrdila o dedovanju.

Popravek je izdajatelj konkretnega evropskega potrdila o dedovanju opravil tako, da je nanj ročno napisal »sprememba (datum spremembe) nepremičnine parc. št. k. o. št. ... », ob popravke pa se je podpisala odgovorna oseba izdajatelja.

Na tem mestu velja odgovoriti še na vprašanje glede časovne veljavnosti evropskega potrdila o dedovanju oziroma pravilneje njegovih overjenih kopij.⁶² Te so na-

58 Swedish Tax Agency, Visby Tax Office (ang.), oziroma Skatteverket Visby (švedsko). Uredba o dedovanju v 64. členu kot pristojna za izdajo EPD določa bodisi sodišča (kakor so ta opredeljena v drugem odstavku 3. člena uredbe) ali drug organ, ki je po nacionalnem (torej švedskem) pravu pristojen za obravnavanje dednih zadev.

59 https://e-justice.europa.eu/content_general_information >(1. 11. 2020).

60 Povzeto po Reinhartz Barbara, v EU Regulation on Succession and Wills, Commentary, OttoSchmidt 2015, str. 248.

61 <https://e-justice.europa.eu/content_general_information> (25. 10. 2020).

62 Glej 70. člen uredbe EU o dedovanju.

mreč veljavne v omejenem obdobju šestih mesecev. Datum prenehanja veljavnosti mora biti naveden na overjeni kopiji evropskega potrdila o dedovanju.⁶³

Na vprašanje, kaj vse mora dedič storiti v času veljavnosti overjene kopije evropskega potrdila o dedovanju za doseg vpisa lastninske pravice v svojo korist, menimo, da mora dedič v tem času vložiti ustrezen zemljiškoknjižni predlog. Odločitev sodišča o podanem predlogu pa je/bo lahko sprejeta tudi po poteku veljavnosti overjene kopije evropskega potrdila o dedovanju.

Obravnavano švedsko evropsko potrdilo o dedovanju je poleg nepremičnin v Sloveniji obsegalo tudi bančni račun in vrednostne papirje ter nepremičnine na Hrvaškem. Pooblaščenec dedinje je videl omejitve v časovni veljavnosti overjene kopije evropskega potrdila o dedovanju, saj ga je skrbelo, da mu ne bo uspelo vseh potrebnih postopkov in preknjižb premoženja izvesti v roku veljavnosti overjene kopije EPD. V konkretnem primeru je bil predlagani vpis dovoljen zelo hitro ter je bila pooblaščenca dedinje po pravnomočnosti vpisa overjena kopija EPD vrnjena in jo je lahko uporabil še za nadaljnje vpise (vpis lastninske pravice v korist dedinje pri nepremičninah na Hrvaškem). Lahko pa bi bilo zaradi predhodno nerešenih plomb pri podedovanju nepremičnin na odločitev slovenskega zemljiškoknjižnega sodišča in pravnomočnost vpisa treba počakati dlje, kakor velja overjena kopija EPD, ki je podlaga za predlagani vpis.

2.3.1 Nacionalni dokument o dedovanju in/ali EPD?

V praksi dediči pogosto vprašajo za nasvet, ali naj v državi izvora zaprosijo za nacionalni dokument o dedovanju ali za evropsko potrdilo o dedovanju ali kar za oba hkrati.

Odločitev za en ali drug instrument ali celo oba je lahko odvisna od več dejavnikov. Dediči se odločajo na podlagi višine stroškov, povezanih z izdajo posameznega dokumenta. Razlika v stroških je namreč lahko velika, saj so v nekaterih državah ti odvisni od vrednosti zapuščine,⁶⁴ v drugih pa to velja le za nacionalni dokument o dedovanju, pri EPD pa je strošek njegove izdaje fiksni.⁶⁵ Ponekod je v primeru, da dedič zaprosi za oba instrumenta, strošek primarno izdanega nacionalnega dokumenta o dedovanju všteti v izdajo EPD v določenem odstotku.⁶⁶

Drug pomemben dejavnik pri odločitvi je veljavnost posameznega dokumenta. Če primerjamo nacionalni dokument o dedovanju in EPD, lahko vsaj za slovenski sklep o dedovanju kot prednost navedemo, da nima roka veljavnosti, medtem ko ima overjeni prepis evropskega potrdila o dedovanju **omejeni čas veljavnosti šest mesecev**. Uredba EU o dedovanju⁶⁷ določa, da mora biti v overjeni kopiji naveden datum prenehanja veljavnosti. Uredba sicer omogoča, da se lahko v izjemnih upravičenih primerih organ izdajatelj odloči za podaljšanje obdobja veljavnosti over-

⁶³ Je pa mogoče, pod pogoji in na način iz uredbe EU o dedovanju, veljavnost overjene kopije evropskega potrdila o dedovanju tudi podaljšati.

⁶⁴ Na primer Avstrija, Nemčija.

⁶⁵ Na primer Slovenija, Hrvaška.

⁶⁶ Dolžan, J. in Rudolf, C., Uredba o dedovanju v teoriji in praksi, Pravosodni bilten 2/2017, Vrhovno sodišče RS, str. 55.

⁶⁷ Glej tretji odstavek 70. člena uredbe EU o dedovanju.

jenega prepisa. Po poteku tega roka mora vsaka oseba, ki ima overjeno kopijo, zaprositi organ, ki jo je izdal, za podaljšanje obdobja veljavnosti overjene kopije ali pa zaprositi za novo overjeno kopijo, da lahko upravičenec potrdilo še naprej uporablja za namene iz 63. člena uredbe EU o dedovanju.

Tretja pomembna razlika je v podatkih, ki jih vsebuje posamezni dokument. Primerjava obeh pokaže, da evropsko potrdilo vsebuje vse podatke, ki jih mora obsegati slovenski sklep o dedovanju, lahko pa (po potrebi glede na namen izdaje potrdila) evropsko potrdilo o dedovanju obsega tudi druge podatke, ki jih slovensko nacionalno pravo ne predvideva (na primer ženitne pogodbe ali pooblastila in morebitno omejitve teh pooblastil za izvršitelja oporoke ali upravitelja zapuščine). To pa lahko vpliva na izbiro posameznega instrumenta.

Četrta razlika, ki lahko vpliva na izbiro, so **učinki** vsakega od obravnavanih instrumentov. Narava evropskega potrdila o dedovanju je **ugotovitvena (deklaratorna)**. Domneva se, da potrdilo natančno odraža elemente, ugotovljene po pravu, ki se uporablja za dedovanje, ali po katerem koli drugem pravu, ki se uporablja za posamezne elemente.⁶⁸ Za osebo, ki je na potrdilu navedena kot dedič, volilijemnik, izvršitelj oporoke ali upravitelj zapuščine, se predpostavlja, da ima status ali pravice in pooblastila, navedene v potrdilu, brez omejitev, razen tistih, navedenih v potrdilu. S tem se varuje pravni promet. EPD mora imeti **v vseh državah članicah enak učinek**. Samo po sebi ni izvršilni naslov, ima pa posebno dokazno moč. Poleg tega se zanj predpostavlja, da natančno odraža elemente, ki so bili ugotovljeni po pravu, ki se uporablja za dedovanje, ali po katerem koli drugem pravu, ki se uporablja za posamezne elemente, kakor je materialna veljavnost razpolaganja za primer smrti. Dokazni učinek potrdila o dedovanju ne sme vključevati elementov, ki niso urejeni v uredbi EU o dedovanju (na primer vprašanje očetovstva ali materinstva, vprašanje, ali določeno premoženje pripada zapustniku ali ne).⁶⁹ Učinki nacionalnih dokumentov o dedovanju pa so odvisni od nacionalnih pravil države članice izvora.⁷⁰ Pomembna razlika je tudi v tem, da evropsko potrdilo o dedovanju pristojni organ izda **le na zahtevo prosilca**, ki je lahko le dedič, volilijemnik, izvršitelj oporoke ali upravitelj zapuščine,⁷¹ ne pa tudi upnik zapuščine. Tudi zemljiškoknjižni vpis na podlagi EPD se začne na **predlog** prosilca. Drugače pa je v Sloveniji glede zapuščinskega postopka, ki se začne po uradni dolžnosti in se praviloma konča z izdajo sklepa o dedovanju, ki se po njegovi pravnomočnosti tudi po uradni dolžnosti izvede v zemljiški knjigi, kadar je predmet zapuščine nepremičnina v Sloveniji.

3. SKLEP

Naše dosedanje praktične izkušnje z zemljiškoknjižno izvedbo tujih nacionalnih dokumentov o dedovanju in/ali evropskih potrdil o dedovanju so dobre. Vsi na tej podlagi predlagani vpisi pravic v zemljiško knjigo so bili dovoljeni in opravljeni.

68 Glej drugi odstavek 69. člena uredbe EU o dedovanju.

69 Glej 71. točko preambule.

70 Na primer v Sloveniji ima sklep o dedovanju učinek materialne pravnomočnosti, v Avstriji pa ne. Več o tem glej Rijavec, V., Čezmejno dedovanje – glavni poudarki za odvetnike, Odvetnik 97, jesen 2020, str. 15.

