

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Ljubljana 2014
letnik 69 (131)
številka 9-10
strani 571–698

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **69** (131)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka **9-10/2014**

Slovenski pravnik je prvič izšel leta 1862 (izdajatelj dr. J. R. Razlag), v letih 1870–1872 so izšli trije letniki revije *Pravnik slovenski* (izdajatelj dr. J. R. Razlag). Leta 1881 je kot 1. letnik izšla revija *Slovenski pravnik* in nato še leta 1882 in 1883 (izdajatelj dr. Alfons Mosche). Leta 1888 je izšel 4. letnik revije (izdajatelj društvo Pravnik), ki je nato izhajala (razen v letih 1918 in 1919) do leta 1944. Leta 1946 (kot 1. letnik) je začela izhajati revija *Ljudski pravnik*, ki se je leta 1953 preimenovala v *Pravnika*; od 1. januarja 1965, po združitvi z revijo Javna uprava, izhaja *Pravnik* kot revija za pravno teorijo in prakso.

Revija *Pravnik* je vključena v mednarodni bibliografski bazi Internationale Bibliographie der Zeitschriftenliteratur (IBZ) in CSA Philosopher's Index, Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije (ARRS) pa jo je vključila med slovenske revije v mednarodnih bazah podatkov iz seznama ARRS.

Izdajo najstarejše slovenske pravne revije sofinancira Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije.

Uredniški odbor:

**dr. Mitja Deisinger, dr. Erik Kerševan, dr. Marijan Pavčnik,
dr. Konrad Plauštajner, dr. Saša Prelič, dr. Darja Senčur Peček,
dr. Alenka Šelih, Mojca Seliškar Toš, dr. Verica Trstenjak, dr. Lojze Ude,
dr. Dragica Wedam Lukić**

Mednarodni uredniški odbor:

**dr. Mihajlo Dika, dr. Katja Franko-Aas, dr. Tatjana Machalová,
dr. Miomir Matulović, dr. Ivan Padjen, dr. Joseph (Jože) Straus, dr. Jernej Sekolec,
dr. Miroslav Vrhovšek, dr. Davor Krapac, dr. Slobodan Perović**

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

IUS SOFTWARE, d. o. o., GV Založba

Pravnik

Izdajatelj in založnik: **Zveza društev pravnikov Slovenije**

Naslov: **Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana**

Tisk: **Sinet, d. o. o., Hrastnik**

Naklada: **500 izvodov**

Izide 12 števil na leto.

Spletna stran s kazalom, povzetki, navodili za avtorje in naročilnico (tudi v angleščini): **www.revija-pravnik.si**

Naročila

tel.: 01 30 91 821, faks: 01 30 91 815

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 60,05 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za študente 25,03 EUR, posamezni zvezek 8,00 EUR
- za tujino 160,05 EUR, posamezni zvezek 34,00 EUR

IBAN: SI56 0292 2025 7264 074

VSEBINA

Članki

- Primož Gorkič Dokazovanje v postopku odločanja o odvzemu premoženjske koristi in premoženja – 575
- Edita Turičnik Legal Consequences for not Referring a Question for Preliminary Ruling – 603
Pravne posledice kršitve dolžnosti predložiti Sodišču EU vprašanje v predhodno odločanje (daljši povzetek v slovenščini) – 625
- Tina Georgievski Oblikovalna tožba za zmanjšanje pogodbenih obveznosti – 631
- Katarina Bergant Kazenskoprocesne dokazne prepovedi v sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice – 651

Prikaza

- Aleš Novak Watson o slabostih ameriškega pravnega izobraževanja – 675
- Boštjan Tratar Horizontalno učinkovanje ustavnih pravic v Nemčiji in Rusiji – 681

Avtorski sinopsisi

(v slovenskem in angleškem jeziku) – 687

Navodila za avtorje

(v slovenskem, angleškem in hrvaškem jeziku) – 699

CONTENTS

Articles

- Primož Gorkič Evidence-Taking in Criminal Forfeiture Procedures – 575
- Edita Turičnik Legal Consequences for not Referring a Question for Preliminary Ruling – 603
Pravne posledice kršitve dolžnosti predložiti Sodišču EU vprašanje v predhodno odločanje (Longer Summary in Slovenian) – 625
- Tina Georgievski Constitutive Action for a Reduction of Contractual Obligations – 631
- Katarina Bergant Evidentiary Prohibition in Criminal Procedure in the Case-law of the European Court of Human Rights – 651

Book Reviews

- Aleš Novak Watson on Shortcomings of American Legal Education – 675
- Boštjan Tratar Horizontal Effects of Constitutional Rights in Germany and Russia – 681

Authors' Synopses

(in Slovenian and English Language) – 687

Guidelines for Authors

(in Slovenian, English and Croatian Language) – 699



DOKAZOVANJE V POSTOPKU ODLOČANJA O ODVZEMU PREMOŽENJSKE KORISTI IN PREMOŽENJA

Primož Gorkič,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
docent za kazensko pravo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani*

1. UVOD

Uvedba instituta odvzema premoženja nezakonitega izvora (z obrnjenim dokaznim bremenom) je dodobra razburkala razpravo o naravi, pomenu in uporabljivosti kazenskoprocesnih jamstev. Spoznanja, ki smo jih bili deležni udeleženci te razprave, so nedvomno koristna in pomembna. Zlasti ker sežejo onkraj instituta odvzema premoženja nezakonitega izvora: terjajo namreč poglobljen razmislek tudi o procesnih in dokaznopравnih vprašanjih odvzema premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem ali zaradi njega (v nadaljevanju: OPK), torej instituta, ki je že nesporno in trdno zasidran v kazenskem pravu. To velja toliko bolj za uvedbo novih, razširjenih oblik odvzema, ki so izrazito kompleksne, ker omogočajo odvzem v dejansko in pravno zelo različnih položajih.

Virov, ki bi se v slovenskem pravu poglobljeno posvetili vprašanju dokazovanja pri odločanju o OPK, pravzaprav ni. Razloge za to lahko najbrž iščemo v skoposti in odmaknjenosti zakonskih določb, ki urejajo postopkovne vidike OPK, in v dejstvu, da se odločanje o OPK v konkretnem kazenskem postopku pogosto zlije z odločanjem o obtožbi, tj. o očitku kaznivega dejanja. V času, ko se v ospredje odzivanja na kriminaliteto prebijajo mehanizmi, ki v prvi vrsti merijo na premoženje domnevnih storilcev kaznivih dejanj, je zato potreba po sistematični analizi postopkovnih, zlasti dokaznopравnih vprašanj v zvezi z OPK toliko bolj na mestu. K temu kličejo navsezadnje tudi pomembne spremembe materialnopravne podlage odločbe o OPK, ki že bistveno presegajo

okvire, ki jih je imel pred seboj zakonodajalec, ko je oblikoval sedanje procesne okvire odločanja o OPK.

Cilji tega prispevka so zato predvsem podati temeljno analizo slovenske procesnopravne ureditve odločanja o OPK, s poudarkom na prvinah, ki neposredno vplivajo na ugotavljanje dejstev, na katere se opira odločba o OPK. Jedrna vprašanja bodo, tako kot to velja za odločanja o obtožbi, vprašanja ureditve zbiranja procesnega gradiva (komu je ta naloga zaupana in kako naj zbiranje gradiva poteka) in vprašanja odločanja (ali veljajo zanj pravila, primerljiva z odločanjem o obtožbi, zlasti glede dokaznega standarda).

2. MATERIALNOPRAVNA IZHODIŠČA ODLOČANJA O OPK

Četudi je OPK tesno povezan z odločanjem o krivdi in sankciji, je materialnopravno samostojen ukrep. Teorija kazenskega prava OPK ne uvršča med kazenske sankcije. OPK šteje za poseben kazenskopravni ukrep, katerega namen je vzpostavitev premoženjskega stanja, kot je bilo pred storitvijo kaznivega dejanja, in ne generalno ali specialno preventivno učinkovanje na storilca kaznivega dejanja.¹ Pravilo, da nihče ne sme obdržati premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem ali zaradi njega (prvi odstavek 74. člena Kazenskega zakonika – KZ-1²), je tako splošno sprejeto in nesporno.³

Že na materialnopravni ravni je torej odločanje o OPK treba razlikovati od odločanja o očitkih obdolžencu, da je izvršil kaznivo dejanje. To ne pomeni, da je odločanje o OPK povsem ločeno od odločanja o obtožbi: sodišče bo praviloma smelo izreči OPK le, če bo obdolženca s sodbo spoznalo za krivega.⁴ Splošno gledano je taka odločba sodišča torej predpostavka za OPK. Vsaj v tem delu je torej odločanje o OPK vedno zlito z odločanjem o obtožbi, tako v procesnem kot v materialnem smislu.

¹ A. Šelih, v: L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, M. Ambrož, K. Filipčič, nav. delo, str. 465.

² Ur. l. RS, št. 55/08 in nasl.

³ To ne pomeni, da v nekem delu tudi za OPK ne veljajo načela, ki veljajo za kazenske sankcije. Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) je v zadevi *Welch v. Združeno kraljestvo*, št. 17440/90, z dne 9. februarja 1995 sprejelo stališče, da tudi za OPK velja prepoved retroaktivnosti, tako kot velja za kazenske sankcije.

⁴ Izjemo predvideva že peti odstavek 3. člena KZ-1: OPK ni več vezan le na izrek obsojilne sodbe, ampak se lahko izreče tudi s sklepom, s katerim sodišče neprištevnemu storilcu izreče varnostni ukrep (491. člen in naslednji členi ZKP). OPK je mogoče izreči tudi s sklepom o sodnem opominu (drugi odstavek 448. člena ZKP) in s sklepom o vzgojnem ukrepu (Š. Horvat, nav. delo, str. 1055).

3. PROCESNOPRAVNA IZHODIŠČA ODLOČANJA O OPK

V procesnem smislu je odločanje o OPK izrazito heterogeno. Heterogenost procesnopравnih okvirov odločanja se najbolj razkrije, če se vprašamo, katera dejstva so materialnopravno pomembna za odločanje o temelju OPK. Odgovor na to vprašanje ni preprost. Pravna podlaga, skozi katero motrimo historigični dogodek (kaznivo dejanje) in v njegovem okviru prenos premoženja, je namreč dokaj razdrobljena.⁵

3.1. Dejstva, pomembna za OPK, kot del opisa kaznivega dejanja

Zakonodajalec je v nekaterih primerih dejstva, pomembna za odločanje o OPK, izrecno uredil kot znake kaznivega dejanja (bit inkriminacije), bodisi temeljne bodisi kvalificirane oblike kaznivega dejanja. Tak primer je na primer kaznivo dejanje izneverjenja (drugi in tretji odstavek 215. člena KZ-1), katerega kvalificirano obliko izvrši tisti, ki pooblastilo za zastopanje premoženjske koristi kakšne osebe izrablja »za pridobitev premoženjske koristi sebi ali komu drugemu«. Podobno je tudi na primer s kvalificirano obliko zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti, ki jo izvrši tisti, ki sebi ali drugemu pridobi veliko premoženjsko korist (drugi odstavek 240. člena KZ-1), kvalificirano obliko tihotapstva (četrti odstavek 250. člena KZ-1) in kvalificirano obliko organiziranja denarnih verig ter nedovoljeno prirejanje iger na srečo (tretji odstavek 212. člena KZ-1).

V drugih primerih je pridobitev premoženjske koristi, tj. prehod premoženja, neizogiben, tihi del biti kaznivega dejanja, četudi ga opis dejanja ne omenja. Taki primeri so kazniva dejanja zoper premoženje, z očitno izjemo tistih dejanj, katerih jedro je zgolj povzročitev premoženjske ali nepremoženjske škode, ne pa tudi prehod premoženja na storilca (od 218. do 223. člen KZ-1).

V nekaterih inkriminacijah se pridobitev premoženjske koristi pojavlja kot (pravi) objektivni pogoj kaznivosti. Pridobitev premoženjske koristi je torej del opisa kaznivega dejanja, ki pa zakonski biti kaznivega dejanja stoji ob strani.⁶ Tak primer sta kaznivi dejanji poslovne goljufije (228. člen KZ-1) in zloraba negotovinskega plačilnega sredstva (246. člen KZ-1). Kljub temu da objektivni pogoj kaznivosti ne spada v bit inkriminacije, velja zanj – kot del opisa kaznivega dejanja – enak dokaznopravni režim kot za tisti del, ki pomeni bit inkriminacije. Objektivni pogoj kaznivosti z drugimi besedami spada v procesnopravni pojem krivde.⁷

⁵ Prim. Š. Horvat, nav. delo, str. 1055.

⁶ P. Gorkič, nav. delo (2007), str. 115.

⁷ Npr. K. Volk, nav. delo, str. 112.

Pomen določbe 74. člena KZ-1 (ter drugih, ki jo specificirajo) je v tem delu omejen. Samostojno materialnopravno podlago OPK pomenijo te določbe v primeru, da gre za odvzem koristi drugim osebam, na katere je bila korist prenešena (npr. brezplačno ali za plačilo, ki ne ustreza dejanski vrednosti; tretji odstavek 75. člena KZ-1), pa to ni del opisa kaznivega dejanja.

3.2. Dejstva, pomembna za OPK, niso del opisa kaznivega dejanja

3.2.1. Prehod premoženja zaradi kaznivega dejanja

Pri večini drugih kaznivih dejanj dejstva, ki se nanašajo na pridobitev premoženjske koristi, ne bodo pomembna zato, ker so izrecen ali tihi del opisa kaznivega dejanja. Prehod premoženja, ki nastane zaradi kaznivega dejanja, bo pomemben preprosto zato, ker je premoženjsko korist treba vzeti na podlagi 74. člena KZ-1. V to skupino je mogoče uvrstiti, na primer, neupravičeno proizvodnjo in promet s prepovedanimi drogami (186. člen KZ-1), davčno zatajitev (294. člen KZ-1) itd. Ker opis kaznivega dejanja ne terja ugotavljanja premoženjske koristi, je 74. člen KZ-1 podlaga tako za ugotavljanje temelja OPK kot tudi za ugotavljanje višine koristi.

3.2.2. Dejstva, pomembna za razširjeni odvzem premoženjske koristi in premoženja

Prej opisani položaji izhajajo iz razmeroma preprostega položaja, v katerem sodišče ugotavlja premik premoženja, ki je nastal zaradi kaznivega dejanja, zaradi katerega je storilcu tudi izreklo obsodilno sodbo. Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (KZ-1B⁸) pa je v slovensko pravo uvedel tudi dve različici ukrepa, ki se bolj ali manj odkrito približujeta institutu razširjenega odvzema.⁹

Že prvi odstavek 77.a člena KZ-1 razlikuje med odvzemom »premoženjske koristi« in »premoženja«, ki ga je hudodelska združba (torej njeni člani¹⁰) bodisi

⁸ Ur. l. RS, št. 91/11.

⁹ A. Šelih, v: L. Bavcon idr., nav. delo, str. 468–469; H. Jenull, v: M. Ambrož in H. Jenull, nav. delo, str. 82.

¹⁰ Stališča o tem, kdo je tisti, ki se mu izreče ukrep iz 77.a člena KZ-1, bi kazala na to, da se premoženje vzame »hudodelski združbi«, četudi ni pravna oseba (A. Šelih, v: L. Bavcon idr., nav. delo, str. 468; H. Jenull, v: M. Ambrož in H. Jenull, nav. delo, str. 84–85). Procesna ureditev, na drugi strani, temu ne sledi: po 500. členu ZKP se povabi »prejemnik« koristi, tudi pri odvzemu po 77.a členu KZ-1. Tudi sicer bi bilo nepravilno, če bi se izrek OPK v tem primeru glasil na »hudodelsko združbo«; glasiti se mora na prejemnika, pravno ali fizično osebo (ki s premoženjem razpolaga v najširšem smislu – H. Jenull, v: M. Ambrož in H. Jenull, nav. delo, str. 84). Drugačno stališče bi lahko vodilo v neizvršljivost odločbe o

pridobila s kaznivim dejanjem ali zaradi njega bodisi z njim zgolj razpolaga. Določba torej omogoča odvzem premoženja, ki ni bilo pridobljeno z ali zaradi kaznivega dejanja, za katerega je konkretna oseba obsojena, pač pa zadošča, da s premoženjem razpolagajo člani hudodelske združbe in je torej vsaj namenjeno izvrševanju kaznivih dejanj, zaradi katerih hudodelska združba deluje.¹¹ Zahteva se le, da mora opis dejanja v obsodbi obsegati znake kaznivega dejanja, izvršenega v hudodelski združbi, ali pa znake kaznivega dejanja hudodelskega združevanja.¹²

Podobno učinkuje tudi drugi odstavek 77.a člena KZ-1. Ta dopušča odvzem tistega premoženja storilcu dejanj, storjenih v hudodelski združbi, za katero »sodišče ugotovi, da izhaja iz kriminalnih dejavnosti, storjenih v tej združbi.« Dikcija je zelo široka. Prvič, določba dopušča odvzem premoženja, ki ne izvira le iz kaznivega dejanja, ki je predmet obsodbe, ampak tudi iz drugih »kriminalnih dejavnosti« obsojenega člana hudodelske združbe. In drugič, omogoča tudi odvzem premoženja, ki izhaja iz kriminalne dejavnosti neke druge osebe, ki se kot članica ali vodja združbe ukvarja s kriminalno dejavnostjo, ne pa tistega, ki ga je sodišče obsodilo.¹³

Zadnja določba, ki omogoča razširjeni odvzem premoženja, je 77.b člen KZ-1. Ta omogoča odvzem premoženja, ki ga storilec ali druga oseba, ki se ji lahko odvzame premoženje ali premoženjska korist, zgolj uporablja, če to počne na podlagi privolitve »slabovernega« lastnika (osebe, ki ji premoženje pripada). Povezava uporabnika premoženja s kaznivim dejanjem je torej le posredna. Lastnik premoženja bo v slabi veri, kadar bo vedel ali bi mogel vedeti, da je premoženje pridobljeno z ali zaradi kaznivega dejanja, ali pa je bilo uporabljeno v pripravi, izvrševanju ali prikrivanju kaznivega dejanja oziroma je za to namenjeno.¹⁴

Določba torej občutno razširja domet OPK, tako na premoženje, ki ni v povezavi s kaznivim dejanjem, zaradi katerega sodišče izreče obsodilno sodbo, kot tudi na premoženje, ki izvira iz ravnanj drugih oseb, ne le storilca, ki je s sodbo spoznan za krivega.

OPK. Ta namreč pomeni izvršilni naslov (sodba VS RS, št. II Ips 537/2004 z dne 21. 9. 2005, iz odločbe o OPK katere je izhajala dolžnost plačila denarnega zneska – danes po drugem odstavku 75. člena KZ-1). V izvršilnem naslovu mora biti določno opredeljen dolžnik, sicer izvršilni naslov ni primeren za izvršbo (gl. 21. člen v zvezi s 16.a členom Zakona o izvršbi in zavarovanju, Ur. l. RS, št. 51/98 in nasl.).

¹¹ H. Jenull, v: M. Ambrož in H. Jenull, nav. delo, str. 84.

¹² Prav tam, str. 83.

¹³ Prim. prav tam.

¹⁴ Prav tam, str. 87–89. Jenull pri tem govori o »vednosti oziroma krivdni nevednosti« lastnika premoženja.

3.3. Vmesni sklep in izhodišča za nadaljnjo obravnavo

Upoštevajoč različno pravno podlago OPK je mogoče razlikovati tri materialnopravne položaje, ki hkrati terjajo tudi različno procesno in dokaznopravno obravnavo.

Prvič, tako nastanek (temelj) kot višina OPK sta lahko del opisa kaznivega dejanja. Zato ni mogoče razlikovati med različnimi dokaznopravnimi režimi glede odločanja o krivdi ter glede odločanja o temelju in višini OPK.

Drugič, v drugih primerih (če temelj in višina OPK nista del opisa dejanja) je pravna podlaga za ugotavljanje temelja in višine OPK deljena. Podlago, pomembno za ugotavljanje temelja OPK, je treba iskati na dveh mestih: en del je gotovo odločitev, da je obdolženec kriv kaznivega dejanja, torej obsodilna sodba, drugi del temelja – prehod premoženja – pa bomo ugotavljali na podlagi določbe 74. člena KZ-1; enako velja za ugotavljanje višine premoženjske koristi. V tem primeru se torej glede procesne in dokaznopravne ureditve ugotavljanja prehoda premoženja in višine premoženjske koristi odpirajo vrata drugačnim rešitvam, kot veljajo za odločanje o obtožbi.

In tretjič, pravna podlaga za razširjeni odvzem prostosti širi polje odločanja ne le na dejstva, ki so povezana s kaznivim dejanjem, ki je predmet obtožbe, pač pa občutno dlje. Temeljni problem zato ni le dokaznopravne narave, pač pa se zastavlja vprašanje, ali v tej točki sodišča dejansko ne odločajo o novi obtožbi. Če je tako, terja postopek odločanja o razširjenemu odvzemu prav posebno pozornost.

V nadaljevanju bodo opisani režimi podrobneje obravnavani. Najbrž je očitno, da bo najmanj pozornosti deležen prvi položaj, v katerem so dejstva, pomembna za ugotavljanje temelja in višine OPK, že zajeta v opisu kaznivega dejanja.

4. PRVI PRIMER: DOKAZNOPRAVNI VIDIKI ODLOČANJA O OPK, KADAR JE PRIDOBITEV PREMOŽENJSKE KORISTI ZAJETA V OPISU KAZNIVEGA DEJANJA

Kadar so dejstva, ki se nanašajo na nastanek in višino premoženjske koristi, del opisa kaznivega dejanja, velja zanje neizogibno isti dokaznopravni režim, kot velja za odločanje o krivdi. V takih primerih je odločanje o OPK torej še posebej tesno zvezano z odločanjem o obtožbi. Zanj v celoti velja domneva nedolžnosti in s tem tudi njene specifične dokaznopravne posledice. Prvič, ker so dejstva, pomembna za odločitev o OPK, hkrati del opisa kaznivega dejanja, zanje velja tako obtožno načelo in kot tudi dolžnost upravičenega tožilca, da

zanje v obtožnem aktu predlaga dokaze, s katerim se ugotovi višina pridobljene premoženjske koristi. In drugič, tudi za odločanje o OPK velja dokazni standard, ki velja za obsodilno sodbo (prepričanje v krivdo obdolženca, drugi odstavek 3. člena Zakona o kazenskem postopku – ZKP¹⁵) in *in dubio pro reo*.

To hkrati pomeni, da je v takih primerih tudi posebna procesna ureditev, ki jo pozna ZKP (499. do 501. člen ZKP), za odločanje o OPK največkrat neuporabna. Uporabna je le, če gre za ugotavljanje dejstev, ki ne spadajo v okvir odločanja o obtožbi, na primer dejstev o prenosu premoženjske koristi na drugo fizično ali pravno osebo (75. in 77. člen KZ-1), in če zagotavlja udeležbo v kazenskem postopku prejemnikom koristi (pravnim ali fizičnim osebam), ki v kazenskem postopku nimajo položaja obdolženca.

5. DRUGI PRIMER: DOKAZNOPRAVNI VIDIKI ODLOČANJA O OPK, ČE PRIDOBITEV PREMOŽENJSKE KORISTI NI DEL OPISA KAZNIVEGA DEJANJA

Temeljna dokaznopravna vprašanja odločanja o OPK v takem primeru še niso bila predmet podrobnejše obravnave. Iz razpoložljivih virov je gotovo mogoče razbrati, da tudi v tem primeru sodišče zavezuje načelo iskanja materialne resnice (17. člen ZKP), načelo proste presoje dokazov (prvi odstavek 18. člena ZKP) kakor tudi prepoved opiranja odločbe o OPK na nedovoljene dokaze (drugi odstavek 18. člena ZKP). Njihova izpeljava je 499. člen ZKP, ki sodišču nalaga ugotavljanje premoženjske koristi, dejstev in zbiranje dokazov, pomembnih za odločitev, po uradni dolžnosti, torej ne da bi bilo vezano na zahtevek tožilca ali na dokazne predloge udeležencev postopka.¹⁶ ZKP v 500. členu nadalje zagotavlja minimalne standarde poštenega postopka zoper prejemnika koristi, tj. pravico, da se izjavlja o procesnem gradivu (je zaslišan) in da sodeluje v dokaznem postopku tako, da predlaga dokaze in postavlja vprašanja obdolžencu, pričam ali izvedencem.

Kljub temu temeljna dokaznopravna vprašanja ostajajo nejasna ali pa je njihova zakonska ureditev sporna. Nejasno ostaja vprašanje, ali je sodišče pri odločanju o OPK zavezano upoštevati domnevo nedolžnosti in izpeljana načela dokazovanja (zlasti vprašanje dokaznega bremena, dokaznega standarda ob izdaji OPK in uporabnost pravila *in dubio pro reo*), sporna pa je pristojnost odločati o OPK tudi brez zahtevka upravičenega tožilca. Ti dve vprašanji si bomo v nadaljevanju podrobneje ogledali.

¹⁵ Ur. l. RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, in 47/13.

¹⁶ Prim. Š. Horvat nav. delo, str. 1055.

5.1. Ali se domneva nedolžnosti razteza tudi na odločanje o OPK

a) Argumenti proti

Na prvi pogled se zdi, da mora biti odgovor negativen. Razlogov in argumentov za to je kar nekaj. Prvi argument – bolje izhodišče – je že znan: OPK je poseben objekt kazenskega postopka, za katerega (lahko) veljajo drugačna dokaznopravna pravila. Tudi v slovenskem pravu je domneva nedolžnosti že na jezikovni ravni izrazito vezana na odločanje o krivdi, tako v besedilu 27. člena Ustave RS kot tudi v 3. členu ZKP. Zato je mogoče trditi, da za odločanje o OPK domneva nedolžnosti preprosto ne velja.

Drugi argument dopolnjuje prvega: odgovarja na vprašanje, kako razumeti procesni pojem »krivde«. Odgovor ponuja sodba Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v zadevi *Phillips v. Združeno kraljestvo*.¹⁷ Z njo je ESČP zamejilo učinek domneve nedolžnosti na odločanje o krivdi, zavrnilo pa njeno uporabnost v postopkih odločanja o kazenskih sankcijah in z njimi povezanim ugotavljanjem obdolženčevega značaja in vedenja (če le ne gre za samostojno obtožbo (*charge*) v smislu 6. člena EKČP). Med te postopke odločanja o sankcijah je ESČP vključilo tudi postopek odločanja o OPK, v konkretnem primeru v obliki t. i. razširjenega odvzema.¹⁸ S tem, sicer spornim stališčem¹⁹ je ESČP pomembno razširilo manevrski prostor zakonodajalcu in sodiščem pri odločanju o OPK.

Tretji argument izhaja iz spoznanja, da je predmet odločanja o OPK drugačne narave, kot to velja za odločanje o krivdi. Domneva nedolžnosti zagotavlja, da o krivdi odločamo tako, da izbiramo med dvema skrajnima poloma, obsodbo ali oprostitev – preprosto zato, ker kazenskoopravni koncept krivde ne dopušča deljene krivde oziroma odgovornosti za kaznivo dejanje.²⁰ Pri odločanju o OPK pa je narava odločanja drugačna: višina premoženjske koristi je lahko večja ali manjša ali pa je seveda sploh ni – le v takem primeru sodišče ne bo izreklo OPK. Narava ukrepa je taka, da sodišča ni treba postaviti v položaj, v katerem lahko izbira le med dvema odločitvama.

Zadnji, četrti argument pa temelji na sistematični razlagi veljavne zakonske ureditve: ZKP preprosto drugače ureja pravila o trditvenem in dokaznem bremenu glede dejstev, pomembnih za OPK, kadar je njihovo ugotavljanje ločeno

¹⁷ Sodba ESČP, *Phillips v. Združeno kraljestvo*, št. 41087/98, z dne 5. julija 2001.

¹⁸ V isti sodbi je ESČP zapisalo tudi: »The Court considers that this procedure was analogous to the determination by a court of the amount of a fine or the length of a period of imprisonment to be imposed on a properly convicted offender.«

¹⁹ Npr. S. Trechsel, nav. delo, str. 34–35; P. Gorkič, nav. delo (2011).

²⁰ K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 62.

od odločanja o krivdi. Obtožno načelo za OPK ne velja; tudi sodišče premoženjsko korist v kazenskem postopku ugotavlja po uradni dolžnosti (prvi odstavek 499. člena ZKP), zato predlog državnega tožilca ni predpostavka za izrek OPK, kot to velja za odločbo o krivdi. Vsi, sodišče in drugi organi, morajo po uradni dolžnosti zbirati dejstva, pomembna za OPK, in dokaze zanje (drugi odstavek 499. člena ZKP). Odsotnost jasnega pravila o dokaznem bremenu lahko razumemo tudi tako, da za odločanje o OPK domneva nedolžnosti ne velja.

b) Argumenti za

Na drugi strani pa samostojnost odločanja o obtožbi in odločanje o OPK vendarle ne pomeni, da sta postopka odločanja o OPK in odločanja o krivdi povsem ločena. To preprosto ni mogoče, saj bo sodišče v kazenskem postopku o OPK lahko praviloma odločilo le ob izreku obsodilne sodbe; gre za t. i. *conviction-based* ukrep.²¹ To pomeni, da domneva nedolžnosti v postopku odločanja o OPK velja vsaj posredno: nikomur ni mogoče odvzeti premoženjske koristi, če ni s pravnomočno sodbo spoznan za krivega. Zato odločitve o OPK v procesnem in dokaznopравnem smislu ni mogoče obravnavati povsem samostojno. Najbolj očitna posledica povezanosti odločanja o krivdi in odločanja o OPK je gotovo ta, da je postopek OPK (posredno) vezan na zahtevek upravičenega tožilca. Brez vloženega obtožnega akta sodišče o OPK ne sme odločati, ne glede na to, ali bi bila dejstva, pomembna za OPK, del opisa kaznivega dejanja ali ne. Hkrati to pomeni, da dokazna tveganja, povezana z odločanjem o obtožbi, v tem delu sežejo tudi v odločanje o OPK.

Ključ do pravilnega razumevanja dosega domneve nedolžnosti se tako skriva v omenjenem razlikovanju med več razsežnostmi odločanja o OPK. Nanje opozarja Horvat, ki ločeno obravnava vprašanje, ali je bila premoženjska korist sploh pridobljena, in vprašanje, kako velika.²² Ob takem izhodišču Horvat glede dokaznega standarda o tem, ali je bila premoženjska korist sploh pridobljena, odgovarja: velja dokazni standard za odločbo o krivdi.²³ Vendar pa se zdi, da je taka rešitev preveč preprosta. Kadar sodišče odloča o OPK, ne da bi bila dejstva že zajeta v opisu kaznivega dejanja, je že odločanje o temelju OPK sestavljeno iz dveh delov: ugotavljanja krivde in ugotavljanja prehoda premoženja na prejemnika. Če za ugotavljanje krivde domneva nedolžnosti brez dvoma velja, pa to za ugotavljanje dejstev glede prehoda premoženja na prejemnika, tudi če je obdolžen kaznivega dejanja, ni tako jasno. Toliko bolj to velja za odločanje o višini premoženjske koristi.

²¹ O tipologiji ukrepov odvzema premoženja glej M. Pezdirc, nav. delo.

²² Š. Horvat, nav. delo, str. 1058.

²³ Prav tam, str. 1055.

Glede na argumente, ki govorijo zoper uporabljivost domneve nedolžnosti pri odločanju o OPK, kadar dejstva niso zajeta v opisu kaznivega dejanja, je torej ustrežnejše sprejeti stališče, da domneva nedolžnosti ne velja, če gre za ugotavljanje prehoda premoženja in višine premoženjske koristi. To hkrati pomeni, da se v tem delu zastavljata dve pomembni vprašanji: prvič, ali to pomeni, da sme sodišče ta dejstva ugotavljati povsem nevezano na morebitne zahtevke in predloge upravičenega tožilca, torej po uradni dolžnosti, in drugič, kakšen naj bo potem dokazni standard za odločitev o OPK? Če bi želeli iskati rešitve v domačem pravu, se je smiselno ozreti po institutih, ki so usmerjeni v isti cilj, ki ga želimo doseči z OPK. Med te spada v prvi vrsti odločanje o premoženjskoprnem zahtevku.

5.2. Ekskurz: sistemska primerjava OPK in odločanje o premoženjskoprnem zahtevku

Odločanje o OPK lahko – z nekaj pridržki – umestimo ob bok odločanju o premoženjskoprnem zahtevku (v nadaljevanju: PPZ) kot drugemu institutu, ki meri na vzpostavitev premoženjskega stanja pred izvršitvijo kaznivega dejanja.²⁴

a) Razmerje med PPZ in OPK

Tako PPZ kot tudi OPK sta namenjena odpravi sprememb (točneje – prehoda premoženja), ki so na premoženjskem področju nastale zaradi kaznivih dejanj. Ključna, izrecna določba, ki v tem smislu zamejuje odločanje o PPZ, je 100. člen ZKP: v kazenskem postopku se obravnava premoženjskoprni zahtevek, »ki je nastal *zaradi* kaznivega dejanja«. ²⁵ Četudi gre za določbo v večinoma procesnem predpisu, gre za materialnopravno predpostavko odločanja o PPZ: za ugoditev PPZ v kazenskem postopku je treba ugotoviti vzročno povezavo med kaznivim dejanjem in spremembo v premoženju tistega, ki PPZ uveljavlja. Četudi ZKP kroga upravičencev PPZ izrecno ne zamejuje (101. člen ZKP), je to običajno oškodovanec v smislu 144. člena ZKP.

V primeru prehoda premoženja z oškodovanca na storilca zaradi kaznivega dejanja oba instituta merita na isti cilj, tj. da prejemnik te koristi ne obdrži.²⁶

²⁴ Odvzem denarja ali premoženja (498.a člen ZKP) tu puščam ob strani. Od OPK in PPZ se namreč bistveno razlikuje po tem, da je mogoče ta ukrep izreči brez obsodilne sodbe.

²⁵ Poudaril P. G. Glej tudi Kobe, nav. delo, str. 109 in nasl.

²⁶ Zato je razumljivo, četudi v nasprotju s stališči, uveljavljenimi v kazenskoprni teoriji, da so sodišča OPK označila za civilnopravni institut. Gl. npr. sodbo VS RS št. II Ips 537/2004 z dne 21. septembra 2005.