71 Prvi odstavek 63. člena uredbe EU o dedovanju.

Opazamo pa določene razlike med siceršnjim vlaganjem predlogov v zemljiško knjigo s strani notarjev z zemljiškoknjižnimi predlogi na podlagi zapuščinskih postopkov v tujini (v državi članici uredbe EU o dedovanju), ki temeljijo na nacionalnem dokumentu o dedovanju ali EPD, izdanem v tujini.

Po Zakonu o notariatu je delo notarjev osebno.⁷² Svoje stranke večinoma osebno poznamo, saj se pri vloženi predlogi za vpis pravic v njihovo korist v zemljiško knjigo praviloma osebno zglasijo v notarski pisarni, da podpišejo ustrezni e-zemljiškoknjižni zapisnik in nam izročijo izvirnike listin, ki so podlaga za predlagane vpise. Pri tujih evropskih potrdilih o dedovanju oziroma nacionalnih dokumentih o dedovanju smo s strankami praviloma v stiku le po telefonu in pošti (klasični in elektronski). Komunikacija z dediči običajno ne poteka v slovenskem jeziku, saj to pogosto ni jezik, ki bi ga razumeli. Vendar se je odsotnost osebnega stika, vsaj zdaj, v času epidemije covid-19, izkazala za prednost, saj se z njo zmanjšuje možnost prenosa okužbe, hkrati pa se v celoti doseže želeni cilj uporabnika notarskih storitev.

Zdaj posebnih težav pri izvedbi tujih nacionalnih potrdil o dedovanju ali tujih evropskih potrdil o dedovanju v slovensko zemljiško knjigo ne opazamo. Te utegnejo nastati na primer v primeru, če bo tuje nacionalno potrdilo o dedovanju ali evropsko potrdilo o dedovanju vsebovalo stvarno pravico, ki je slovensko pravo ne pozna in jo bo treba predhodno prilagoditi v najbolj enakovredno pravico po domačem pravu (31. člen Uredbe o dedovanju in 227.(f) ZD). Notarji smejo zastopati stranke v nepravdnih zadevah pred sodišči kot pooblaščenca le, če so zadeve v neposredni zvezi s kakšno notarsko listino, sestavljeno pri njih.⁷³ Ta pogoj pri izvedbi tujih dokumentov o dedovanju oziroma evropskih potrdil o dedovanju, ki bodo obsegala neznano stvarno pravico, ne bo mogel biti izpolnjen.

Prispevek končujem z odgovorom na vprašanje, kdo je pristojen za vložitev zemljiškoknjižnega predloga na podlagi tujega EPD, samo notar ali tudi sodišče? Vpisi na podlagi evropskega potrdila o dedovanju, ki je izdano v drugi državi članici uredbe (torej ne v Sloveniji), pri nepremičninah, ki so v Sloveniji, potekajo **na predlog**. Zemljiškoknjižni predlog mora biti vложен elektronsko, z izjemo iz 11. odstavka 125.a člena ZZK-1. Ta omogoča, da se predlog za vpis lastnine v svojo korist vložijo pri sodišču tako, da se predlagatelj med uradnimi urami osebno zgloši pri zemljiškoknjižnem sodišču, na območju katerega so nepremičnine, ki so predmet predloga. Pri čezmejnem dedovanju ni pričakovati in tudi ni v skladu z namenom uredbe EU o dedovanju, da bi predlagatelji, zelo verjetno iz tujine, uporabili to izjemo in se osebno zglasili na sodišču, pristojnem glede na kraj podedovanih nepremičnin. Predlagatelji za tovrstne vpise v Sloveniji so zato večinoma notarji, čeprav je po določbah ZZK-1 lahko upravičeni predlagatelj vsakdo, ki ima pravni interes, da se opravi predlagani vpis, če zakon ne določa, da posamezno vrsto vpisa lahko predlaga le določena oseba.⁷⁴ *De lege ferenda* pa ne bi bilo odveč to jasno zapisati tako, da bodo v primerih, ko se predlogi za vpis v zemljiško knjigo vlagajo na podlagi v tujini izdanega nacionalnega dokumenta o dedovanju in/ali evropskega potrdila o dedovanju, za to izključno pristojni notarji, ki bodo morali predlagatelju svetovati

72 Tretji odstavek 1. člena Zakona o notariatu (Uradni list RS, št. 2/07 – uradno prečiščeno besedilo, 33/07 – ZSReg-B, 45/08, 91/13, 36/20 – ZZUSUDJZ), v nadaljevanju tudi ZN.

73 Prvi odstavek 5. člena ZN.

74 Glej prvi odstavek 128. člena ZZK-1.

in pridobiti manjkajoče listine oziroma podatke⁷⁵ (na primer, kadar nepremičnina ni navedena na nemškem EPD, zagotoviti ustrezne podatke, pridobiti/preveriti EMŠO dediča, predložiti tujo listino o dedovanju slovenski FURS in podobno).⁷⁶

SEZNAM LITERATURE:

- Dolžan, Judita, Rudolf, Claudia, Uredba o dedovanju v teoriji in praksi, Pravo-sodni bilten 2/2017, Vrhovno sodišče RS, str. 35–64.
- Erjavec, Nataša, Iz prakse: Vpisi v slovensko zemljiško knjigo na podlagi nemških listin o dedovanju, Notarski vestnik, št. 11, 2018, str. 53.
- EU Regulation on Succession and Wills, Commentary, Bergquist, Damascelli, Frimston, Lagarde, Oderski, Reinhartz, založba Otto Schmidt 2015.
- Ivanc, Tjaša, Evropsko potrdilo o dedovanju – nov instrument na področju mednarodnega zasebnega (dednega) prava, Pravna praksa, št. 7-8/2016, priloga.
- Mednarodno zasebno pravo Evropske unije, urednici Repas, Martina in Rijavec, Vesna, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2018.
- Rijavec, Vesna, Čezmejno dedovanje – glavni poudarki za odvetnike, Odvetnik 97, jesen 2020, str. 8–19.

⁷⁵ Glej točko 18 preambule uredbe EU o dedovanju.

⁷⁶ Primerjaj s sklepom Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, VSK CDn 499/2012, z dne 29. 5. 2014, ki ureja situacijo, ko je podpis na zasebni listini overil tuji notar, slovenski notar pa je pred vložitvijo predloga za vpis lastninske pravice pri nepremičnini, ki je v Sloveniji, preveril obstoj posebnih pogojev za dopustnost prenosa lastninske pravice iz 33. do 38. člena ZZK-1.

PRIMERI DOBRE PRAKSE KOMUNIKACIJE MED SODIŠČEM IN SODNIM IZVEDENCEM OZIROMA SODNIM CENILCEM¹

Deja Kozjek, višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani

1. UVOD

Sodni izvedenci in sodni cenilci z naglim razvojem tehnike, tehnologije, znanosti in tudi z družbenimi spremembami na vseh področjih življenja, ki jih prinaša globalizacija, vse pogostejše sodelujejo v sodnih in upravnih postopkih, v katerih imajo pomembno vlogo pri preiskovanju in pojasnjevanju posameznih dejstev. S svojim strokovnim znanjem zagotavljajo strokovno pomoč pri vprašanjih, o katerih sodišča in drugi državni organi sami ne morejo presoati oziroma jih ocenjevati. Izvedenci ne izpovedujejo o konkretnih dejstvih, temveč razlagajo le pravila znanosti, stroke in izkušnje.² So osebe, ki na podlagi svojega strokovnega znanja sestavijo izvedensko mnenje o preteklih in sedanjih dejstvih ter s tem pomagajo sodniku ugotoviti in razjasniti pravno pomembna dejstva.³

V preteklosti so s sodišči sodelovali različni strokovnjaki, ki so na podlagi svojega znanja, spretnosti, izkušenj ali izobrazbe podajali mnenja iz svoje stroke. Tako so na primer zdravniki pričali v kazenskih, zavarovalniških in oporočnih primerih, geodeti v premoženjskih primerih, trgovci pa o določenih pravilih svoje obrti, v zvezi z na primer kakovostjo posameznih izdelkov, graditelji ladij o stanju in gradnji plovil itd. Kljub vse večji prisotnosti strokovnjakov na sodiščih, ki so podajali strokovna mnenja in ugotovitve o posameznih dejstvih, ekspertnih prič na začetku 18. stoletja še niso obravnavali kot izvedencev in se njihova vloga na sodiščih ni razlikovala od laičnih prič, ki so izpovedovale le o preteklih dogodkih oziroma o tem, kar so neposredno zaznale s svojimi čutili.

V anglosaškem pravnem redu (common law) so začeli razlikovati strokovne priče od laičnih prič v 18. stoletju. Tako so v primeru Folkes proti Chaddu iz leta 1782, ko je sodišče ugotavljalo vpliv izgradnje umetnega nasipa v pristanišču na severni obali Norfolka, ki se je začelo sesedati, prvič sodelovali izvedenci kot ekspertne priče. Primer je postal ikoničen, saj je sodišče (Lord Mansfield) z utemeljitvijo, da lahko na področju znanosti podajo mnenje le strokovnjaki, za razjasnitev teh dejstev prvič odobrilo izvedbo dokazov s pomočjo strokovnjaka (Smeaton), ki je podal mnenje o (sedanjih) dejstvih.⁴

V kontinentalnem pravnem sistemu se omenjajo sodni izvedenci sprva na področju sodne medicine (ugotavljanje vzroka smrti) in psihiatrije šele v 19. stoletju, čeprav

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice na 8. strokovnem srečanje sodnih izvedencev in sodnih cenilcev RS, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekalo 25. novembra 2020 na daljavo.

2 Juhart, J.: *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, str. 385–386.

3 Ude, L.: *Civilno procesno pravo* (2017), str. 271.

4 <www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6474433/>(6. 12. 2020).

so že v 16. stoletju krvni sodni redi strogo določali, kdo in na kakšen način je smel na zahtevo »pravne osebe« med preiskovalnim ali dokaznim postopkom dajati izvedenska mnenja. Tako je Bamberški krvni red predpisoval, da se mora vselej „izprašati“ zdravnike, če gre za detomor ali hude telesne poškodbe, preden se razsodi.⁵ Na dejstvo, da sodniki nujno potrebujejo sodne izvedence kot pomočnike pri raziskovanju kaznivih dejanj, je konec 19. stoletja opozarjal tudi priznani avstrijski preiskovalni sodnik Hans Gros, prav tako pa je sodni izvedenec Ivan Robida poudarjal nujnost sodelovanja sodnih izvedencev ne samo v kazenskih, ampak tudi v drugih sodnih postopkih. Pri nas so ekspertne priče začele sodelovati šele z uvedbo ustnih in javnih sodnih obravnav v 19. stoletju predvsem na področju sodne medicine. Ti na sodišču niso zastopali ne obrambe ne tožilstva. Njihovo mnenje je bilo pomembno za preiskovanje, poizvedovanje, pojasnjevanje in odkrivanje zločinov s strani policije (kriminalistov) na eni in javnega tožilstva (preiskovalnih sodnikov) na drugi strani.⁶

2. SODELOVANJE IZVEDENCEV IN CENILCEV V (SODNIH) POSTOPKIH

Sodnik se nemalokrat znajde v položaju, ko se v postopku obravnavajo sporna dejanska ali pravna vprašanja, na katera skuša odgovoriti najprej z dodatnim študijem in analizo ter oceno že pridobljenih dokazov, kadar pa za ugotovitev ali razjasnitev posameznega dejstva nima ustreznega strokovnega znanja (243. člen Zakon o pravdnem postopku)⁷ oziroma je za ugotovitev ali presojo kakšnega pomembnega dejstva treba dobiti izvid in mnenje nekoga, ki ima potrebno strokovno znanje (248. člen Zakona o kazenskem postopku),⁸ mora odrediti oziroma postaviti sodnega izvedenca ali sodnega cenilca.

Ustavno sodišče je v odločbi Up-234/13 z dne 27. 11. 2014 pojasnilo, da ima izvedenstvo v sodnem postopku dvojno vlogo:

- (1) je pomoč sodišču, ki nima tega znanja, s posredovanjem strokovnega znanja in izkušenj za razjasnitev spornih vprašanj,
- (2) hkrati so obrazložena izvedenska mnenja ali izvid (menim, da tudi cenitev) dokazno sredstvo.

V slednjem primeru gre za posebno preiskovalno dejanje, katerega rezultat sta obrazloženi izvid in mnenje izvedenca.

2.1 Vrste sodelovanja izvedencev in cenilcev v postopkih

Sodni izvedenci in sodni cenilci sodelujejo v:

-
- 5 Borisov, P. in Dolenc A.: Razvoj sodnomedicinskega izvedenstva.
 - 6 Studen, A.: Vprašanje pravilne presoje in pravične sodbe sodni izvedenec – psihiater Ivan Robida (1871–1941).
 - 7 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. 46 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 in 16/19 – ZNP-1.
 - 8 Uradni list RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US, 65/16 – odl. US in 66/17 – ORZKP153,154, 1/19 – odl. US, 22/19, 48/19 – odl. US, 66/19 – odl. US, 66/19 – odl. US, 55/20 – odl. US, 89/20 – odl. US.

- kazenskem postopku,
- civilnem postopku in
- upravnem postopku.

V kazenskih zadevah določa pravila in postopek za postavitve izvedencev in cenilcev Zakon o kazenskem postopku v določbah od 243. do 256. člena, v sporih iz osebnih in družinskih razmerij ter v sporih iz premoženjskih in drugih civilnopravnih razmerij fizičnih in pravnih oseb Zakon o pravdnem postopku (ZPP) v določbah od 248. do 267. člena, v upravnih postopkih pa določa ta pravila Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP)⁹ v določbah od 189. do 197. člena. V primeru postavitve sodnega izvedenca oziroma sodnega cenilca v kazenskem postopku sodnik odredi izvedenstvo s pisno odredbo, v pravdnem (tudi izvršilnem) postopku sodnega izvedenca in cenilca sodnik postavi s sklepom, enako sta izvedenec oziroma cenilec postavljena s sklepom v upravnem postopku.

2.2 Sklicevaje na status sodnega izvedenca in sodnega cenilca

Zakon o sodnih izvedencih, sodnih cenilcih in sodnih tolmačih (ZSICT)¹⁰ v prvem odstavku 3. člena dovoljuje sodnim izvedencem in sodnim cenilcem, da se sklicujejo na status sodnega izvedenca le v primerih izdelave izvidov ali mnenj, ki so jih naročila sodišča ali upravni organi, poleg tega še v drugih primerih, če jim delovanje nalaga zakon ali uredba. Na status se lahko sklicujejo v skladu s tretjim odstavkom 3. člena ZSICT tudi, če je sodni izvedenec ali sodni cenilec član društva s statusom, ki deluje na področju sodnega izvedenstva ali sodnega cenilstva v javnem interesu in ima opredeljen nadzor nad izvedenčevim delom. Sodnim izvedencem in sodnim cenilcem ZSICT ne prepoveduje izdelave mnenj za stranke oziroma tržne namene, vendar se pri tem sodni izvedenec oziroma sodni cenilec ne smeta sklicevati na navedeni status.

2.2.1 Izdelava mnenja ali cenitve za (pravno/fizično) osebo

Tudi stranke same lahko najamejo ali zaprosijo izvedenca, cenilca oziroma drugega strokovnjaka, da izdela izvid, mnenje ali cenitev, in sicer že pred začetkom postopka ali v postopku mediacije. Čedalje pogostejše stranke same najamejo izvedenca ali cenilca med postopkom, da izdela strokovno mnenje ali cenitev ali da jim pojasni že izdelano izvedensko mnenje oziroma cenitev. Po ustaljeni sodni praksi v tem primeru izvedenec ali cenilec pred sodiščem ne nastopata v vlogi sodnega izvedenca oziroma sodnega cenilca, ampak le v vlogi strokovnjaka na svojem področju, njuno mnenje ali cenitev se namreč šteje kot del strankinih dejanskih navedb. Sodišče ju lahko zasliši kot strokovno pričo, zato nista upravičena do plačila po Pravilniku o sodnih izvedencih, sodnih cenilcih in sodnih tolmačih,¹¹ ampak lahko zahtevata le povrnitev stroškov, ki so nastali z njunim prihodom na sodišče in zaradi odsotnosti z dela (refundacija plače).

9 Uradni list RS, št. 80/99, 70/00, 52/02, 73/04, 119/05, 126/07, 65/08, 8/10, 82/13, 36/20 – ZZU-SUDJZ, 61/20 – ZZUSUDJZ-A, 175/20 – ZIUOPDVE.

10 Uradni list RS, št. 22/18.

11 Uradni list RS, št. 84/18.

2.2.2 Izdelava mnenja ali cenitve v drugem postopku

Nemalokrat se zgodi, da stranka v sodni spis vloži izvedensko mnenje (oziroma cenitev), ki ga je sodni izvedenec (ali sodni cenilec) izdelal v drugem postopku, in sodišču predlaga njegovo zaslišanje v zvezi z izdelanim izvedenskim mnenjem (oziroma cenitvijo). Taka izvedenska mnenja in cenitve imajo v (kazenskem) postopku dokazno vrednost, če se nanašajo na odločilna dejstva, in če stranka to predlaga, mora sodnik izvedenca (ali cenilca) tudi zaslišati. Če sodišče vabi izvedenca (ali cenilca), ki je v drugem postopku izdelal mnenje (ali cenitev), da izdelano mnenje predstavi na obravnavi in odgovori na zastavljena vprašanja, ima izvedenec (in cenilec) v postopku položaj strokovne priče in tudi v tem primeru lahko uveljavlja le pravico do povrnitve potnih stroškov v zvezi s prihodom na sodišče, njegov delodajalec pa lahko zahteva refundacijo plače.

PRIMER 1

Sodnica na Oddelku za družinsko sodstvo s sklepom postavi sodnega izvedenca, ki izdela izvedensko mnenje, na primer v postopku varstva, vzgoje, stikov z otroki, to mnenje pa ali oškodovanka ali obtoženec v kazenski zadevi, ki jo obravnava sodnica na kazenskem oddelku zaradi kaznivega dejanja iz poglavja kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost ali zaradi kaznivega dejanja nasilja v družini oziroma kaznivega dejanja zanemarjanja mladoletne osebe, vloži v kazenski spis. Stranka v kazenskem postopku predlaga, da se izvedensko mnenje prebere in izvedenca zasliši. Sodišče takega izvedenca povabi v kazenskem postopku in ga zasliši le kot (strokovno) pričo.