Ker imamo torej opraviti z dvema konkurirajočima si zahtevkoma, je nujno urediti razmerja med njima. To je naredil zakonodajalec tako, da je odločanje o OPK v razmerju do PPZ praviloma subsidiarne narave (tretji odstavek 499. člena ZKP in 76. člen KZ-1). Le kadar gre za kaznivo dejanje, pri katerem o t. i. kazenski dvojici (storilca in žrtve) ne moremo govoriti (npr. korupcijska kazniva dejanja), je OPK primarno sredstvo za vzpostavitev premoženjskega stanja pred izvršitvijo kaznivega dejanja.

Prva pomembna razlika med institutoma je gotovo ta, da je OPK institut, namenjen uresničevanju javnega interesa. Razlog za to je preprosto v tem, da ureditve premoženjskopравnih razmerij, ki so posledica kaznivega dejanja, ne moremo prepustiti zgolj oškodovancu.²⁷ Tako kot večinoma ni sporno, da žrtvam kaznivega dejanja ne moremo na splošno prepustiti kazenskega pregonu, tudi urejanja premoženjskopравnih posledic ni mogoče prepustiti zgolj oškodovancu. Odločitev žrtve kaznivega dejanja – ne le o pregonu, tudi o uveljavljanju premoženjskopравnega zahtevka – je praviloma posledica več dejavnikov, zaradi katerih ne pričakovati sistemskega odziva na kazniva dejanja. To velja toliko bolj za prej omenjena kazniva dejanja, pri katerih ni t. i. kazenske dvojice. Zato se OPK lahko izreče tudi, če oškodovanec PPZ v kazenskem postopku ne uveljavlja.²⁸

Drugič, instituta se tudi vsebinsko ne prekrivata v celoti. Po eni strani je dommet PPZ večji: uveljavljati ga je mogoče tudi v primerih, če je bila s kaznivim dejanjem povzročena le škoda (in ni prišlo do prehoda premoženja), torej če je ukrep OPK povsem neuporaben. Na drugi strani pa je mogoče OPK izreči tudi glede koristi, ki presega PPZ²⁹ (tretji odstavek 499. člena ZKP), pa tudi drugim prejemnikom, ne le obdolžencu.

Ti argumenti kažejo, da se odločanje o OPK procesnopravno oddaljuje od civilnoprocesnih izhodišč odločanja o PPZ. V nekaterih primerih odločanje o PPZ preprosto ne more zagotoviti vzpostavitve premoženjskih razmerij pred

²⁷ O dilemah položaja žrtve v kazenskem postopku in širših kriminalitetno-političnih ciljih adhezijskega postopka npr. Kobe, nav. delo, str. 102 in nasl.

²⁸ Z drugimi besedami, organi kazenskega postopka stopijo na mesto oškodovanca. Temu se kasneje še vedno omogoči, da se iz odvzetega premoženja poplača tudi sam (tretji odstavek 76. člena KZ-1).

²⁹ Obseg premoženjske koristi zaradi kaznivega dejanja in škoda, ki je bila s tem povzročena oškodovancu, ne sovpadata vedno. Oškodovanec bo po splošnih načelih civilnega prava lahko odškodnino zahteval le, če se je njegovo premoženje zaradi kaznivega dejanja zmanjšalo oziroma glede na to, koliko znaša izgubljeni dobiček (132. člen Obligacijskega zakonika (OZ), Ur. l. RS, št. 97/07). Vendar pa lahko korist zaradi kaznivega dejanja vrednost tega premoženja tudi presega, zlasti zaradi nadaljnega upravljanja in plemenitenja premoženja, pridobljenega s kaznivim dejanjem, do katerega po »normalnem teku stvari« (tretji odstavek 168. člena OZ) ne bi prišlo.

kaznivim dejanjem oziroma brez njega. V tem delu je mogoče to nalogo doseči le z OPK, njegovo uveljavljanje pa prepustiti državnim organom, ne glede na voljo oškodovanca.

b) Procesnopravne posledice razmerja med OPK in PPZ

Glede na opisana skupna materialnopravna izhodišča OPK in PPZ je presetljivo, da ju procesnopravna teorija obravnava precej različno. Morda je ta razlika najopaznejša pri umestitvi obeh institutov v teorijo kazenskega procesnega prava. PPZ šteje teorija za samostojen, vzporedni objekt kazenskega postopka,³⁰ ne pa tudi OPK, čeprav je jasno, da imata ne le skupna materialnopravna izhodišča, ampak tudi skupno procesnopravno zasnovo.

Taka različna obravnava obeh institutov iz več razlogov ne prepriča povsem. Ne odločanje o PPZ ne odločanje o OPK ne pomenita odločanja o kazenski zadevi (*causa criminalis*), ampak o vprašanju, ki spada (ali pa bi ga vsaj bilo mogoče obravnavati) tudi v okvir civilnega prava.³¹ V razmerju do odločanja o kaznivem dejanju sta torej obe vprašanji samostojni, neodvisni. Vendar pa je njuno obravnavanje v okvirih kazenskega postopka smiselno zato, ker sta s kazensko zadevo tesno povezani, za pozitivno odločitev sodišča pa je v obeh primerih neizogibno, da sodišče hkrati storilca spozna za krivega kaznivega dejanja.³² Zato je v obeh primerih odločanje sodišča vezano na tek kazenskega postopka. Za odločanje o OPK Grubač poudarja, da gre za postopek, ki je komplementaren odločanju o kazenski zadevi.³³ Podobno velja tudi za odločanje o PPZ: ker gre za postopek, ki je kazenskemu pridružen, si ga brez odločanja o glavnem predmetu kazenskega postopka, tj. o kaznivem dejanju ne moremo predstavljati. Celo kadar se o zahtevkih, ki izvirajo iz identičnega dejanskega stanja, odloča v pravnem postopku, je pravno sodišče vezano na odločitev o obstoju kaznivega dejanja in o krivdi (14. člen Zakona o pravnem postopku – ZPP³⁴). Tudi dejstvo, da je mogoče tako o OPK kot tudi o zahtevkih oškodovanca odločati v postopkih, ločenih od kazenskega, te intimne poveza-

³⁰ V starejši teoriji; T. Vasiljević, nav. delo, str. 183 in nasl.; v novejši: Z. Dežman in A. Erbežnik, nav. delo, str. 421 in nasl.; M. Grubač, nav. delo, str. 37–38.

³¹ Z uveljavitvijo Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI; Ur. l. RS, št. 91/11 in 25/14) je toliko bolj jasno, da se odvzem protipravno pridobljenega premoženja vztrajno približuje sferi civilnega prava.

³² Glej drugi odstavek 105. člena ZKP: »(2) Sodišče lahko prisodi v sodbi, s katero spozna obdolženca za krivega, oškodovancu premoženjskopravni zahtevek v celoti; lahko mu ga prisodi deloma in ga s presežkom napoti na pravdo. Če pa podatki kazenskega postopka ne dajejo zanesljive podlage niti za popolno niti za delno razsojo, napoti sodišče oškodovanca na pravdo s celotnim premoženjskopravnim zahtevkom.« Poudaril P. G.

³³ M. Grubač, nav. delo, str. 527.

³⁴ Ur. l. RS, št. 26/99 in nasl.

ve OPK in PPZ z odločanjem o obtožbi ne more omajati.³⁵ S kazenskoprocesnega vidika je odločanje o obeh prav gotovo primerljivo.

Ti argumenti kažejo, da velja tudi OPK odkrito umestiti med (vzporedne) objekte kazenskega postopka. Takšno stališče ni le posledica podobnosti med PPZ in OPK, ki terjata enako obravnavo, ampak ima tudi pomembno kriminalitetno-politično sporočilo. Z enotno in celovito obravnavo ukrepov, ki merijo na vzpostavitev premoženjskega stanja pred kaznivim dejanjem, se krepi njihov pomen in s tem moč sporočila, da koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, ni mogoče obdržati. Hkrati pa procesnopravna in materialnopravna sorodnost obeh ukrepov nakazuje, da razlogov za bistveno različno procesnopravno ureditev obeh ukrepov pravzaprav ni. Zato je na mestu vprašanje: ali se torej pri nerešenih vprašanjih odločanja o OPK lahko zgledujemo po ureditvi odločanja o PPZ?

c) Ali kaže OPK tudi dokaznopravno obravnavati podobno kot PPZ

Primerljiva procesna in materialna izhodišča obeh institutov narekujejo tudi primerljivo procesno in dokaznopravno ureditev. Ker imamo opraviti z dvema institutoma, ki sledita istemu cilju, pri čemer je prvi institut (PPZ) v rokah oškodovanca, drugi (OPK) pa v rokah organov kazenskega postopka, je treba tudi postopek odločanja o teh ukrepih urediti tako, da so procesni okviri odločanja primerljivi. To navsezadnje terja tudi zahteva, da v podobnih primerih procesno primerljivo uredimo položaj tistega, ki bo zavezan k povrnitvi premoženjske koristi oziroma izpolnitvi odločbe o PPZ.

Kadar pa se OPK občutneje približuje odločanju o kazenski zadevi (kot bo prikazano, zlasti ob razširjenem odvzemu), se ponovno vračajo tudi neravnovesja, ki so izraz dejanske neenakosti med državnimi organi in obdolžencem oziroma drugimi osebami, ki so prejemniki premoženjske koristi iz kaznivega dejanja. Ta ravnovesja lahko ustrezno saniramo le tako, da tudi v postopku odločanja o OPK pripoznamo temeljna procesna jamstva, kot jih poznamo v postopku odločanju o kazenski obtožbi.

³⁵ Alternativna procesna pot odločanja o zahtevkih oškodovanca je gotovo pravdni postopek, za odločanje o OPK pa postopek po ZOPNI. Pravnomočna obsodilna sodba ima v obeh primerih celo enak učinek: ker bi šlo za odločanje o identičnem dejanskem stanju, je pravdno sodišče nanjo vezano (14. člen ZPP). Ni videti razloga, da tega pravila ne bi uporabili tudi pri odločanju po ZOPNI, v katerem se pri odločanju o tožbi za odvzem premoženja uporabljajo pravila pravnega postopka (drugi odstavek 9. člena ZOPNI). Posledica tega pravila bo gotovo ta, da glede premoženja, če je pridobljeno s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, ni mogoče prerekati nezakonnosti njegovega izvora. Domnevo nezakonnosti izvora pa je mogoče uporabiti le, če tožba na odvzem presega premoženje, ki izvira iz kaznivega dejanja obsojenca.

5.3. Odločanje na predlog tožilca ali po uradni dolžnosti

Kazensko sodišče sme o temelju OPK, tj. o krivdi obdolženca, odločati le na podlagi obtožbe upravičenega tožilca. Obtožno načelo med drugim konkretizirata tudi določbi 269. in 434. člena ZKP, ki predpisujeta sestavine obtožnice in obtožnega predloga. V tem delu gotovo tudi za odločanje OPK, če pridobitev premoženjske koristi ni del opisa kaznivega dejanja, velja obtožno načelo.

Ob tem ostaja nejasno, ali se obtožno načelo razteza tudi na odločanje o prenosu in višini premoženjske koristi. Na prvi pogled je odgovor negativen: premoženjska korist, dosežena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, se ugotavlja po uradni dolžnosti (499. člen ZKP), torej ne glede na (ne)izraženo procesno voljo upravičenega tožilca.

Vendar pa to ne pomeni, da je rešitev, ki jo ponuja 499. člen ZKP, pravilna. Zgolj zato, ker glede dejstev o prenosu in višini premoženjske koristi domneva nedolžnosti ne velja, prav gotovo ne moremo trditi, da sme sodišče o OPK odločati mimo jamstev 22. in 23. člena Ustave RS ter prvega odstavka 6. člena EKČP. Če izhajamo iz judikature ESČP in judikature slovenskega Ustavnega sodišča, moramo ugotoviti, da zakonska ureditev (499. člen ZKP) ne ustreza minimalnim standardom poštenega postopka. Če se opremo zgolj na omenjeno sodbo v zadevi *Phillips*, lahko ugotovimo, da ESČP odločanje o OPK tudi v primeru razširjenega odvzema še vedno šteje za odločanja o kazenski obtožbi (*charge*) – le da v delu, ki presega korist iz kaznivega dejanja, ne gre za samostojno, novo obtožbo. To hkrati pomeni, da morajo biti tudi pri odločanju o OPK izpolnjena vsaj minimalna merila poštenega postopka iz prvega odstavka 6. člena EKČP – med katere spada, med drugim, tudi kontradiktornost (adversarnost) strankarsko organiziranega postopka, sodišče, ki odloča, pa mora zagotavljati videz nepristranskosti preprosto tako, da se vzdrži dejanskega izvrševanja vloge tožilca v kazenskem postopku.

Podobno lahko sklepamo tudi na podlagi odločbe slovenskega Ustavnega sodišča št. U-I-296/02 z dne 20. 11. 2003, s katero je sodišče poseglo v ureditev začasnega zavarovanja odvzema premoženjske koristi. Četudi spada začasno zavarovanje med stvarne omejevalne ukrepe, je vendarle jasno, da morajo temeljna načela, ki veljajo za začasno zavarovanje OPK, toliko bolj veljati za odločanje o dokončnem odvzemu premoženjske koristi. Tudi v omenjeni odločbi se je Ustavno sodišče oprlo na stališča iz »priporne« odločbe U-I-18/93 z dne 11. aprila 1996 in zapisalo: »Skladno z domnevo nedolžnosti iz 27. člena Ustave, ki trditveno in dokazno breme nalaga tožilcu, pa je seveda slednji tisti, ki mora postaviti zahtevo za odreditev začasnega zavarovanja zahtevka za odvzem protipravno pridobljene premoženjske koristi, ki mora zatrjevati izpolnjenost vsebinskih pogojev za odreditev tega omejevalnega ukrepa in ki

mora izpolnjenost teh pogojev tudi dokazati s tisto stopnjo verjetnosti, kot to od njega zahteva zakonsko postavljeni dokazni standard.«

Ustavno sodišče je torej ločitev med procesnima funkcijama sodišča in tožilca izpeljalo iz domneve nedolžnosti, ki tudi trditveno breme nalaga tožilcu. Pri tem je pomembno, da se Ustavno sodišče vprašanja višine dokaznega bremena in dokaznega standarda OPK pravzaprav niti ne dotika (in njegovo določitev prepušča zakonodajalcu). Zato lahko prepričljivo ugotovimo le, da obtožno načelo velja tudi za OPK: državni tožilec mora postaviti zahtevo za odvzem premoženjske koristi in zatrjevati izpolnjenost vsebinskih predpostavk za izrek OPK. To kaže, da določba 499. člena ZKP ni usklajena z ustavnimi procesnimi jamstvi.³⁶

5.4. Drugačen dokazni standard

Ob ugotovitvi, da domneva nedolžnosti v opisanem obsegu, torej glede prehoda premoženja in glede višine pridobljene koristi, pri odločanju o OPK ni uporabljiva, se je treba vprašati, kakšen dokazni standard torej pride v poštev v tem delu? Ali to pomeni, da je lahko dokazni standard pri odločanju o OPK drugačen – nižji – kot pri odločanju o krivdi obdolženca?

Odgovora na to vprašanje v zakonskem besedilu ne najdemo. Gotovo je tudi, da nam načelo iskanja resnice, ki velja tudi za odločbo o OPK, odgovora na to ne more ponuditi. Na vprašanje, kdaj bo sodnik ocenil, da so dejstva, na katera je oprl odločbo o OPK, resnična, lahko ponudi le oblikovanje (novega) dokaznega standarda. Kot primer naj navedem odločanje o priporu: tudi za sklep o priporu velja načelo iskanja resnice; vendar pa bo prag, ko bo sodnik ocenil, da so dejstva, na katera je oprl sklep, resnična, nižji od praga, ki se zahteva za obsodilno sodbo. Zaveza k resnici in določitev dokaznih standardov sta dve ločeni prvini dokaznega prava.

³⁶ Določbo lahko poskusimo ustavnoskladno razlagati, zlasti upoštevajoč določbe o vsebini obtožnega akta. V veljavnem ZKP že poznamo dva procesna položaja, ki vsaj delno uveljavljata obtožno načelo glede OPK. To sta kaznovalni nalog, v katerem sme državni tožilec predlagati tudi OPK (druga točka drugega odstavka 445.a člena ZKP), in (deloma) sporazum o priznanju krivde (ZKP sicer izrecno prepoveduje sporazumevanje o OPK, ne pa tudi glede načina odvzema). V drugih primerih ponujata podlago za ustavnoskladno razlago dve določbi, druga in šesta točka prvega odstavka 269. člena ZKP. Prva terja, da tožilec v obtožnem aktu navede okoliščine, ki so »potrebne, da se kaznivo dejanje kar najbolje označi«. To pomeni, da v opis dejanja lahko spadajo tudi dejstva, ki niso zakonski znaki kaznivega dejanja – med te spadajo lahko tudi dejstva o prejeti koristi in njeni višini. Druga določba pa zahteva, da obtožni akt vsebuje obrazložitev z navedenimi dejstvi, ki se bodo dokazovala z izvedbo predlaganih dokazov. Kljub taki razlagi bi določba prvega odstavka 499. člena ZKP še vedno dovoljevala, da sme sodišče odločati tudi *ultra petitum* in s tem po uradni dolžnosti. Zato opisani poskus razlage ne more biti prepričljiv.

a) Primerjava s PPZ

Prav tako vemo, da OPK ostaja ukrep kazenskopravne narave, katerega namen je specifičen in – kadar gre za vprašanje prenosa koristi na storilca dejanja – primerljiv s PPZ. Gre za ukrep, pri katerem gre za poseg v lastninsko pravico z namenom vzpostavitve stanja pred kaznivim dejanjem; po tem se, na primer, bistveno razlikuje od denarne kazni. Tudi ta je kazenskopravni poseg v lastninsko pravico, ki se lahko izreče le z obsodilno sodbo. Vendar pa ta storilca prizadene (poslabša njegovo premoženjsko stanje) zato, ker je izvršil kaznivo dejanje, in z namenom, da se odvrne od nadaljnjega izvrševanja kaznivih dejanj. Na tej točki je torej mogoče izhajati iz sistemske primerljivosti OPK in odločanja o PPZ, kolikor pač oba sledita istemu cilju. Dokazno breme, ki mu mora zadostiti država v postopku odločanja o OPK, mora biti primerljivo z bremenom, ki ga pri odločanju o PPZ nosi njegov vložnik.

b) Primerjava z drugimi ureditvami

Tudi primerjalni pregled kaže, da je v nekaterih ureditvah dokazni standard pri odločanju o OPK nižji. Po kanadskem kazenskem pravu sodišče izreče OPK, če je bolj kot ne verjetno (angl. *on balance of probabilities*), da premoženje izvira iz kaznivega dejanja, za katero je storilec obsojen.³⁷ Podobno določa angleški Proceeds of Crime Act 2002 (Sec. 6(7)).³⁸ Spet druge ureditve posebej dokaznega standarda pri OPK sploh ne urejajo. Tak primer so *Federal Rules of Criminal Procedure* (ZDA),³⁹ ki od sodišča zahtevajo, da ugotovi le, ali je država izkazala povezavo med kaznivim dejanjem in premoženjem (angl. *the requisite nexus between the property and the offense*).

Ti argumenti kažejo, da je dokazni standard glede ugotavljanja dejstev o prehodu premoženja in glede višine prejete koristi lahko drugačen – nižji – kot pri odločanju o obtožbi. Ob tem je treba takoj pojasniti dvoje. Prvič, nižji dokazni standard nikakor še ne pomeni obrnjenega dokaznega bremena, kot ga pri nas pozna ZOPNI. Obrnjeno dokazno breme izhaja iz domneve protipravnega izvora premoženja, ki temelji na ugotovitvi nesorazmerja med premoženjem, s katerim (v najširšem smislu) razpolaga neka oseba, in ugotovljenimi (neto) prihodki v nekem obdobju. V primeru odločanja o OPK take domneve ni.

³⁷ Criminal Code, Sec. 462.37 (1), <laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-215.html#docCont> (2. 7. 2013).

³⁸ Proceeds of Crime Act 2002, <www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/section/6> (2. 7. 2013).

³⁹ Federal Rules of Evidence, <www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Criminal%20Procedure.pdf> (8. 7. 2013). Ameriško zvezno pravo sicer kazenskopravni OPK ureja na več mestih. Pregledno, na primer, C. Doyle, nav. delo.

In drugič, prav zaradi različne materialnopravne podlage je dokazni standard za izrek OPK kompleksnejši. Dokazni standard pri odločitvi o OPK namreč še vedno temelji na dveh ugotovitvah: prvič, da je storilec kriv določenega kaznivega dejanja (ob dokaznem standardu prepričanosti v krivdo oziroma onkraj razumnega dvoma), in drugič, da sodišče ugotovi, da je storilcu s tem kaznivim dejanjem nastala določena premoženjska korist oziroma da zaradi kaznivega dejanja razpolaga z določenim premoženjem.

Dejstva, ki jih bo sodišče ugotavljalo ob tem (nižjem) dokaznem standardu, se torej nanašajo na: (a) premik premoženja, (b) (vzročno) povezavo med kaznivim dejanjem in premikom premoženja, ter (c) višino prejete koristi, (č) pa tudi na druga pomembna dejstva, zlasti kadar je prejemnik nekdo, ki ni storilec kaznivega dejanja (npr. dejstva o plačilu, ki ne ustreza dejanski vrednosti prejete koristi).⁴⁰

5.5. Kakšen dokazni standard

Primerjava s PPZ in primerjalnopravni zgledi kažejo, da se dokazni standard v opisanem obsegu, torej glede prenosa in višine premoženjske koristi, približuje dokaznim standardom odločanja v pravnem postopku. Tudi stališče, da se PPZ obravnava in dokazuje po pravilih kazenskega postopka,⁴¹ tega ne more spremeniti. Ni namreč videti razloga, čemu bi se v adhezijskem postopku uporabljal drugačen dokazni standard kot v pravnem postopku. S tako rešitvijo bi brez razumnega razloga zagotavljali drugačno (nižjo) raven varstva oškodovanca, kot bi je bil ta deležen v pravnem postopku. Sodeč po novejši praksi Vrhovnega sodišča RS, dokazni standard za odločanje o premoženjskih zahtevkih ni več *onkraj razumnega dvoma*, kot je bilo mogoče zaznati v starejši teoriji in judikaturi. Za ilustracijo lahko služi stališče Vrhovnega sodišča RS v sklepu II Ips 674/2003, ki ga Pavčnik označi za precedenčno.⁴² V njem je Vrhovno sodišče RS označilo standard »onkraj razumnega dvoma« za previsok in s tem odprlo pot odločanju o tožbenih zahtevkih ob nižjem dokaznem standardu, tj. standardu pretežne verjetnosti.

⁴⁰ Prim. v angleškem pravu, R v Whittington, [2009] EWCA Crim 1641.

⁴¹ Š. Horvat, nav. delo, str. 238.

⁴² Iz sklepa VS RS št. II Ips 674/2003 z dne 9. decembra 2005: »Ob tem je potrebno upoštevati, da je pravna usodnost odločitve o utemeljenosti tožbenega zahtevka porazdeljena med obe stranki, zaradi česar bi med njiju moralo biti porazdeljeno tudi dokazno tveganje. Enake porazdeljenosti ob enaki pravni usodnosti nikakor ni mogoče doseči ob uporabi dokaznega standarda gotovosti (onkraj razumnega dvoma). V danem primeru je tožnik z med seboj trdno povezanimi posrednimi dokazi (s tožencem sta se sprla v lokalno, toženec ga je zvlekel iz lokala, isto noč je utrpel telesne poškodbe, izključena je možnost samopoškodbe) svoje trditve dokazal za pretežno verjetne, vendar so bile zaradi uporabe previsokega dokaznega standarda v postopku na prvi in drugi stopnji izenačene z neresničnimi.«

Če na tej točki skušamo povzeti dosedanje ugotovitve: ker je odločanje o OPK, če se nanaša na ugotavljanje dejstev o prehodu in višini premoženjske koristi na prejemnika, primerljivo z odločanjem o PPZ in s tem z odločanjem v pravdnem postopku, je v tem delu mogoče dopustiti tudi odločanje ob nižjem dokaznem standardu, kot velja za odločanje o obtožbi. Sodeč po stališčih Vrhovnega sodišča RS in stališčih v teoriji civilnega procesnega prava,⁴³ je to standard *pretežne verjetnosti*. Poudariti pa je treba, da pri tem vendarle ne gre za preprosto presajanje civilnoprocesnih rešitev v kazensko procesno pravo. ZKP že zdaj vsebuje določbo, ki kaže na to, da je dokazni standard pri ugotavljanju zneska premoženjske koristi lahko nižji. To je določba o prostem preudarku v 501. členu ZKP.

a) Prosti preudarek in dokazni standard

Horvat poudarja, da je treba 501. člen ZKP zaradi načela iskanja resnice uporabljati restriktivno.⁴⁴ Ni dvoma, da se načelo iskanja resnice nanaša tudi na odločbo o OPK. Vendar pa lahko o pooblastilu iz 501. člena ZKP razmišljamo tudi drugače. Načelo iskanja resnice je lahko v postopkovnih pravilih bolj ali manj dosledno implementirano. V postopku odločanja o OPK velja preiskovalno načelo, ki sodišče zavezuje k samostojnemu zbiranju pomembnih dejstev in dokazov (drugi odstavek 499. člena ZKP).

Člen 501 ZKP pa je namenjen položajem, ko na podlagi preiskovalnega načela bodisi ne moremo ugotoviti vseh pomembnih dejstev (ker je to »zvezano z nesorazmernimi težavami« in zato onemogoča odločitev) bodisi bi se postopek zato preveč zavlekel. »Prosti preudarek« v tem kontekstu se torej kaže kot samostojen, neodvisen vir procesnega gradiva, kot način ugotavljanja dejstev.⁴⁵ Prosti preudarek pomeni, da sodišče izreče OPK, ne da bi zmoglo do konca glavne obravnave zbrati vsa pomembna dejstva in dokaze zanje.⁴⁶

Kaj to pomeni? Lažje je odgovoriti, česa odločanje po prostem preudarku ne dovoljuje. Prvič, gotovo to ne pomeni, da sme odločba OPK temeljiti na dejstvih, ki jih sodišče ne bi štelo za resnična. Nasprotno: dejstva, ki jih ugotovi sodišče po prostem preudarku, oceni sodišče za resnična, upoštevajoč druga

⁴³ Prim. Tomaž Pavčnik: Dokazni standardi, v: Podjetje in delo, (2012) 6-7, str. 1414; J. Zobec, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo, str. 335–338.

⁴⁴ Š. Horvat, nav. delo, str. 1058.

⁴⁵ Ob komentarju prvega odstavka 216. člena ZPP tudi D. Wedam Lukić, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo, str. 398. Določba se glasi: »Če se ugotovi, da ima stranka pravico do odškodnine, do denarnega zneska ali do nadomestnih stvari, pa se višina zneska oziroma količina stvari ne da ugotoviti ali bi se mogla ugotoviti samo z nesorazmernimi težavami, odloči sodišče o tem po prostem preudarku.«

⁴⁶ Ž. Zobec, nav. delo, str. 1011.

ugotovljena dejstva, pravila logičnega sklepanja in življenjskih izkušenj. Drugič, uporaba prostega preudarka je le subsidiarne narave. V poštev pride le takrat, ko bi zbiranje procesnega gradiva sledeč preiskovalnemu načelu onemogočalo odločitev ali pa bi preveč zavleklo postopek; v nasprotnem primeru mora odločiti na podlagi izvedenih dokazov.⁴⁷ In tretjič, sodišče pri odločanju po prostem preudarku nikakor ne sme ravnati samovoljno. Svojo odločitev in dejstva, ki jih je ugotovilo po prostem preudarku, mora jasno navesti in obrazložiti. To pomeni, da mora – sledeč pravilom logičnega sklepanja in življenjskim izkušnjam (in na njih temelječim razumnim posplošitvam) – opredeliti, katere okoliščine ostajajo kljub zbranim dokazom nerazjasnjene, jasno opredeliti dejstva, na katera sklepa po prostem preudarku, in na katere ugotovljene okoliščine primera je oprlo svojo odločitev.⁴⁸ Ob tem mora seveda dati prizadetim osebam možnost, da se o vseh teh okoliščinah izjavijo.

Kaj nam pove možnost odločanja po prostem preudarku? Najprej se je treba zavedati meja pooblastila. Po prostem preudarku je mogoče ugotavljati le dejstva, pomembna za odmero zneska premoženjske koristi. To pomeni, da je sodišče o premiku premoženja (zaradi kaznivega dejanja) na prejemnika prepričano,⁴⁹ dejstvom o višini prejete premoženjske koristi pa na podlagi izvedenih dokazov ne more priti do dna. To pomeni, da imamo opraviti z dejanskimi ugotovitvami o višini prejete koristi, ki so v spoznavnem smislu vendarle manj zanesljive, kot so ugotovitve, ki temeljijo na izvedenih dokazih. Določba 501. člena ZKP je torej primer, da procesnopravno pravilo izrecno dovoljuje znižanje dokaznega standarda,⁵⁰ zaradi česar ga je treba uporabljati le izjemoma.

⁴⁷ Prim. D. Wedam Lukić, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo, str. 400.

⁴⁸ Podobno Ž. Zobec, nav. delo, str. 1011. Glej tudi sodbo VS RS št. I Ips 19969/2010-279 z dne 13. februarja 2012. Tudi D. Wedam Lukić, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo, str. 397.

⁴⁹ Če primerjamo s stališči ob 216. členu ZPP, potem je prav vprašanje, ali je mogoče po prostem preudarku odločati tudi o vzročni zvezi, sporno (D. Wedam Lukić, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo, str. 399). Ker je vprašanje vzročne zveze – tudi pri odločanju o OPK – del ugotavljanja temelja OPK, vprašanja premika premoženja ni mogoče obravnavati ločeno od ugotavljanja njegove višine. Dejstvo, ki bo potrdilo prehod premoženjske koristi, bo prav ugotovitev, da prejemnik z njo že razpolaga (v določeni višini). Po tukaj zastopnem stališču se vprašanje prehoda premoženjske koristi šteje za del odločitve o temelju OPK (gl. zgoraj). Tudi Š. Horvat, nav. delo, str. 1058.

⁵⁰ Ob obravnavi 216. člena ZPP T. Pavčnik, nav. delo, str. 1411, sklicujoč se na sodbo in sklep VS RS št. II Ips 250/2005 z dne 11. maja 2006: »Načelno velja, da mora biti izpolnjen standard zanesljivosti (215. člen ZPP), vendar je v določenih primerih lahko tudi nižji. Izrazit (zakonsko predviden) primer je možnost uporabe prostega preudarka. Če se ugotovi, da ima stranka pravico do odškodnine, do denarnega zneska ali do nadomestnih stvari, pa se višina zneska oziroma količina stvari ne da ugotoviti, ali bi se mogla ugotoviti samo

Odločanje po prostem preudarku zato prinaša tudi precejšnje nevarnosti. Tvegamo zlasti, da bo sodišče izreklo odvzem osebi, ki premoženjske koristi ni prejela v ugotovljeni višini. Odločanje po prostem preudarku torej odpira vrata nevarnosti, da se OPK dejansko sprevrže v kazensko sankcijo, in ne le v ukrep vzpostavljanja prejšnjega premoženjskega stanja. To tudi pomeni, da oseba, ki koristi ni prejela v ugotovljeni višini, dejansko »odgovarja za drugega«. Najbrž je ob tem vendarle treba poudariti, da je odločanje po prostem preudarku izključeno, če je višina premoženjske koristi znak kaznivega dejanja.⁵¹

6. TRETJI PRIMER: DOKAZNOPRAVNI VIDIKI ODLOČANJA O RAZŠIRJENEM ODVZEMU PO UVELJAVITVI KZ-1B

Kot je že bilo opisano, določbi 77.a in 77.b člena KZ-1 razširjata možnosti odvzema premoženjske koristi in premoženja tako v objektivnem kot tudi v subjektivnem smislu. Po teh določbah je pod določenimi pogoji mogoče premoženje odvzeti, tudi če ni pridobljeno s kaznivim dejanjem, ki je predmet obtožbe, ali zaradi njega in tudi osebam, katerih kriminalna dejavnost ni predmet odločanja o obtožbi. Takšna materialnopravna podlaga, četudi vzdržuje povezavo z obdolžencem in očitki, ki so predmet obtožbe, vendarle zastavlja vprašanje, ali je obstoječa procesna ureditev zadostna, tj. ali sledi minimalnim merilom poštenega sojenja. Izhajajoč iz ugotovitev ESČP v zadevi *Phillips* se zato lahko vprašamo, ali gre pri odvzemu po 77.a in 77.b členu KZ-1 vendarle za novo obtožbo (*charge*). Če je odgovor pozitiven, je treba odločanje o teh oblikah OPK urediti primerljivo odločanju o očitkih kaznivega dejanja. Pri tem se bom osredotočil zlasti na ukrep iz 77.a člena KZ-1.

6.1. Ali gre za novo obtožbo (*charge*)

Procesnopravni režim bo odvisen predvsem od tega, ali pomeni odločanje o OPK v primerih iz 77.a člena KZ-1 odločanje o novi obtožbi. Po stališču, ki ga je ESČP zavzelo v sodbi *Phillips*, je uporabljivost domneve nedolžnosti skrbna na odločanje o krivdi. Vendar pa je ESČP pri tem opozorilo, da domneva

z nesorazmernimi težavami, odloči sodišče o tem po prostem preudarku (216. člen ZPP). Vendar če je mogoče višino terjatve brez večjih težav ugotoviti s pomočjo dokazovanja, mora sodišče izvesti in oceniti razpoložljive dokaze in pooblastila iz 216. člena ZPP (ki predvideva nižji dokazni standard) ne sme uporabiti. Možnost, da sodišče odloči po prostem preudarku, ne razbremenjuje strank dolžnosti, da navedejo vsa dejstva in predlagajo dokaze, na katere opirajo svoje zahteve ali ugovore (212. člen ZPP): prosti preudarek namreč ni nadomestek dolžnosti pravne stranke glede zbiranja procesnega gradiva.«

⁵¹ Š. Horvat, nav. delo, str. 1058.

nedolžnosti velja tudi za OPK tisti trenutek, ko se odločanje o OPK dejansko sprevrže v odločanje o novi obtožbi (*charge*), seveda v pomenu EKČP.⁵²

Teh kriterijev tu ni smiselno obsežneje navajati. Stališča, ki jih je zavzelo ESČP, so ponekod bolj, drugod manj jasna. Jedro ocene, ali gre za obtožbo (*charge*), so tri merila: (1) umestitev kršitve (*offence*) v nacionalno pravo, (2) narava kršitve (ki jo včasih ESČP razume v smislu narave postopka⁵³) in (3) narava ter teža sankcije. Pri razpravljanju o OPK so ta vprašanja bolj ali manj že razrešena, preprosto tako, da odločitev o OPK, tudi če se razteza na premoženje, ki ne izvira iz kaznivega dejanja, ki je predmet obsodbe, pač ne pomeni odločanja o samostojni obtožbi.

Zato je ključno vprašanje, kakšen je pravzaprav doseg navedenega stališča ESČP v zadevi *Phillips*. Kdaj odločanje o OPK vendarle preraste v samostojno obtožbo? Analiza besedila 77.a člena KZ-1 je že nakazala, katera dejavnika sta odločilna: prvič, ali gre za odvzem premoženja obsojenemu storilcu ali pa morda drugi osebi zaradi njenega ravnanja (recimo temu subjektivne meje OPK); in drugič, katere (objektivne) okoliščine odvzema tvorijo jedro zadeve *Phillips* in njej podobnih.

a) Subjektivne meje: iz čigave dejavnosti izvira premoženje

Odvzem na podlagi 77.a člena KZ-1 deloma – v drugem odstavku 77.a člena KZ-1 – terja ugotavljanje dejstev, ki presegajo obtožbo kaznivega dejanja, zaradi katerega je storilec obsojen. Določba namreč dopušča, kot rečeno, tudi odvzem premoženja storilcu dejanja v hudodelski združbi, ki izhaja iz kriminalnih dejavnosti iz združbe, katere član je. Kazniva dejanja, ki jih izvršujejo člani hudodelske združbe, materialnopravno in procesnopravno obdržijo samostojnost, kar pomeni, da je treba besedilo »izhaja iz kriminalne dejavnosti v tej združbi« razumeti tako, da vključuje premoženjsko korist, ki izhaja iz izvršenih kaznivih dejanj drugih članov⁵⁴ – četudi je njen prejemnik obsojeni storilec.⁵⁵

To pomeni, da odločanje o OPK na podlagi drugega odstavka 77.a člena KZ-1 lahko terja ugotovitev, da je drugi član iste hudodelske združbe, ki ji pripa-

⁵² Sodba ESČP, *Phillips v. Združeno kraljestvo*, št. 41087/98 z dne 5. julija 2001, obrazložitev, tč. 35. Temeljna merila je ESČP oblikovalo v sodbi *Engel idr. v. Nizozemska*, št. 5100/71 in nasl. z dne 8. junija 1976.

⁵³ O tem kritično S. Trechsel, nav. delo, str. 19.

⁵⁴ O tem, kako razumeti pojem kriminalna dejavnost, glej v nadaljevanju primer v kanadskem kazenskem pravu.

⁵⁵ Jenull za primer daje vodjo hudodelske združbe (H. Jenull, v: M. Ambrož in H. Jenull, nav. delo, str. 86), vendar dopušča določba tudi širšo razlago, ki vključuje tudi druge člane hudodelske združbe.

da obsojeni storilec, izvršil kaznivo dejanje, iz katerega izhaja premoženjska korist. Iz sodne prakse ESČP je razbrati, da se je sodišče do zdaj posvečalo le primerom, v katerih se je premoženjska korist odmerjala upoštevajoč pretekla ravnanja iste osebe, kot je bila obsojena. Zato v tem delu določba drugega odstavka 77.a člena KZ-1 presega doseg stališč ESČP. V opisanem delu gre za novo »obtožbo« – zoper drugega člana hudodelske združbe, ki je s kaznivim dejanjem ali zaradi njega pridobil premoženjsko korist, ki je bila prenesena na obsojenca.

b) Objektivne meje: iz katerih dejavnosti izvira premoženje

Te meje je ESČP postavilo samo v sodbi *Geerings*.⁵⁶ Kot skupni imenovalec v zadevah *Phillips* in *Van Offeren*, ki se nanašajo na razširjeni odvzem, je navedlo te okoliščine: obsodbo storilca kaznivega dejanja, sum izvršitve drugih istovrstnih kaznivih dejanj (v teh primerih dejanj v zvezi s prepovedanimi drogami), ugotovljen obstoj premoženja neugotovljenega, a domnevno nezakonitega izvora ter nezmožnost storilca, da bi zadovoljivo pojasnil njihov izvor. V primeru *Geerings* pa so nizozemska sodišča – kot ugotavlja ESČP – izrekla odvzem premoženja, ne da bi bil pritožnik obsojen in ne da bi ugotovila, da obsojenec razpolaga s premoženjem nepojasnjene, domnevno nezakonitega izvora. Takšno ravnanje presega okvire, ki jih je načrtal primer *Phillips*, ESČP pa se je oprlo na drugi odstavek 6. člena EKČP in ugotovilo kršitev domneve nedolžnosti. Odločanje o odvzemu premoženja je v tem primeru torej pomenilo odločanje o novi obtožbi (v smislu 6. člena EKČP).

V tem primeru je ESČP na eni strani potrdilo svoja stališča iz zadeve *Phillips*, na drugi strani pa postavilo okvire, v katerih se lahko giblje OPK zoper obsojenega storilca, kadar gre za premoženje, ki ne izhaja iz dejanja, ki je predmet obsodbe. Glede na stališče v zadevi *Geerings* mora obstajati med dejanjem, za katero je storilec obsojen, in dejanjem, iz katerega izhaja premoženje, vsebinska povezava. To povezavo drugi odstavek 77.a člena KZ-1 ohranja: kriminalna dejavnost mora ostajati v okvirih hudodelske združbe, v okviru katere je bilo izvršeno dejanje, za katero je storilec obsojen.⁵⁷ Zato pri izrekanju OPK, ki izvira iz drugih kriminalnih dejavnosti obsojenega storilca, upoštevajoč stališča ESČP, ne gre za odločanje o samostojni obtožbi.

⁵⁶ Sodba ESČP, *Geerings v. Nizozemska*, št. 30810/03 z dne 1. marca 2007.

⁵⁷ Povezava je razvidna že iz dikcije člena, dodatno glej: H. Jenull, v: M. Ambrož in H. Jenull, nav. delo, str. 85. Pri tem – drugače od nekaterih tujih ureditev – pri nas ni mogoče uporabiti domneve nezakonitega izvora premoženja, pač pa je izvor premoženja treba ugotoviti, ne glede na to, ali gre za premoženjsko korist, pridobljeno z ravnanjem obsojenega storilca ali drugega člana hudodelske združbe.

6.2. Procesne posledice

Kakšen pomen imajo te ugotovitve? Gotovo mora odločanje na podlagi 77.a člena KZ-1 slediti minimalnim merilom poštenega postopka, kot jih narekuje 6. člen EKČP. Zato lahko najprej ugotovimo, da procesna ureditev, ki jo ponuja 499. člen ZKP, gotovo ni primerna – iz enakih razlogov, kot so bili navedeni v zvezi s »klasičnim« OPK. Tudi v postopek odločanja o razširjenem odvzemu je treba uvesti obtožno načelo, še posebej kadar se storilcu odvzame premoženje, ki izvira iz kriminalne dejavnosti drugega.

Raven zagotavljanja drugih procesnih jamstev je odvisna od konkretne procesne situacije. Odločilno bo, ali se članom hudodelske združbe sodi skupaj ali posamično. Položaji, v katerih se storilcu, ki je končni prejemnik premoženja, in storilcu, iz čigar kriminalne dejavnosti premoženje izvira, sodi skupaj, ne bi smeli biti problematični. Obema je treba zagotoviti temeljna procesna jamstva, ki jih uživata kot obdolženca v kazenskem postopku. Prav tako ne bo sporen položaj, ko bo storilec, iz čigar kriminalne dejavnosti izvira premoženje, že obsojen. V tem primeru bo dokazovanje predpostavk za odvzem premoženja končnemu prejemniku zaradi vezanosti na obsodilno sodbo močno olajšano. Previdneje pa je treba ravnati, če se končnemu prejemniku premoženja sodi in odvzame premoženje, ne da bi bil pred tem ali hkrati spoznan za krivega kaznivega dejanja tudi tisti, čigar kriminalna dejavnost je vir tega premoženja.

Ugotovitev, da premoženje izhaja iz kriminalnih dejavnosti drugih (članov hudodelske združbe), ne sme prerasti v ugotovitev o krivdi tistega, iz čigar ravnanj premoženje izvira.⁵⁸ Domneva nedolžnosti prepoveduje, da bi se državni organi (tudi sodišča) v svojih izjavah (pred pravnomočnostjo obsodbe) kategorično izjavljali o krivdi posameznika. To vključuje vse izjave, ki spodbujajo prepričanje javnosti o posameznikovi krivdi in s tem prejudicirajo ugotavljanje dejstev v kazenskem postopku ter s tem presegajo zgolj izjave o sumu kaznivega dejanja. Za kršitev zadošča že sklepanje, ki kaže, da sodišče ali druga uradna oseba šteje posameznika za krivega kaznivega dejanja.⁵⁹ To po stališču ESČP v zadevi *Karaman* velja tudi takrat, kadar sodišča takšne izjave podajo pri odločanju v kazenskih postopkih, ki se zoper udeležence kaznivega dejanja vodijo ločeno. Sklepamo lahko, da to toliko bolj velja takrat, kadar se zoper soudeleženca kaznivega dejanja postopek (še) ne vodi.

Vendar pa je ESČP v zadevi *Karaman* posebej poudarilo pomen konteksta, v katerem se sodišče izjavlja o dejstvih, ki bi lahko vodila v sklepanje o krivdi

⁵⁸ Tako ESČP med drugim v sodbi *Karaman v. Nemčija*, št. 17103/10 z dne 27. februarja 2014.

⁵⁹ Povzetek stališč ESČP v sodbi *Karaman*, obrazložitev, tč. 41.

soudeleženca kaznivega dejanja. Dejansko stanje v obravnavani zadevi se nanaša prav na vprašanje ugotovitev sodišča o članstvu pritožnika v hudodelski združbi, te ugotovitve pa je sodišče podalo v postopku zoper tretjega. ESČP je sprejelo stališče, da so izjave o udeležbi tretjih oseb v določenih okoliščinah neizogibne za odločitev o krivdi obdolženca.⁶⁰ Takšne izjave morajo – zaradi visokih dokaznih zahtev v kazenskem postopku – presegati raven sumničenj in golih očitkov.⁶¹ Pri tem se morajo sodišča skrbno izogibati tistim ugotovitvam in dejstvom, ki niso neizogibna za ugotavljanje krivde obdolženca.

6.3. Dokazni standard

Druga posledica ugotovitve, da odločanje o razširjenem odvzemu lahko pomeni samostojno obtožbo, je uporaba višjega dokaznega standarda. Vendar pa je treba biti pri iskanju odgovora na vprašanje, kakšen naj bo ta standard, izrazito previden, predvsem zaradi heterogenosti procesnih in materialnopravnih položajev, s katerimi se lahko srečamo. Kot primer naj navedem ureditev razširjenega odvzema, kot ga ureja kanadski *Criminal Code*, pa še to, seveda, zgolj zaradi ponazoritve. Samoumevno je, da merila EKČP za kanadsko pravo ne veljajo.

Kanadsko pravo pri razširjenem odvzemu razlikuje med dvema položajema. Prvič: če sodišče ni prepričano o tem, da premoženje oziroma premoženjska korist, katere odvzem predlaga tožilec, izvira iz dejanja, za katero je storilec obsojen, lahko še vedno izreče OPK, če je (na predlog tožilca) *onkraj razumnega dvoma* prepričano, da to premoženje izvira iz (drugega) kaznivega dejanja;⁶² ne zahteva se, da bi šlo za dejanje obsojenega storilca. V tem primeru torej velja dokazni standard, ki se terja za obsodbo.

In drugič: tožilec lahko zatrjuje, da ravnanje obsojenega v desetih letih pred začetkom kazenskega postopka izkazuje vzorec kriminalne dejavnosti (*pattern of criminal activity*),⁶³ in zahteva odvzem premoženja, pridobljenega s to aktivnostjo. Pri ugotavljanju vzorca kriminalne dejavnosti mora sodišče ugotoviti vsaj še dve storitvi ali opustitvi, ki pomenita vsaj dve težji kaznivi dejanji (*serious offence*, ki jih kanadsko pravo posebej opredeljuje) ali eno dejanje hudo-

⁶⁰ Prav tam, obrazložitev, tč. 64.

⁶¹ Drugače v ločenem odklonilnem mnenju sodnika Villiger in Yudkivska.

⁶² *Criminal Code*, Sec. 462.37 (2), <laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-215.html#docCont> (2. 7. 2013). Primerjaj tudi enako stališče v nemškem pravu glede ukrepa razširjenega odvzema po para. 73d StGB, v J. Benseler, nav. delo.

⁶³ Enaka pravila veljajo tudi, če obstaja nesorazmerje med premoženjem obsojenca in njegovimi prihodki. Te okoliščine tu ne obravnavam, ker je v slovenskem pravu relevantna le v okviru odvzema premoženja nezakonitega izvora po ZOPNI.

delske združbe.⁶⁴ V tem primeru velja nižji dokazni standard, že omenjeni *on balance of probabilities*.⁶⁵

Prvi ukrep se izreče v primeru, ko gre za dejanje iste ali druge osebe, pri čemer (v kanadskem primeru) ni nujno, da gre za kaznivo dejanje, ki bi bilo sploh kakorkoli povezano z dejanjem, ki je predmet obsodbe, niti ni treba, da gre za dejanje obsojenega storilca. Skozi optiko meril ESČP torej ta ukrep bodisi v subjektivnem bodisi v objektivnem smislu presega okvir obtožbe, o kateri je sodišče odločilo z obsodilno sodbo. V subjektivnem takrat, ko se lahko izreče zaradi dejanja druge osebe, v objektivnem pa takrat, ko se izreče obsojenemu storilcu, a za drugo, nepovezano kaznivo dejanje. Gre torej za odločitev o OPK na podlagi nove, samostojne obtožbe (iste ali druge osebe), zaradi česar velja domneva nedolžnosti. Zato je treba upoštevati dokazni standard, ki velja za obsodilno sodbo. Če primerjamo doseg kanadske ureditve z drugim odstavkom 77.a člena KZ-1, ugotovimo, da se prekrivata le deloma, in sicer kadar se obsojenemu storilcu odvzame premoženje, pridobljeno s kriminalno aktivnostjo drugih članov kriminalne združbe.

Drugi ukrep pa je drugačen. V subjektivnem in v objektivnem smislu se namreč še vedno giblje znotraj prejšnje obtožbe, o kateri je sodišče odločilo v obtožbi. V primeru vzorca kriminalne dejavnosti gre najprej za ugotavljanje pretekle kriminalne dejavnosti storilca, ki ga je sodišče hkrati tudi spoznalo za krivega, ne pa za dejavnosti druge osebe. Ob tem mora sodišče pri ugotavljanju vzorca kriminalne dejavnosti izhajati tudi iz okoliščin kaznivega dejanja, za katero je storilca obsodilo.⁶⁶ To kaznivo dejanje, ki je že bilo onkraj razumnega dvoma ugotovljeno v obsodilni sodbi, je torej vendarle košček ugotovljenega vzorca kriminalne dejavnosti. In ker mora sodišče ugotavljati *vzorec* kriminalne dejavnosti, mora biti med dejanji vsebinska povezava. Hkrati mora sodišče oceniti, da je šlo za kriminalno dejavnost, katere namen je pridobivanje premoženjske koristi, predmet odvzema pa je premoženje, s katerim razpolaga obsojeni storilec, in ga tožilec določi v predlogu za izrek OPK.

Skozi prizmo stališč ESČP se torej ta, drugi ukrep giblje znotraj meja, ki jih je postavilo v zadevi *Phillips*. To pomeni, da za ugotovitev vzorca kriminalne dejavnosti ravnanja obsojenca ni treba slediti dokaznemu standardu, ki se zahteva za obsodbo. Enako velja tudi za drugi odstavek 77.a člena KZ-1, kadar se

⁶⁴ Criminal Code, Sec. 462.37 (2.05), <laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-215.html#docCont> (2. 7. 2013).

⁶⁵ Criminal Code, Sec. 462.37 (2.01), <laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-215.html#docCont> (2. 7. 2013).

⁶⁶ Criminal Code, Sec. 462.37 (2.04), <laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-215.html#docCont> (2. 7. 2013).

izreka obsojenemu storilcu: ker se zahteva vsebinska povezava med dejanjem, ki je predmet obsodbe, in kriminalno dejavnostjo (vezni člen je namen, za katerega je bila ustanovljena hudodelska združba), ostaja tudi ta ukrep znotraj meril, postavljenih v zadevi *Phillips* in drugi.

Slednje pomeni, da kaže tudi v slovenski ureditvi pri odločanju o razširjenem odvzemu premoženja, ki izvira iz dejavnosti drugih oseb, uporabiti dokazni standard, ki velja za obsodbo. V drugih primerih pa ni videti ovir, da ne bi odločitve sprejeli ob nižjem standardu, že omenjenem (civilnopravnem) standardu *pretežne verjetnosti*.

7. SKLEP

Odločanje o OPK v procesnem smislu postaja izrazito kompleksno. Najbrž je to tudi bilo pričakovati, zlasti v času, ko zakonodajalec in pravosodni organi krepijo prizadevanja pri pregonu organizirane in gospodarske kriminalitete. Izraziti premoženjski motivi pri storilcih tovrstnih kaznivih dejanj terjajo, da se pravosodni organi osredotočijo prav na njihovo premoženje. O teh mehanizmih delovanja, zlasti organizirane kriminalitete, je v slovenskem prostoru že dovolj napisano, v zadnjih letih pa je do tega spoznanja prišel tudi zakonodajalec. Zato se ni mogoče izogniti vtisu, da tovrstni ukrepi pomenijo nadomestek kazenskim sankcijam. Njihova (materialnopravna) osredotočenost na lastninsko pravico naj bi dopuščala tudi fleksibilnejši procesni okvir. Temu nedvomno sledi tudi procesni okvir kazenskopravnega odvzema premoženjske koristi.

Ne glede na to, ali OPK uvrstimo med civilne ali kazenske sankcije, ne glede na to, za kakšen dokazni standard se zavzemamo, in ne glede na to, ali gre pri OPK za odločanje o novi obtožbi ali ne, se ukrepi odvzema premoženja ali premoženjske koristi v očeh laične in strokovne javnosti sprevračajo v kaznovalne ukrepe. Prav je, da to razumevanje prelijemo tudi v postopek odločanja o OPK in sprejmemo – ne glede na različne položaje – minimalna merila poštenega postopka. Korak k večji akuzatornosti postopka odvzema premoženjske koristi bo ne le dobrodošel, ampak neizogiben.

Literatura

- Matjaž Ambrož in Hinko Jenuš: Kazenski zakonik (KZ-1) z novelama KZ-1A in KZ-1B: razširjena uvodna pojasnila. GV Založba, Ljubljana 2012.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Matjaž Ambrož, Katja Filipčič: Kazensko pravo: splošni del, 6. izdaja. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2013.

- Justus Benseler: Forfeiture Legislation in Germany: Legal Basis and Prosecution Practice, v: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 5 (1997) 3, str. 203–209.
- Charles Doyle: Crime and Forfeiture, <fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf> (30. 7. 2014).
- Zlatko Dežman in Anže Erbežnik: Kazensko procesno pravo Republike Slovenije. GV Založba, Ljubljana 2003.
- Primož Gorkič: Objektivni pogoj kaznivosti: umestitev v splošni pojem kaznivega dejanja, v: *Pravnik*, 62 (2007) 1–3, str. 108–125.
- Primož Gorkič: Stranske žrtve uvedbe odvzema premoženja z obrnjenim dokaznim bremenom, v: *Podjetje in delo*, (2011) 6-7, str. 1031–1037.
- Momčilo Grubač: Krivično procesno pravo, 7. izdanje. PF Univerze Union v Beogradu in Službeni glasnik, Beograd 2011.
- Štefan Horvat: Zakon o kazenskem postopku s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Peter Kobe: Povrnitev škode kot predmet kazenskega postopka – Adhezijski postopek (primerjalnopravni prikaz in analiza), v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 37 (1978), str. 97–164.
- Tomaž Pavčnik: Dokazni standardi, v: *Podjetje in delo*, (2012) 6-7, str. 1407–1416.
- Matevž Pezdirc: Kazenska, razširjena in civilna zaplemba protipravne premoženjske koristi, v: *Pravna praksa*, 29 (2010) 34, str. 6–9.
- Katja Šugman Stubbs in Primož Gorkič: Dokazovanje v kazenskem postopku. GV Založba, Ljubljana 2011.
- Stefan Trechsel: Human rights in criminal proceedings. Oxford University Press, Oxford, New York 2005.
- Lojze Ude, Nina Betetto, Aleš Galič, Vesna Rijavec, Dragica Wedam Lukić in Jan Zobec: Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2005.
- Tihomir Vasiljević: Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ. Naučna knjiga, Beograd 1964.
- Klaus Volk: Strafprozessrecht. C. H. Beck, München 1999.
- Živko Zobec: Komentar zakona o kazenskem postopku s sodno prakso. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1985.

LEGAL CONSEQUENCES FOR NOT REFERRING A QUESTION FOR PRELIMINARY RULING

Edita Turičnik,

LL.B., doctoral candidate at the Faculty of Law, University of Maribor

1. INTRODUCTION

An essential feature of European Union (hereinafter: EU and also Union) legal system is its decentralized character in the sense that it comprises the Court of Justice of the European Union (hereinafter: CJEU)¹ at the EU level and national courts of all EU Member States in their role as ordinary law courts of the EU. This feature follows from the second sentence of Article 19(1) of the Treaty on European Union (hereinafter: TEU)² according to which '*Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law*'. It follows that in this system legal protection of individuals' rights is first of all a matter for all national courts.³ Consequently they are obliged to give full effect to the EU law and even more they are expected to know and master the entire EU law *ex officio*. Since it can easily happen, that national courts (when applying EU law) are not sure about the right interpretation or have doubts about validity of certain EU law provision, they should under such circumstances request the CJEU to give a preliminary ruling on a matter of Union law.

Such conduct of national courts is provided in Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: TFEU).⁴ Mentioned Article

¹ The institution consists of three judicial bodies: the Court of Justice (Arts. 251 to 253 TFEU), the General Court (Art. 254 TFEU) and specialized courts (Art. 257 TFEU).

² OJ C 326 of 26. 10. 2012.

³ See also: Rene Barents: The Court of Justice after the Treaty of Lisbon, v: Common Market Law Review, 47 (2010), pp. 709–728, p. 715.

⁴ OJ C 326 of 26. 10. 2012.

covers a reference-based preliminary ruling procedure which is the principal procedural link between the Member States' courts and the CJEU within the EU legal system. According to this provision, the CJEU has exclusive jurisdiction to give preliminary ruling on the interpretation or validity of certain EU legal measure that the referring national court seeks to apply in the main proceeding. In that case only specific point of EU law is referred to the CJEU which, in turn, rules on that point and remits the issue back to the national court, from where the reference was made, for a final decision. By clarifying such questionable legal matters the CJEU may ensure uniform application of the EU law throughout the Member States and offer useful guidance to the referring courts in particular cases on correct interpretation of EU law. The right and in some cases the duty of national courts to refer questions for a preliminary ruling follows directly from the TFEU and is independent of the existence of any national legal rule. This is a *sui generis* procedure based on the Treaty itself. National legal rules can supplement but cannot restrict these rules of the TFEU.⁵ It follows that the national court can initiate a reference for a preliminary ruling even if its own domestic law does not regulate this possibility or its procedural framework.⁶

The significance of the mentioned procedure cannot be overestimated, since almost all the major principles established by the CJEU were decided in the context of a reference to that court for a preliminary ruling under Article 267 TFEU. The procedure accounts for over 50 % of all cases heard by the CJEU and it plays a central part in the development and enforcement of EU law.⁷ Even the CJEU itself in its report⁸ to the 1996 IGC was firmly of the view that *'the preliminary ruling system is the veritable cornerstone /.../ since it plays a fundamental role in ensuring that the law established by the Treaties retains its Union character with a view to guaranteeing that the EU law has the same effect in all circumstances in all of the Member States of the EU while at the same time ensuring that individuals are effectively protected by the courts.'* Thus, the principal purpose of Article 267 TFEU is to establish a generally applicable

⁵ See e.g.: Case C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA* (II) [1978] ECR 0629, paras. 20–22.; Case C-348/89 *Mecanarte – Metalurgica da Lagoa Lda v. Chefe do Serviço da Conferencia Final da Alfândega do Porto* [1991] ECR I-3277, para. 45.

⁶ See also: László Blutman: The Cartesio judgment: Empowering lower courts by the European Court of Justice, v: *Pravo i Politika* (ISSN 1820-7529), III (2010) 2, pp. 95–106, p. 96.

⁷ See also: Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner: *EU Law*, 9th edition. OUP, Oxford 2006, p. 193.

⁸ Report of the Court of Justice on certain aspects of the application of the Treaty on European Union, Luxembourg, May 1995, p. 6 and Opinion of AG Tizzano in case C-99/00 *Lyckekog* [2002] ECR I-4839, para. 69.

interpretation that goes beyond the confines of a single case; furthermore, ensure that EU law preserves its unity and is interpreted and applied in a uniform manner in all Member States; and also prevent a body of national case law not in accord with the rules of EU law from coming into existence in any Member State.⁹

However and irrespective of the foregoing the practice has shown that national courts are often reluctant to send questions for preliminary ruling to the CJEU. This can be deducted from statistics and comparison of a total number of references from various Member States. Lately the debates were focused especially on the fact, that low number of references is a feature particularly of the new Member States.¹⁰ One can hardly conclude, whether this means, that in some new Member States EU law is not applied at all, or whether the national courts in new Member States master EU law in such a way, that no assistance of the CJEU is required. But when the latter is not the case, national courts of specific Member State that are under obligation to start a reference procedure should be aware, that not referring a question for a preliminary ruling constitutes a breach of EU law, which may result in different unfavourable consequences for that Member State, as follows more precisely later on in this paper. That would not be the case only when the specific circumstances would be given, that are by the CJEU itself determined as the only justifiable exceptions for not referring a question.

⁹ See e.g.: Case C-107/76 *Hoffmann-La Roche* [1977] ECR 957, para. 5; Joined Cases C-35-36/82 *Morson and Jhanjan* [1982] ECR 3723, para. 8.

¹⁰ E.g.: from Slovenia (since the entrance into EU integration on the 1. May 2004 till now) there were only four questions referred for a preliminary ruling. The first one in case *Detiček* (C-403/09) was sent only in 2009, the second one in 2009 as well in case C-536/09 *Omejc*, the third one in the case C-603/10 *Pelati* in 2010 and the fourth one in 2011 in case C-541/11 *Grilc*. Only four questions are placing Slovenia among the least active Member States together with Cyprus and Malta, as regards participation in European judicial dialogue. At this point it is also necessary to emphasize another aspect, i.e. the right of all Member States to intervene in preliminary ruling procedure and thus importantly influence on the development of EU law. Until now Slovenia in the nine years of membership in the EU intervened in approximately 27 preliminary ruling proceedings. Although this figure at first glance may seem encouraging, it should be noted however, that each year there are approximately 400 proposals for a preliminary ruling all together. Therefore it would be desirable to hear the voice of Slovenia on several occasions. This would not only increase the visibility of Slovenia in the European institutions, but would also be an opportunity for its influence on the development of EU law, which is not created only in the EU's legislative bodies, but with the case law of the CJEU as well. More interventions in preliminary ruling procedures would therefore be in the interest of Slovenia itself, especially in matters that may have a significant impact on the Slovenian legal order. The same applies to all the other Member States.

2. REFFERING A QUESTION – THE RIGHT AND THE DUTY

In principle the question whether to make a reference falls within the exclusive jurisdiction of the national court. The court enjoys absolute discretion and may make a reference on its own motion, regardless from any interference from the litigants¹¹ or constraints imposed by national law.¹² In deciding whether to make a reference the national court must consider, that a decision of the CJEU on the question of EU law arising in the proceeding before it 'is necessary to give judgement'. This, in general, means that the result of the case must depend upon the decision of the CJEU, but it is accepted that necessity exists even when the decision is only potentially conclusive.¹³ A reference is not necessary, if the answer to the question, regardless of what it may be, can in no way affect the outcome of the case.¹⁴ The decision at what stage in the proceeding a question should be referred to the CJEU for a preliminary ruling is dictated by considerations of procedural economy and efficiency to be weighed only by the national court and not by the CJEU.¹⁵

2.1. The procedure

Article 267 TFEU provides that:¹⁶

'The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

¹¹ In Case C-126/80 *Salonia v. Poidomani and Giglio* [1981] ECR 1563, para. 7, it was held that a national court must be free to make a reference on its own motion even contrary to the wishes of the parties. Also, the national court alone has power to determine the questions to be referred, the parties to the main action being unable to change their content or scope. See also: Case C-44/65 *Hessische Knappschaft* [1965] ECR 965; Joined Cases C-34–135/91 *Kerafina* [1992] ECR I-5699.

¹² The CJEU has emphasized that the discretion of the national court to make a reference cannot be compromised by rules of national law, for example a rule that the referring court is bound by the decisions of a Superior Court. See e.g.: Case C-166/73 *Rheinmuhlen v. Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide* [1974] ECR 33, paras. 3, 4; Case C-146/73 *Rheinmuhlen-Dusseldorf v. Einfuhrund Vorratsstelle Getreide* [1974] ECR 139.

¹³ See also: Takis Tridimas: Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure, v: Common Market Law Review, 40 (2003), pp. 9–50.

¹⁴ Case C-283/81 *CILFIT v. Ministry of Health* [1982] ECR 3415.

¹⁵ Case C-14/86 *Pretore di Salò v. Persons Unknown* [1987] ECR 2545.

¹⁶ The changes made to Article 234 EC via the Treaty of Lisbon and enacted in Article 267 TFEU may be viewed online at: <en.euabc.com/upload/Reader_friendly_sept_2009-net.pdf> (12. 2. 2014).

- (a) the interpretation of the Treaties;
- (b) the validity and interpretation of the institutions, bodies office or agencies of the Union;

Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a court of tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court.

2.2. Discretionary and mandatory references

Second and third paragraph of Article 267 TFEU both refer to courts and tribunals of Member States.¹⁷ However, in seeking a preliminary ruling, whereas second paragraph provides that a court of a Member State has discretion in that it ‘*may request*’ a ruling, third paragraph provides that in certain cases a court or tribunal ‘*shall bring the matter before the CJEU*’.¹⁸

It follows that Article 267 TFEU distinguishes between appealable and non-appealable decisions. As regards appealable decisions, courts or tribunals have an unfettered discretion in deciding to seek a preliminary ruling. To emphasise this point: it is for the lower national courts to decide whether or not to make a reference; to decide the legal issue(s) for reference; and to decide at what stage in the proceeding to make the reference. That an appeal is pending before an appellate court is no bar for making a reference; neither is a national court precluded from making a reference when the CJEU has already ruled on a similar question from another court.¹⁹ Such courts will only have the obligation to refer, if they contemplate declaring an EU act invalid.²⁰ In this situation, the

¹⁷ Whether a particular body qualifies as a court or tribunal having the authority to request a preliminary ruling is a matter of Union law. The CJEU in order to determine whether a body making a reference is a court or tribunal for the purposes of Article 267 TFEU, for the first time in the Case C-61/65 *Vaassen* [1966] ECR 261 and later on in Case C-54/96 *Dorsch Consult* [1997] ECR I-0496, laid down five criteria via which a court or tribunal might be identified. Those criteria are: statutory origin; permanence; *inter partes* procedure; compulsory jurisdiction; and the application of rules of law.

¹⁸ See also: Gwyn Tovey: Preliminary Rulings under Article 267 TFEU [ex.Art.234 EC/Art.177 EEC], available at: <www.topnotes.org/EU-4-1-PrelimRJJan2011.pdf> (15. 2. 2014), p. 6.

¹⁹ Joined Cases C-28-30/62 *Da Costa en Schaake NV* [1963] ECR 31.

²⁰ See e.g.: Case C-314/85 *Foto-Frost* [1987] ECR 4199; Case C-344/04 *IATA* [2006] ECR I-403; Case C-119/05 *Lucchini* [2007] ECR I-6199; Case C-461/03 *Gaston Schul* [2005] ECR I-10513.

obligation to refer cannot be mitigated not even by the *acte clair* or *acte éclairé* principles explained further on in this paper, since a national court cannot declare an EU act invalid, even if similar provisions in another comparable legal act have already been declared invalid by the CJEU.

In contrast to the above, where a question of EU law 'is raised in a case pending before a national court or tribunal' whose decision is non-appealable, that national court or tribunal 'shall bring the matter before the CJEU'. According to its wording, Article 267(3) TFEU imposes on all Member State courts of last instance an unconditional obligation to refer a question for preliminary ruling.²¹ This seemingly indicates that a reference must be made by a national court when there is no further possible judicial remedy under national law against the decisions of that very court; when in a case pending before that court any question relating to the interpretation of the Treaty and/or the interpretation or validity of an act of an EU Institution is raised; and a decision on that very question is necessary to enable the national court of the last instance to give the final judgment.²²

In most Member States, the direct competence of the national judge to request a preliminary ruling from the CJEU has its reflection in the national procedural law. But even in the absence of any such express provision in national law, the national court would still be entitled to make a preliminary reference under direct application of Article 267 TFEU, since the right and in some cases the duty of national courts to refer questions for a preliminary ruling follows directly from the TFEU and is independent of the existence of any national legal rule. National legal rules can supplement but cannot restrict these rules of the TFEU.²³ Therefore the national court can initiate a reference for a preliminary ruling even if its own domestic law does not regulate this possibility²⁴ or its procedural framework.²⁵

²¹ See also: Niels Fenger, Morten P. Broberg: Finding Light in the Darkness: On the Actual Application of the *acte clair* Doctrine, v: Yearbook of European Law, 30 (2011) 1, pp. 180–212, p. 181.

²² See also: G. Tovey, op. cit., p. 10.