2.3 Postavitev (sodnih) izvedencev in cenilcev

Sodni izvedenec in sodni cenilec sta pomočnik sodnika ali upravnega organa, ki ga sodnik ali upravni organ odredi oziroma postavi s sklepom predvsem izmed sodnih izvedencev oziroma sodnih cenilcev, ki so imenovani po Zakonu o sodnih izvedencih, sodnih cenilcih in sodnih tolmačih (ZSICT). Ti so uvrščeni v imenik sodnih izvedencev¹² in sodnih cenilcev,¹³ ki ga vodi Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije. Sodišče lahko za izvedenca postavi tudi katerega koli domačega ali tujega strokovnjaka, ki nima statusa »sodni izvedenec«.

3. KONKRETNI PRIMERI SODELOVANJA IN KOMUNIKACIJE SODIŠČA IN SODNIH IZVEDENCEV OZIROMA SODNIH CENILCEV PO POSAMEZNIH FAZAH POSTOPKA

Pred postavitvijo (sodnega) izvedenca oziroma cenilca mora sodnik preveriti:

1. ali ima določeni izvedenec ali cenilec ustrezna strokovna znanja za razjasnitev konkretnih odločilnih dejstev,
2. ali ima dovolj časa za izdelavo mnenja ali cenitve,
3. v primeru kompleksnejših vprašanj je pomembno, ali je konkretni strokovnjak hkrati izvedenec in cenilec (na primer gradbene in ekonomske stroke),

¹² <<https://spvt.mp.gov.si/izvedenci.html>>(11. 12. 2020).

¹³ <<https://spvt.mp.gov.si/cenilci.html>>(11. 12. 2020).

4. ali ima izvedenec oziroma cenilec ustrezno opremo za izdelavo izvedenskega mnenja oziroma cenitve,
5. ali mora sodnik pred postavitvijo izvedenca ali cenilca izvesti še kakšen dokaz oziroma zagotoviti določeno dokumentacijo, ki bi jo izvedenec oziroma cenilec potreboval za izdelavo mnenja ali cenitve,
6. ali obstaja kakšen izključitveni oziroma odklonilni razlog.

3.1 Postavitev izvedenca ali cenilca

Ko se sodnik odloča o tem, ali je v konkretnem primeru postavitev izvedenca oziroma cenilca sploh potrebna, mora najprej presoditi:

- ali na zastavljena pomembna vprašanja lahko odgovori sam z analizo in oceno že pridobljenih dokazov,
- ali je za razjasnitev spornega dejanskega vprašanja potrebno posebno strokovno znanje, ki ga sam nima, oziroma za odgovor nanj sam ni dovolj usposobljen.

Velikokrat se zgodi, da sodnik za razjasnitev določenega dejstva niti ne potrebuje pomoči izvedenca, ampak mora le pretehtati in oceniti že izvedene dokaze ter uporabiti ustrezne veljavne predpise, včasih pa kljub poznavanju posameznih pravnih področij (javna naročila, davki) brez pomoči izvedenca ne more odgovoriti na specifična zastavljena vprašanja, seveda pa odločitve o pravnih vprašanjih obravnavane zadeve ne sme v celoti prepustiti izvedencu.

PRIMER 2 (VSL sklep I Cp 1754/2016 z dne 18. 7. 2016)

Sodišče je izvedencu odredilo, da odgovori na naslednje vprašanje: ali so sporne nepremičnine „nekdanje funkcionalno zemljišče oziroma sedaj pripadajoče zemljišče“ stavb v lasti tožnikov. V izvedenskem mnenju je izvedenec na podlagi v času izdelave izvedenskega mnenja veljavnega prostorskega akta podal mnenje o minimalni gradbeni parceli, ki bi jo morala stavba imeti, če bi se gradila danes. Izvedenec je v nadaljevanju postopka vztrajno in dosledno zavračal izdelavo mnenja o nekdanjem funkcionalnem zemljišču oziroma danes pripadajočem zemljišču z obrazložitvijo, da je to po njegovem mnenju strokovno neprimerno. Pritožbeno sodišče je pojasnilo, da odgovor na vprašanje, ali je neka nepremičnina funkcionalno zemljišče oziroma zdaj pripadajoče ali skupno pripadajoče zemljišče določene stavbe, ni v izvedenčevi presoji. Izvedenčeva naloga je odgovor na konkretna vprašanja s področja urbanistične stroke, opredelitev do v preteklosti (v času gradnje) in do zdaj veljavnih prostorskih in drugih urbanističnih aktov, upravnih dovoljenj; izvedenec mora podati in razložiti njihovo vsebino. Prenos dejanskih okoliščin na prostorske in druge urbanistične akte ter pravne predpise, ki so v času gradnje opredeljevali funkcionalno zemljišče, in na pravne predpise, ki zdaj opredeljujejo pripadajoče zemljišče, pa je v presoji sodišča.

Preden se sodnik odloči za konkretnega izvedenca oziroma cenilca, mora v imenu sodnih izvedencev in sodnih cenilcev preveriti, v katero strokovno področje spada sodni izvedenec ali sodni cenilec, ki bi lahko izdelal ustrezno izvedensko mnenje oziroma cenitev. Dobrodošlo je, da se v primeru kompleksnejših vprašanj

postavi strokovnjak, ki je hkrati izvedenec in cenilec, saj lahko odgovori tudi na določena vprašanja, ki ob postavitvi niso bila sporna.

3.1.1 Ustreznost izvedenca ali cenilca v konkretnem primeru

Izid sodnega postopka je velikokrat odvisen od izvedenskega mnenja ali cenitve, zato mora sodnik zagotoviti, da v konkretni zadevi postavi izvedenca ali cenilca, ki je strokovno ustrezno in dobro usposobljen. Dober strokovnjak mora obvezno imeti ustrezno stopnjo izobrazbe, dolgoletne izkušnje z zahtevanega področja, biti mora znan kot znanstvenik, čigar avtorska dela so objavljena v priznanih strokovnih revijah, sodelovati na domačih in tujih strokovnih združenjih ter spremljati razvoj svojega strokovnega področja.¹⁴

Za konkretnega sodnega izvedenca ali sodnega cenilca se sodnik pogosto odloča na podlagi prejšnjih dobrih sodelovanj z njim, ker je izvedensko delo ali cenitev izdelal strokovno, jasno, pregledno, razumljivo ter v postavljenem roku. Velikokrat se sodnik tudi po posvetu s kolegi odloči za konkretnega izvedenca ali cenilca, ko si izmenjuje izkušnje in razpravlja o posameznih pravnih in dejanskih vprašanjih. Sodnik pa naleti na kar nekaj težav pri iskanju ustreznega izvedenca oziroma cenilca v (zdaj) nepreglednih imenikih sodnih izvedencev in sodnih cenilcev, ki sta objavljena na spletni strani ministrstva za pravosodje, kadar je primer, ki ga rešuje, glede strokovnih vprašanj drugačen od običajnih primerov.

V pravnem postopku se na primer v gradbenih sporih, kadar je treba oceniti vlaganja, s sklepom določijo cenilci, lahko pa se postavi (tudi) izvedenec kmetijske stroke. Izvedenci grafološke stroke v pravnem postopku večinoma sodelujejo v zapuščinskih zadevah, ko je treba ugotoviti pristnost oporok, pri čemer sodnik včasih v takih sporih postavi tudi izvedenca za psihiatrijo, da ugotovi, ali je imel oporočnik ob podpisu oporoke demenco. Poseben izziv je postavitve ustreznega sodnega izvedenca pri ugotavljanju dejstev, povezanih z zatrjevanim spornim finančnim poslovanjem stranke kot fizične osebe ali podjetja, saj sodnik velikokrat pred postavitvijo izvedenca razglablja, ali postaviti strokovnjaka, ki se ukvarja z analizo poslovanja ali cenitvijo vrednosti podjetij ali celo s „finančno forenziko“ oziroma s čim drugim. Tudi kadar so sporna dejstva povezana z zatrjevanjem bolezni ali poškodbami, prihaja pri postavitvi ustreznega sodnega izvedenca do nepotrebnih zadreg, saj je v imeniku navedena več sodnih izvedencev ustreznih stroke, ki pa niso specialisti prav za razjasnitev obravnavanih spornih dejstev.

V teh primerih je še toliko bolj priporočljivo, da sodnik pokliče izvedenca ali cenilca in ga seznani z vprašanji, na katera je treba odgovoriti na podlagi posebnega strokovnega znanja. Sodnik pričakuje, da se izvedenec oziroma cenilec opredeli do tega, ali imata ustrezno strokovno znanje za izdelavo mnenja ali cenitve ali pa vprašanja spadajo na drugo strokovno področje, za katerega sam ni (dovolj) usposobljen.

PRIMER 3

Sodnica je obravnavala prometno nesrečo, v kateri je bilo udeleženih več vozil. V sodnem postopku ni bilo treba ugotoviti samo vzroka prometne nesreče in izdelati

¹⁴ Golja, J.: Standardi usposobljenosti sodnega izvedenca.