²³ See e.g.: Case C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA* (II) [1978] ECR 0629, paras. 20–22.; Case C-348/89 *Mecanarte – Metalurgica da Lagoa Lda v. Chefe do Serviço da Conferencia Final da Alfândega do Porto* [1991] ECR I-3277, para. 45.

²⁴ The domestic law of several Member States does not contain separate procedural legal provisions about referring for a preliminary ruling (with the exception of, for example, Scotland, England and Wales, Austria).

²⁵ See also: L. Blutman, op. cit., p. 96.

2.3. The actual consequences of submitting a request for a preliminary ruling

The first consequence of sending a question for a preliminary ruling is that a reference calls for the national proceedings to be stayed until the CJEU has given its ruling.²⁶ The national court may, however, take protective measures or suspend the application of a national measure, particularly in a reference on determination of validity. The national court may furthermore issue other orders as far as the position of the parties is concerned, typically a preliminary order or an injunction.²⁷ But any such measure taken, should not affect the final outcome of the main dispute.

Secondly the judgement of the CJEU binds the national court that made the reference and all the other national courts that will later on have to deal with the same case.²⁸ What is more, in all subsequent cases at the national level, where the same point of EU law arises before the same or other national courts, those courts may either follow the already existing judgement or make a fresh reference.²⁹ These are the only two options national courts have, since they cannot on their own motion accept contradictory solution or different interpretation of EU law in similar cases. In this regard it should be pointed out as well, that in giving a ruling on interpretation, it may happen that the CJEU (depending on the questions raised by the national court) gives a general indication of the meaning of the provision at issue, or more precise and specific interpretation.³⁰ In the latter case, national courts are even more limited in giving the final judgement in the main procedure pending before them and also in all the other similar cases.

However the preliminary ruling should not be considered only as an obstacle or a burden for national courts, but as a useful help as well. It is to say, that the judgement of the CJEU can be regarded as an important guidance and firm insurance that at least the interpretation of EU law provision in the case at hand is correct and lawful, thus importantly reducing the doubts and uncertainty of national judge, who has to decide in the main proceeding.

²⁶ Court of Justice: Information note on references from national courts for a preliminary ruling, OJ 2009/C 297/01, para. 25.

²⁷ See also: Michal Bobek: Learning to Talk: Preliminary rulings, The Courts of the New Member States and The Court of Justice, v: Common Market Law Review, 45 (2008) 6, pp. 1611–1643, p. 1624.

²⁸ Especially in the event of an appellate procedure, if a lower court sent a question for a preliminary ruling or in a case of other procedures.

²⁹ Joined Cases C-28–30/62 *Da Costa* [1963] ECR 31.

³⁰ See e.g.: Case C-36/74 *Walrave & Koch v. Union Cycliste Internationale* [1974] ECR 1405; Case C-32/75 *Cristini v. CNCF* [1975] ECR 1085.

2.4. Control of admissibility

The starting point remains that it is for the national court to determine the need for a preliminary reference and the questions to be referred.³¹ In that sense, there is a presumption of relevance attached to the questions referred by national courts for a preliminary ruling, which may be rebutted only in exceptional cases. In principle, the CJEU is therefore bound to give a ruling, unless it cannot provide an adequate answer due to the questions submitted by the national courts.³²

It follows that the CJEU may decline jurisdiction in the following cases:

- where the referring court has failed to define adequately the legal and factual background to the dispute;³³
- where the question referred is general or of a hypothetical nature;³⁴
- where the issues of EU law on which the referring court seeks guidance bear no relation to the actual nature of the case or the subject-matter of the main action;³⁵ or
- where the question does not fall within the scope of EU law.³⁶

³¹ See e.g.: Case C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-4921, para. 59; Case C-379/98 *PreussenElektra* [2001] ECR I-2099, para. 38; Case C-153/00 *Der Weduwe* [2002] ECR I-11319, para. 31; Case C-318/00 *Bacardi-Martini and Cellier des Dauphins* [2003] ECR I-905, para. 40.

³² See also: Xavier Groussot: *Spirit Are You There? Reinforced Judicial Dialogue and the Preliminary Ruling Procedure*, v: Eric Stein Working Paper, 4 (2008), p. 14.

³³ See e.g.: Joined Cases C-320–322/90 *Telemarsicabruzzo SpA v. Circostel* [1993] ECR I-393; Joined Cases C-128-137/97 *Testa and Modesti* [1998] ECR I-2181; Case C-9/98 *Agostini* [1998] ECR I-4261; Case C-116/96 *REV Reisebüro Binder GmbH* [1998] ECR I-1889; Joined Cases C-28–29/98 *Charreire and Hirtsmann v. Directeur des Services Fiscaux de la Moselle* [1999] ECR I-1963; Case C-325/98 *Anssens v. Directeur des Services Fiscaux du Nord* [1999] ECR I-2969; Case C-422/98 *Colonia Versicherung and Others v. Belgian State* [1999] ECR I-1279; Case C-116/00 *Laguillaumie* [2000] ECR I-4979.

³⁴ See e.g.: Case C-83/91 *Meilicke* [1992] ECR I-4871; Joined Cases C-320–322/90 *Telemarsicabruzzo* [1993] ECR I-00393; Case C-157/92 *Banchero* [1993] ECR I-01085.

³⁵ See e.g.: Case C-343/90 *Lourenco Dias* [1992] ECR I-4673; Case C-104/79 *Foglia v. Novello* [1980] ECR 745; Case C-244/80 *Foglia v. Novello* [1981] ECR 3045; Case C-153/00 *Paul der Weduwe* [2002] ECR I-11319; Case C-318/00 *Bacardi Martini SAS v. Newcastle United Football Company Ltd* [2003] ECR-00905.

³⁶ See e.g.: Case C-328/04 *Attila Vajnai* [2005] ECR I-8577; Case C-212/06 *Government of the French Community and Walloon Government* [2008] ECR I-01683, para. 33; Case C-127/08 *Metock* [2008] ECR I-6241, para. 77. In *Metock* the CJEU stated that it is settled case-law that the Treaty rules governing freedom of movement for persons and the measures adopted to implement them cannot be applied to activities which have no factor linking them with any of the situations governed by EU law and which are confined in all relevant respects within a single Member State.

In fact the case law does not distinguish clearly between the second and the third category mentioned above, but it is nevertheless evident, that the hypothetical nature of the questions referred includes the cases where the proceedings are contrived.³⁷ By contrast, the CJEU firmly follows its stance that it will not examine whether the referring court lacks jurisdiction according to the procedural rules of national law. Nor will it investigate whether the factual findings of the referring court are correct.³⁸ To say it differently, the duty assigned to the CJEU by Article 267 TFEU is not that of delivering advisory opinions on general or hypothetical questions, but of assisting in the administration of justice in the Member States. It accordingly does not have jurisdiction to reply on questions of interpretations which are submitted to it within the framework of procedural devices arranged by the parties in order to induce the CJEU to give its views on certain problems of EU law which do not correspond to an objective requirement inherent in the resolution of a dispute.³⁹

3. EXCEPTIONS – WHEN THERE IS NO DUTY TO REFER

Although Article 267(3) of the TFEU clearly specifies that national courts acting as a final resort are obliged to exercise the reference for a preliminary ruling, the CJEU is not so strict in interpretation of mentioned provision. In the well-known *CILFIT* judgment⁴⁰ and many cases that followed, the CJEU emphasized, that there are certain conditions exempting the court of last instance of the obligation to make a preliminary reference on the interpretation of EU law. The case-law of the CJEU specifies three different situations.

Firstly, the national court is deprived of the obligation to refer a question, if that question is not relevant, that is to say, if the answer to that question can in no way affect the outcome of the main proceeding.⁴¹ Thus the national court is vested discretion in decision whether or not to make a preliminary reference. This exception protects the CJEU from overwhelming flood of unnecessary cases and inhibits unreasonable lengthening of the proceeding before the national court.⁴²

³⁷ See e.g.: Case C-244/80 *Foglia v. Novello* [1981] ECR 3045, para 18; Case C-343/90 *Lourenco Dias* [1992] ECR I-04673, para 17.

³⁸ See e.g.: Case C-435/97 *World Wildlife Fund v. Autonome Provinz Bozen* [1999] ECR I-5613, para. 32; Case C-379/98 *Preussen Elektra* [2001] ECR I-2099, para 40.

³⁹ See also: G. Tovey, op. cit., p. 6.

⁴⁰ Case C-283/81 *CILFIT* [1982] ECR 3415.

⁴¹ *Ibidem*, para. 12.

⁴² See also: Marketa Navratilova: The Preliminary Ruling before The Constitutional Courts, Ústavní soud, Česká Republika, available at: <www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/navratilova.pdf> (16. 2. 2014), p. 2.

The second exception is presented by a doctrine known in the francophone legal world as *acte éclairé* – that is ‘explained’. This situation exists, where previous decisions of the CJEU have already dealt with the point of law in question, irrespective of the nature of the proceedings which led to those decisions and even if there is not complete congruity between the previous question and the question at issue, provided that the legal situation can nevertheless be held to have been unambiguously clarified through the ruling of the CJEU in the earlier case.⁴³ The *acte éclairé* doctrine in practice means, that the final decision of national court is based on the effect of precedent under specific circumstances and not on the national court’s own original interpretation of the EU law.

The third exception for not submitting a request for a preliminary ruling is called *acte clair*, i. e. “clear” and is applicable if the correct application of the EU law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt as to the manner in which the question raised is to be resolved.⁴⁴ For an *acte clair* to exist the conditions are very strict, since a subjective conviction of a national court is not sufficient; a national court must be convinced that the matter is equally obvious to all the other courts, not only in the same Member State but in all Member States of the EU and to the CJEU as well. Therefore, when interpreting EU law, a national court against whose decision there is no appeal, must take into consideration the specific characteristics of the EU law. It means to compare different language versions of EU legal acts, since EU legislation is drafted in several official languages and all the different language versions are equally authentic. Moreover national court must be aware of possible divergences in the meaning of legal concepts and used terminology in EU law and in the law of the various Member States and furthermore consider the context and the objectives of EU law itself.⁴⁵ It follows that the *acte clair* doctrine is not based on precedent by the CJEU. It is rather based on the inexorable logic of the EU law and the conviction of the national court that the CJEU and other national courts could not under any circumstance come to a different interpretation and application of EU law in question. Precisely because the national court is absolutely convinced about the correctness of its judgment under Union law, there is no need to submit the questions to the CJEU. If national court would have any doubts on the application of EU law, it would need the guidance of the CJEU and would be obliged to submit the case to the latter.⁴⁶

⁴³ Case C-283/81 *CILFIT* [1982] ECR 3415, para. 13, 14.

⁴⁴ Ibidem, para. 16.

⁴⁵ See also: M. Navratilova, op. cit., p. 2.

⁴⁶ See also: Frans Vaistendael: Consequences of the Acte Clair doctrine for the National courts and temporal effects of an ECJ decision, K.U.Leuven, I.B.F.D. Amsterdam, available at: <www.ideffippt/xms/files/Iniciativas/Conf_17_18Set_2007/-vd4-FRANSVANISTEND-AELPANEL4.pdf> (14. 2. 2014), p. 3.

One can conclude that the conditions attached to all those exceptions and especially to the *acte clair* doctrine are very strict, especially for the purpose of circumscribing the scope of the exceptions – and also to interpret all those exceptions restrictively in order to avoid abuses. However whilst this should mean that a national court of last instance would be able to rely on those exceptions only in rare cases, in practice it seems that especially the *acte clair* doctrine has gained widespread application, far exceeding what is dictated by the strict criteria, thus indicating, that national courts have overlooked the fact, that this actually violates EU law as such and their obligations under Article 267 TFEU more precisely.

4. LEGAL CONSEQUENCES FOR THE INFRINGEMENT OF THE OBLIGATION TO MAKE A REFERENCE FOR A PRELIMINARY RULING

It follows from the above stressed, that at the end of the day the national judge is still the final arbiter on the question whether he will submit a request or not, despite the fact that under certain circumstances he is under obligation to do so. One could say this whole system is built on trust and the bona fide exercise by the national judges of their decision making power. When national judges would refuse to submit requests which are clearly necessary to resolve questions of EU law, this would be tantamount to a *mala fide* exercise of their powers, seriously undermining the legal foundations of the EU⁴⁷ and violating Article 267 TFEU.

It should be highlighted, however, that the TFEU does not explicitly specify any direct sanctions for a national court's failure to comply with the obligation to make a reference for a preliminary ruling. Nevertheless on three different levels, i.e. national, Union and international and under specific conditions for each of them, four types of possible consequences all together may be identified in such situation. They are as follows:

- invalidity of the national ruling or duty to reopen a case at a national level;
- claims for damages at the national level;
- infringement proceedings at the Union level; and
- breach of Article 6 of the European Convention of Human Rights⁴⁸ (hereinafter: ECHR).⁴⁹

⁴⁷ Ibidem, p. 2.

⁴⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No. 11, with Protocol Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13, 2003.

⁴⁹ See also: N. Fenger, M. P. Broberg, op. cit., pp. 205–210.

To say it differently, there are two possible remedies on the national level. Firstly, there is a remedy based on the principle of the *'lawful judge'* which basically means, that the arbitrary refusal of a national court of last instance to make a reference to the CJEU may be subject to a review by a national Constitutional Court. The second remedy on the national level may consist in separate procedure before national court for breach of EU law, relying on the principle of state liability, as elaborated by the CJEU in the *Francovich*⁵⁰ and *Brasserie du Pêcheur/Factortame III* cases⁵¹ and later on also in *Köbler* case,⁵² where the prospect of liability in damages for failure of a national Supreme court to comply with the EU law was established. The only conceivable remedy on the Union level is the procedure for infringement based on Article 258 TFEU brought by the European Commission (hereinafter: Commission). The possible remedy on the international level is an application to the European Court of Human Rights in Strasbourg (hereinafter: ECtHR).

4.1. Review by a national Constitutional Court and consequently invalidity of the national ruling or duty to reopen a case at a national level

Although constitutions of the EU Member States do not explicitly guarantee the right to have a question submitted to the CJEU for a preliminary ruling, this right forms a constituent part of the right to a fair trial or the right to a lawful judge or a statutory judge,⁵³ which is guaranteed at a constitutional level in all of the countries of EU integration.⁵⁴ A remedy based on the principle of the

⁵⁰ Joined Cases C-6-9/90 *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357. On state liability see generally: Paul Craig, Grainne de Búrca: *EU Law: Text, Cases and Materials*, Fifth edition. Oxford University Press, Oxford 2011.

⁵¹ Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany and R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others* [1996] ECR I-1029.

⁵² Case C-224/01 *Köbler v. Austria* [2003] ECR I-10239.

⁵³ The violation of the obligation to make a preliminary reference can be constructed as a disrespect towards **the right to lawful judge**, furthermore **the right of access to the court** as an element of **the right to fair trial** or equally more generally as a disrespect towards **the right to judicial protection** whose one of the components is the right to lawful judge. This approach is based on an idea that the right to judicial protection contains i.e. a guarantee that a national court shall make use of the interpretation provided by the competent judicial body (the CJEU). The failure to engage the CJEU does not represent a correctly provided judicial protection; in this case the question of the lawful judge is secondary (See also: M. Navratilova, op. cit., p. 5).

⁵⁴ See also: Regina Valutyte: Legal consequences for the infringement of the obligation to make a reference for a preliminary ruling under constitutional law, v: Jurisprudence, Mykolas Romeris University, Department of International and European Union Law, 19 (2012) 3, pp. 1171–1186, p. 1182.

lawful judge was first fashioned by the German Federal Constitutional Court in *Solange II*. Judgement.⁵⁵ According to the decision, the CJEU is a sovereign judicial body that renders final judgements independently. Since the CJEU enjoys a judicial monopoly in the decision-making regarding the interpretation and the validity of EU law in the preliminary ruling, it represents a lawful judge in this sphere. The reasoning is following: If there is an obligation of the CJEU to participate in certain proceedings and the national court concerned omits this obligation by failure to bring the case before the CJEU, a violation of the right to lawful judge is present.⁵⁶

However the lawful judge approach may work provided that three conditions are satisfied. Firstly, there is a separate and concentrated review of constitutionality, i.e. constitutional jurisdiction. Secondly, that this jurisdiction allows for the review of last instance judicial decisions before the Constitutional Court in the form of constitutional complaint lodged by an individual. This means that there is an additional way of challenging final decisions of ordinary courts of last instance, if the individual believes her or his fundamental human rights have been violated. And thirdly, that the system knows the right to a lawful judge or has inferred it from more general rights, such as the right to a fair trial, and it is ready to consider the CJEU to be, in proceedings before last instance courts, a lawful judge of its own.⁵⁷

According to just stressed it may follow from national law of each Member State that the setting aside of the obligation to make a reference under Article 267(3) TFEU can in itself lead to the judgment or order in question being invalid, since the Constitutional Court may annulled such rulings of the courts acting as courts of last instance, where the latter decline to make a preliminary reference. That would be a case, if a refusal of such court may amount to an infringement of the specific Member State's constitutional principle laid down in the national Constitution or other Basic law, that no one may be deprived of the protection of the courts established by law. The examination of the Constitutional Court is limited to whether the application of Article 267 TFEU of the court of last instance was manifestly unjustifiable, and in particular whether that court has totally violated its obligation to refer.⁵⁸ It follows that a mere procedural defect is not sufficient; the basis for the violation of the right to a

⁵⁵ Judgement available at: <www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=572> (14. 2. 2014).

⁵⁶ On the 21st of November 2013 such an explanation was reached also by the Constitutional Court of the Republic of Slovenia in Decision Up-1056/11-15, where the Constitutional Court set aside the judgement of Supreme Court and returned the case to the same court for reconsideration.

⁵⁷ See also: M. Bobek (2008), *op. cit.*, p. 18.

⁵⁸ See also: N. Fenger, M. P. Broberg, *op. cit.*, p. 206.

fair trial (a lawful judge or a statutory judge) in all jurisdictions is an arbitrary⁵⁹ infringement attributable to a national court.⁶⁰

In this respect it is necessary to emphasize that in contrast EU law itself does not contain a principle, according to which a breach of the obligation to refer, laid down in Article 267(3) TFEU, must lead to the invalidity of the decision of the national court. This is so regardless of the fact that Article 267 TFEU has direct effect on national legal systems. In fact, the CJEU has recognized the importance of the principle of *res judicata*⁶¹ in the legal systems of both the EU and its Member States. Even more, the CJEU emphasized, that in order to ensure the stability of the law together with stability of legal relations on the one hand and the sound administration of justice on the other hand, it is important that judicial decisions are definitive and can no longer be called into question after all rights of appeal have been exhausted or after the expiry of the time limits.⁶² Therefore EU law does not require a national court to misapply domestic rules of procedure conferring finality on a decision, even if to do so would enable the national court to remedy an infringement of EU law.⁶³ This principle applies both to situations where the infringement consists of a national ruling that is contrary to EU law with regard to substance and to infringements of a procedural nature, such as an omission to respect Article 267(3) TFEU.

In the absence of EU rules it is thus accepted, that all the issues about reopening the case are regulated solely by national law. Not even does the EU law impose any time limits on how late a party can ask for reopening of the national proceedings. Consequently, the matter must be settled in accordance with the principle of procedural autonomy, which means that Member States remain free to set reasonable time limits for seeking remedies in a manner consistent with the EU principles of effectiveness and equivalence.⁶⁴

4.2. Claims for damages at the national level

The second remedy on the national level may consist in separate procedures before national courts for breach of EU law, relying on the principle of state

⁵⁹ The *Kloppenburger* judgement provides an explanation of the notion 'arbitrary and non justifiable'. See judgement C-70/83 *Kloppenburger* [1984] ECR 1075.

⁶⁰ See also: R. Valutytė (19(3), 2012), op. cit., p. 1182.

⁶¹ The principle of *res judicata* means that a matter adjudicated is held to be true and a new case of the same subject-matter, legal basis and parties cannot be opened again.

⁶² Case C-224/01 *Köbler v. Austria* [2003] ECR I-10239.

⁶³ See e.g.: case C-126/97 *Eco Swiss* [1999] ECR I-3055; Case C-234/04 *Kapferer* [2006] ECR I-2585.

⁶⁴ See also: N. Fenger, M. P. Broberg, op. cit., pp. 206–207.

liability. The principle of state liability for breaches of EU law was first introduced by the CJEU in the Francovich-case, as pointed out above. The meaning of the principle is that when three criteria, further elaborated on in *Brasserie du pêcheur* / *Factortame III* are fulfilled, an individual can claim damages for breach of EU law before national courts. In short the three criteria are, firstly, that the rule of law infringed must be intended to confer rights on individuals. Secondly, the breach must be sufficiently serious. Finally, there must be a direct causal link between the breach of the obligation of the State and the damage sustained by the injured parties.⁶⁵ The CJEU based its reasoning on the principle of loyalty⁶⁶ and on the Union's own liability under Article 340 TFEU⁶⁷ (ex. 288 TEC).⁶⁸ Drawing on international law the CJEU therefore already in 1996 stated, that state liability could not depend on which body of the State the breach is attributed to, indicating that also actions by the judiciary are covered.⁶⁹

This was indisputably confirmed in 2003, when in the *Köbler*-case the CJEU, after much speculation in the doctrine, finally explicitly pronounced its opinion on liability for breaches by the judiciary. The CJEU, sitting in full session, repeated its position out-lined in *Brasserie du Pêcheur* / *Factortame* that based on international law, a State is to be seen as a unity and thus responsible also for the conduct of its judiciary.⁷⁰ In this respect the CJEU also added that the role of the judiciary is especially important in order to ensure the effectiveness of rights derived by individuals from EU law and from this follows, according to the CJEU, that individuals must have a possibility of obtaining redress in the case of damage caused by national courts.⁷¹ However regarding the conditions governing State liability for the actions of courts of last instance, the CJEU first stated that they are the same as the ones found in *Brasserie du pêcheur* / *Factortame III* for other State bodies, but nevertheless continued, commenting on the second condition, that state liability in the context of the court of last instance *'can be incurred only in the exceptional case where the court manifestly*

⁶⁵ Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* [1996] ECR I-1029, para. 51.

⁶⁶ Joined Cases C-6–9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357, para. 36.

⁶⁷ The relevant provision of Article 340 TFEU reads as follow: *'In the case of non-contractual liability, the Union shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties.'*

⁶⁸ Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* [1996] ECR I-1029, paras. 28–29 and 47.

⁶⁹ *Ibidem*, paras. 28–29 and 34.

⁷⁰ Case C-224/01 *Köbler v. Austria* [2003] ECR I-10239, para. 32.

⁷¹ *Ibidem*, paras. 33–36.

infringed the applicable law.' The factors to take into account when determining this are the same factors as outlined in earlier cases in regards to other State organs, including the degree of clarity and precision of the rule infringed; whether the infringement was intentional and excusable or not and the position taken by an EU institution. However, the CJEU made one important addition in stating that of importance is also *the 'non-compliance by the court in question with its obligation to make a reference for a preliminary ruling under the third paragraph of Article 234 EC' (now Article 267 TFEU).*⁷²

In June 2006 the approach on liability for breaches by the judiciary was additionally confirmed and specified by *Traghetti del Mediterraneo*⁷³ where the CJEU took the opportunity to specify some of the principles that were established by *Köbler*.⁷⁴ The CJEU highlighted that, having regard to the specific nature of the judicial function and to the legitimate requirements of legal certainty, state liability in cases concerning the infringement of EU law by courts adjudicating at last instance is not unlimited and can be incurred only in exceptional cases where there has been a manifest infringement of the applicable law.⁷⁵ However, the CJEU also clearly emphasized that neither the principle of the independence of the judiciary, nor that of *res judicata*, can justify general exclusion of any state liability for an infringement of EU law attributable to such a national court.

For the above-mentioned reasons the CJEU finally ruled, that EU law precludes national legislation, which excludes state liability in a general manner for damage caused to individuals by an infringement of EU law attributable to a court adjudicating at last instance by reason of the fact, that the infringement in question resulted from an interpretation of provisions of law or an assessment of facts or evidence carried out by that court.⁷⁶ Correspondingly, the CJEU decided that EU law also precludes national legislation which limited such liability solely to cases of intentional fault and serious misconduct on the part of the court, if such a limitation were to lead to exclusion of the liability of

⁷² Ibidem, para. 55. See also: C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*, para. 56, where the same factors are listed, except for the fact, that the discretion of the body in breach is not mentioned in *Köbler*.

⁷³ Case C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo SpA v. Repubblica italiana* [2006] ECR I-5177.

⁷⁴ See also: Xavier Groussot, Timo Minssen: *Res judicata in the ECJ Case law: Balancing Legal Certainty with Legality?*, v: *European Constitutional Law Review*, 3 (2007), pp. 385–417, p. 393.

⁷⁵ Case C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo* [2006] ECR I-5177, paras. 34, 35.

⁷⁶ Ibidem, paras. 46, 47 and 50.

the Member State concerned in other cases where a manifest infringement of the applicable law was committed, as set out already in *Köbler* case.⁷⁷

According to all stressed it follows that refraining from making references cannot itself lead to a duty to pay damages under EU law. However, when it turns out that a decision of a court of last instance was taken in violation of Article 267(3) TFEU, this may be relevant in assessing whether the Member State in question must pay damages for any loss that has been suffered due to the judgment. It may, however, be quite a delicate task for a lower national court to assess whether a superior court has incurred liability due to a sufficiently serious infringement of EU law. Moreover, a problem of incapacity can arise, if the matter is to be brought before the court of last instance that is held to have committed the infringement. In practice it will probably be a rare occurrence that a judgment of a national court will justify an award of compensation under EU law also according to the fact, that the condition that the breach of EU law must be regarded as manifest and sufficiently serious, is extremely strict and hard to be fulfilled or proven.

Thus a Member State will really only be held liable under the CJEU's *Köbler* ruling in exceptional cases, i.e. in a case of bad faith of national judicial body,⁷⁸ meaning that the '*Köbler liability*' is definitely no surrogate for the preliminary reference procedure. Nevertheless it cannot be underestimated that the possible scope for national courts to interpret EU law is more limited post-*Köbler*, when the risk of a liability claim has been established, even if the cautious application has not yet created a *de facto* hierarchy in European judicial system.

4.3. Infringement proceedings under Article 258 TFEU

As follows it is incumbent on the Member States to ensure that their national courts fulfil the obligation to make references under Article 267 TFEU. If they fail to do this, the Commission can initiate infringement proceedings⁷⁹ under Article 258 TFEU,⁸⁰ as happened for the first time in 2004, when the Com-

⁷⁷ See also: X. Groussot, T. Minssen; op. cit., p. 398.

⁷⁸ See also: N. Fenger, M. P. Broberg, op. cit., p. 208.

⁷⁹ Due to the limited space, this procedure cannot be explained in further details in this paper, however numerous academics have analyzed mentioned issue, therefore it can be found in their contributions. See e.g.: Paul Craig, Grainne de Búrca: *EU Law: Text, Cases and Materials*, Fifth edition. Oxford University Press, Oxford 2011.

⁸⁰ Article 258 TFEU reads as follows: '*If the Commission considers that a Member State has failed to fulfil an obligation under the Treaties, it shall deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations. If the State concerned does not comply with the opinion within the period laid down by the Commission, the latter may bring the matter before the Court of Justice of the European Union.*'

mission issued a letter of formal notice to Sweden for breach of Article 267 TFEU.⁸¹ This proceeding is the only conceivable remedy on the Union level and can be invoked, since the Commission has the power to start a procedure against a Member State before the CJEU for infringement of EU law, caused by any organ of that Member State. The highest courts of a Member State are indeed considered to be organs of the State, therefore infringement proceedings against a Member States can be used also for breaches of EU law caused by national judicial decisions as was stated in the CJEU's judgement in case *Commission v. Italy*.⁸²

The infringement procedure can be initiated, since the Commission (when fulfilling its task as Guardian of the Treaty) is responsible for ensuring that EU law is correctly applied in all Member States. Consequently, where a Member State fails to comply with the EU law, the Commission has powers of its own to try to bring the infringement to an end and, where necessary, may refer the case to the CJEU.⁸³ The Commission takes whatever action it deems appropriate in response to either a complaint or indications of infringements which it detects itself.⁸⁴

It follows that when national courts from specific Member State do not respect their obligation under EU law and refer questions for preliminary ruling, when they should, the Commission can start infringement procedure against that Member State before the CJEU. If the CJEU finds that there indeed was a breach or that there is inconsistency between national legislation and provisions of EU law, it may impose a lump sum or penalty payment on the Member State concerned. Imposed fine is the revenue of the European Union. The individual can benefit indirectly from such proceedings, as they can help him to prove, that there indeed was a breach of Article 267(3) TFEU. That is extremely

⁸¹ In 2004 the Commission issued a letter of formal notice to Sweden for breach of Article 267 TFEU. According to the Commission, the Swedish authorities should have adopted rules to ensure that the Swedish courts of last instance made references for preliminary rulings in connection with decisions on whether a right of appeal should be granted. Next, the Commission argued that reasons should be given for the refusal of the court of last instance to grant leave to appeal, so as to make it possible to assess whether the requirements of Article 267(3) TFEU were fulfilled. (See also: N. Fenger, M. P. Broberg, op. cit., p. 209).

⁸² Case C-129/00 *Commission v. Italy* [2003] ECR I-14637. However, the *Commission v. Italy* case is concerned with systematic and recurring breaches of EU law by the national judiciary and not exclusively with circumventing the obligation to make a preliminary reference.

⁸³ See also: Infringements of EU law, available at: <ec.europa.eu/eu_law/infringements/infringements_en.htm> (15. 2. 2014).

⁸⁴ The infringement procedure can be initiated *ex officio*, following a proposal from a Member State or from a person reporting the infringement, be it a legal or a natural person.

important, if individual at the same time or later on, starts also his own separate procedure against the same Member State before its national courts for breach of EU law and (relying on the principle of state liability) claims damages for any loss that has been suffered due to the judgment, as explained in the previous section.

However, in this respect it should be emphasized that upon receipt of a complaint (from individual or any other affected legal subject) concerning the infringement of EU law by a Member State, the Commission has a wide discretion to decide whether or not to initiate a proceeding and how to proceed with an alleged case of infringement. This means that the Commission is under no obligation to start infringement proceedings.⁸⁵ What is more, the Commission is actually very reluctant to start such procedures, especially since it is seen as an attempt to weaken the independency of the highest national courts and thus negatively affecting the independence of the judiciary as whole.⁸⁶ Hence, it is very well possible that, despite the mistake committed by a national highest court, no infringement proceedings will be started and no action for European institution's failure to act (on the basis of Article 265 TFEU) against the Commission could successfully be initiated.⁸⁷

4.4. Breach of Article 6 of the European Convention of Human Rights

Whether the national court's failure to make a preliminary reference may constitute also a breach of international human rights law, especially Article 6 of the ECHR,⁸⁸ where the principle of fair trial is settled, has arisen on several occasions and provoked the discussion,⁸⁹ but for now remains without tangi-

⁸⁵ See Case C-247/87 *Star Fruit v. Commission* [1989] ECR 291, para. 11.

⁸⁶ See also: F. Vaistendael, op. cit., p. 2.

⁸⁷ See also: Mariolina Eliantonio, Chris Backes: Taking constitutionalization one step too far? The need for revision of the Rheinmühlen case law in the light of the AG opinion and the ECJE's ruling in *Elchinov*, v: Maastricht Faculty of Law Working Paper, 9 (2010), available at: <ssrn.com/abstract=1722631> (13. 2. 2014), p. 9.

⁸⁸ See also: Regina Valutyte: State Liability for the Infringement of the Obligation to Refer for a Preliminary Ruling Under the European Convention on Human Rights, v: Jurisprudence, Mykolas Romeris University, Department of International and European Union Law, 19 (2012) 1, pp. 7–21.

⁸⁹ In his opinion in *Köbler* case, Advocate General Léger argued for the first time that the breach of Article 267 TFEU may give rise to liability of a state for infringement of the ECHR but did not analyse thoroughly the conditions of such liability, limiting himself solely to mentioning of several examples. See: Opinion of Advocate General Léger in Case C-224/01 *Köbler*, para. 147. See also: N. Fenger, M. P. Broberg, op. cit. and R. Valutyte (19 (2012) 1), op. cit., p. 9.

ble consequences in practice, considering the fact, that the ECtHR has not yet found any Member State liable for such a breach.

Nevertheless in case *Coëme*,⁹⁰ the ECtHR was asked to consider whether the Belgian Court of Cassation had committed an infringement of Article 6 of the ECHR when it refused to make a preliminary reference to the Belgian Administrative Jurisdiction and Procedure Court on certain issues relating to the main proceedings. The ECtHR first observed that the ECHR does not, as such, guarantee any right to have a case referred by a domestic court to another national or international authority for a preliminary ruling. This was so even where a particular field of law may be interpreted only by a court designated by statute and where the legislation concerned requires other courts to refer to that court, without reservation, all questions relating to that field. The ECtHR added, however, that *'it is not completely impossible that, in certain circumstances, refusal by a domestic court trying a case at final instance might infringe the principle of fair trial, as set forth in Article 6(1) of the Convention, in particular where such refusal appears arbitrary'*.⁹¹ Arguably, the reasoning in the ECtHR's ruling in *Coëme* was applied also to a national court's failure to make preliminary references to the CJEU.⁹² It thus follows that it cannot be completely ruled out, that a failure to make a preliminary reference under Article 267 TFEU could infringe the fairness of proceedings and therefore constitute a breach of Article 6 of the ECHR.⁹³

However two main obstacles may appear. Firstly in a relation to the notion, that the refusal to make a preliminary reference must be arbitrarily, since there is no clear guidance on how exactly this condition should be interpreted, but it is more than evident, that the refusal will be considered as arbitrarily only in exceptional cases.⁹⁴ I.e. the analysis of the ECtHR's decisions on admissibility, related to the implementation of the obligation to make a reference for a

⁹⁰ Case *Coëme and others v. Belgium* (Applications nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96), Decision of 22 June 2000, para. 114, available at: <hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59194> (15. 2. 2014).

⁹¹ See also: N. Fenger, M. P. Broberg, op. cit., p. 210.

⁹² See e.g.: Case *Canela Santiago v. Spain* (Application No 60350/00), Decision of 4 October 2001, where the ECtHR indirectly confirmed, that the refusal to refer a case to the CJEU for a preliminary ruling could infringe the fairness of proceedings within the meaning of Article 6 ECHR, if it appeared to be arbitrary.

⁹³ See also: N. Fenger, M. P. Broberg, op. cit., p. 210.

⁹⁴ In Case *Canela Santiago v. Spain*, the ECtHR held that the Spanish Supreme Court's failure to make a preliminary reference to the CJEU did not constitute an infringement of Article 6 of the ECHR **because** the Supreme Court **had set out its reasons** for not making a preliminary reference. Accordingly, the refusal to make a preliminary reference could not be regarded as arbitrary.

preliminary ruling to the CJEU, shows, that the motivation of the decisions of national courts of last instance not to refer is not limited. Thus the national courts can employ any duly justified reason.⁹⁵ Secondly, since some applications to the Strasbourg court concerning alleged violations of the duty to make a preliminary reference under 267(3) TFEU, claiming violations of Articles 6 (1) (fair trial), 13 (the right to an effective remedy) and 14 (the prohibition of discrimination) of the ECHR, have failed at the admissibility stage, it may be considered that the ECtHR is well aware of the sensitivity of enforcing the obligation to refer for the relationship between national courts and the CJEU and it will, therefore, continue to dismiss applications to review alleged breaches of the duty to refer under Article 267(3) TFEU.

5. CONCLUSION

The preliminary ruling procedure established under Article 267 TFEU was described by D. Anderson as *'both the most fundamental and the most intriguing part of the evolving judicial architecture of Europe'*, since it *'uniquely, appoints the European Court in Luxembourg as meeting-place between the legal order of the Union and those of its Member States'*.⁹⁶ As a main tool in uniform application of the EU law, therefore should remain a constant dialogue and an expression of interplay between the CJEU and national judges. But for this to be able to happen, it is firstly a task for national courts, especially those, against whose decision there is no appellate procedure and which are under obligation to make a reference, whenever they have doubts about validity or the right interpretation of EU law provisions.

The CILFIT case, which marked an important stage in the evolution of the relationship between the CJEU and national courts by introducing some exceptions, when there is no obligation to refer, therefore should not be abused in order to facilitate the procedure before national courts and enable them to avoid their obligations under EU law, but should instead be treated with high responsibility. Should the national courts of last instance overlook this aspect and circumvent the purposes established by the CJEU that would have the effect of jeopardizing the uniform application and interpretation of EU law throughout the European integration and furthermore deprive individuals of the effective judicial protection of their rights deriving from the EU law.

⁹⁵ See also: R. Valutytė (19(1) 2012), op. cit., p. 18.

⁹⁶ See also: David Anderson: References to the European Court. Sweet and Maxwell, London 1995, p. ix.

To prevent such unpleasant consequences some legal remedies, discussed in this paper, have been established and are provided. However an extensive investigation of those remedies yields the conclusion, that the legal protection of individuals against possible breaches of Article 267 TFEU is probably quite far from ideal. Such practice is unsatisfactory and requires reforms. Nevertheless it should not be underestimated, that sanctions (despite their deficiencies) are provided and that certain procedures already now can be invoked. Without them legal certainty and uniform interpretation and application of EU law throughout the Union would be even harder to achieve. Therefore the instruments of liability for judicial acts (Köbler), infringement proceedings for judicial acts (Commission v. Italy) and the possibility to ask the national Constitutional Courts for a review of cases which are already decided in the final instance or possibility to question the conduct of national court before ECtHR, can nevertheless strengthen the principles of primacy and effectiveness of EU law, even if they should not be seen as an alternative or an adequate substitute for preliminary ruling procedures.

To conclude, it is undoubtedly that under such provided legal remedies the CJEU now has a greater control over Supreme courts than ever before and that a national judge is no more immune from causing liability of the State – either in relation to individuals or the EU in infringement proceedings, as was highlighted in many cases and judgements mentioned above. Although viability of the principles set in these judgments and all the conditions laid down for a specific legal remedy may be seriously questioned, the power of those established remedies lies outside actual cases where they could be successfully invoked – it lies already in their dissuasive effects. Beneficiaries may use them to warn national judges not to disregard EU law and it seems that CJEU judges themselves never let slip an opportunity to remind their national counterparts of these judgments, of course, in an atmosphere of sincere cooperation and mutual understanding. Already because of that, national courts should endeavour to fully comply with their obligations under EU law and in particular with those arising from Article 267 TFEU and especially recognise more and more that they are also – even in the first place – European law courts and in this regard take over responsibility that comes with that. In the context of such a Europeanized attitude towards their assignment to effective legal protection, the EU law will become a pre-eminent point of reference for them and an instrument helping them to contribute to the progressive realization of living supranational legal order in Europe.

PRAVNE POSLEDICE KRŠITVE DOLŽNOSTI PREDLOŽITI SODIŠČU EU VPRAŠANJE V PREDHODNO ODLOČANJE

Edita Turičnik,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorska kandidatka
na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru*

Pristop države k Evropski uniji (EU) ima tako za državo samo kot za njene državljane izredno pomembne institucionalne in normativne učinke, saj s podpisom in ratifikacijo pristopne pogodbe nacionalni pravni red države članice avtomatično postane dopolnjen z avtonomnim,¹ primarnim,² neposredno uporabnim³ in neposredno učinkovitim⁴ pravnim redom EU, ki je vir pravic in

¹ Avtonomnost pomeni, da pravo EU nastaja, velja, se razlaga in uporablja izključno v skladu s svojimi lastnimi pravili, neodvisno od kateregakoli nacionalnega ali mednarodnega pravnega sistema oziroma pravnih redov posameznih držav članic.

² Primarnost pomeni, da pravila, sprejeta na ravni EU, prevladajo nad pravili, vsebovanimi v pravnih redih držav članic. V primeru neskladja med pravilom prava EU in pravilom nacionalnega prava torej prevlada prvo.

³ Neposredna uporabnost pomeni, da se pravila EU v državah članicah uporabljajo neposredno, to je brez posredovanja zakonodajnih ali kakšnih drugih organov; ni torej potreben vmesni akt, ki bi jih šele pretvoril v pravna pravila notranjih pravnih redov. Z vstopom posamezne države v evropsko integracijo pravo EU postane del njenega nacionalnega pravnega reda in ga morajo vsi nacionalni organi spoštovati in vsa sodišča poznati.

⁴ Neposredna učinkovitost pomeni, da se posameznik lahko pred državnimi organi in sodišči zoper državo (vertikalni neposredni učinek) ali v določenih primerih nasproti posamezniku (horizontalni neposredni učinek – v tem primeru pravo EU posameznikom ne določa le pravic, pač pa jim nalaga tudi obveznosti) sklicuje neposredno na posamezno določbo iz določenega akta prava EU, ki je neposredno uporaben. Pogoji pa je, da je ta določba dovolj jasna, nepogojna in samoizvršilna (angl. *self-executing*), torej da gre za pravno popolno normo (angl. *legally complete norm*). Vse norme niso sposobne neposredno učinkovati, odločanje o tem, katere so, pa je v izključni pristojnosti Sodišča ES.

obveznosti tako za državo članico in EU kot tudi za posameznike (torej fizične in pravne osebe zasebnega ter javnega prava).⁵

Prav neposredna uporabnost prava EU v nacionalnem pravu in s tem povezano odločanje po pravu EU v upravnih in sodnih postopkih v državah članicah pomeni, da se varstvo prava EU prvenstveno zagotavlja pred nacionalnimi sodišči, ki morajo pravo EU v skladu z načelom *iuria novit curia* poznati in uporabljati *ex officio*. Glede na decentralizirano naravo pravnega reda EU so namreč vsa nacionalna sodišča držav članic hkrati redna 'evropska' sodišča v zadevah prava EU in morajo kot taka zagotoviti učinkovito pravno varstvo pravic posameznikov.

Ker pri tem obstaja možnost, da bi zaradi različnih pravnih tradicij, specifične terminologije, različne pravne zavesti in razlik v pravnih sistemih prišlo do neenotnega tolmačenja in posledično različne uporabe prava EU na območju evropske integracije, in ker je na drugi strani (tudi zaradi načela pravne varnosti in zaupanja v pravo) ključno, da je pravni red EU v vseh osemindvajsetih državah članicah prav, poenoteno interpretiran in predvsem uporabljan, je v okviru pravosodnega sistema EU pristojnost za avtonomno interpretacijo prava EU in odločanje o njegovi veljavnosti podeljena izključno Sodišču EU⁶ s sedežem v Luksemburgu. Le-to namreč, na podlagi člena 19(3)(b)⁷ Pogodbe o Evropski uniji (PEU)⁸ in člena 267⁹ Pogodbe o delovanju Evropske unije

⁵ Že leta 1963 je Sodišče EU v svoji znameniti sodbi *Van Gend en Los* (C-26/62) poudarilo, da pomeni Skupnost nov pravni red mednarodnega prava, v korist katerega so države članice omejile, čeprav na omejenih področjih, svoje suverene pravice in katerega subjekti so ne le države članice, ampak tudi njihovi državljani.

⁶ Člen 19(1) PEU določa, da »Sodišče Evropske unije« sestavljajo »Sodišče« (ki se je pred uveljavitvijo Lizbonske pogodbe imenovalo Sodišče Evropskih skupnosti), »Splošno sodišče« (predhodno imenovano Sodišče prve stopnje Evropskih skupnosti) in »specializirana sodišča«. Ker je sicer predvideno, da bi lahko, v določenih primerih, predvidenih s Statutom Sodišča EU, postopke predhodnega odločanja vodilo tudi *Splošno sodišče*, vendar do navedenih opredelitev v Statutu ni prišlo, in ker zato v praksi dejansko vse postopke predhodnega odločanja vodi *Sodišče*, v nadaljevanju prispevka zaradi lažjega razumevanja namesto zgolj imena *Sodišče* uporabljam kratico *Sodišče EU*. Gola navedba *Sodišče* (pa čeprav je to uradno ime) se mi namreč zdi presplošna in bi lahko otežila razumevanje obravnavane tematike, saj se tudi nacionalni organi, ki so dolžni sprožati postopke predhodnega odločanja, imenujejo »sodišča« ali »tribunali«. S kratico *Sodišče EU* torej nimam v mislih skupnega imena za *Sodišče*, *Splošno sodišče* in *specializirana sodišča*, pač pa samo *Sodišče*, ki edino tudi dejansko vodi postopke predhodnega odločanja iz člena 267 PDEU.

⁷ Člen 19(3)(b) PEU določa, da skladno z določbami Pogodb Sodišče EU na predlog nacionalnih sodišč predhodno odloča o vprašanjih glede razlage prava EU ali veljavnosti aktov, ki so jih sprejele institucije EU.

⁸ UL EU, C 115 z dne 9. maja 2008, str. 13.

⁹ Člen 267 PDEU določa: »Sodišče Evropske unije je pristojno za predhodno odločanje o vprašanjih glede:

(a) razlage Pogodb;

(b) veljavnosti in razlage aktov institucij, organov, uradov ali agencij Unije.

(PDEU),¹⁰ odloča o predhodnih vprašanjih glede razlage prava EU in glede veljavnosti aktov institucij, organov, uradov ali agencij Unije.¹¹

Pomembnosti obravnavanega postopka ne gre spregledati, saj je bila večina temeljnih načel evropskega prava, skupaj z drugimi pomembnimi razlagami prava EU, določena ravno v okviru predhodnega odločanja, prav tako omejnjeni postopek predstavlja več kot 50 odstotkov vseh primerov, ki potekajo pred Sodiščem EU. Kljub temu praksa kaže, da so nekatera nacionalna sodišča pogosto še vedno zadržana pri pošiljanju vprašanj. Pri tem bi se morala zlasti tista nacionalna sodišča, za katera obstaja dolžnost predložiti vprašanje v predhodno odločanje, zavedati, da lahko nespoštovanje te dolžnosti v večini primerov pomeni kršitev prava EU, ki ima lahko neugodne pravne posledice za državo članico.

Člen 267 PDEU namreč jasno določa, da **lahko** katerokoli nacionalno sodišče države članice, pred katerim se pojavi dvom o veljavnosti ali razlagi prava EU (od katerega je odvisna končna odločitev v glavni stvari), predloži vprašanje v odločanje Sodišču EU. Kadar pa se takšno vprašanje postavi v postopku, ki teče pred sodiščem države članice, zoper odločitev katerega po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva, je to sodišče **dolžno** predložiti zadevo Sodišču EU v predhodno odločanje.¹² Iz navedenega sledi, da člen 267 PDEU sam izrecno ločuje med sodnimi odločbami, zoper katere so dovoljena pravna sredstva, in tistimi, zoper katera pravna sredstva, s katerimi bi se lahko naknadno ponov-

Kadar se takšno vprašanje postavi kateremu koli sodišču države članice in če to sodišče meni, da je treba glede vprašanja sprejeti odločitev, ki mu bo omogočila izreči sodbo, lahko to vprašanje predloži v odločanje Sodišču.

Kadar je takšno vprašanje postavljeno v postopku, ki teče pred sodiščem države članice, zoper odločitev katerega po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva, je to sodišče dolžno predložiti zadevo Sodišču.

Kadar je takšno vprašanje postavljeno v postopku, ki teče pred sodiščem države članice glede osebe, ki ji je odvzeta prostost, Sodišče odloča v najkrajšem možnem roku.

¹⁰ UL EU, C 115 z dne 9. maja 2008, stran 47.

¹¹ Sodišče EU, Pojasnilo o predlogih nacionalnih sodišč za začetek postopka predhodnega odločanja, Informacije institucij in organov Evropske unije, UL EU, L C 297/1 z dne 5. decembra 2009.

¹² To pomeni, da imajo hierarhično nižja sodišča, katerih odločbe (*meritum*) je mogoče izpodbijati s pravnimi sredstvi pred hierarhično višjim sodiščem, fakultativno opcijo oziroma diskrecijsko pravico, da po svoji odločitvi posredujejo vprašanje v predhodno odločanje, ali pa brez predložitve vprašanja Sodišču EU (na podlagi lastne interpretacije prava EU) odločijo o glavni stvari. Vendar to velja le **v primeru dvoma o razlagi** oziroma pravilni interpretaciji prava EU. Iz sodne prakse Sodišča EU namreč izhaja, da je nasprotno **v primeru dvoma o veljavnosti** sekundarnega prava EU vsako nacionalno sodišče (ne glede na njegovo mesto v hierarhiji sodniškega odločanja) zavezano predložiti akt sekundarnega prava v odločanje o veljavnosti Sodišču EU. Nobeno nacionalno sodišče v primeru dvoma namreč ne more samo določenega akta prava EU razglasiti za neveljavnega.

no 'meritorno' odločalo o glavni stvari, niso dovoljena. V primeru slednjih so nacionalna sodišča pred sprejemom končne sodne odločbe obligatorno dolžna prekiniti nacionalni postopek in vprašanje glede razlage ali veljavnosti prava EU (če se v postopku pojavi) predložiti Sodišču EU, saj je le tako mogoče zagotoviti učinkovito varstvo pravic posameznikov ter (po prejetem odgovoru oziroma razlagi s strani Sodišča EU) sprejeti pravilno, legalno in legitimno končno odločitev v glavni stvari.

Pravkar navedena določba je v omejevanju diskrecijske pravice nacionalnih sodišč, ki v konkretnem primeru sodijo na zadnji stopnji, povsem nepogojna in jasna, zato njeno nespoštovanje nedvomno pomeni kršitev prava EU kot takega in člena 267 PDEU bolj specifično. Tako ne bo zgolj v primeru, ko bodo izpolnjene vse predpostavke in okoliščine, ki jih je v svoji sodni praksi (zlasti v znani sodbi *CILFIT*¹³ in številnih zadevah, ki so sledile) samo Sodišče EU določilo kot mogoče izjeme, ko vprašanja vendarle niti hierarhično najvišjim sodiščem ni treba postaviti.¹⁴ Vendar pri tem ne gre spregledati, da so te izjeme (ki so v glavnem prispevku podrobneje pojasnjene) opredeljene dokaj ozko ter strogo in bi jih nacionalna sodišča – ob doslednem upoštevanju vseh napotkov, podanih s strani Sodišča EU – dejansko lahko uporabila zgolj v izjemnih primerih, zagotovo pa ne tako pogosto, kot se to v praksi dogaja trenutno, ko zelo razširjena uporaba omenjenih izjem daleč presega tisto, kar narekujejo njihova stroga merila.

Čeprav iz do zdaj pojasnjenega izhaja, da je ravno postopek predhodnega odločanja ključni dejavnik za ustrezno pravno varstvo in ne nazadnje razvoj prava EU in da na drugi strani prav tukaj obstajajo možnosti za številne nedoslednosti, pa samo pravo EU posebnih sankcij zaradi nespoštovanja člena 267 PDEU s strani nacionalnih sodišč izrecno ne določa. Kljub temu lahko za državo članico (tako na podlagi že vzpostavljene sodne prakse kot na podlagi posredne uporabe drugih določb ustanovitvenih pogodb) na treh različnih ravneh – tj. na nacionalni ravni, na ravni Unije in na mednarodni ravni – za-

¹³ Zadeva C-283/81 *CILFIT* [1982] ECR 3415.

¹⁴ Te izrecno opredeljene izjeme so, če pravno vprašanje ni pomembno za meritorno odločbo in zato v takem postopku ni objektivne potrebe po odgovoru s strani Sodišča EU. Nadalje, če že obstaja sodna praksa Sodišča EU, ki obravnava identično pravno vprašanje, oziroma če je postavljeno vprašanje enako kot v že obravnavanih primerih – v tem primeru mora nacionalno sodišče uporabiti razlago, ki jo je Sodišče EU že podalo (fr. *acte éclairée*). Nacionalnemu sodišču pa vprašanja ni treba postaviti tudi, če je pravilna uporaba prava EU tako očitna, da (upoštevaje značilnosti in specifičnosti prava EU) ne dopušča nobenega prostora za dvom glede pravilnosti interpretacije, kar pomeni, da mora biti nacionalno sodišče prepričano, da bodo tudi vsa druga nacionalna sodišča držav članic in Sodišče EU prišla do popolnoma enake interpretacije (fr. *acte claire*). (Zadeva C-283/81 *CILFIT* [1982], točki 16 in 17.)

radi kršitve člena 267 PDEU s strani njenih nacionalnih sodišč pride do neugodnih pravnih posledic. Te so zlasti:

- razveljavitev nacionalne sodne odločbe s strani nacionalnega ustavnega sodišča;
- odškodninski zahtevek zoper državo članico na nacionalni ravni;
- postopek zoper državo članico za ugotavljanje kršitve po členu 258 PDEU na ravni Unije; in
- postopek pred Evropskim sodiščem za človekove pravice zaradi kršitve 6. člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin.

Navedeno pomeni, da na nacionalni ravni obstajata dva postopka, ki se lahko sprožita v primeru kršitev s strani nacionalnih sodišč. Prvi postopek temelji na načelu 'zakonitega sodnika', ki v bistvu pomeni, da je arbitrarna zavrnitev nacionalnega sodišča na zadnji stopnji, da bi sprožilo postopek predhodnega odločanja, lahko na podlagi ustavne pritožbe predmet pregleda s strani nacionalnega ustavnega sodišča, ki lahko v končni fazi sodbo (ki se ne da več izpodbijati z rednimi ali izrednimi pravnimi sredstvi) tudi razveljavi in zadevo celo vrne v ponovno sojenje. Drugo sredstvo na nacionalni ravni zaradi kršitve prava EU s strani nacionalnih sodišč se lahko uveljavlja v novem – ločenem – postopku pred nacionalnim sodiščem in se pri tem opira na načelo odškodninske odgovornosti države, kot ga je Sodišče EU potrdilo v znanih sodbah *Francovich*¹⁵ in *Brasserie du Pêcheur / Factortame III*¹⁶ ter pozneje tudi v zadevi *Köbler*,¹⁷ v kateri je bilo prvič izrecno poudarjeno, da se lahko odškodninska odgovornost države uveljavlja tudi zaradi kršitve prava EU, storjene s strani njenega Vrhovnega sodišča. Edino pravno sredstvo, ki se zaradi nespoštovanja člena 267 PDEU lahko uveljavlja na ravni Unije, je postopek zaradi kršitve, ki temelji na členu 258 PDEU in ki ga zoper specifično državo članico¹⁸ lahko – kot varuh ustanovitvenih pogodb – sproži Evropska komisija. Pravno sredstvo na mednarodni ravni bi v primeru nepredložitve vprašanja v predhodno odločanje lahko bila tožba zoper državo članico pred Evropskim sodiščem za človekove pravice v Strasbourgu, zaradi kršitve 6. člena Evropske konvencije o

¹⁵ Združena zadeva C-6-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357.

¹⁶ Zadevi C-46/93 in C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* [1996] ECR I-1029.

¹⁷ Zadeva C-224/01 *Köbler v. Austria* [2003] ECR I-10239, par. 32.

¹⁸ Da je država članica zaradi kršitve s strani njenega nacionalnega sodišča lahko odgovorna po členu 258 PDEU, je nesporno, saj je nacionalno sodišče del državne sodne oblasti, povsem drugo vprašanje pa je realnost pričakovanja, da bo do postopka tudi zares prišlo, saj po do zdaj razpoložljivih podatkih poseben postopek na podlagi člena 258 PDEU, zato ker nacionalno sodišče ne bi sprožilo postopka predhodnega odločanja, še ni bil sprožen. Kar pa ne pomeni, da v primeru očitnih kršitev tudi ne bo.

varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, kjer je določena pravica do poštenega sojenja. Vsi omenjeni postopki in njihove glavne prednosti, slabosti ter zlasti omejitve so v glavnem prispevku podrobneje pojasnjeni.

Če bi se torej izkazalo, da nacionalna sodišča svojih obveznosti po postavitvi predhodnega vprašanja ne spoštujejo (kar bi dejansko lahko pomenilo resno ogrožitev pravnih temeljev in primarnih načel prava EU, zlasti načela učinkovitega varstva pravic in zaupanja v pravo), bi bilo takšno njihovo ravnanje s prej predstavljenimi pravnimi posledicami mogoče tudi ustrezno sankcionirati in vsaj delno korigirati. Tega vidika nacionalna sodišča pri sprejemanju ustreznih procesnih in meritornih sklepov ne smejo spregledati. Ravno tako pa – kot subjekti s poslanstvom sprejemati pravilne in zlasti zakonite sodne odločbe – ne bi smeli spregledati, da se s predstavljenimi pravnimi sredstvi načelo primarnosti in učinkovitosti prava EU sicer lahko vsaj delno okrepi, vendar teh postopkov vseeno ne moremo obravnavati kot alternativo postopku predhodnega odločanja. Zgolj ta je namreč tisti, ki dejansko omogoča dosledno izpeljavo koncepta neposrednega učinka in prevlade prava EU nad nacionalnim pravom, ter z nadnacionalno sodno instanco, ki ima pristojnost za celotno ozemlje EU, in s poenoteno interpretacijo prava EU vodi tudi do njegove poenotene uporabe.

OBLIKOVALNA TOŽBA ZA ZMANJŠANJE POGODBENIH OBVEZNOSTI

Tina Georgievski,

*univerzitetna diplomirana pravnica, specialistka, magistrica pravnih znanosti,
doktorska kandidatka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

1. UVOD

Oblikovalne pravice so enostranska upravičenja, usmerjena v ustanovitev, prenehanje ali spremembo pravnega razmerja. Glede na način uveljavitve poznamo opcijske in tožbene oblikovalne pravice. Prve se uresničijo z enostransko izjavo volje, druge z oblikovalno tožbo. Pri opcijskih oblikovalnih pravicah nastane sprememba v pravnem razmerju, ko oblikovalni zavezanec prejme enostransko izjavo oblikovalnega upravičenca. Pri tožbenih oblikovalnih pravicah pa šele s pravnomočnostjo oblikovalne sodbe, ko ta razvije oblikovalni učinek, ki učinkuje *erga omnes*. V samem bistvu oblikovalnih pravic je dejstvo, da mora oblikovalni zavezanec oblikovanje trpeti, zato zakon upravičencu postavlja določene omejitve (npr. kratke prekluzivne roke, prepoved *ius variandi*). Pri oblikovalnih pravicah ni sodelovalne dolžnosti oblikovalnega zavezanca. V nasprotnem primeru bi po vsebini pravnega varstva takšni sodelovalni obveznosti ustrezala dajatvena tožba na podajo izjave volje, in ne oblikovalna tožba.

V večini primerov lahko stranki spremembo v pravnem razmerju dosežeta sami. Tedaj ni pomembno, ali gre za opcijsko ali tožbeno oblikovalno pravico. Izjema so prave tožbene oblikovalne pravice, ki so redke (npr. pravica zahtevati razvezo ali razveljavitev zakonske zveze), obligacijsko pravo pa jih ne pozna. Če med strankama soglasja za spremembo ni, je od zakonske ureditve (oblikovalnega temelja) odvisno, ali lahko stranka oblikovalno pravico uveljavi z enostransko izjavo volje (opcijska oblikovalna pravica) ali pa mora o njeni zahtevi odločiti sodišče na podlagi oblikovalne tožbe (tožbena oblikovalna pravica).

Prepletenost procesnega in materialnega prava je pri oblikovalnih tožbah izjemna. Če zakon predpisuje, da ima zainteresirana stranka pravico zahtevati

spremembo pravnega razmerja ali da mora vložiti tožbo, potem tega pravnega razmerja ne more spremeniti drugače kot tako, da vloži tožbo ali nasprotno tožbo oblikovalne narave. Ugovor ne zadostuje. Od tega pravila obstajajo izjeme, ki jih zakon izrecno določa (npr. pri paulijanski tožbi po prvem odstavku 259. člena Obligacijskega zakonika,¹ OZ). Sklepanje od izjem na splošno pravilo pa ni pravilno. V teoriji in praksi enotnega pristopa k uresničitvi spremenjevalnih oblikovalnih pravic še ni.

Ogledali si bomo tri najpomembnejše sklope spremenjevalnih oblikovalnih pravic: pravico zahtevati znižanje previsoke pogodbene kazni in are, pravico zahtevati spremembo obveznosti zaradi spremenjenih okoliščin po sklenitvi pogodbe in jamčevalni zahtevek za zmanjšanje plačila. Bistveno vprašanje, ki se pri teh pravicah postavlja, je način njihove uresničitve, torej ali zadostuje ugovor ali je potrebna (nasprotna) oblikovalna tožba.

2. ZMANJŠANJE NESORAZMerno VISoke POGODBENE KAZNI IN ARE

Zakon pri čezmernem prikrajšanju (*laesio enormis*) pravi, da če je bilo ob sklenitvi dvostranske pogodbe med obveznostmi pogodbenih strank očitno nesorazmerje, lahko oškodovana stranka zahteva razveljavitev pogodbe, če za pravo vrednost tedaj ni vedela in ni bila dolžna vedeti (prvi odstavek 118. člena OZ). V teoriji prevladuje stališče, da sme prikrajšana stranka razveljavitev pogodbe zaradi čezmernega prikrajšanja uveljaviti s tožbo ali ugovorom.² Sodna praksa je enotna in zahteva vložitev oblikovalne tožbe.³ Tožbeni zahtevek se v teh primerih glasi, da »se pogodba razveljavi«, in ne morebiti, da se »ugotovi, da je pogodba razveljavljena«.

Čezmerno prikrajšanje je zanimivo z vidika oblikovalnih pravic s ciljem zmanjšanja obveznosti v dveh posebnih izpeljankah, ki prav tako ščitita enakovrednost dajatev in sta izjemi od načela *pacta sunt servanda*. To sta pravici

¹ Ur. l. RS, št. 97/07.

² Stojan Cigoj: Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, I.–IV. knjiga. ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1984–1986, str. 468; Miha Juhart v: Miha Juhart, Nina Plavšak (red.): Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, 1. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 621; Boris Vizner: Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, 1.–4., knjiga. Zagreb 1978–1979, str. 558. Nasprotno, da je potrebna tožba, meni Vrleta Krulj v: Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj (red.): Komentar Zakona o obligacionim odnosima, 1. knjiga. Savremena administracija, Beograd 1980, str. 362. Da zakon zahteva vložitev oblikovalne tožbe, meni Galič (Aleš Galič: Ugotovitvena tožba, v: Pravosodni bilten, XXXIII (2012), str. 69).

³ Npr. sodba in sklep II Ips 297/96 z dne 21. januarja 1998. Novejše revizijske odločbe niso objavljene.

zahtevati zmanjšanje pogodbene kazni in are. Od splošne ureditve čezmernega prikrajšanja se razlikujeta v predmetu, saj gre za stranski, in ne za glavni obveznosti pogodbe, ter v cilju, saj sta usmerjeni v zmanjšanje obveznosti ene od pogodbenih strank, in ne v razveljavitev pogodbe kot celote.

Zakon pravi, da »sme sodišče na zahtevo zainteresirane stranke zmanjšati pretirano veliko aro« (četrty odstavek 65. člena OZ) in da »sodišče zmanjša na dolžnikovo zahtevo pogodbeno kazen, če spozna, da je glede na vrednost in pomen predmeta obveznosti nesorazmerno visoka« (252. člen OZ).⁴

Obema določbama so skupni trije bistveni elementi – *nesorazmernost dogovorjene obveznosti (are oziroma pogodbene kazni), pravica dolžnika, da zahteva zmanjšanje svoje obveznosti, in vloga sodišča, ki zmanjšanje obveznosti izreče* –, ki so značilni za tožbene (spreminjevalne) oblikovalne pravice.

2.1. Na sodišče naslovljena dolžnikova zahteva za zmanjšanje obveznosti

S procesnega vidika je zanimiva »zahteva« dolžnika za zmanjšanje, saj zakon ne določa, kako se uveljavi, kar v teoriji in praksi povzroča neenotno razlago. Nobena ne bi smela prezreti, da so oblikovalne pravice enostranska upravičenja, ki so v primeru opcijskih oblikovalnih pravic usmerjena zoper oblikovalnega zavezanca, ki je dolžan oblikovanje trpeti. V primeru tožbenih oblikovalnih pravic pa so usmerjena na sodišče, ki mora o postavljenem oblikovalnem zahtevku odločiti s sodbo. Glede na lastnosti oblikovalnih pravic je pri njihovem sodnem uveljavljanju lahko zahteva po spremembi pravnega razmerja naslovljena le na sodišče, in ne morebiti na drugo pogodbeno stranko, saj ta nima sodelovalne dolžnosti. Poleg tega OZ v obravnavanih določbah ne pušča nobenega dvoma, da je edini naslovnik zahteve za zmanjšanje sodišče (»sodišče zmanjša«, »sodišče sme ... zmanjšati«).⁵

Postavi se tudi vprašanje, kako zainteresirana stranka pritegne sodišče, da v pravdi odloči o njeni »zahtevi za zmanjšanje«. Najpomembnejše sredstvo upravičenca je tožba, s katero se začne pravdni postopek (179. člen Zakona o pravdnem postopku, ZPP).⁶ Sodišče odloča na podlagi in v mejah postavljenih

⁴ Četrty odstavek 80. člena in 274. člen Zakona o obligacijskih razmerjih (Ur. l. SFRJ, št. 29/78, 39/85, 45/89 – odl. US, 57/89, 88/99 – ZRTVS-B, 83/01 – OZ, 30/02 – ZPlaP in 87/02 – SPZ, ZOR) sta vsebovala enako ureditev.

⁵ O tem prepričljivo Aleš Galič: Znižanje pogodbene cene – z nasprotno tožbo ali ugovorom?, v: Pravna praksa, št. 8/2014, str. 9, 10.

⁶ Ur. l. RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US in 10/14 – odl. US.

zahtevkov (prvi odstavek 2. člena ZPP). Če zahtevek ni postavljen, tožba ni popolna. Tožba mora obsegati določen zahtevek glede glavne stvari in stranskih terjatev, dejstva, na katera tožnik opira zahtevek, dokaze, s katerimi se ta dejstva ugotavljajo, in druge podatke, ki jih mora imeti vsaka vloga (105. člen v zvezi s prvim odstavkom 180. člena ZPP). Tako lahko pomeni »zahteva dolžnika« le dolžnost vložiti tožbo z ustreznim oblikovalnim zahtevkom, s katerim tožnik od sodišča zahteva, da pogodbeno kazen zmanjša za ali na določen znesek (in ne morebiti, da »ugotovi, da znaša primerna kazen določeno vsoto denarja«).

Do zmanjšanja pride šele s pravnomočnostjo oblikovalne sodbe. Zmanjšano pogodbeno kazen lahko dolžnik prostovoljno plača, sicer mora upnik vložiti predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine, saj je z oblikovalno sodbo pravnomočno odločeno le o višini, posredno, kot o predhodnem vprašanju, pa tudi o obstoju pravice do pogodbene kazni. Z oblikovalno sodbo sodišče dolžniku ne naloži plačila zmanjšane pogodbene kazni.

2.2. »Ugovor zmanjšanja«

Ker OZ v teh primerih dolžniku nalaga, naj svojo zahtevo naslovi na sodišče, mora biti »zahteva« postavljena z oblikovalno tožbo ali nasprotno tožbo.⁷ Ob njenem izostanku bi morali šteti, da oblikovalna pravica sploh ni bila uresničena. Ugovor, da je pogodbeno kazen previsoka (t. i. ugovor zmanjšanja), kot ugovor materialnega prava, praviloma ne zadošča. Tak ugovor bi po vsebini uvrstili med »pravozavorne ugovore«, ki so nesamostojni.⁸ Oblikovalne pravice, ki jih je treba uveljaviti s tožbo, že načeloma ne morejo pomeniti nesamostojnega ugovora.

Sodna praksa pa tak način uveljavljanja tožbene oblikovalne pravice dopušča in na podlagi »ugovora previsoke pogodbene kazni« zahtevek tožnika za plačilo pogodbene kazni delno ali v celoti zavrne.⁹ Morda je takšen način postopa-

⁷ Tako tudi A. Galič, nav. delo (2014), str. 11.

⁸ Juhart loči tri skupine materialnih ugovorov: pravozavorne in pravozatorne ter izključevalne ugovore. Pri pravozavornih ugovorih oziroma ugovorih nenastale pravice so pravozavorna dejstva, na katera opira toženec svoj ugovor, nastala obenem s pravotvornimi dejstvi, na katera tožnik opira svoj zahtevek. Juhart te ugovore uvršča med nesamostojne, ker imajo pomen le v zvezi z dejanskim stanjem, ki ga tožnik navaja v tožbi (Jože Juhart: Civilno procesno pravo FLRJ. Univerzitetna založba v Ljubljani, Ljubljana 1961, str. 293). Tožnik trdi, da je bilo dogovorjeno plačilo pogodbene kazni, toženec pa ugovarja, da je nesorazmerno visoka glede na vrednost in pomen predmeta obveznosti.