časovne potne analize udeleženih vozil, ampak tudi, katera vozila in na kakšen način so bila v prometni nesreči v stiku. Tako je bilo v konkretnem postopku treba postaviti sodnega izvedenca s področja raziskovanja prometnih nezgod in tudi s področja avtomobilske stroke – motorna vozila.

PRIMER 4

V izvršilnem postopku je moral cenilec izdelati cenitev za več vrst dolžnikovih nepremičnin. Iskanje ustreznega cenilca samo po imeniku povzroči kar nekaj preglavic in izgubo odvečnega časa. V imeniku so nekateri sodni cenilci navedeni pri področju gradbeništvo in podpodročju nepremičnine oziroma stavbno zemljišče, nekateri cenilci pa pri področju kmetijstvo in podpodročju kmetijska zemljišča, cenitev pa je potrebna tako za stavbna zemljišča, nepremičnine – stanovanja, hiše kakor tudi kmetijska ali celo gozdna zemljišča.

PRIMER 5 (VSRS Sklep VIII Ips 100/2018 z dne 2. 4. 2019)

Tožnica v obravnavani zadevi utemeljeno opozarja, da so ugotovitve izvedenskega mnenja glede na okoliščine nepopolne in nelogične, izvedenec pa nelogičnosti ni prepričljivo razjasnil niti v pisnem mnenju niti pri ustnem zaslišanju. Iz pisnega izvedenskega mnenja izhaja, naj bi bil pri tožnici ugotovljen Aspergerjev sindrom. Ta pa naj bi bil vsaj običajno takšen, da z leti ne izzveni. Tožnica je manj opremljena za delovne naloge, kjer se pričakuje tesnejši čustveni stik z otroki in starejšimi mladostniki (in za tisto delo, kjer je potrebna prožnost pri medsebojni komunikaciji, posebej v stresnih okoliščinah). Večinski del mnenja so povzetki izvidov in mnenj psihiatrov, psihologov in invalidskih komisij, ne da bi bili ti posebej analizirani glede nasprotujočih si ugotovitev. Prav tako iz izvedenskega mnenja ne izhaja, zakaj je do razhajanj v strokovnih mnenjih prišlo in zakaj so manj prepričljiva tista mnenja in izvidi, ki kažejo na tožnično sposobnost opravljati delo učiteljice matematike na predmetni stopnji. Izvedenec je tudi v ustnem pojasnjevanju pisnega mnenja tožnično nezmožnost opravljati delo učiteljice brez omejitev utemeljeval izključno z Aspergerjevim sindromom.

Vrhovno sodišče je navedlo, da v dosedanjem postopku ostaja več kakor le razumen dvom v pravilnost izvedenskega mnenja, saj je do prvotne ugotovitve invalidnosti in invalidskih omejitev prišlo v času, ko je bila tožnica v večjem stresu. Ob predpostavki, da je ta zdaj prenehal, bi bilo možno, da je do prvotne ugotovitve o tožnični invalidnosti prišlo zaradi začasnega stanja tožnice zaradi nastalih prehodnih težav, ki jih je tožnica zdaj prebrodila, in da oblika tožničinega avtizma za ugotovitev invalidnosti sploh ni dovolj omejujoča.

Vrhovno sodišče je naložilo prvostopenjskemu sodišču, da ugotovi delovno zmožnost stranke za opravljanje poklica učitelja v osnovni šoli s postavitvijo novega izvedenca s področja psihiatrije ali psihologije ter izvedenca s področja pedagoškega procesa na ravni osnovne in srednje šole, ki naj mnenje pripravita skupaj (prvi odstavek 245. člena ZPP). Pri izbiri izvedencev sodišče ni omejeno le na sodne izvedence, temveč naj predvsem skuša pridobiti strokovnjake oziroma znanstvenike s specifičnega področja, tako da je lahko sporno dejansko vprašanje čim bolj strokovno raziskano. Izvedenci naj vsaj na kratko navedejo tudi strokovne in znanstvene podlage, iz katerih bodo izhajali pri svojem delu, kar doslej ni bilo storjeno.

3.1.2 Čas izdelave mnenja ali cenitve

V telefonskem pogovoru sodnik ob predstavitvi obsežnosti obravnavane zadeve s stališča:

- listinske dokumentacije,
- števila že zaslišanih prič in
- obsežnosti spornih dejstev, ki jih je treba razjasniti s pomočjo izvedenca ali cenilca,

pridobi tudi podatek, ali bo lahko izvedenec ali cenilec delo sprejel takoj ali pa je preobremenjen z izdelavo drugih mnenj ali cenitev oziroma drugim delom in bi sodnik predolgo čakal na izdelavo mnenja oziroma cenitve.

Ob predstavitvi dejstev (pri čemer sodnik ne sme prejudicirati končne odločitve), ki naj bi jih s strokovnim znanjem razjasnil oziroma ugotovil, izvedenec oziroma cenilec lažje realno oceni, koliko časa potrebuje za izdelavo mnenja ali cenitve, sodnik pa presodi, ali je ta čas ustrezen glede na značilnosti konkretne zadeve, ki zahteva posebno hitro postopanje (manj kakor 20 dni) zaradi odrejenih ukrepov (na primer pripora v kazenskem postopku) ali pa manj hitro izdelavo mnenja oziroma cenitve (med 30 in 40 dni oziroma dlje, če je delo zahtevnejše).

Na ta način se sodnik in izvedenec oziroma cenilec izogneta nepotrebnim vlogam o podaljšanju roka za izdelavo naloženega dela, ali pa se celo dogovorita, da bo sodišče na izdelavo mnenja ali cenitve počakalo kljub krajšemu prekoračenju postavljenega roka.

3.1.3 Ustrezna tehnična sredstva ali oprema za izdelavo mnenja ali cenitve

Za izdelavo nekaterih izvedenskih mnenj je treba predhodno opraviti različne analize, meritve in preiskave, za kar se zahteva ustrezna tehnična oprema. Tudi če izvedenec te opreme nima, lahko izvedensko mnenje izdela, izdelavo izvida pa naroči (drugim) gospodarskim družbam ali zavodom (zunanjim institucijam), ki te storitve opravljajo.

PRIMER 6 (VSL Sklep I Cpg 1110/2017 z dne 20. 12. 2017)

V konkretni zadevi je sodišče prve stopnje ugotovilo, da je za odločitev o tožbenem zahtevku ključno vprašanje trdote jekla, iz katerega sta izdelani sporni orodji. Obe pravdni stranki sta predlagali postavitve izvedenca, in sicer tožeča stranka izvedenca metalurške stroke, tožena stranka pa izvedenca jeklarske stroke. Iz spisovnega gradiva izhaja, da je sodišče prve stopnje navezalo stik z vsemi izvedenci s seznama sodno zapriseženih izvedencev in ugotovilo, da zaradi pomanjkanja primerne/potrebne opreme nihče od njih ne more opraviti naloge. Sodišče je nato za izvedenca postavilo fakulteto A, za katero je ocenilo, da kot fakulteta predvidoma ima na voljo potrebna tehnična sredstva. Fakulteta je v dopisu zatrjevala, da nima na voljo ustreznih virov, v pritožbi zoper sklep o zavrnitvi predloga fakultete A za oprostitev dolžnosti opraviti izvedensko delo, pa še, da

nima potrebnih tehničnih sredstev (orodja) za opravo izvedenskega dela. ZPP v 246. členu (ali kakšni drugi določbi) časovno ne omejuje izvedenca, do kdaj lahko predlaga, da se ga oprosti dolžnosti izvedenstva, če nastopijo upravičeni razlogi za to, zato mora sodišče o vseh navedenih razlogih za oprostitev dolžnosti izvedenstva presoditi in ugotoviti, ali gre za upravičene razloge, ki so izkazani vsaj s stopnjo verjetnosti. Sodišče je tako moralo preveriti tudi navedbe fakultete A, da ima potrebno tehnično opremo predvidoma fakulteta B in upoštevati, da izvedensko mnenje lahko izdelata tudi izvedenec, ki sicer nima potrebne tehnične opreme, saj lahko analize, meritve, preiskave in druga opravila, potrebna za izdelavo izvida, naroči drugim gospodarskim družbam ali zavodom (zunanjim institucijam), ki te storitve opravljajo (prim. 45. člen Pravilnika o sodnih izvedencih in sodnih cenilcih). Slednje sicer lahko poviša stroške izvedenskega mnenja, zato mora sodišče prve stopnje v presojo vključiti tudi pravdni stranki in jima dati možnost, da se o tem izjavita.

3.1.4 Potrebna opravila sodišča pred postavitvijo izvedenca ali cenilca

Za hitrejšo in celovito izdelavo mnenja ali cenitve je koristno, da sodnik še pred postavitvijo izvedenca ali cenilca pridobi za obravnavano zadevo pomembne podatke in dokumentacijo (na primer za toksikologa predpisano terapijo, ki jo je v spornem obdobju jemala preiskovana oseba; za kliničnega psihologa mnenje centra za socialno delo; za travmatologa zobozdravstveni karton, za izvedenca za raziskave prometnih nezgod krmilni diagram semaforjev za križišče, kjer se je zgodila prometna nesreča, in podobno). Le na ta način lahko sodnik postavi izvedencu oziroma cenilcu usmerjena vprašanja in zmanjša možnost, da stranke predlagajo dopolnitve izvedenskega mnenja ali cenitve. Ob prvem stiku lahko po predstavitvi spornih dejstev izvedenec ali cenilec tudi sama sodniku predlagata, katero dokumentacijo ali podatke potrebujeta, da bosta lahko delo opravila strokovno in popolno. Kadar izvedenec presodi, da bo izvedensko mnenje lažje izdelal šele po razjasnitvi določenega dejstva z izvedencem druge stroke ali da sam ne more odgovoriti na vsa vprašanja sodišča, predlaga sodniku imenovanje dodatnega izvedenca (na primer specialista klinične psihologije za odrasle, specialista psihiatra, specialista otroške in mladostniške psihiatrije, nevrologa in podobno), kar je za hitrejši in neprekinjeni potek postopka vsekakor dobrodošlo.