⁹ Npr. sodba VSL I Cpg 1357/2010 z dne 16. decembra 2010, sodba VSL II Cp 1355/2004 z dne 9. marca 2005, sklep VSL I Cp 1842/99 z dne 19. januarja 2000. Pa tudi sodba II Ips 464/95 z dne 5. marca 1997 in sodba II Ips 565/2000 z dne 14. junija 2001.

nja na prvi pogled praktičen in prijazen do dolžnika, saj lahko svojo »zahtevo« v obliki ugovora postavi v odgovor na tožnikovo tožbo za njeno plačilo. Ni mu treba vložiti nasprotne tožbe in plačati sodne takse. Njeni višini ugovarja »po potrebi«, če je tožen na plačilo pogodbene kazni. Prav zato se porajata vprašanja, od kod takšna popustljivost do dolžnika, ki povzroča neuravnoteženost položaja pogodbenih strank, in ali je uveljavljanje oblikovalne pravice z ugovorom procesno pravilno.

Očitne so razlike v obravnavi načina uveljavitve oblikovalne pravice za zmanjšanje med teoretični procesnega prava na eni strani in materialnega prava na drugi. Med prvimi prevladuje stališče, da je tožba za zmanjšanje pogodbene kazni oblikovalna tožba.¹⁰ Nasprotno pa komentatorji OZ in ZOR menijo, da se zahteva za zmanjšanje pogodbene kazni lahko poda v obliki ugovora ali tožbe.¹¹

Vsebinsko enako lahko ugotovimo glede zahteve za zmanjšanje pretirano velike are.¹²

Kot kaže, smo rešitev brez zadržkov prevzeli iz nemške in avstrijske ureditve, čeprav se od naše (pre)močno razlikujeta. V nemškem *Bürgerliches Gesetzbuch* (§ 343/1 – *Herabsetzung der Strafe*) je določeno, da nesorazmerno visoko pogodbeno kazen sodišče na predlog (in ne morebiti na zahtevo) dolžnika (nem. *auf Antrag des Schuldners*) s sodbo zmanjša na ustrezno raven. To lahko stori, vse dokler pogodbeno kazen ni plačana. Po stališču dela teorije zadošča dajat-

¹⁰ A. Galič, nav. delo (2012), str. 68, 69; J. Juhart, nav. delo, str. 263; Siniša Triva, Mihajlo Dika: Građansko parnično procesno pravo. Sedma izdaja, Narodne novine, Zagreb 2004, str. 408; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald: Zivilprozessrecht. 16. izdaja, Beck, München 2004, str. 503; Otmar Jauernig: Zivilprozessrecht. 29. izdaja, Beck, München 2007, str. 112; Hans W. Fasching: Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts. 2. izdaja, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 1990, str. 571. Nasprotnega mnenja sta Schlosser in Schellhammer, ki pravita, da sodišče o zmanjšanju pogodbene kazni odloči na podlagi ugovora z dajatveno sodbo (Peter Schlosser: Gestaltungs-klagen und Gestaltungsurteile. Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1966, str. 139, 140; Kurt Schellhammer: Zivilprozessrecht, Gesetz – Praxis – Fälle. 10. izdaja, C. F. Müller Verlag, Heilderberg 2003, str. 101).

¹¹ S. Cigoj, nav. delo, str. 977; N. Plavšak v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo, 2. knjiga, str. 244; Strezo Strezovski v: B. T. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, 1. knjiga, str. 686 (komentator v potrditev stališča citira jugoslovansko sodno prakso). Nekateri drugi se do oblike zahteve dolžnika ne opredelijo (B. Vizner, nav. delo, str. 1102; Petar Klarić, Martin Vedriš: Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo. XII. neizmijenjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb 2009, str. 442).

¹² Da zadostuje ugovor, meni Nina Plavšak v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo, 1. knjiga, str. 400. Na podobnost s pogodbeno kaznijo opozarjata S. Cigoj, nav. delo, str. 308, in Bogdan Loza v: B. T. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, 1. knjiga, str. 234. Neopredeljena glede oblike zahteve (na zahtevo dolžnika – *moderatio arrhae*) ostajata P. Klarić, M. Vedriš, nav. delo, str. 432.

veni tožbeni zahtevek, o oblikovanju pa sodišče odloči v razlogih sodbe na podlagi ugovora dolžnika.¹³ Tudi v nemški sodni praksi zadošča, da dolžnik zmanjšanje uveljavi konkludentno, nedoločno (*unbeziffert*) in z ugovorom (*»im Wege der Einrede«*) zoper tožbo za njeno plačilo. Zadošča pobuda ali izjava, ki omogoča prepoznanje dolžnikove volje, da doseže zmanjšanje.¹⁴ Avstrijski Obči državljanski zakonik določa, da sodišče pogodbeno kazni zmanjša, če dolžnik dokaže, da je pretirano visoka (*Bedingung des Vergütungsvertrages – Conventional-Strafe*, § 1336/2). V teoriji menijo, da za zmanjšanje pogodbene kazni ni potrebna oblikovalna tožba in sodišče o zmanjšanju ne odloči v izreku. Zadošča, da dolžnik previsoki pogodbeni kazni ugovarja (*durch Einwendung*), vendar lahko dolžnik, vse dokler ima upnik pravico zahtevati plačilo pogodbene kazni, s tožbo zahteva njeno zmanjšanje.¹⁵

Vidimo, da ureditev zmanjšanja pogodbene kazni v Nemčiji in Avstriji ni primerljiva s slovensko. Prav tako nista primerljivi ne francoska ne italijanska ureditev. Francoski *Code Civil* (fr. CC) določa, da sme sodišče pogodbeno kazni (*la clause pénale*) ustrezno zmanjšati tudi po uradni dolžnosti (*même d'office*), če je bila nasprotna obveznost le delno izpolnjena (art. 1231). Prav tako lahko sodišče spremeni očitno previsoko ali prenizko dogovorjeno kazni (*modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue*), tudi po uradni dolžnosti (art. 1152/2). Italijansko Vrhovno sodišče je glede določbe art. 1384 *Codice civile* (*Riduzione della penale*) sprejelo razlago, da ima sodišče pravico zmanjšati pogodbeno kazni tudi po uradni dolžnosti, ker zakon ne postavlja zahteve po ugovoru dolžnika (*eccezione del debitore*) in ker ima sodnik v tem primeru korektivno funkcijo, ne s ciljem zaščite interesov ene od strank, pač pa pravnege reda, ki zameji avtonomijo strank pri uporabi instituta pogodbene kazni.¹⁶

2.3. Oblikovalna tožba za zmanjšanje pogodbene kazni

Glede na zakonsko ureditev v OZ in prej ZOR primerjalni argument odpade. Naša ureditev ni primerljiva z drugimi evropskimi ureditvami, zato stališče dela teorije, zlasti pa sodna praksa na podlagi 252. člena OZ, nista pravilna. Naš zakon je do dolžnika zahtevnejši kot tuje ureditve in od njega zahteva, da vloži zahtevek za zmanjšanje, o katerem mora sodišče odločiti z oblikoval-

¹³ P. Schlosser, nav. delo, str. 139; K. Schellhammer, nav. delo, str. 101.

¹⁴ BGH, sodba z dne 18. marca 2010 – III ZR 254/09 (<www.juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=51592&pos=0&anz=1> (3. 9. 2014)).

¹⁵ Tako Hans W. Fasching, *Urteilsmäßige Rechtsgestaltung im Zivilprozeß*, JBl. 19/20 (1975), str. 515, 516.

¹⁶ *Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civile*, sodba z dne 13. septembra 2005, n. 18128.

no sodbo. Kadar stranka potrebuje sodno odločbo, da doseže spremembo v pravnem razmerju, ugovor ne zadošča. Odločitev o predhodnem vprašanju je odločitev o obstoju kakšne pravice ali pravnega razmerja (prvi odstavek 13. člena ZPP), torej ugotovitev obstoja, ne pa odločitev o oblikovanju pravnega razmerja, ki mora izhajati iz izreka, in ne zgolj razlogov sodbe. Kadar zakon predpisuje sodno uveljavitev oblikovalne pravice, zahteva vložitev tožbe in izdajo oblikovalne sodbe. Pri tožbenih oblikovalnih pravicah oblikovanje ne more biti predmet predhodnega vprašanja, ker sodišče o njem ne odloči s sodbo, drugače kot pri opcijskih oblikovalnih pravicah.¹⁷

Iz navedenih razlogov sodišče ne bi smelo na ugovor dolžnika zmanjšati pogodbene kazni. Če ni zahtevka, tudi sodne odločbe o zmanjšanju ne more biti. Zgolj z ustrezno spremembo določbe 252. člena OZ, ki bi omogočala dolžniku ugovor ali celo dopuščala zmanjšanje po uradni dolžnosti, bi bilo utemeljeno stališče sodne prakse in komentatorjev OZ.

Posebne določbe o pogodbeni kazni vsebuje Zakon o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb (ZVKSES), ki določa razloge in višino pogodbene kazni (npr. zaradi zamude z izročitvijo nepremičnine 0,5 promila kupnine za vsak dan zamude, prvi odstavek 17. člena).¹⁸ Ti primeri se od splošne ureditve razlikujejo po tem, da sodišče pri odločanju o zmanjšanju nima tako prostih rok, saj zakon sam določa primerno višino pogodbene kazni. Glede načina uresničitve pravice pa velja, da se tudi zmanjšanje v posebnih primerih lahko uveljavi le z oblikovalno tožbo.

Po potrošniški zakonodaji (Zakon o varstvu potrošnikov, ZVPot)¹⁹ je ničen dogovor o pogodbeni kazni po potrošniški pogodbi v korist podjetja (23. člen v zvezi z osmo alinejo tretjega odstavka 24. člena ZVPot) ter v primeru, da je pogodbeni kazni določena za zamudo plačila kakšnega obroka kupnine (drugi odstavek 53. člena ZVPot). Če je določba o pogodbeni kazni nična, lahko sodišče brez posebnega ugotovitvenega zahtevka zavrne tožbeni zahtevek za plačilo pogodbene kazni, saj ugotovitev ničnosti v tem primeru pomeni odločitev o predhodnem vprašanju.

2.4. Analogija v posebnih primerih

Ali bi določbe o zmanjšanju pogodbene kazni lahko po analogiji uporabili tudi za druge pogoste dogovore strank s podobnim ciljem (npr. glede penalne obrestne mere, ki je dogovorjena s kreditno pogodbo za primer zamude z izpol-

¹⁷ Glej tudi A. Galič, nav. delo (2014), str. 9.

¹⁸ Ur. l. RS, št. 18/04.

¹⁹ Ur. l. RS, št. 98/04 – uradno prečiščeno besedilo, 126/07, 86/09 in 78/11.

nitvijo obveznosti posredovanja poslovnih izkazov kreditojemalca)? Francosko kasacijsko sodišče je potrdilo analogijo z določbo 1152. člena fr. CC za penale za primer zamude (*pénalité contractuelle de retard*), saj je štelo, da takšen dogovor pomeni klavzulo o pogodbeni kazni (*clause pénale*), zato jo sme sodišče zaradi očitne nesorazmernosti zmanjšati.²⁰ Tudi pri nas bi lahko brez zadržkov sprejeli takšno stališče, saj je tudi pri oblikovalnih tožbah, kljub uveljavljenem načelu *numerus clausus*, dopustna omejena analogija.²¹ Vendar mora tudi v tem primeru upravičenec svojo oblikovalno pravico uresničiti z oblikovalno tožbo.

3. SPREMEMBA OBVEZNOSTI ZARADI SPREMENJENIH OKOLIŠČIN

3.1. Splošni institut spremenjenih okoliščin

Splošni institut spremenjenih okoliščin (*clausula rebus sic stantibus*) med drugim do določene mere štiti tudi enakovrednost dajatev. Ko se po sklenitvi pogodbe spremenijo okoliščine, ki otežujejo izpolnitev obveznosti ene stranke, ali če se zaradi njih ne da doseči namena pogodbe, oboje v tolikšnem obsegu, da pogodba očitno ne ustreza več pričakovanjem pogodbenih strank in bi jo bilo po splošnem mnenju *nepravilno* ohraniti v veljavi takšno, kakršna je, lahko *prizadeta stranka zahteva razvezo* pogodbe (prvi odstavek 112. člena OZ).²²

Dolgo je bilo v teoriji sprejeto, da ima stranka poleg tožbe na voljo tudi ugovor.²³ V sodni praksi že na podlagi ZOR ni bilo dvoma, da se zaradi spremenjenih okoliščin zahteva vložitev oblikovalne tožbe za razvezo pogodbe. Ne zadošča ne enostranska izjava upravičenca in ne materialnopravni ugovor v pravdi na plačilo dolga po pogodbi. Če toženec želi doseči razvezo pogodbe, jo mora zahtevati z (nasprotno) oblikovalno tožbo.²⁴

²⁰ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale z dne 18. junija 2013, 12-18.420 <www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027596622&fastReqId=281588508&fastPos=1> (3. 9. 2014).

²¹ V tuji teoriji prevladuje stališče, da je omejena in predvidljiva zakonska analogija pri oblikovalnih tožbah dopustna (L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, nav. delo, str. 502; S. Triva, M. Dika, nav. delo, str. 408; O. Jauernig, nav. delo, str. 111; P. Schlosser, nav. delo, str. 283; H. W. Fasching, nav. delo (1990), str. 568).

²² Ureditev spremenjenih okoliščin v 133. členu ZOR v bistvenem ne odstopa od sedanjne ureditve.

²³ V starejši teoriji S. Cigoj, nav. delo, str. 447; B. Vizner, nav. delo, str. 534. V novejši procesni teoriji nasprotno, da zakon zahteva oblikovalno tožbo, meni Galič (A. Galič, nav. delo (2012), str. 69).

²⁴ Sodba III Ips 50/2002 z dne 5. decembra 2002; sodba II Ips 94/2008 z dne 26. maja 2011; sklep III Ips 36/2012 z dne 25. septembra 2012; sodba in sklep II Ips 1034/2007 z

Prizadeto stranko spremenjene okoliščine upravičujejo do razveze, in ne do spremembe pogodbe (drugi odstavek 112. člena OZ). Možnost, da ponudi ali privoli, da se ustrezni pogodbeni pogoji pravično spremenijo, je dana nasprotni stranki, ki želi pogodbo zadržati v veljavi (četrti odstavek 112. člena OZ).²⁵ Čeprav iz zakona to jasno ne izhaja, je stališče Vrhovnega sodišča, da mora nasprotna stranka tudi ponudbo pravične prilagoditve ustreznih pogodbenih pogojev dati z nasprotnim tožbenim zahtevkom.²⁶

3.2. Po sklenitvi pogodbe porušena enakovrednost dajatev strank in zahteva za zmanjšanje

OZ za primere, ko po sklenitvi pogodbe pride do očitnega nesorazmerja med dajatvami pogodbenih strank, pri več različnih pogodbah določa, da sme prizadeta stranka od sodišča zahtevati spremembo svoje obveznosti z namenom, da obveznosti postaneta enakovredni. Gre za kombinacijo institutov spremenjenih okoliščin in čezmernega prikrajšanja, ko se ravnovesje med dajatvami poruši po sklenitvi pogodbe. Cilj spremembe je ohranitev pogodbe, in ne njeno prenehanje (razveza ali razveljavitev).

Pri mandatni pogodbi zakon pravi, da »če bi bilo vnaprej dogovorjeno plačilo v očitnem nesorazmerju z opravljenimi storitvami, lahko naročitelj zahteva nje-

dne 11. decembra 2008; sodba III Ips 17/2012 z dne 12. septembra 2012 (»Sklicevanja na spremenjene okoliščine sodišče prve stopnje utemeljeno ni upoštevalo že zato, ker je bilo dano v obliki ugovora zoper tožbeni zahtevek. Določba 112. člena Obligacijskega zakonika (v nadaljevanju OZ) pogodbeniku priznava izpodbojno upravičenje, to pa se po ustaljeni sodni praksi Vrhovnega sodišča uveljavlja z oblikovalno tožbo oziroma s konstitutivnim zahtevkom. Toženec bi moral, če bi želel, da se pogodbi razvežeta na podlagi omenjene določbe, vložiti tožbo ter z njo zahtevati, naj se pogodbi razveljavita oziroma razvežeta, saj uveljavljanje razveze pogodbe z ugovorom ne zadošča.«).

²⁵ S. Cigoj, nav. delo, str. 447; Marija Krisper Kramberger: Kakšen zahtevek ima stranka po členu 133 ZOR?, PP 93/18, str. 29. Sklep VSL I Cp 1487/2010 z dne 8. septembra 2010. Da imata obe stranki pravico zahtevati prilagoditev, menita Vizner (B. Vizner, nav. delo, str. 533) in Krulj (V. Krulj v: B. T. Blagojevič, V. Krulj, nav. delo, 1. knjiga, str. 354).

²⁶ Sodba in sklep II Ips 1034/2007 z dne 11. decembra 2008. Vrhovno sodišče je v tej zadevi pojasnilo, da bi privolitev tožnika v ponudbo toženca v pravdi privedla do sklenitve sodne poravnave. Če ne bi prišlo do sklenitve sodne poravnave, bi lahko sodišče odločilo o nasprotnem tožbenem zahtevku, nadomestilo soglasje tožnice in tako razrešilo spor, ki ga stranki sami ne moreta razrešiti.

To stališče je Vrhovno sodišče RS v praksi že sprejelo pred uveljavitvijo OZ za pogodbo o dosmrtnem preživljanju. Poudarilo je, da bi tožena stranka zahtevek za spremembo morala postaviti z nasprotno tožbo, saj se sprememba pogodbe zaradi spremenjenih razmer uveljavlja s tožbo, kar pomeni, da mora preživljalec v pravdi, ki jo začne preživljanec zaradi razveze pogodbe, postaviti tožbeni zahtevek za spremembo pogodbe o dosmrtnem preživljanju, in ni dovolj, da postavi samo ugovor ali le izrazi željo za spremembo (sodba II Ips 13/95 z dne 4. julija 1996).

govo zmanjšanje» (tretji odstavek 779. člena OZ).²⁷ Podobno določbo vsebuje OZ še pri licenčni (tretji odstavek 720. člena) in gradbeni pogodbi (655., 656. in 658. člen). V teh določbah zakon ne določa izrecno vloge sodišča pri zmanjšanju obveznosti.

Pri posredniški pogodbi zakon določa, da *lahko sodišče* dogovorjeno posredniško plačilo *na naročiteljevo zahtevo zniža*, če spozna, da je *pretirano visoko* v primerjavi s posrednikovim trudom in njegovo storitvijo (tretji odstavek 846. člena OZ).²⁸ Podobno ureditev pozna pri komisijski pogodbi (drugi odstavek 800. člena), pogodbi o trgovskem zastopanju (tretji odstavek 824. člena) in pogodbi o dosmrtnem preživljanju (prvi odstavek 562. člena).²⁹

Z analizo omenjenih zakonskih določb ugotovimo, da so vsem skupni trije bistveni elementi tožbenih oblikovalnih pravic: **očitno nesorazmerje** med obveznostmi pogodbenih strank, do katerega je prišlo po sklenitvi pogodbe (dogovorjeno plačilo za pogodbo o zastopanju je nesorazmerno visoko glede na opravljeno delo pooblaščenca, dogovorjena licenčna je prenizka glede na izkoriščanje predmeta licence, plačilo pri komisijski pogodbi je v primerjavi z vloženim trudom in doseženim uspehom previsoko, cene za posamezne elemente so se po sklenitvi gradbene pogodbe zvišale ali znižale za več kot dva odstotka itd.), **pravica prizadete stranke, da zahteva spremembo obveznosti**, in vloga **sodišča, da obveznost spremeni**. Izostanek izrecne navedbe, da izvede zmanjšanje ali spremembo obveznosti sodišče (npr. pri mandatni, licenčni in gradbeni pogodbi), ne vpliva na tožbeno naravo oblikovalne pravice. Pri oblikovalni pravici ni sodelovalne dolžnosti oblikovalnega zavezanca, zato lahko o zahtevi zainteresirane stranke za spremembo pravnega razmerja (ali obveznosti), ki se ob izostanku soglasja strank za spremembo uveljavi s tožbo, odloči le sodišče, tudi če zakon tega izrecno ne določa. Zadostuje, da je vloga sodišča implicitna.

ZOdV dopušča, da si odvetnik za svoje delo izgovori višje plačilo, kot mu gre po odvetniški tarifi. V premoženjskopравnih zadevah se stranki mandatne pogodbe lahko dogovorita, da namesto plačila po odvetniški tarifi prejme kot

²⁷ ZOR je vseboval enako določbo v tretjem odstavku 762. člena. Hrvaški ZOO iz leta 2005 te določbe ne vsebuje več (P. Klarić, M. Vedriš, nav. delo, str. 556).

²⁸ Ni dopustno zahtevati znižanja dogovorjenega plačila, če je bilo posredniku izplačano po sklenitvi pogodbe, za katero je posređoval (četrti odstavek 846. člena OZ).

²⁹ Sorodno situacijo poznamo v primeru oderuške pogodbe, ko oškodovani zahteva, da se njegova obveznost zmanjša na pravičen znesek. Sodišče takemu zahtevku ugotovi, če je to mogoče. V takem primeru ostane pogodba z ustrežno spremembo v veljavi (tretji odstavek 119. člena OZ). Ne gre za spremenjene okoliščine, vendar procesno ta določba zahteva povsem enako obravnavo, saj vsebuje vse tri temeljne elemente tožbenih modifikacijskih oblikovalnih pravic.

nagrado določen odstotek od prisojenega zneska (*pactum de qouta litis*), vendar ne več kot 15 odstotkov (15. člen ZOdv). Tudi za primer, ko bi bilo vnaprej dogovorjeno plačilo odvetniških storitev v očitnem nesorazmerju z opravljenimi storitvami, pa čeprav še vedno v višini, ki jo dopušča ZOdv, bi lahko pooblastitelj od sodišča z oblikovalnim tožbenim zahtevkom zahteval znižanje dogovorjenega plačila.³⁰

Na enak način je treba razlagati tudi ureditev spremembe cene pri pogodbi o organiziranju potovanja. Zakon določa, da sme *organizator potovanja zahtevati zvišanje* dogovorjene cene, če je po sklenitvi pogodbe prišlo do sprememb v menjalnem tečaju valute ali do spremembe v tarifah prevoznikov, ki vplivajo na ceno potovanja. Če so te spremembe povzročile znižanje cene potovanja, mora organizator potniku povrniti razliko v ceni (prvi odstavek 900. člena OZ). V drugem odstavku 900. člena OZ nekoliko nerodno določa, da sme organizator potovanja *uveljaviti pravico* do zvišanja dogovorjene cene oziroma je *dolžan priznati znižanje* dogovorjene cene le, če sta spreminjanje cene po sklenitvi potovanja in način izračuna spremembe predvidena v potrdilu o potovanju. Z razlago bi lahko prišli do sklepa, da ima organizator potovanja sodelovalno dolžnost (»je dolžan priznati znižanje«), vendar bi to nasprotovalo prvemu odstavku istega člena, ki je splošnejši od drugega odstavka. Slednji priznava pravico organizatorja potovanja do zvišanja pod omejujočimi pogoji. Tako na podlagi teleološke razlage pridemo do zaključka, da ureditev v 900. členu OZ, kljub nerodnemu zapisu, ne odstopa od doslej predstavljenih.

3.2.1. Parcialen pristop teorije se odraža v sodni praksi

V teoriji so omenjeni materialnopravni temelji za spreminjevalne oblikovalne pravice deležni obrobne in parcialne obravnave, brez upoštevanja celovite ureditve v OZ in splošnega učenja o oblikovalnih pravicah. To se odraža v neenotnem in neprepričljivem učenju teorije in neenotni sodni praksi, kar vpliva na pravno varnost. Paradoksalno, saj je naloga oblikovalne tožbe prav zagotavljanje pravne varnosti.

Glede zahteve za znižanje plačila pri mandatni pogodbi in licenčni pogodbi, ki z OZ nista bili deležni sprememb, večina starejše teorije sicer predvideva »sodno intervencijo«, vendar brez natančnejših napotkov, kako naj se oblikovalna pravica uresniči.³¹ Glede gradbene pogodbe in spremembe dogovorjene

³⁰ Tako tudi sklep VSL I Cpg 1283/2010 z dne 6. januarja 2011 (pravice do znižanja plačila po tretjem odstavku 779. člena OZ ni mogoče izključiti, saj gre za kogentno določbo).

³¹ S. Cigoj, nav. delo, str. 2032, 2183. Bukljaš za licenčno pogodbo pravi, da ima zainteresirana stranka pravico od sodišča zahtevati spremembo dogovorjenega plačila (I. Bukljaš v: I. Bukljaš, B. Vizner, nav. delo, str. 2246). Da je zmanjšanje obveznosti ene od strank pri

cene (določbe 665. do 658. člena OZ) so v novejši teoriji mnenja, da gre za enostransko oblikovalno upravičenje, ki ga upravičenec uveljavi z »zahtevkom za zvišanje pogodbene cene oziroma plačilo razlik v ceni«, ki ga naslovi na naročnika. Za spremembo cene ni potrebno soglasje naročnika.³²

Pri pogodbi o trgovskem zastopanju naletimo na stališče, da sme naročitelj zahtevati znižanje provizije s tožbo ali z ugovorom zoper zastopnikovo tožbo za plačilo provizije.³³ O zahtevku za znižanje pred sodiščem govori teorija pri posredniški pogodbi.³⁴ Sicer je tudi pri posredniški in komisijski pogodbi teorija mnenja, da se zahteva sodna intervencija oziroma da sodišče na zahtevo zainteresirane stranke zmanjša njeno obveznost.³⁵ Prav tako naj bi bil poseben tožbeni zahtevek potreben zaradi spremenjenih okoliščin pri pogodbi o dosmrtnem preživljanju, kadar sodišče na novo uredi razmerje ali ga razveže, ob soglasju strank pa obveznost preživljanja spremeni v obveznost plačila dosmrtnih denarne rente.³⁶

Kljub neenotnim stališčem bi lahko sklenili, da v večini primerov teorija od zainteresirane stranke zahteva postavitev »zahteve sodišču«. Vendar sodna praksa tega ne razlaga tako, da je potrebna oblikovalna tožba, ker teorija ne daje jasnih napotkov. V sporih o provizijah na podlagi pogodb o nepremičninskem posredovanju sodišča brez izjeme dopuščajo »ugovor previsoke provizije«.³⁷

mandatni pogodbi mogoče doseči le v dogovoru med strankama in da zakon ne predvideva sodne intervencije, meni Carić (Slavko Carić v: B. T. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, 2. knjiga, str. 244).

³² N. Plavšak v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo, 3. knjiga, str. 1012.

³³ Bojan Zabel v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo, 4. knjiga, str. 485; Vladimir Jovanović v: B. T. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, 2. knjiga, str. 296 (napotuje na ožjo razlago te določbe kot pri pogodbni kazni). Tudi Bukljaš govori o zahtevi naročitelja, naslovljeni na sodišče, in pravi, da zmanjšanje izreče sodišče (I. Bukljaš v: I. Bukljaš, B. Vizner, nav. delo, str. 2400, 2401, 2436).

³⁴ Peter Grilc v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo, 4. knjiga, str. 587; Miodrag Trajković v: B. T. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, 2. knjiga, str. 269.

³⁵ I. Bukljaš v: I. Bukljaš, B. Vizner, nav. delo, str. 2368; Ratimir Kašanin v: B. T. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, 2. knjiga, str. 319.

³⁶ Zakon za slednje zahteva tudi soglasje obeh strank, za ureditev in razvezo pa zgolj ustrezen oblikovalni tožbeni zahtevek (glej 562. člen OZ). Glede soglasja nasprotno Bojan Podgoršek v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo, 3. knjiga, str. 562. Stališče avtorja nima podlage ne v veljavnem zakonu ne v določbi 121. člena ZD.

³⁷ Tako npr. sodba VSL I Cp 4183/2010 z dne 9. marca 2011, sodba VSK I Cp 573/2006 z dne 22. maja 2006 in sodba in sklep VSL II Cp 2642/2010 z dne 2. marca 2011 (o materialnopravni pravilnosti presoje ugovora tožene stranke v smislu znižanja provizije prvo-stopenjskega sodišča govori sodišče *obiter dictum*). Da mora tožena stranka zahtevo za znižanje provizije uveljaviti najpozneje na prvem naroku za glavno obravnavo, je odločilo sodišče v sodbi VSL II Cp 1714/2004 z dne 20. aprila 2005.

Prav tako sodišča pri mandatni pogodbi za znižanje plačila ne zahtevajo oblikovalne (nasprotne) tožbe.³⁸

3.2.2. Predlog enotnega pristopa

Ko zakon določa, da sme dolžnik (od sodišča) zahtevati zmanjšanje svoje obveznosti, ker je nepravilna ali nesorazmerna z obveznostjo sopogodbnika, bi bilo treba dosledno zagovarjati, da se takšna zahteva lahko postavi le z oblikovalnim tožbenim zahtevkom. Gre za tožbeno oblikovalno pravico, ki se lahko uveljavi le s tožbo, in ne ugovorom. Rešitev v okviru predhodnega vprašanja ne zadošča, saj ne postane pravnomočna. Oblikovalni učinek pri tožbenih oblikovalnih pravicah namreč nastopi šele s pravnomočnostjo oblikovalne sodbe. Tudi v tem se razlikujejo od opcijskih oblikovalnih pravic, pri katerih zakon določa, da sme dolžnik predlagati spremembo svoje obveznosti.

Pri nenamerno neresnični ali nepopolni prijavi zavarovalca ob sklenitvi zavarovalne pogodbe daje zakon zavarovalnici pravico, da od pogodbe odstopi ali *predlaga sorazmerno zvišanje premije* (prvi odstavek 933. člena OZ). Obe pravici se izvršita z enostransko izjavo volje, vendar pravica predlagati zvišanje premije ni oblikovalna pravica. Zakon pravi, da se mora zavarovalec s predlogom strinjati, sicer je pogodba po zakonu razdrta (drugi odstavek 933. člena OZ). Enako velja za primere, ko med trajanjem zavarovalne pogodbe pride do povečanja nevarnosti. Zavarovalnica lahko *predlaga* zavarovalcu *zvišanje premije*. Če ta v to ne privoli v štirinajstih dneh, ko prejme tak predlog, preneha pogodba po zakonu (četrty in peti odstavek 938. člena OZ).

V primeru zmanjšanja nevarnosti sme zavarovalec *zahtevati ustrezno zmanjšanje premije*. Če zavarovalnica v to ne privoli, sme odstopiti od pogodbe (940. člen OZ). Na podlagi te določbe ima v primeru nestrinjanja zavarovalnice zavarovalec pravico od sodišča z oblikovalno tožbo zahtevati, da premijo ustrezno zniža (prvi odstavek 940. člena OZ), ali odstopiti od pogodbe. Tudi če se zavarovana vrednost med trajanjem zavarovanja zmanjša, ima vsaka od strank *pravico* do ustreznega *znižanja zavarovalne vsote in premije* z dnem, ko je svoj zahtevek za znižanje sporočila drugi stranki (957. člen OZ). Ne gre za odstop od tožbenega načela glede oblikovalne pravice, saj zakon določa le dan, od katerega naprej zmanjšanje učinkuje, saj bo oblikovalna sodba izdana po tem dnevu. Tako je tudi v primeru nenamernega dvojnega zavarovanja po sedmem odstavku 958. člena OZ. Pri vseh teh določbah so prisotni vsi trije elementi tožbenih oblikovalnih pravic (zahteva upravičenca, pravica do sorazmernega zmanjšanja obveznosti, implicitno sodelovanje sodišča, ki o zmanjšanju odloči).

³⁸ Sodba II Ips 630/2004 z dne 19. oktobra 2006 (naročitelji se na nesorazmernost plačila »niso pravočasno sklicevali«).

Spreminjevalne oblikovalne pravice se pojavljajo tudi pri drugih institutih splošnega obligacijskega prava. Zakon v primeru delne nemožnosti izpolnitve, ki je posledica dogodka, za katerega ni odgovorna nobena od strank, določa, da lahko stranka, katere izpolnitev ni onemogočena, bodisi odstopi od pogodbe, če delna izpolnitev ne ustreza njenim potrebam, bodisi ostane pogodba v veljavi, druga stranka pa ima pravico *zahtevati sorazmerno zmanjšanje* njene obveznosti (drugi odstavek 116. člena OZ). Ni pravilno stališče teorije, da pride do prilagoditve avtomatično.³⁹ Sodna praksa se je sicer opredelila glede prenehanja pogodbe po drugem odstavku 116. člena OZ, ki ne nastopi samodejno na podlagi zakona, kot pri popolni naknadni nemožnosti, ampak šele z enostransko izjavo stranke, ki naj bi prejela nemožno izpolnitev. Sicer pogodba ostane v veljavi, druga stranka pa ima pravico zahtevati sorazmerno zmanjšanje svoje obveznosti.⁴⁰ Da je odstop od pogodbe opcijska oblikovalna pravica, ki se uveljavi z enostransko izjavo volje, ni dvoma. Pravico zahtevati zmanjšanje obveznosti je, glede na prisotnost vseh bistvenih elementov tožbenih oblikovalnih pravic, treba uveljaviti z oblikovalno tožbo.

4. JAMČEVALNI ZAHTEVEK ZA ZMANJŠANJE OBVEZNOSTI PLAČILA

Med spreminjevalne oblikovalne pravice uvrščamo tudi jamčevalne zahtevke za zmanjšanje plačila v primeru napak izpolnitve (*actio quanti minoris*), ki jo OZ ureja pri različnih tipih pogodb.

4.1. Znižanje kupnine

Kupec, ki je o stvarni napaki pravočasno in pravilno obvestil prodajalca, lahko zahteva od prodajalca, da napako odpravi ali da mu izroči drugo stvar brez napake (izpolnitev pogodbe), zahteva sorazmerno znižanje kupnine (*actio quanti minoris*) ali odstopi od pogodbe (*actio redhibitoria*) (prvi odstavek 468. člena OZ).