3.1.5 Izključitveni ali odklonilni razlog izvedenca ali cenilca

Pri izdelavi izvedenskega mnenja morata sodni izvedenec in sodni cenilec upoštevati:

- pravila svoje stroke,
- znanstveni in tehnološki napredek,

pri čemer morata biti neodvisna, nepristranska in objektivna.

Položaj izvedenca je presodilo Ustavno sodišče že v odločbi U-I-132/95 z dne 8. 1. 1998, ki je v 13. točki razlogov pojasnilo, da zakonska ureditev sodnega izvedenstva temelji na stališču, da izvedenstvo ni le dokaz, tj. izvor spoznavanja pomembnih dejstev, ampak je izvedenec pomočnik sodišča pri opravljanju nje-

gove funkcije. Od tod tudi zahteva po njegovi nepristranskosti, saj sicer stranki v kazenskem postopku ne bi bili v enakopravnem položaju.

Tako so razlogi za izločitev podani, če je izvedenec ali cenilec skupaj z oškodovancem, obdolžencem ali stranko v postopku v delovnem razmerju, prav tako ne sme biti za izvedenca postavljena oseba, ki ne sme biti zaslišana kot priča (odklonilni razlog, 235. člen ZKP, 231. člen ZPP, pravico uveljavlja izključno izvedenec ali cenilec) ali kdor je oproščen dolžnosti pričanja (odklonilni razlog, 236. člen ZKP). Sodišče tudi ne sme postaviti za izvedenca osebe, ki bi s podajo mnenja prekršila dolžnost varovanja uradne ali vojaške skrivnosti (prva točka 235. člena ZKP, 230. člen ZPP), dokler ga pristojni organ ne odveže te dolžnosti.¹⁵

Ustavno sodišče je v odločbi Up-57/14-13 z dne 26. 1. 2017 pojasnilo dva vidika nepristranskosti sodnika, kar se smiselno nanaša tudi na sodnega izvedenca in sodnega cenilca:

- subjektivni vidik, pri katerem gre za ugotavljanje dejanskega osebnega prepričanja ali interesa sodnika, njegova nepristranskost pa je zagotovljena s tem, da pri njem niso podane takšne okoliščine, ki bi pri razumnem človeku vzbudile upravičeno dvom, da o zahtevi ne bo mogel odločati nepristransko, in
- objektivni vidik, da sodišče pri ravnanju v konkretni zadevi ustvarja oziroma ohrani videz nepristranskosti.

Nepristranskost sodnikov kot nosilcev sodne funkcije na posameznih sodiščih je tako treba ocenjevati tudi po zunanjem izrazu, tj. po tem, kako lahko pristranskost oziroma nepristranskost sodnikov razumejo stranke v postopku in kako se razume v očeh javnosti.

PRIMER 7

Sodnica je v kazenskem postopku obravnavala obdolženca zaradi kaznivega dejanja spolnega napada na osebo, mlajšo od 15 let. Oškodovanka je bila pred postavitvijo sodnega izvedenca petindvajsetkrat hospitalizirana v različnih klinikah oziroma bolnicah. S postavitvijo sodnega izvedenca je sodnica nameravala pridobiti mnenje o vseh do tedaj postavljenih oškodovankinih diagnozah ob različnih obravnavah. Sodni izvedenec psihiatrične stroke, ki ga je sodnica poklicala, je opozoril na dejstvo, da je oškodovanko obravnaval ob enem od sprejemov na kliniko, zato dela ni mogel sprejeti in opozoril, da obstaja precejšnja verjetnost, da je kar nekaj psihiatrov, ki so tudi sodni izvedenci, oškodovanko obravnavalo. Da se je izognila novim upravičenim razlogom odklonitve izdelave izvedenskega dela, je sodnica zaprosila Komisijo za fakultetna vprašanja pri Medicinski fakulteti v Ljubljani, da določi ustreznega sodnega izvedenca za izdelavo mnenja.

Če izvedenec šele ob prejemu spisa ugotovi, da obstoji kateri od izločitvenih ali odklonilnih razlogov, mora to nemudoma sporočiti sodniku in zaprositi, da ga ta oprostí izdelave mnenja, izvida ali cenitve. To mora storiti tudi v primeru, da po preučitvi zadeve ugotovi, da nima potrebnega znanja. Izvedenec je lahko oproščen

¹⁵ Potočar, J.: Aktualna sodna praksa o izvedenstvu.

izdelave mnenja, izvida ali cenitve tudi iz drugih opravičenih razlogov, kakor so preobremenjenost, bolezen in podobno.

3.2 Izdelava sklepa ali odredbe za postavitev izvedenca ali cenilca

Čeprav sodnik vselej pozove stranki, naj tudi sami podata vprašanja za izvedenca oziroma cenilca, so pri izdelavi sklepa ali odredbe za postavitev izvedenca ali cenilca pogosto težave z oblikovanjem ustreznih in usmerjenih vprašanj. Stranka namreč s postavitvijo določenih vprašanj skuša dobiti odgovor, ki bo zadostil njenim pričakovanjem in ustrežal njenim interesom, sodnik pa si mora prizadevati, da izvedencu postavi čim bolj jasna in nedvoumna vprašanja, da lahko izvedenec odgovori in strokovno razjasni sporna dejstva v celoti, ne da bi to povzročilo kakršno koli vnaprejšnjo sodnikovo opredeljenost. Prav zaradi težav z oblikovanjem ustreznih vprašanj se sodnik na koncu odredbe ali sklepa iz previdnosti zateče k splošni frazi, da »naj izvedenec odgovori tudi na druga vprašanja svoje stroke, ki bi se pokazala za pomembna v obravnavani zadevi,« kar daje izvedencu široka pooblastila za izdelavo celovitega izvedenskega mnenja, saj lahko sodišču poda tudi stališče ali mnenje o dejstvih oziroma zaznavah oziroma dejstva ali zaznave izven trditvene podlage pravnih strank oziroma spornega dejstva, ki ni zajeto v vprašanjih. Kadar je izvedenec ali cenilec v dilemi, kaj sme poleg odgovorov na postavljena vprašanja navesti v izvedenskem mnenju ali cenitvi, ne krši nobenega pravila, če svojo zadrego izrazi sodniku po telefonu, ki mu pojasni, do česa se mora opredeliti, kaj pa je izven trditvene podlage strank oziroma niso dejstva, ki bi bila zajeta v obtožnem aktu. Sodnik v obsežnejših (kazenskih) zadevah svojo odredbo tudi pisno obrazloži, da pojasni, kaj pričakuje od izvedenca.

Medtem ko sodišče v pravnem postopku stranko, ki je predlagala postavitev izvedenca, pozove, da založi predujem za izvedbo dokaza z izvedencem (tretji odstavek 244. člena ZPP), se v kazenskem postopku stroški in nagrada za izvedenčevo ali cenilčevo delo izplačajo sprva iz proračuna sodišča, šele na koncu postopka sodišče odloči, kdo mora njune stroške in nagrado povrniti.

3.3 Izdelava izvida, mnenja ali cenitve

Sodni izvedenec in sodni cenilec sama izbereta sredstva oziroma metode, ki so najprimernejša za izdelavo izvida, mnenja ali cenitve oziroma za podajo odgovora na zastavljena vprašanja. O izvidu govorimo, kadar izvedenec v svojem delu navede objektivno ugotovljena, merljiva in preverljiva dejstva, v mnenju pa izvedenec navede pomen tako ugotovljenih podatkov, dogodkov ali stanj. V mnenju morata razložiti cilje in uporabljene metode, hkrati pa morata znati laično razložiti posamezne metode dela in rezultate, da ne pride do napačnega razumevanja. Mnenje mora biti v jasnem in razumljivem jeziku, seveda pa se mora sodnik vsaj toliko seznaniti s strokovnimi izrazi, da lahko zastavlja izvedencu konkretna vprašanja, saj je brez tega nadaljnji dialog med sodnikom in izvedencem nemogoč. Bistveno je, da izvedenec, ki je postavljen v kazenskem postopku, v svojem mnenju ne navaja obdolženčevih izjav o obravnavanem kaznivem dejanju. Velikokrat se zgodi, da se obdolženec v postopku pred sodnikom zagovarja z molkom, izvedencu pa med pregledom oziroma intervjujem odkrito pove svojo zgodbo obravnavanega dogodka, česar pa izvedenec ne sme povzeti v svojem izvedenskem mnenju.