Po večinskem stališču teorije se pravica zahtevati znižanje kupnine uveljavi z oblikovalno tožbo.⁴¹ Ker zahteva za znižanje kupnine vsebuje vse tri bistvene

³⁹ Juhart pravi, da nastopi prilagoditev avtomatično, na podlagi zakona, zato je sodba sodišča le ugotovitvene, in ne oblikovalne narave (M. Juhart v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo, 1. knjiga, str. 614, 615).

⁴⁰ Sklep II Ips 577/2006 z dne 19. februarja 2009.

⁴¹ N. Plavšak v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo, 3. knjiga, str. 198 (takšna razlaga izhaja iz perpetuacije ugovorov, saj zakon zanjo ne določa izrecno, da se lahko uresniči le sodno); A. Galič, nav. delo (2012), str. 68 (avtor meni, da dikcija zakona, ki govori o »zahtevi«, predpostavlja, da je stranka ne more uresničiti sama, ampak le s pomočjo sodišča prek obli-

elemente tožbenih oblikovalnih pravic: zahtevo kupca za znižanje, nesorazmernost višine kupnine glede na napake stvari, implicitno vlogo sodišča, da odloči o znižanju, je stališče pravilno. Da je sodišče tisto, ki o zahtevi za znižanje odloči, bi *a contrario* lahko sklepali že iz tega, da je prodajalec izrecno naslovnik zahtevka za (pravilno) izpolnitev pogodbe (prva alineja v primerjavi z drugo alinejo prvega odstavka 468. člena OZ).

Pravice kupca, ki je pravočasno obvestil prodajalca o napaki, ugasnejo po enem letu, šteto od dneva, ko mu je odposlal obvestilo, razen če pravic zaradi prodajalčeve prevare ni mogel uveljavljati. Kupec, ki je pravočasno obvestil prodajalca o napaki, lahko po preteku tega roka, če še ni plačal kupnine, kot ugovor zoper prodajalčev zahtevek, naj plača kupnino, uveljavlja svoj *zahtevek*, naj *zniža kupnino* ali povrne škodo (480. člen OZ). Ker zakon govori o ugasnitvi pravic, ni dvoma, da je enoletni rok prekluziven. Kljub temu zakon omogoča kupcu, da pod določenimi pogoji, kot ugovor zoper zahtevek za plačilo kupnine, uveljavi svoj zahtevek za znižanje kupnine ali povrnitev škode, in to z ugovorom (perpetuacija ugovorov). Po stališču teorije gre v tem primeru za nesamostojni materialnopravni ugovor, pri čemer skupna višina zahtevka za znižanje kupnine in plačilo škode ne sme presegati zneska terjane kupnine.⁴² Ugovor za znižanje kupnine pomeni izjemo od načina uveljavitve tožbene oblikovalne pravice, tako kot pri izpodbijanju dolžnikovih pravnih dejanj (prvi odstavek 259. člena OZ). Vrhovno sodišče je zavzelo stališče, da pri uveljavljanju ugovora kupec časovno načeloma ni omejen, ker enoletni rok za takega kupca ne velja, kakšen drug rok pa v OZ ni postavljen. Ko prodajalec toži za plačilo kupnine, je pravočasnost kupčevih procesnih dejanj urejena z določbami ZPP. Določba 286. člena ZPP o procesnih prekluzijah zadeva navajanje dejstev in predlaganje dokazov, ne pa uveljavljanje ugovorov.⁴³

V sodni praksi je stanje precej kaotično. Sodišča o zahtevi za znižanje kupnine skorajda brez izjeme odločajo na podlagi dajatvenih tožbenih zahtevkov in ugovorov zaradi previsoke kupnine,⁴⁴ včasih tudi na podlagi ugotovitvenih

kovalne tožbe). Da o zahtevi za znižanje kupnine odloči sodišče, pravita Klarić in Vedriš, ki pa ne omenjata izrecno tožbe (P. Klarić, M. Vedriš, nav. delo, str. 421); Vesna Kranjc: Roki in pogoji za uveljavljanje sankcij za stvarne napake pri gospodarski prodaji, podjetni in gradbeni pogodbi, v: Podjetje in delo, 2009, 5, str. 986 in nasl. Možina za sodno uveljavljanje pravice do znižanja kupnine ne vidi utemeljenih razlogov, saj lahko kupec odstopi od pogodbe in zahteva naknadno izpolnitev brez sodelovanja sodišča, zato ni videti razloga, da bi moral znižanje kupnine uveljaviti sodno (Damjan Možina: Kršitev pogodbe. GV: Založba, Ljubljana 2006, str. 420).

⁴² N. Plavšak v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo, 3. knjiga, str. 199, 200.

⁴³ Sodba III Ips 77/2011 z dne 21. maja 2013.

⁴⁴ Npr. sodba II Ips 62/2000 z dne 17. avgusta 2000, sodba VSL I Cp 627/99 z dne 2. februarja 2000, sklep VSL I Cpg 908/99 z dne 23. marca 2000.

zahtevkov.⁴⁵ Nasprotno v eni od novejših odločb Vrhovno sodišče pravi, da »je zahtevek za znižanje kupnine (*actio quanti minoris*) oblikovalen. ... Če kupec doseže znižanje kupnine, odpade podlaga za plačilo kupnine v znesku, za katerega je bila ta znižana, če doseže znižanje kupnine potem, ko jo je že plačal, pridobi kondikcijski zahtevek za vračilo tistega zneska, za katerega je bila kupnina znižana.« V konkretnem primeru je kupec namesto oblikovalnega tožbenega zahtevka za znižanje kupnine uveljavil dajatvenega, za plačilo določene vsote denarja, čemur je bilo v določenem delu pravnomočno ugodeno. Revizijsko sodišče je štel, da sodišči prve in druge stopnje o znižanju kupnine sploh nista odločili, čeprav sta odločitev tako obrazložili, saj tožnica znižanja kupnine ni uveljavljala z oblikovalnim tožbenim zahtevkom. Šele na podlagi sodbe, s katero bi bilo odločeno o znižanju kupnine (vključno z obsegom znižanja), bi bilo mogoče prodajalcu naložiti vrnitev zneska, za katerega je bila kupnina znižana. Izrecno je izpostavilo, da o znižanju kupnine ni mogoče odločiti kot o predhodnem vprašanju. Gre namreč za oblikovalno pravico, ki jo je mogoče uresničiti samo s tožbo, z oblikovalnim zahtevkom, in o njej odločiti z oblikovalno sodbo (drugi odstavek 480. člena OZ).⁴⁶ Morda se nam na tej podlagi obeta poenotenje sodne prakse. V kratkem pričakujemo tudi odločitev revizijskega sodišča glede vprašanja, ali je v primeru, ko kupec preveč plačano kupnino terja nazaj, pri uveljavljanju jamčevalnega zahtevka za znižanje kupnine dovolj postaviti samo dajatveni zahtevek ali je predhodno treba postaviti tudi oblikovalni zahtevek.⁴⁷ Brez dvoma je oblikovalni zahtevek nujen pogoj, da sodišče lahko oblikuje pravno razmerje. Ker nastopi oblikovalni učinek šele s pravnomočnostjo sodbe, pomeni odločitev o kumulativno postavljenem dajatvenem zahtevku eno od izjem, ko dajatveni zahtevek ob zaključku glavne obravnave še ni zapadel v plačilo.

Kar je bilo povedano za stvarne napake, se smiselno uporablja tudi za primere pravnih napak pri prodajni pogodbi, ko je kupčeva pravica zmanjšana ali omejena (prvi odstavek 490. člena OZ), pri čemer so roki v tem primeru urejeni drugače kot pri stvarnih napakah (495. člen OZ).

⁴⁵ Sklep VSK I Cp 1309/2006 z dne 27. novembra 2007. (Tožniku ni treba dokazovati pravnega interesa, ker mu materialni zakon sam daje možnost zahtevati znižanje kupnine (prvi odstavek 468. člena OZ). Z oblikovalno tožbo želi tožnik ob posredovanju sodišča povzročiti spremembo nekega pravnega stanja.) Prvostopenjsko sodišče je štel tožbo za znižanje kupnine za ugotovitveno, pritožbeno sodišče pa za oblikovalno tožbo. Tožnik je postavil zahtevek, naj sodišče »ugotovi, da je kupnina za vračilo preveč plačane kupnine znižana za določen znesek, tako da znaša določeno vsoto denarja.« Če bi dosledno izpeljali stališče pritožbenega sodišča, tudi tako postavljeni zahtevek ni pravilen, saj je ugotovitvene, in ne oblikovalne narave.

⁴⁶ Sodba II Ips 38/2012 z dne 17. oktobra 2013. S tem ko sta sodišči prisodili tožnici določen znesek, sta ji priznali pravico odpraviti napake na stroške prodajalca (prav tam).

⁴⁷ Sklep II DoR 373/2012 z dne 24. januarja 2013.

4.2. Znižanje zakupnine

Zakupnik ima na razpolago različne vrste oblikovalnih pravic glede na napake v zakup vzete stvari. Če potrebna popravila v zakup vzete stvari precej in daljši čas ovirajo njeno rabo, lahko odstopi od pogodbe. Ima tudi *pravico do znižanja zakupnine*, v sorazmerju s tem, koliko je bila zaradi takih popravil raba stvari omejena (590. člen OZ). Če ima v zakup vzeta stvar ob izročitvi kakšno neodpravljlivo napako, lahko zakupnik po lastni izbiri odstopi od pogodbe ali zahteva znižanje zakupnine. Če ima stvar kakšno napako, ki jo je mogoče odpraviti brez večjih nevšečnosti za zakupnika, izročitev stvari v določenem roku pa ni bila bistvena sestavina pogodbe, lahko zakupnik zahteva, da mu zakupodajalec napako v primernem roku odpravi ali zniža zakupnino. Če zakupodajalec napake ne odpravi v primernem dodatnem roku, ki mu ga je določil zakupnik, lahko ta od pogodbe odstopi ali zahteva nižjo zakupnino (prvi do tretji odstavek 597. člena OZ). Če se s pravico tretjega omejuje zakupnikova pravica, lahko ta po lastni izbiri odstopi od pogodbe ali zahteva znižanje zakupnine, v vsakem primeru lahko zahteva tudi povrnitev škode (tretji odstavek 599. člena OZ).

Juhart meni, da se jamčevalni zahtevek za znižanje zakupnine uveljavi z izjavo. Če se zakupodajalec ne strinja z obsegom znižanja, ima sodno varstvo zagotovljeno z dajatvenim zahtevkom za plačilo po njegovem mnenju premalo plačane zakupnine. V tem okviru je vsebovan tudi ugotovitveni zahtevek glede utemeljenosti znižanja zakupnine.⁴⁸ To stališče nasprotuje splošnemu učenju o oblikovalni tožbi. Starejša teorija, ki je izhajala iz primerljivega 571. člena ZOR, je štela, da se razveza pogodbe izvrši z enostransko izjavo (brez intervencije sodišča), za znižanje zakupnine pa je potrebna »intervencija sodišča«.⁴⁹

Ker vsebujejo določbe OZ o znižanju zakupnine vse elemente tožbenih oblikovalnih pravic (zahtevo zakupnika, pravico zahtevati sorazmerno zmanjšanje in implicitno vlogo sodišča, ki o zahtevi odloči, kar v teoriji niti ni sporno), je za njeno uveljavitev potreben oblikovalni tožbeni zahtevek. Razlago zahteva le 590. člen OZ, ker ne govori o zahtevi, pač pa o pravici, kar bi kazalo na opcij-

⁴⁸ M. Juhart v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo, 3. knjiga, str. 655, 671. Pri tem napotuje na določbo 468. člena OZ, ki ni tako nesporna, kot smo že spoznali. Pravi, da pride do znižanja najemnine zaradi popravil celo molče – s konkludentnim ravnanjem. To naj bi prišlo v poštev predvsem pri znižanju zakupnine, saj lahko zakupnik preprosto začne plačevati nižji znesek (prav tam).

⁴⁹ S. Cigoj, nav. delo, str. 1687; Miodrag Orlić v: B. T. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, 2. knjiga, str. 36 (komentator pravi, da sodišče na zahtevo najemnika sorazmerno zniža najemnino); B. Vizner v: I. Bukljaš, B. Vizner, nav. delo, str. 1834. (Ker avtor govori o pravici do razveze pogodbe »z enostransko izjavo brez obračanja na sodišče«, na podlagi argumenta *a contrario* za znižanje zakupnine zahteva intervencijo sodišča. V komentarju k 578. členu ZOR izrecno omenja tožbo za znižanje zakupnine, nav. delo, str. 1846.)

sko oblikovalno pravico. Vendar za kaj takega ne vidim razloga, saj je s teleološko razlago in na podlagi argumenta *a cohaerentia* mogoče zagovarjati stališče, da se pravice za znižanje zakupnine uveljavijo z zahtevkom v vseh primerih napak v izpolnitvi zakupne pogodbe.

4.3. Znižanje plačila pri podjemni pogodbi in pogodbi o organiziranju potovanja

Pri podjemni pogodbi lahko podjemnik odkloni odpravo napak, če bi odprava napake zahtevala pretirane stroške, vendar ima v tem primeru naročnik po svoji izbiri *pravico znižati plačilo* ali odstopiti od pogodbe in pa pravico do povračila škode (tretji odstavek 637. člena OZ). Če ima izvršeni posel napako, ki ni taka, da bi bilo delo neuporabno (in ni neznatna) oziroma da posel ni izvršen v nasprotju z izrecnimi pogodbenimi pogoji, mora naročnik dovoliti podjemniku, da napako v primernem roku odpravi, sicer *lahko naročnik* po lastni izbiri napako odpravi na njegov račun, *zniža plačilo* ali odstopi od pogodbe. V vsakem primeru ima pravico do odškodnine (639. člen OZ).

Čeprav bi na prvi pogled šteli, da gre za opsijske oblikovalne pravice, ki se uveljavijo z enostransko izjavo volje, saj zakon ne govori o zahtevi dolžnika, ampak o njegovih pravicah, je kljub temu predvideno sodno uveljavljanje pravic s tožbo. Zakon namreč pravi, da naročnik, ki je podjemnika pravočasno obvestil o napakah izvršenega posla (633., 634. člen OZ), po enem letu od obvestila ne more več *sodno* uveljavljati svoje pravice. Če je naročnik o napakah pravočasno obvestil podjemnika, lahko tudi po izteku tega roka z ugovorom zoper njegov zahtevek za plačilo uveljavlja svojo pravico do znižanja plačila in do povračila škode (635. člen OZ).⁵⁰ V sodni praksi po drugem odstavku 635. člena OZ je sprejeto, da perpetuirajo samo tisti ugovori, ki lahko pripeljejo do pobotanja zahtevkov ene in druge stranke.⁵¹

Glede zahtevka za znižanje plačila pri podjemni pogodbi Plavšakova meni, da se kljub temu, da zakon tega izrecno ne določa, pravica do znižanja plačila lahko uresniči samo sodno, z ustreznim oblikovalnim tožbenim zahtevkom. To naj bi izhajalo iz uzakonjene perpetuacije ugovorov (drugi odstavek 635. člena OZ).⁵² Po Cigoju se spor reši s sodno intervencijo, če je višina znižanja

⁵⁰ Pravočasnost graje napake (rok teče od dejanskega prevzema) je predpostavka za obstoj pravice do ugovora znižanja zoper tožnikov zahtevek na plačilo (sodba in sklep II Ips 861/2008 z dne 27. januarja 2011). Notifikacija ni potrebna, če podjemnik za napako ve ali mu ni mogla ostati neznan (sklep II Ips 162/2010 z dne 8. septembra 2011).

⁵¹ Sodba II Ips 405/2007 z dne 11. februarja 2010.

⁵² N. Plavšak v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo, 3. knjiga, str. 854, 881.

sporna.⁵³ V jugoslovanski teoriji so se zlasti opredeljevali do prenehanja naročnikovih pravic (616. člen ZOR, sedaj 635. člen OZ) in zagovarjali stališče, da na podlagi določbe drugega odstavka tega člena naročnik ohrani pravice tudi po preteku enoletnega prekluzivnega roka, če je o napakah pravočasno obvestil podjemnika. Te pravice uveljavi s »kompenzacijskim ugovorom« v pravdi za plačilo za opravljeno storitev.⁵⁴

V sodni praksi za izvršitev pravice do znižanja plačila pri podjemni pogodbi zadostuje ugovor dolžnika.⁵⁵

Tudi pri pogodbi o organiziranju potovanja zakon zahteva od upravičenca do znižanja plačila (potnika) vložitev oblikovalne tožbe, če je to nepopolno ali ne-kvalitetno in je pri organizatorju potovanja ugovarjal v osmih dneh po koncu potovanja (893. člen OZ).⁵⁶

5. SKLEP

Za uresničitev tistih spreminjevalnih oblikovalnih pravic, za katere zakon določa zahtevo zainteresirane stranke, nesorazmernost (nepravičnost) dajatev in vlogo sodišča, pa četudi le implicitno, je treba vložiti oblikovalno tožbo. Gre za tožbene oblikovalne pravice, pri katerih pride do oblikovanja šele s pravno-močnostjo oblikovalne sodbe in nastopom oblikovalnega učinka. Oblikovanje pravnega razmerja mora biti razvidno iz izreka sodbe, in ne iz njenih razlogov. O tožbenih oblikovalnih pravicah namreč ni mogoče odločiti kot o predhodnem vprašanju. Če je za spremembo v pravnem razmerju potrebna oblikovalna sodba, je nujen pogoj zanjo oblikovalni tožbeni zahtevek, postavljen s tožbo ali nasprotno tožbo. Ugovor ne more zagotoviti uspešnega zmanjšanja pogodbenih obveznosti.

⁵³ S. Cigoj, nav. delo, str. 1799.

⁵⁴ Zoltan Biro v: B. T. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, 2. knjiga, str. 91; I. Bukljaš v: I. Bukljaš, B. Vizner, nav. delo, str. 1920 (avtor govori o pobotu, pri čemer ni povsem jasno, ali gre za materialni ali procesni pobot). Juhart ugovor kompenzacije uvršča med pravozahtorne ugovore, ki nimajo samostojne narave (J. Juhart, nav. delo, str. 293).

⁵⁵ Sodba III Ips 6/2010 z dne 22. januarja 2013 (»Naročnik je tisti, ki je upravičen znižati plačilo, kar pomeni, da mora sporočiti podjemniku, za koliko znižuje plačilo. V pravnem postopku se presoja le utemeljenost tako znižanega plačila. Znižanje pa že pojmovno ne more pomeniti izničenja celotnega plačila.«); sodba in sklep VSL I Cpg 1062/2008 z dne 8. julija 2009.

⁵⁶ Sodba in sklep VSL I Cp 2241/1999 z dne 9. maja 2001 (»Potnik lahko nasproti organizatorju potovanja uveljavlja znižanje cene, ki je podobno jamčevalnemu zahtevku za napake, če storitve, ki jih je organizator potovanja zaupal tretjim, sploh niso bile ali so bile le delno izvršene.«); sodba VSL I Cp 987/2012 z dne 7. novembra 2012 (pri znižanju plačila si je sodišče pomagalo s frankfurtsko tabelo).

KAZENSKOPROCESNE DOKAZNE PREPOVEDI V SODNI PRAKSI EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

Katarina Bergant,

*univerzitetna diplomirana pravnica, okrožna državna tožilka na Okrožnem
državnem tožilstvu v Ljubljani, doktorska kandidatka na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani*

1. UVOD

Država mora preiskovati kazniva dejanja na način, ki spoštuje temeljne pravice posameznika, in v kazenskih postopkih varovati individualne človekove pravice in človeško dostojanstvo. To lahko doseže le z doslednim spoštovanjem dokaznih prepovedi, ki so odraz demokratičnosti in pravnosti kazenskega postopka. Če posameznik meni, da je bil v kazenskem postopku pred nacionalnim sodiščem obsojen na podlagi nezakonito pridobljenih dokazov, lahko zaradi kršenja dokaznih pravil (pri pridobivanju dokazov) oziroma nedoslednega sankcioniranja kršitev dokaznih pravil (pripustitve dokazov na sojenje) s pritožbo pred Evropskim sodiščem za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP) uveljavlja kršitev pravice do poštenega sojenja iz 6. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju EKČP).¹ Postopek pred ESČP sledi pravnomočno končanemu kazenskemu postopku, zato je presoja ESČP že po definiciji subsidiarna.² Ker ESČP ni četrta sodna instanca v kazenskih zadevah, prepušča oceno zakonitosti dokazov presoji nacionalnih sodišč ter z uporabo in razlago določil EKČP presoja le, ali je bil kazenski postopek zaradi uporabe nezakonito pridobljenih dokazov kot celota (ne)pošten. Z razlago konvencijskih pravic ESČP hkrati določa tudi minimalne

¹ Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP), Ur. l. RS, št. 33/94 in 7/94.

² Praviloma kazenska sodišča kršitve dokaznih prepovedi pri pridobivanju dokazov sankcionirajo z izločitvijo oziroma ekskluzijo (nezakonito) pridobljenih dokazov. K. Šugman, nav. delo (2001), str. 199–202.

pravne standarde na področju človekovih pravic, s čimer na neki način ustvarja pravo.³ V prispevku z analizo primerov, v katerih je ESČP zaradi uporabe (zatrjevano) nezakonito pridobljenih dokazov presoja poštenost postopkov, izpeljem merila, ki jih po vsebini lahko razumemo kot kazenskoprocesne dokazne prepovedi. S primerjavo slovenske ureditve procesnih jamstev in dokaznih prepovedi ugotavljam, ali slovenska normativna ureditev dosega pravne standarde dokazovanja in varstva človekovih pravic v kazenskih postopkih, ki jih je v praksi postavilo ESČP.

2. OBLIKOVANJE KAZENSKOPROCESNIH DOKAZNIH PREPOVEDI Z RAZLAGO KONVENCIJSKIH PRAVIC V SODNI PRAKSI ESČP

EKČP dokaznih prepovedi ne ureja neposredno ter presoja pridobivanje in uporabo nezakonitih dokazov v kazenskih postopkih predvsem s stališča 6. člena EKČP, ki ureja pravico do poštenega sojenja. Navedeni člen zagotavlja pravico do poštenega sojenja brez določil o dopustnosti pridobivanja in uporabe dokazov, četudi so ti pridobljeni nezakonito.⁴ Edino konvencijsko določbo, ki neposredno ureja dokazovanje, je najti v 3.d točki 6. člena, ki ureja pravico do poštenega sojenja kot procesno jamstvo.⁵ Vprašanje dopustnosti dokazovanja v kazenskih postopkih je prepuščeno posameznim državam podpisnicam, ki so omejene le z zahtevo po spoštovanju obdolženčeve pravice do poštenosti kazenskega postopka.

ESČP se v praksi pri ocenjevanju zatrjevanih kršitev konvencijskih pravic odloča za dva kriterija ocene uporabe nezakonito pridobljenih dokazov v kazenskih postopkih. Presoja loči vsebinsko na ocenjevanje *postopkov ob pridobivanju dokazov*, pri čemer se osredotoča predvsem na oceno stopnje kršitve pri pridobivanju in na samo *vrednotenje uporabe pridobljenih dokazov*, v smislu njihove dokazne vrednosti. ESČP torej uporablja različne metode za oceno pridobivanja in oceno uporabe nezakonito pridobljenih dokazov. V večini primerov uporablja metodo, ki je v svojem bistvu tehtanje, primerljivo s tehtanjem po utilitarističnem pojmovanju ekskluzije, le da je izvedeno na kakovostno

³ B. M. Zupančič, nav. delo, str. 11.

⁴ S. E. Jebens, nav. delo, str. 219–220.

⁵ Vsebina 3. točke so dejansko procesna jamstva oziroma minimalne pravice obdolženca v kazenskem postopku. V 3.d točki je določeno, da lahko obdolženi zaslišuje oziroma zahteva zaslišanje obremenilnih prič in da doseže navzočnost in zaslišanje razbremenilnih prič pod enakimi pogoji, kot veljajo za obremenilne priče. Tudi navedena točka se sicer neposredno ne nanaša na dopustnost dokazov, temelji pa na načelu enakosti orožij v kazenskem postopku.

drugačen način, v smislu poštenosti postopka.⁶ Pri presoji upošteva (a) *resnost oziroma težo nezakonitosti*, storjenih ob pridobivanju posameznih dokazov, (b) *tip dokazov*, ki so bili pridobljeni na nezakonit način, (c) *upoštevanje procesnih pravic obdolženca*.⁷ Razlikuje tudi med *neposrednimi* in *izvedenimi* dokazi. Od vrste in stopnje kršitve človekove pravice pri pridobivanju posameznega (nezakonitega) dokaza je odvisno, ali bo pri presoji uporabilo metodo tehtanja. Nekatere človekove pravice so na vrednostni lestvici tako visoko, da tehtanje niti ni dopustno. To velja za prepoved mučenja iz 3. člena EKČP; odstopanja pri prepovedi uporabe dokaza, pridobljenega z mučenjem, ESČP ne dopušča, zato jo je razumeti kot absolutno dokazno prepoved, medtem ko pri oceni kršitev drugih konvencijskih pravic redno uporablja metodo tehtanja.

Ocena je odvisna tudi od *tipa oziroma vrste dokaza*, in sicer je za izpovedne dokaze ESČP izoblikovalo jasne kriterije, pri materialnih dokazih pa so kriteriji ohlapnejši in odvisni (tudi) od vrednotenja dokazne vrednosti posameznih nezakonito pridobljenih dokazov. To je posledica dejstva, da sodišče postopek pridobivanja izpovedb od osumljenih oseb ocenjuje in presoja z določilom 3. člena EKČP, ki prepoveduje mučenje, nečloveško in ponižujoče ravnanje, medtem ko pridobitev materialnih dokazov (pridobljenih na hišnih preiskavah, z zasegi, s pomočjo prikritih preiskovalnih metod itd.) presoja z uporabo 8. člena EKČP, ki ureja pravico do spoštovanja zasebnega, družinskega življenja, doma in dopisovanja.

3. DOKAZNE PREPOVEDI V ZVEZI Z ZASLIŠANJEM OBDOLŽENCA

3.1. Nedovoljene metode zasliševanja, mučenje in podobna ravnanja

Temeljno jamstvo in splošno načelo, iz katerega izhaja ESČP pri oceni ravnanja ob pridobivanju izjav, je 3. člen EKČP, ki prepoveduje mučenje, nečloveško ali ponižujoče ravnanje. Določilo tolmači kot absolutno prepoved, ki varuje fizično in psihično celovitost vsakega posameznika in je tudi edina konvencijska določba, katere absolutnost se kaže v dejstvu, da nima omejitev ali izjem.⁸ V primerjavi s 6. členom je določilo 3. člena širše, saj se ne nanaša zgolj na obdolženega, temveč tudi na druge osebe, udeležene v kazenskem postopku,

⁶ Za utilitaristično pojmovanje ekskluzije je značilno tehtanje nezakonitosti dokaza s preventivnim vplivom na delo policije. A. Erbežnik, nav. delo, str. 183.

⁷ S. E. Jebens, nav. delo, str. 220.

⁸ Primerjaj C. Grabenwarter, nav. delo, str. 168.

kot so priče.⁹ ESČP tudi pojem izpoved razlaga široko in kot izpoved šteje vse izjave, ki jih je oseba dala v postopkih pred državnimi organi. Pri tem ni nujno, da je šlo za formalni kazenski postopek, saj je izjava lahko dana pred policijo, na tožilstvu v predhodnem ali sodnem postopku.¹⁰

3.1.1. Vrednotenje načina pridobivanja dokazov

ESČP je večkrat jasno poudarilo, da pridobivanja izjav z uporabo mučenja ali drugih podobnih metod ne upravičuje noben, še tako pomemben interes države.¹¹ Iz obrazložitve sodb *Chahal proti Združenemu kraljestvu*¹² in *Labita proti Italiji*¹³ izhaja, da ESČP odstopanj in izjem pri razlagi 3. člena ne sprejema niti v primerih boja proti terorizmu ali organiziranemu kriminalu ter vztraja pri razlagi absolutne prepovedi pridobivanja izjav z mučenjem, nečloveškim ali ponižujočim ravnanjem tudi v situacijah, v katerih je osebni ali javni interes po odkritju storilca kaznivega dejanja zelo velik, saj takšno ravnanje ni opravičljivo niti v primeru reševanja življenja drugega.¹⁴

Kakšno mora biti (po kvantiteti in intenzivnosti) ravnanje, da ga ESČP prepozna kot mučenje, trpinčenje oziroma drugačno nečloveško ali ponižujoče ravnanje? Čeprav je ocena ravnanja odvisna od presoje konkretnih okoliščin, načina, trajanja in posledic v vsakem posameznem primeru, je ESČP večkrat poudarilo, da mora takšno ravnanje doseči minimalno raven resnosti kršitve (angl. *minimum level of severity*),¹⁵ zato je ocena ravni resnosti lažja in določnejša pri težjih kršitvah. Opredelitev ravnanja, ki ga ESČP šteje za *mučenje*, izhaja iz številnih sodb¹⁶ in ga lahko razumemo kot vsako hujše fizično ali psihično nasilje, ki osebi, od katere se želi pridobiti določena izjava, povzroča dalj časa trajajoče bolečine.¹⁷ Za *nečloveško ravnanje* ESČP šteje ravnanje, ki pri osebi povzroči fizično ali psihično trpljenje, strah pred takšnim trpljenjem ali

⁹ R. Esser, nav. delo, stran 374; V. Warnking, nav. delo, str. 67 in 393.

¹⁰ Zato v povezavi s 3. členom Konvencije uporabljam pojem oseba, in ne obdolženi.

¹¹ N. Greif, nav. delo, str. 200–216.

¹² *Chahal proti Združenemu kraljestvu*, z dne 15. novembra 1996, št. 22414/93, 79. odst., vse sodbe in odločitve ESČP so dostopne na <www.echr.coe.int>.

¹³ *Labita proti Italiji*, z dne 6. aprila 2000, št. 26772/95, 119. odst., primerjaj tudi *Jalloh proti Nemčiji*, z dne 11. julija 2006, št. 54810/00, 76. odst., N. Greif, nav. delo, str. 200–216, S. E. Jebens, nav. delo, str. 221–223.

¹⁴ V. Warnking, nav. delo, str. 75; R. Esser, nav. delo, str. 381–385.

¹⁵ *Irska proti Združenemu kraljestvu*, z dne 18. januarja 1978, št. 5310/71, 162. odst.

¹⁶ Na primer *Irska proti Združenemu kraljestvu*, 167. odst., *Aksoy proti Turčiji*, veliki senat, z dne 18. decembra 1996, št. 21987/93, 63. odst., *Selmouni proti Franciji*, z dne 28. julija 1999, št. 25803/94, 96. odst.

¹⁷ C. Grabenwarter, nav. delo, str. 164; R. Esser, nav. delo, str. 377.

ki osebo na razne načine stigmatizira, pri tem pa ravnanja niso tako intenzivna, da bi jih bilo mogoče označiti za mučenje.¹⁸ Ocena ESČP, ali gre za mučenje ali nečloveško ravnanje, je odvisna od primera do primera ter stopnje intenzivnosti in trajanja ravnanja.¹⁹ V odmevnem primeru *Gäfgen proti Nemčiji*²⁰ je ESČP že v sami grožnji obdolžencu z mučenjem prepoznalo nečloveško ravnanje.²¹ Ponižujoče ravnanje je najblažja kršitev in ne povzroča toliko telesnega in duševnega trpljenja, temveč je ponižujoče predvsem na način, da prizadene človekovo dostojanstvo.²² Enotne opredelitve, katero ravnanje je mogoče označiti za ponižujoče, ESČP ne ponuja in ocenjuje ravnanja v vsakem primeru posebej. V primeru *Valašinas proti Litvi*²³ je za ponižujočo označilo zahtevo, da se mora zapornik sleči v navzočnosti nadzornika nasprotnega spola in podobno.²⁴

Menim, da lahko 3. člen po vsebini in glede na razlago v sodni praksi razumemo kot dokazno prepoved pri pridobivanju izpovednih dokazov.²⁵ Slovenski ZKP²⁶ prepovedi mučenja izrecno ne ureja, vendar je kot temeljno ustavno jamstvo urejena v 18. členu Ustave RS²⁷ in jo v povezavi z ustavnim varstvom človekove osebnosti in dostojanstva iz 21. člena in z drugim odstavkom 18. člena ZKP lahko označimo za absolutno dokazno prepoved.

3.1.2. Vrednotenje uporabe izpovednih dokazov

ESČP²⁸ je v praksi zavzelo ostrejšo stališče glede uporabe dokazov, pridobljenih s kršitvijo 3. člena EKČP, poštenost postopka zaradi uporabe tovrstnih doka-

¹⁸ C. Grabenwarter, nav. delo, str. 165–166.

¹⁹ Na primer *Kudla proti Poljski*, z dne 26. oktobra 2000, 92. odst., *Kalashnikov proti Rusiji*, z dne 15. julija 2002, št. 47095/99, 95. odst., *Rivas proti Franciji*, z dne 1. aprila 2004, št. 59584/00, 37. odst.

²⁰ *Gäfgen proti Nemčiji*, z dne 30. junija 2008, št. 22978/05.

²¹ Esser poudarja, da sta za takšno opredelitev pomembni tudi neposrednost in resnost grožnje, R. Esser, nav. delo, str. 391.

²² C. Grabenwarter, nav. delo, str. 167.

²³ *Valašinas proti Litvi*, z dne 24. julija 2001, št. 55558/98, 117. odst.

²⁴ Primerjaj tudi *Yankov proti Bolgariji*, z dne 11. decembra 2003, št. 39084/97, 104. odst.

²⁵ V. Warnking, nav. delo, str. 68.

²⁶ Zakon o kazenskem postopku (ZKP), Ur. l. RS, št. 63/94, 32/07, 68/08, 77/09, 91/01.

²⁷ Ustava Republike Slovenije (URS), Ur. l. RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13, 47/13.