V skladu z ustavno sodno prakso (na primer Up 1099/18 z dne 12. 9. 2019) mora biti izvedensko mnenje jasno, prepričljivo, uravnoteženo in strokovno utemeljeno. Ne sme dopuščati nikakršnega dvoma o uporabljeni metodologiji, vsebini ali končnem sklepu. Torej mora izvedenec brez kakršnih koli dvomov in pomislekov tehtno in ustrezno odgovoriti na zastavljena vprašanja. Odgovor mora biti enoznačen in prepričljiv ter strokovno utemeljen. Izvedensko mnenje mora ne glede na svojo morebitno kompleksnost prepričati v razumljivem jeziku.¹⁶

Ustavno sodišče je v odločbi Up-680/14 z dne 5. 5. 2016 v postopku odločanja o ustavni pritožbi zoper odločbo, izdano v pravnih zadevah, posebej poudarilo, da ima v primeru, če sodni izvedenec ali cenilec pridobi od ene stranke določeno pisno dokumentacijo, ki se izkaže za odločilno vsebinsko podlago za nastanek izvedenskega mnenja, nasprotna stranka pravico, da se seznani z njo in do nje opredeli. To velja, kadar izvedensko mnenje odločilno vpliva na odločitev sodišča in kadar delo izvedenca v bistvenem nadomesti dokazni postopek pred sodiščem. Tedaj mora biti strankam zagotovljeno tudi sodelovanje pri vseh tistih izvedenčevih dejavnostih, ki so nujne za njegova izvid in mnenje, na primer sodelovanje pri pogovorih, ki jih vodi izvedenec, možnost postavljanja vprašanj „zaslišanim“ osebam, zagotavljanje možnosti opredelitve do dokumentacije, ki jo namerava uporabiti izvedenec, in podobno.

3.4 Prejem mnenja in cenitve

Ko sodnik prejme izvedensko mnenje ali cenitev, ju vroči strankam v postopku in določi rok, v katerem sodišču podata morebitne pripombe na izvedensko mnenje ali cenitev. Sodnik vselej drugo stranko seznani s podanimi pripombami. Če so strankine pripombe splošne, niti ne morejo povzročiti nobenega dvoma o pravilnosti in popolnosti mnenja, nasprotno pa je, kadar so pripombe vsebinske in take vrste, da bi bilo treba zaradi njih zahtevati dopolnitev izvedenskega mnenja ali cenitve. V takem primeru sodnik izdelava sklep ali odredbo, s katero izvedencu naloži dopolnitev, v njej pa postavi vprašanja, ki smiselno povzemajo pripombe, in določi nov rok za izdelavo dopolnitve mnenja oziroma cenitve. Pred tem je popolnoma primerno, da sodnik izvedenca ali cenilca pokliče in ga seznani s pripombami, saj bosta le tako sodniku podala svoje mnenje oziroma cenitev o tem, ali bosta lahko na pripombe odgovorila sama, ali je treba k izdelavi mnenja pritegniti še kakšnega drugega izvedenca oziroma cenilca. Prav tako bosta lahko sodniku pojasnila, ali morata za izdelavo mnenja ali cenitve opraviti dodatne analize, uporabiti posebno metodo ali kaj drugega, za kar bi bil potreben daljši čas za izdelavo dopolnitve.

3.5 Ustno podajanje mnenja in cenitve

Izdelava in predložitev mnenja oziroma cenitve sodišču še ne pomeni, da sta izvedenec ali cenilec končala svoje delo, saj lahko stranka zahteva, ali pa to stori sodnik po uradni dolžnosti, da izvedenec oziroma cenilec še ustno razloži izvedensko mnenje oziroma cenitev. Sodnik sodnega izvedenca ali sodnega cenilca zasliši na glavni obravnavi zlasti, kadar je mnenje, izvid ali cenitev (oziroma njegova dopolnitev) nejasno, neprepričljivo oziroma nepopolno. Tudi ustavno sodišče je v odločbi

¹⁶ VIII Ips 100/2018 z dne 2. 4. 2019.

Up-370/17 z dne 12. 7. 2018 poudarilo, da je ustna razprava, ki omogoča neposreden dialog med sodiščem, izvedenci in strankami, namenjena tako soočenju morebitnih nasprotovanj glede metod in podatkov, ki so jih izvedenci upoštevali pri izdelavi mnenj, kakor tudi obravnavi vsebine mnenj, in da pisna komunikacija ne more nadomestiti neposrednega, živega dialoga.

3.5.1 Dogovor o ustreznem terminu za ustno podajanje mnenja in cenitve

Ob splošno znanem dejstvu, da so izvedenci in cenilci zaposleni na različnih fakultetah, inštitutih, zavodih oziroma samostojno opravljajo svojo dejavnost in so njihovi urniki tako zapolnjeni, podobno kakor so sodniki obremenjeni s številnimi razpisanimi obravnavami, je priporočljivo, da sodnik, preden izvedenca ali cenilca povabi na narok, z njim uskladi ustrezni termin.

3.5.2 Prihod na sodišče in sodelovanje na naroku oziroma glavni obravnavi

Menim, da je nujno, da se sodnim izvedencem in sodnim cenilcem ob prihodu na sodišče dovoli v razpravno dvorano prinesiti pametni telefon, tablico ali prenosni računalnik, ki ga oziroma jo med zaslišanjem uporabijo za predstavitev svojega mnenja oziroma kot pomoč pri podajanju izvida ali cenitve. Tudi ni nobene ovire, da se na to sodni izvedenci in sodni cenilci sklicujejo, ko vstopijo na sodišče.

Sodnik na glavni obravnavi od izvedenca in cenilca pričakuje, da jasno, prepričljivo, logično in laiku razumljivo pojasni, katere metode, programska orodja, podatke spisa, lastne meritve in podobno sta uporabila pri izdelavi izvedenskega mnenja oziroma na kakšen način sta prišla do odločilnih ugotovitev oziroma izračunov. Izvedensko mnenje mora biti ne glede na zahtevnost strokovnih in znanstvenih dilem, o katerih sodnik nima (dovolj) znanja s področja pravil stroke oziroma znanosti, podvrženo sodni presoji o popolnosti uporabljene metode in posledičnih končnih ugotovitev.¹⁷ Večkrat izvedenci pri razlagi določenih procesov, pojavov ali opreme uporabljajo svojo strokovno terminologijo, ki niti sodniku niti strankam ni razumljiva, zaradi česar prihaja pri razumevanju podanega ustnega mnenja do prenekaterih zapletov in ponavljanja vprašanj, s katerimi se skuša razjasniti določeno dejstvo. Težave lahko zaradi tega nastanejo tudi, kadar se podajanje ustnega izvedenskega mnenja snema, saj sodnik izvedenca ali cenilca ne želi prekinjati v prosti razlagi, vmes pa izvedenec uporabi že toliko strokovnih izrazov, da sodnik in tudi stranke usmerijo vprašanja najprej v razjasnjevanje strokovnih izrazov in šele nato v ugotavljanje spornih dejstev.

Poudarjam, da je zelo pomembno, na kakšen način sodnik na glavni obravnavi izvaja procesno vodstvo. V skladu z določbo drugega odstavka 334. člena ZKP mora sodnik paziti, da stranke in drugi upravičenci pričam, tudi izvedencem in cenilcem, ne postavljajo nedovoljenih vprašanj in vprašanj, ki niso v povezavi z zadevo oziroma predmetom obtožbe, oziroma vprašanj, v katerih je že vsebovano, kako je treba nanje odgovoriti, ali vprašanj, ki se ne nanašajo na zadevo (tretji odstavek 289. člena ZPP). Takšna vprašanja mora sodnik prepovedati, če je vprašanje že

17 VIII Ips 100/2018 z dne 2. 4. 2019.

bilo postavljeno, pa prepovedati odgovor nanj. Ob tem mora sodnik ves čas postopka tudi paziti, da ne krši z ustavo zagotovljene pravice do obrambe in da izvaja dokaze, ki so v obdolženčevo korist. Če je vodenje obravnave odločno in usmerjeno k ugotavljanju pomembnih dejstev, tako da sodnik dovoli postavljanje samo tistih vprašanj, ki so v zvezi z zadevo, hkrati pa ves čas pazi, da ne krši z ustavo zagotovljene pravice do obrambe, menim, da ne more priti do nepotrebne povzdigovanja glasu v razpravni dvorani, negodovanj strank ali celo žalitev zaradi občutka prikrajšanosti in dvoma o nepristranskosti.

»Sodni postopek namreč temelji na strogo racionalnem diskurzu. Zato ne bo poseženo v samo srčiko svobode izražanja v sodnem postopku, če bo sodišče od strank zahtevalo, da se zaradi zagotovitve sojenja brez nepotrebne odlašanja tudi v resnici držijo racionalnega diskurza ter ne rahljajo njegovih mej tako, da je sodišče nato obremenjeno s kopico nepotrebno obširnega (tudi z nepotrebniimi čustvenimi ali celo žaljivimi sodbami polnega) procesnega gradiva.«¹⁸

3.5.3 Postavitev več izvedencev iste stroke v postopku

Kadar sodnik postavi več izvedencev iste stroke in so v njihovih mnenjih pomembna razhajanja, je razčiščevanje spornih dejstev še zahtevnejše. Sodnik mora namreč strankam omogočiti medsebojno ustno soočenje izvedencev, da skupaj s strankami ugotovi, zakaj je do razhajanj med njimi prišlo in ali je mogoče kakršno koli poenotenje. Ob tem je treba poudariti, da ni naloga izvedenca ali cenilca, da ocenjujeta kontradiktornost dokazov, sodnik in stranki pa tudi ne smejo izvedencem in cenilcem postavljati sugestivnih vprašanj. Če do tega pride, se mora izvedenec od takšnih vprašanj ograditi in nanje ne sme odgovoriti, v nasprotnem primeru, če izvedenec ali cenilec odgovorita na takšna vprašanja, odgovorov sodnik v svoji sodbi ne sme upoštevati.

Sodnik mora v skladu z načelom proste presoje dokazov ocenjevati izvedencev izvid oziroma mnenje ter ga oceniti skupaj z drugimi dokazi, v svoji odločbi pa tudi obrazložiti, zakaj ga sprejema oziroma kateri so tisti razlogi, ki sodnika ne prepričajo, da bi upošteval izvedensko mnenje ali cenitev. Če je izvedenskih mnenj več in se pomembno razhajajo, mora sodnik oceniti vsakega posebej, nato pa logično utemeljiti, tudi na podlagi splošnih izkušenj, zakaj sprejema ugotovitve določenega izvedenca kot popolne, jasne, strokovne in prepričljive in zakaj ga ugotovitve izvedenskega mnenja drugega izvedenca niso prepričale.

4. SKLEP

Menim, da bi bilo lahko sodelovanje sodnikov in sodnih izvedencev oziroma sodnih cenilcev še učinkovitejše, če bi sodnik pred postavitvijo izvedenca ali cenilca vzpostavil stik z njimi in jim na kratko predstavil sporna dejstva in čas, v katerem pričakuje izdelavo izvedenskega mnenja ali cenitve. Težava, ki jo sodniki opažamo, ko odredimo izdelavo izvedenskega mnenja ali cenitve, je precejšnja neodzivnost sodnih izvedencev oziroma sodnih cenilcev, kadar že zamujajo z izdelavo izvedenskih mnenj oziroma cenitev in se na pozive sodišča niti ne odzovejo.

¹⁸ Odstavek povzet po: Pavčnik, T.: Svoboda izražanja odvetnikov kot poseben tip svobode govora.

Sodnik tudi pričakuje, da ga izvedenec nemudoma seznani, če ugotovi, da nalo- ga presega njegova strokovna znanja in izkušnje, in mu tudi pojasni, na katera zastavljena vprašanja lahko odgovori iz svoje stroke, na katera pa bi moral od- govoriti izvedenec druge stroke. Prav tako lahko opozori sodnika, da določena zbrana dokazna podlaga ne zadošča za izdelavo mnenja ali cenitve in predlaga v tej smeri tudi ustrezno dopolnitev. Sodnik tudi pričakuje, da izvedenci in cenil- ci odgovarjajo izključno na vprašanja iz svoje stroke ter med ustnim podajanjem mnenja odgovarjajo izključno na postavljena vprašanja, dolžnost sodnika pa je, da strankam, ki namesto ustreznih vprašanj izvedencu postavljajo trditve in nepo- membna, ponavljajoča se vprašanja, to s procesnim vodstvom zameji. Sodnik tudi želi, da sodni izvedenci in sodni cenilci svoje ugotovitve utemeljijo in da ugotovitve niso medsebojno nasprotujoče. Predvsem si želi, da je odgovor enoznačen in da sodni izvedenci in cenilci ne skušajo v sodnih postopkih ugajati sodniku ali stranki.

Po mojem mnenju je zlasti ključna neposredna komunikacija med sodiščem in so- dnim izvedencem oziroma sodnim cenilcem glede:

- ustreznosti/primernosti izvedenca/cenilca za ugotavljanje in razjasnitev spor- nih dejstev,
- morebitne preobremenjenosti izvedenca/cenilca,
- časa izdelave mnenja/cenitve,
- pridobitve dodatnih dokumentov za izdelavo mnenja/cenitve,
- možnosti pritegnitve izvedenca/cenilca druge stroke k izdelavi mnenja/cenitve,
- dopolnitve mnenja/cenitve v pisni obliki ali ustno na naroku in
- termina ustnega podajanja mnenja/cenitve.

Za potrditev dobrega dela sodnega izvedenca in sodnega cenilca in morebitne izboljšave pri izdelavi mnenj in cenitev je nujno treba seznanimi izvedenca in cenilca s končno odločitvijo, ki jo je sodnik v postopku sprejel.

LITERATURA IN DRUGI VIRI:

- BALAŽIC, Jože. Delo komisije za fakultetna izvedenska mnenja na kazenskem in civilno pravnem področju. *Medicina in pravo: sodobne dileme*, letn. 2006, str. 275–278.
- BORISOV, P. in DOLENC, A. *Razvoj sodnomedicinskega izvedenstva v Evropi in na nekdanjem Kranjskem*. Ljubljana: Slovenska matica Ljubljana, 1991.
- DOLENC, Branko. Vloga in pomen sodnih izvedencev in sodnih cenilcev (gradbene stroke) v sodnih in upravnih postopkih. *Dignitas: revija za človekove pravice*. Letn. 2004, str. 178–206.
- GOLJA, Janez. Standardi usposobljenosti sodnega izvedenca. V: Frangež, D., Slak, B. (ur.), *Izvedenstvo v teoriji in praksi*. Ljubljana: Univerza v Mariboru, Fakulteta za varnostne vede, 2016, st. 23–29.
- JUHART, Jože. *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*: Univerzitetna založba Ljubljana, 1961.
- KEŽMAH, Urška, IVANC, Tjaša. Sodni izvedenci in stranke – problematika sodnomedicinskega izvedenstva v sodni praksi. 27. *Posvetovanje Medicina, pravo in družba: Sodobni izzivi in dileme*, letn. 2018, str. 273–285.
- KONČINA PETERNEL, Mateja. Sodno izvedenstvo v družinskopravnih postopkih. *Pravosodni bilten*, 2018, letn. 39, št. 2, str. 149–159.
- MILROY, Christopher M. A Brief History of the Expert Witness. *Academic Forensic Pathology*, 7(4), 516–526. Pridobljeno na <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6474433/>.
- PAVČNIK, Tomaž. Svoboda izražanja odvetnikov kot poseben tip svobode govora. *Odvetnik*, 2015, letn. 73, št. 5.
- POTOČAR, Jernej. Aktualna sodna praksa o izvedenstvu. *Pravosodni bilten*, 2005, letn. 26, št. 1, str. 149–160.
- RIJAVEC, Vesna. Dokaz z izvedenci. *Dnevi slovenskih pravnikov 2012*, 2012, letn. 2012, št. 6/7, str. 1394–1406.
- SLODNJAK, V., GLONAR VODOPIVEC, M., Hribar, N., Kušar, S., Dobnik Renko, B., Rigler, T. in Kodrič, J. (2019). Smernice za sodnoizvedensko klinično-psihološko delo na področju starševstva in skrbništva. Ljubljana; Zbornica kliničnih psihologov Slovenije.
- STUDEN, Andrej. Vprašanje pravilne presoje in pravične sodbe, Sodni izvedenec – psihiater Ivan Robida (1871 – 1941). V: Darovec, D. in Železnik, U. (ur.), *Acta Histriae*, Koper: Zgodovinsko društvo za južno Primorsko, 2013, str. 267–282.
- UDE, Lojze. *Civilno procesno pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017.
- TRAMPUŠ, Ziba. Izvedenstvo – procesni vidik. *Pravosodni bilten*, 2000, letn. 21, št. 3, str. 4356.
- Zakon o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno

besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US, 65/16 – odl. US in 66/17 – ORZKP153,154, 1/19 – odl. US, 22/19, 48/19 – odl. US, 66/19 – odl. US, 66/19 – odl. US, 55/20 – odl. US, 89/20 – odl. US).

- Zakon o pravnem postopku (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. 46 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 in 16/19 – ZNP-1).
- Zakon o sodnih izvedencih, sodnih cenilcih in sodnih tolmačih (Uradni list RS, št. 22/18).
- Zakon o splošnem upravnem postopku (Uradni list RS, št. 80/99, 70/00, 52/02, 73/04, 119/05, 126/07, 65/08, 8/10, 82/13, 36/20 - ZZUSUDJZ, 61/20 - ZZU-SUDJZ-A, 175/20 – ZIUOPDVE).
- Pravilnik o sodnih izvedencih, sodnih cenilcih in sodnih tolmačih (Uradni list RS, št. 84/18).
- Odločbe Ustavnega sodišča Republike Slovenije:
 - Up-234/13 z dne 27. 11. 2014.
 - U-I-132/95 z dne 8. 1. 1998.
 - Up-57/14-13 z dne 26. 1. 2017.
 - Up 1099/18 z dne 12. 9. 2019.
 - Up-680/14 z dne 5. 5. 2016.
 - Up-370/17 z dne 12. 7. 2018.
- Odločbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije:
 - VIII Ips 100/2018 z dne 2. 4. 2019.
- Odločbe Višjega sodišča v Ljubljani:
 - VSL sklep I Cp 1754/2016 z dne 18. 7. 2016.
 - VSL Sklep I Cpg 1110/2017 z dne 20. 12. 2017.