²⁸ Na primer *Jalloh proti Nemčiji*, veliki senat, z dne 11. julija 2006, št. 54810/00, *Harutyunyan proti Armeniji*, z dne 28. junija 2007, št. 36549/03, *Göcmen proti Turčiji*, z dne 17. oktobra 2006, št. 72000/01, *Gäfgen proti Nemčiji*, veliki senat, z dne 30. junija 2008, št. 22978/05, V. Warnking, nav. delo, str. 77–87, S. E. Jebens, nav. delo, str. 220–234.

zov pa je presojo različno, ob upoštevanju več dejavnikov. Kršitve 3. člena je obravnavalo različno glede na dejstvo, ali gre za pridobivanje izpovedb ali materialne dokaze (*real evidence*). Pri tem je pomembno tudi, ali so pridobljeni materialni dokazi neposredna ali posredna posledica ravnanja, ki ni v skladu s 3. členom. Nadalje je za presojo pomembno tudi, s katero od kršitev so bili pridobljeni dokazi (z mučenjem, nečloveškim ali ponižujočim ravnanjem).

Za odgovor na vprašanje, na katere pravne probleme je opozorilo ESČP, na kakšen način jih je reševalo in na katerih temeljih je ocenjevalo (ne)dopustnost uporabe nezakonito pridobljenih dokazov, sta pomembni dve odmevnejši sodbi velikega senata ESČP. V primeru *Jalloh proti Nemčiji*²⁹ je policija za pridobitev materialnega dokaza (vrečke droge, ki jo je pritožnik pogoltnil) uporabila izredno fizično silo (pritožnika so držali štirje policisti, da so mu lahko po cevki skozi nos v trebuh vbrizgali bljuvalo) in tako pridobila dokaz (pritožnik je izbljuval vrečko kokaina). Tožilstvo je vrečko kokaina predložilo kot dokaz, ki ga je nacionalno sodišče pripustilo na sojenje in nanj oprlo obsojilno sodbo v kazenskem postopku. V pritožbi pred ESČP je obdolženi zaradi ponižujočega in nečloveškega ravnanja zatrjeval kršitev določbe 3. člena in v povezavi s tem kršitev pravice do poštenega sojenja in privilegija zoper samoobtožbo, ki jo določa 6. člen EKČP. Veliki senat ESČP je metodo prisilnega vnosa bljuvala prepoznal kot nečloveško in ponižujoče ravnanje, saj bi preiskovalci lahko prišli do dokaza tudi po drugi poti brez uporabe sile (počakali bi na izločitev dokaza »po naravni poti«), čeprav je imela uporabljena metoda pridobivanja dokaza podlago v nemški zakonodaji. Pri oceni metode je bila pomembna tudi okoliščina, da je bil pritožnik le ulični preprodajalec droge, kar je dokazovalo dejstvo, da mu je bila izrečena najnižja možna pogojna kazen.³⁰

Postavilo se je vprašanje, ali je bil zaradi uporabe tako pridobljenega dokaza kazenski postopek kot celota nepošten. Pri oceni je ESČP upoštevalo tudi dejstvo, da je bila uporaba dokaza (izbljuvane vrečke s kokainom) ključna za obsojbo obdolženega in da nemško kazensko sodišče za izločitev dokaza (glede na zakonitost uporabljene metode, ki jo je odredil državni tožilec) niti ni imelo pravne podlage. V velikem senatu ESČP je bilo večinsko mnenje, da je bil glede na vse okoliščine kazenski postopek nepošten, ker se dokazi (izpovedni ali materialni), ki so rezultat nasilnega, brutalnega ali drugega ravnanja, ne glede na njihovo dokazno vrednost, ne smejo uporabiti, saj bi drugačna razlaga pomenila posredno legitimacijo nemoralnih in kaznivih ravnanj. ESČP je kot nepoštene ocenilo tudi kazenske postopke v primerih *Harutyunyan proti*

²⁹ *Jalloh proti Nemčiji*, z dne 11. julija 2006, št. 54810/00.

³⁰ *Jalloh proti Nemčiji*, 77. odst.

*Armeniji*³¹ in *Göcmen proti Turčiji*,³² v katerih izpovedni dokaz, pridobljen s kršitvijo 3. člena, ni bil odločilen za obsodbo pritožnika.

Čeprav se je v primeru *Jalloh* ESČP z oceno ravnanja, ki je bilo v nasprotju s 3. členom, že opredelilo do vprašanja poštenosti postopka, je posebej obravnavalo tudi pritožnikovo zatrjevanje kršitve njegovega privilegija zoper samoobtožbo in posledično kršitve pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP. Za izhodišče je uporabilo oblikovano stališče sodne prakse,³³ da privilegij zoper samoobtožbo varuje predvsem obdolženčevo temeljno pravico do molka oziroma njegovo pravico do (ne)izjavljanja,³⁴ zato praviloma ne velja za pridobivanje materialnih (realnih) dokazov, ki imajo »samostojnost« in so neodvisni od obdolženčeve volje.³⁵ Kljub načelnemu stališču glede obsega veljave privilegija je ESČP opozorilo na tri elemente primera, zaradi katerih je ravnanje policije pri pridobivanju materialnega dokaza ocenjevalo tudi s stališča morebitne kršitve privilegija zoper samoobtožbo.³⁶ Prvi element je dejstvo, da je bil nasilen vnos bljuvala v pritožnikovo telo potreben ravno zaradi njegovega nasprotovanja posegu. Drugi element je intenziteta uporabljene sile pri posegu, ki je sprožila patološko reakcijo pritožnikovega telesa in bi lahko celo ogrozila njegovo zdravje (drugače kot v primerih, v katerih je policija telesni dokaz pridobila z majhnim posegom, brez nevarnosti za preiskovančevo zdravje, na primer bris sluznice ali odvzem lasu za preiskavo DNK). Tretji element je predhodna ugotovitev, da je poseg kršil pritožnikovo pravico iz 3. člena.

ESČP je zatrjevani poseg v pritožnikov privilegij presoјalo na podlagi štirih dejavnikov.³⁷ Glede (1) narave in stopnje prisile, ki je bila uporabljena za pridobitev dokaza, je ocenilo, da je bila uporabljena sila tako močna, da je posegla tako v fizično kot tudi v mentalno (psihično) sfero obdolženega.³⁸ (2) Stopnja javnega interesa za preiskavo kaznivega dejanja in obsodbo obdolženega je bila nizka, saj je bil obdolženi manjši ulični preprodajalec droge (angl. *street dealer*), zato tako invaziven poseg ni bil upravičen.³⁹ Presojalo je še (3) obstoj relevantnih procesnih varoval pri odreditvi posega, odrejenega na zakonski podlagi, ki pogojuje odreditev s predhodnim zdravniškim posegom in oceno,

³¹ *Harutyunyan proti Armeniji*, z dne 28. junija 2007, št. 36549/03, 64. odst.

³² *Göcmen proti Turčiji*, z dne 17. oktobra 2006, št. 72000/01, 55. odst.

³³ *Saunders proti Združenemu kraljestvu*, z dne 17. decembra 1996, št. 19187/91, 69. odst.

³⁴ *Jalloh proti Nemčiji*, 102. odst.

³⁵ S. E. Jebens, nav. delo, str. 222; D. Spielmann, nav. delo, str. 297–300.

³⁶ Navedena sodba, 116. odst.

³⁷ Prav tam, 117. odst.

³⁸ Prav tam, 118. odst.

³⁹ Prav tam, 119. odst.

da ni nevarnosti za preiskovančevu zdravje, vendar ga je pritožnik v sklicevanju na svojo pravico do molka v polomljeni angleščini odklonil.⁴⁰ Poleg tega je bilo pozorno na (4) pomen dokaza za obsodbo pritožnika, ki ga je obdolženi na sojenju izpodbijal, čeprav nemško sodišče za izločitev ni imelo pravne podlage.⁴¹ Glede na vse navedene okoliščine primera je izrazilo pripravljenost, da uporabo navedenega dokaza na sojenju razume tudi kot poseg v pritožnikov privilegij zoper samoobtožbo, zaradi česar kazenski postopek kot celota ni bil pošten.⁴² Kljub pomembnosti sodbe za nadaljnjo sodno prakso ESČP v primeru *Jalloh* ni dalo jasnega odgovora, ali uporaba dokazov, pridobljenih z nečloveškim in ponižujočim ravnanjem (kot blažjih oblik »mučenja«), avtomatično pomeni nepošten postopek.⁴³

Tudi v primeru *Gäfgen proti Nemčiji*⁴⁴ je policija pri zaslišanju pritožnika uporabila nedovoljene metode. Pritožnik je pod vplivom grožnje z mučenjem priznal kaznivo dejanje umora in vodil policijo do drugih materialnih dokazov, uporabljenih v kazenskem postopku, v katerem mu je bila izrečena do smrtne zaporna kazen. Veliki senat ESČP je presojal zatrjevani kršitvi 3. in 6. člena EKČP. Opozoril je na *problem dopustnosti uporabe posredno pridobljenih materialnih dokazov*, ki so bili posledica obdolženčeve izjave, pridobljene z ravnanjem, ki ga je sodišče prepoznalo kot nečloveško ravnanje, s tem pa priznalo kršitev 3. člena oziroma dometa doktrine sadežev zastrupljenega drevesa.⁴⁵ Nemško sodišče je namreč izločilo (prvotno obremenilno) izjavo obdolženega, ne pa tudi materialnih dokazov, pridobljenih na podlagi te izjave. ESČP je sicer zavzelo stališče, da bi bilo treba skladno s 6. členom dokaze (načeloma) izločiti, a hkrati poudarilo, da je pritožnik na zadnjem zaslišanju v navzočnosti svojega odvetnika dejanje ponovno in povsem prostovoljno priznal, zaradi česar med prvim (izsiljenim) in drugim (prostovoljnim) priznanjem ni bilo vzročne zveze.

Materialni dokazi, ki jih je uporabilo nemško sodišče, so po oceni ESČP imeli dopolnilno naravo (angl. *of an accessory nature*) in naj bi se kot taki uporabili zgolj za preverjanje verodostojnosti drugega, prostovoljnega obdolženčevega

⁴⁰ Prav tam, 120. odst.

⁴¹ Prav tam, 121. odst.

⁴² Prav tam, 122. odst.

⁴³ V. Warnking, nav. delo, str. 78.

⁴⁴ *Gäfgen proti Nemčiji*, veliki senat, z dne 30. junija 2008, št. 22978/05, V. Warnking, nav. delo, str. 80–82, S. E. Jebens, nav. delo, str. 224–225, A. Tratnik, nav. delo, str. 32–33.

⁴⁵ Doktrina sadežev zastrupljenega drevesa (angl. *fruit of the poisonous tree*) izhaja iz pravnega sistema *common law* in pomeni širitev ekskluzije dokazov z dokazov, ki so bili neposredno pridobljeni na nezakonit način, tudi na dokaze, ki so bili pridobljeni na podlagi vednosti o teh dokazih ali ki posledično izhajajo iz nezakonito pridobljenih dokazov, četudi sami po sebi niso bili nezakonito pridobljeni. K. Šugman, nav. delo (1999), str. 382.

priznanja. Ker se je obdolženi z naknadnim priznanjem obremenil sam in ker je nacionalno sodišče imelo tudi druge dopolnilne dokaze, ki niso bili v neposredni povezavi s prvotnim, izsiljenim priznanjem, pritožniku po mnenju ESČP dodatni materialni dokazi niso škodovali. Za ESČP je bilo dovolj, da izsiljena izjava (zaradi izločitve) ni bila upoštevana (ne glede na to, da je bila vsebinsko enaka drugi, »prostovoljno« podani izjavi in da so na podlagi prve izjave policisti prišli do pomembnih obremenilnih materialnih dokazov) in da je imel obdolženi možnost ugovarjati dopustnosti dokazov v domačem kazenskem postopku.⁴⁶

Katere smernice lahko razberemo iz navedenih poudarkov analiziranih sodb?

Prva ugotovitev je nedvomno, da uporaba *izjav* in materialnih dokazov, ki so *neposredna posledica mučenja* (v ožjem pomenu besede), ne glede na njihovo dokazno vrednost, vedno avtomatično pomeni, da je bil kazenski postopek nepošten. Glede na stališče ESČP v primerih *Jalloh* in *Harutyunyan* lahko 3. člen razumemo kot absolutno prepoved in izpeljemo zaključek, da je bil kazenski postopek po merilih iz 6. člena nepošten. Drugače je v primerih, ko so dokazi pridobljeni z lažjima oblikama grdega ravnanja, torej z nečloveškim ali ponižujočim ravnanjem, kot v primeru *Jalloh*, v katerem uporaba *materialnih dokazov*, pridobljenih z nečloveškim in ponižujočim ravnanjem, ni avtomatično vodila do takšnega zaključka. Ocena poštenosti kazenskega postopka bo odvisna od okoliščin vsakega posameznega primera, predvsem dokazne vrednosti dokaza za obsodbo, obdolženčeve možnosti izpodbijanja dokaza in teže očitane kaznivega dejanja. Če gre za odločilen dokaz za obsodbo, brez možnosti obdolženega, da bi ga po domači zakonodaji pred nacionalnim kazenskim sodiščem lahko izpodbijal, ter pomanjkljiv javni interes za obsodbo, se tak dokaz ne sme uporabiti.⁴⁷

Navedeni primer lahko označimo za presenetljiv odstop od razlage absolutne dokazne prepovedi uporabe obdolženčevih izjav, pridobljenih z ugotovljeno kršitvijo 3. člena v primeru uporabe *materialnih dokazov na podlagi izjave, pridobljene z grožnjo z mučenjem*. ESČP je namreč nesporno ugotovljeno kršitev 3. člena pri pridobivanju priznanja zrelativiziralo s precej trhlimi argumenti, da je priznanje služilo le preverjanju točnosti in verodostojnosti drugih dokazov, da je obdolženi dokaze v postopku lahko izpodbijal in da bi se mu krivda lahko dokazala tudi brez dokazov, ki bi morali biti izločeni. Z nepriznanjem

⁴⁶ Da obrazložitev velikega senata ni povsem nesporna, potrjuje tudi dejstvo, da ni bila sprejeta soglasno, saj je bilo šest sodnikov, ki so glasovali proti, povsem diametralnega mnenja.

⁴⁷ V. Warnking, nav. delo, str. 83.

kršitve 6. člena se je hkrati izreklo tudi proti široki razlagi učinka 3. člena in s tem dometa doktrine sadežev zastrupljenega drevesa.

Če razlage konvencijskih pravic v analiziranih sodbah velikega senata ESČP razumemo kot smernice priporočene ureditve minimalnih standardov človekovih temeljnih pravic oziroma dokaznih prepovedi v kazenskih postopkih držav podpisnic EKČP, lahko ugotovimo, da jih slovenska ureditev dosega in presega. Ustavna prepoved mučenja, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja (18. člena URS), ki štiti obdolženčevo osebnost in dostojanstvo (21. člen URS), je absolutna, saj obdolženi v mučenje niti ne more privoliti.⁴⁸ Ureditev dosledne ekskluzije dokazov v slovenskem kazenskem procesnem pravu (drugi odstavek 18. člena ZKP) je izrazito garantistična in kot takšna slovenskega sodnika zavezuje tudi k izločitvi materialnih dokazov, pridobljenih samostojno ali na podlagi izjave, pridobljene s kršitvijo ustavnih pravic, kot je bilo v primerih *Gäffen in Jalloh*.

4. DOKAZNE PREPOVEDI V ZVEZI Z DOKAZI, PRIDOBLENIMI S PRIKRITIMI PREISKOVALNIMI METODAMI

Danes si preiskovanja organiziranega kriminala, terorizma, hujših kaznivih dejanj in korupcije brez uporabe prikritih preiskovalnih metod ni mogoče predstavljati. Dokazi, pridobljeni s prikritimi metodami, so za obdolžence navadno obremenilni, zato so predlogi za njihovo izločitev v kazenskih postopkih zelo pogosti. Posledično so pogoste tudi pritožbe pred ESČP, v katerih obdolženi zatrjujejo kršitev pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja iz 8. člena in pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP. ESČP pri obravnavi pritožb ločeno presoja postopek pridobivanja dokazov, ki ga ocenjuje s kriterijem morebitne kršitve pravice do zasebnosti iz 8. člena, medtem ko se pri uporabi dokazov osredotoča na oceno morebitne kršitve pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP.

4.1. Dokazne prepovedi, ki se nanašajo na telefonsko prisluškovanje in drugo prestrezanje telekomunikacij

Prestrezanje telekomunikacij posega v pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja iz prvega odstavka 8. člena, ki vsakomur zagotavlja pravico do »spoštovanja njegovega zasebnega in družinskega življenja« (angl. *private and family life*) ter doma in dopisovanja (angl. *correspondence*). Razla-

⁴⁸ P. Gorkič, nav. delo, str. 806–807.

ga pojma *correspondence* je glede na sodno prakso EKČP široka in zajema vse sodobne oblike komuniciranja, od komunikacije po telefonu (angl. *telephone conversation*),⁴⁹ postopka *metering* (registriranje številke, časa in dolžine klica z določenega telefona brez same vsebine),⁵⁰ pozivnika (angl. *pager*)⁵¹ do drugih oblik elektronskega sporočanja, kot so e-pošta, SMS-sporočila, faksiranje.⁵² Upravičenci do pravice do zasebnosti so uporabniki kateregakoli od naštetih komunikacijskih sredstev, v pravico do zasebnosti pa lahko posegajo tako organi odkrivanja in pregona kot telekomunikacijske družbe (po navodilih državnih organov).⁵³

Po drugem odstavku 8. člena EKČP sme javna oblast v posameznikovo zasebnost posegati le, če je poseg določen (skladen) z zakonom in nujen v demokratični družbi iz taksativno navedenih razlogov oziroma zaradi legitimnih ciljev, ki so: državna varnost, javna varnost ali ekonomska blaginje države, preprečevanje neredov ali kaznivih dejanj, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi. Oceno upravičenosti posega v komunikacijsko zasebnost opravi ESČP z uporabo tristopenjskega testa, ki je sestavni del obrazložitve ESČP. Ta test vključuje presojo: (1) določenosti oziroma skladnosti (posega) z zakonom (angl. *must be in accordance with the law*),⁵⁴ (2) legitimnosti cilja posega in (3) nujnosti v demokratični družbi. Ob ugotovljeni nezakovitosti legitimnih ciljev in nujnosti oziroma proporcionalnosti (sorazmernosti) posega praviloma ne preverja.

ESČP pojem določenost v zakonu (angl. *in accordance with the law*) razlaga v materialnem smislu. Poleg zakonov, sprejetih v zakonodajnem postopku v parlamentu, v ta pojem uvršča tudi nepisano običajno pravo. V primeru *Halford* je bila odločilni dejavnik pri presoji določenosti v zakonu združljivost oziroma kompatibilnost določenega (ne)napisanega pravila z načelom pravne države.⁵⁵ Za razlago pojma skladnosti (določenosti) z zakonom je pomemben tudi primer *Sunday Times proti Združenemu kraljestvu*⁵⁶ (v katerem se je sicer

⁴⁹ *Malone proti Združenemu kraljestvu*, z dne 2. avgusta 1984, št. 8691/79, 64. odst., *Halford proti Združenemu kraljestvu*, z dne 25. junija 1997, št. 20605/92, 44. odst.

⁵⁰ *Malone proti Združenemu kraljestvu*, 83. odst.

⁵¹ *Taylor-Sabori proti Združenemu kraljestvu*, z dne 22. oktobra 2002, 17. odst.

⁵² S. Trechel, nav. delo, str. 542.

⁵³ Glej primer *Valenzuela Contreras proti Španiji*, z dne 30. julija 1998, št. 5/1997/84271048, 14. odst., v katerem je preiskovalni sodnik nacionalni telefonski družbi odredil nadzor pritožnikovega telefona, in primer *P. G. in J. H. proti Združenemu kraljestvu*, z dne 25. januarja 2001, št. 44787/98, 42. odst.

⁵⁴ *Halford proti Združenemu kraljestvu*, nav. sodba, 49. odst.

⁵⁵ *Halford proti Združenemu kraljestvu*, nav. sodba, 49. odst.

⁵⁶ *Sunday Times proti Združenemu kraljestvu*, z dne 26. aprila 1979, št. 6538/74, 49. odst.

ukvarjalo s kršenjem pravice do svobode izražanja), v katerem je ESČP zavzelo stališče, da je kot zakon mogoče šteti tudi običajno pravo, pod pogojem, da je (1) dovolj dostopno (angl. *accessible*), da ima lahko državljani ustrezen napotek glede okoliščine pravnih pravil, ki se uporabljajo v konkretnem primeru,⁵⁷ in da je (2) dovolj predvidljivo (angl. *foreseeable*), da lahko vsak posameznik predvidi posledice svojega ravnanja v primeru, da se odloči za ravnanje, ki ni v skladu s to normo.⁵⁸

ESČP prepušča oceno določenosti posega z zakonom in interpretacijo posameznega zakona nacionalnim sodiščem vsake posamezne države in se s tem vprašanjem praviloma ne ukvarja.⁵⁹ Drugače je v primerih, da posamezen ukrep ni imel podlage v nacionalni zakonodaji ali da je bil izveden v nasprotju z zakonodajo. Prav tako ne zadostuje, da je določen ukrep zgolj zakonsko normiran, saj je pomembna tudi kakovost zakona ali predpisa, ki mora vsebovati varovala zoper zlorabe zakona⁶⁰ in biti v skladu z ustavno ureditvijo države.⁶¹

V primerih *Kruslin*, *Huvig* in *Lambert* (vsi trije proti Franciji)⁶² je ESČP postavilo minimalne standarde pričakovane zakonske ureditve nadzora telefonskih komunikacij oziroma prisluškovanja (angl. *telephone tapping*): (a) določljivost kroga oseb, ki se jim lahko prisluškuje, (b) določitev vrste kaznivih dejanj, pri preiskovanju katerih se lahko uporabi ukrep prisluškovanja (ESČP ne omenja kataloga oziroma kataloških kaznivih dejanj, zadostuje navedba potrebne teže kaznivega dejanja ali višina zagrožene kazni), (c) določitev trajanja ukrepa, (d) določitev postopka obveznega poročanja o ukrepu (ki omogoča kasnejšo preverljivost ukrepa sodniku in obrambi) in (e) odreditev uničenja posnetkov. Ugotovimo lahko, da je ESČP postavilo nižje standarde pričakovane ureditve kot slovenski zakonodajalec, saj jih ZKP v celoti dosegata, s katalogom kaznivih dejanj v drugem odstavku in izrecno omejitvijo na kazniva dejanja s predpisano kaznijo nad osem let zapor v tretjem odstavku 150. člena pa celo presega.

ESČP je v praksi večkrat opredelilo tudi pojem nujnost posega v demokratični družbi (angl. *necessity in a democratic society*), ki ga pogojuje z razlo-

⁵⁷ Navedena sodba, 49. odst.

⁵⁸ Prav tam.

⁵⁹ *Kopp proti Švici*, nav. sodba, 59. odst.

⁶⁰ R. Esser, nav. delo, stran 151; V. Warnking, nav. delo, str. 185.

⁶¹ *Halford proti Združenemu kraljestvu*, nav. sodba, 49. odst., *Kopp proti Švici*, nav. sodba, 55. in 64. odstavek, *Valenzuela Contreras proti Španiji*, nav. sodba, 46. odst.

⁶² *Kruslin proti Franciji*, z dne 24. aprila 1990, št. 11801/85, *Huvig proti Franciji*, z dne 24. aprila 1990, št. 11105/84, *Lambert proti Franciji*, z dne 24. avgusta 1998, št. 23618/94.

gi varovanja državne ali javne varnosti in s preprečitvijo neredov in kaznivih dejanj,⁶³ ki se mora odražati tudi v prepričljivi družbeni potrebi in sorazmernosti ukrepa.⁶⁴ ESČP uporablja pojem proporcionalnost, ki je v svojem bistvu sorazmernost, saj od nacionalnih sodišč pričakuje uporabo testa, »ali je bil cilj sorazmeren z uporabljenimi ukrepi za doseg tega cilja«.⁶⁵ V primeru *Klass in drugi proti Nemčiji* je proporcionalnost posega s prisluškovanjem vezalo na predhodni obstoj suma, da oseba načrtuje izvršitev, da izvršuje ali da je izvršila določeno hujše kaznivo dejanje.⁶⁶

Če se do zahteve opredelimo v jeziku kazenskega prava, lahko zatrdimo, da je ESČP odreditvi ukrepa prisluškovanja določilo dokazni standard, bistvo katerega je upoštevanje kriterija predhodnosti, saj je upravičenost posega treba podkrepiti pred odreditvijo ukrepa. Tudi prvi odstavek 150. člena ZKP je glede tega nedvoumen, saj poleg višjega dokaznega standarda utemeljenih razlogov za sum, da je oseba izvršila, izvršuje ali bo izvršila kaznivo dejanje, zahteva še obrazložitev utemeljenega suma uporabe (tele)komunikacijskega sredstva v povezavi s kaznivim dejanjem. S pogojevanjem utemeljenosti sklepa, da brez odreditve ukrepa ne bi bilo mogoče zbrati dokazov ali da bi njihovo zbiranje pomenilo grožnjo življenju in zdravju ljudi, sledi tudi zahtevi po obrazložitvi družbene potrebe in sorazmernosti odreditve ukrepa.

ESČP⁶⁷ s sorazmernostjo povezuje tudi obstoj zakonskih varoval, ki preprečujejo zlorabe ukrepa prisluškovanja in ki zagotavljajo, da je ukrep prisluškovanja po obsegu, časovno in vsebinsko omejen, kar vse je tudi poudarek odločbe Ustavnega sodišča RS U-I-25/95, ki je bila podlaga za spremembe ureditve prikritih preiskovalnih ukrepov v ZKP.⁶⁸

ESČP pri oceni kršitev konvencijskih pravic (zaradi prestrežanja telekomunikacij) uporablja dva kriterija presoje in loči presojo morebitne kršitve pravice do zasebnosti pri pridobivanju dokaza od presoje morebitne kršitve pravice do poštenega sojenja zaradi uporabe pridobljenih dokazov. Zaradi vsebinsko

⁶³ *Gillow proti Združenemu kraljestvu*, z dne 24. novembra 1986, št. 9063/80, 55. odst., *Leander proti Švedski*, z dne 26. marca 1987, št. 9248/81, 58. odst.

⁶⁴ *Gillow proti Združenemu kraljestvu*, nav. sodba, 55. odst.

⁶⁵ M. Macovei, nav. delo, str. 29–34.

⁶⁶ *Klass in drugi proti Nemčiji*, z dne 6. septembra 1978, št. 5029/71, 51. odst.

⁶⁷ *Klass in drugi proti Nemčiji*, nav. sodba, 50. odst., S. Trechsel, nav. delo, str. 551.

⁶⁸ Ustavno sodišče RS je v 41. odstavku odločbe U-I-25/95 z dne 27. novembra 1997 opredelilo štiri temeljne pogoje za ustavno dopustne posege v posameznikovo zasebnost: (1) specifično opredelitev in določenost posega v zakonu, (2) izdajo odločbe, s katero se dovoli poseg, (3) časovno omejenost izvajanja ukrepa in (4) nujnost posega za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali varnost države, pri čemer se nujnost oceni z načelom sorazmernosti.

ločene presoje je ocena skladnosti uporabe dokazov s konvencijsko določbo 6. člena samostojna in neodvisna od ugotovitve kršitve pravice do zasebnosti iz 8. člena pri pridobivanju dokaza.

V primeru *Schenk proti Švici* je pritožnik zaradi uporabe zanj obremenilnega posnetka uveljavljal kršitev pravice do zasebnosti iz 8. člena. ESČP uporabe posnetka kot dokaza ni presojalo s stališča zatrevane kršitve pravice do zasebnosti iz 8. člena, temveč z določilom 6. člena EKČP z obrazložitvijo, da je preizkus zatrevane kršitve zasebnosti že »konzumiran« v presoji poštenosti postopka, v katerem je bil takšen dokaz uporabljen. Za veliki senat ESČP je bilo temeljno vprašanje, ali je bil kazenski postopek zoper pritožnika zaradi uporabe dokaza, pridobljenega s prestrezanjem telekomunikacij, kot celota pošten. Pri tem je upoštevalo več dejavnikov: kontradiktornost kazenskega postopka, ali je imel pritožnik možnost izpodbijati avtentičnost posnetka, ali se je obdolženi med podajanjem izjave (ki je bila prestrežena in posneta) lahko prosto odločal o tem, da bo nekaj izjavil, in pomen dokaza za obsodbo pritožnika (ali je bil posnetek edini dokaz za obsodilno sodbo).⁶⁹ Ker je ocenil, da *Schenku* pravica do obrambe ni bila kratena, da mu je bila v postopku dana možnost izpodbijanja avtentičnosti posnetka (ki jo je izkoristil), da se je sam strinjal s predvajanjem posnetka ter da posnetek ni bil edini in odločilni dokaz za obsodbo, je veliki senat razsodil, da je bil kazenski postopek zoper pritožnika kot celota pošten.

Iz navedenega lahko zaključimo, da je ocena ESČP, ali je bila pritožniku z uporabo (nezakonitega) dokaza, pridobljenega s prikritimi preiskovalnimi ukrepi, kršena pravica do poštenega postopka: (a) neodvisna od predhodne ugotovitve kršitve pravice do zasebnosti ob pridobivanju dokaza in da (b) se pri presoji ne osredotoča le na posamezen dokaz, temveč na vodenje kazenskega postopka kot celote. Enake kriterije uporablja ESČP tudi pri oceni pridobivanja in uporabe dokazov, pridobljenih z uporabo drugih prikritih tehničnih metod in sredstev (zvočno in slikovno snemanje v stanovanjih in drugih prostorih, videonadzor prostorov itd.).⁷⁰

⁶⁹ *Schenk proti Švici*, z dne 12. julija 1988, št. 10862/84, 46. do 48. odst., *Khan proti Združenemu kraljestvu*, z dne 12. maja 2000, št. 35394/97, 37. odst.

⁷⁰ *Malone proti Združenemu kraljestvu*, z dne 2. avgusta 1984, št. 8691/79, *Halford proti Združenemu kraljestvu*, z dne 25. junija 1997, št. 20605/92, *P. G in J. H. proti Združenemu kraljestvu*, z dne 25. septembra 2001, št. 44787/98, *Chalkley proti Združenemu kraljestvu*, z dne 12. junija 2003, št. 63831/00, *Elahi proti Združenemu kraljestvu*, z dne 20. junija 2006, št. 30034/04.

4.2. Dokazne prepovedi glede dokazov, pridobljenih z vključitvijo tajnih preiskovalcev (agentov)

Metoda vključevanja oziroma infiltracije tajnih agentov (delavcev policije) v kriminalne združbe velja za eno najučinkovitejših metod v preiskovanju organiziranega kriminala, še posebej kaznivih dejanj trgovine z drogami, trgovine z orožjem in korupcije. Ker delovanje agentov ni več klasično »pasivno« preiskovanje storjenega dejanja, temveč proaktivno delovanje⁷¹ v fazi samega izvrševanja kaznivega dejanja preiskovane osebe, odpira številna pravna in moralna vprašanja. Delovanje policije (države) oziroma njenih (so)delavcev namreč lahko označimo za neke vrste zvijačo, zato je meja med dovoljenim in nedovoljenim, zakonitim in nezakonitim, med preiskovanjem in provokacijo dejanja najtanjša. Policija z velikim posegom v zasebnost posameznika navadno pridobi ključni dokaz o storitvi kaznivega dejanja. Če deluje preveč aktivno, govorimo o policijski provokaciji⁷² – zanjo je v anglosaškem sistemu uveljavljen izraz *entrapment*,⁷³ ki ga za označevanje delovanja, ki izzove kriminalno dejavnost, uporablja tudi ESČP.

ESČP je v sodni praksi v primerih zatrjevanih kršitev konvencijskih pravic zaradi pridobitve in uporabe dokazov, pridobljenih z vključitvijo tajnih agentov, poudarilo dve vprašanji, ki sta temelj odločitve v vseh obravnavanih primerih: (1) kdaj je delovanje tajnega preiskovalca (agenta) mogoče pripisati državi in (2) kdaj dovoljena vključitev agenta v tajno preiskovanje preraste v provokacijo kaznivega dejanja. Na podlagi navedenega sprva loči agenta države od zasebnikov, nato pa agenta države, ki deluje skladno s pravom (angl. *undercover agent*), in agenta države, ki s svojim delovanjem izzove kriminalno dejavnost (fr. *agent provocateur*).

4.2.1. Agent države (*undercover agent*)

ESČP pojem *undercover agent* v praksi sicer smiselno uporablja za tajne delavce policije⁷⁴ in za zasebnike,⁷⁵ vendar je presoja morebitnih kršitev konvencijskih pravic prvenstveno odvisna od ocene, ali je delovanje tajnega preiskovalca mogoče pripisati državi. Delovanje se pripisuje državi v primerih, ko je agent

⁷¹ Na primer ponujanje podkupnine, prodaja drog, orožja in podobno.

⁷² G. Klemenčič, nav. delo, str. 1044–1045; B. Kečanović, nav. delo, str. 636.

⁷³ Doktrina *entrapment*, znana iz pravnih sistemov *common law*, se tesno povezuje z delovanjem agenta provokatorja (fr. *agent provocateur*) in obdolžencu v kazenskem postopku omogoča ugovor spodbujene oziroma izzvane kriminalne dejavnosti oziroma obrambo na podlagi tega. I. H. Dennis, nav. delo, str. 326–333, S. McKay, nav. delo, str. 764–774.

⁷⁴ *Teixeira de Castro proti Portugalski*, z dne 9. junija 1998, št. 25829/94.

⁷⁵ *Sequeria proti Portugalski*, z dne 6. maja 2003, št. 73557/01.

deloval po usmeritvah, navodilih ali pod vodstvom države oziroma njenih organov.⁷⁶ Če ESČP posameznika prepozna kot agenta države, njegovo delovanje pri pridobivanju dokazov obravnava enako kot delovanje policije. To pomeni, da pridobivanje dokazov presoja s stališča morebitne upravičenosti posega v pravico do zasebnosti iz drugega odstavka 8. člena,⁷⁷ v nadaljevanju pa še uporabo dokazov s stališča kršitve do poštenega postopka iz 6. člena EKČP.

V primeru *Bykov proti Rusiji*⁷⁸ je bil v kazenskem postopku uporabljen posnetek pogovora med pritožnikom in tajnim agentom države, v katerem se je pritožnik obremenil, na podlagi tega pa je bil obsojen zaradi napeljevanja k kaznivemu dejanju umora.⁷⁹ Pritožnik je zaradi pridobitve izjave s »tajnim prenosom« in njene obremenjujoče vsebine zatrjeval kršitev pravice do zasebnosti iz 8. člena, kršitev privilegija zoper samoobtožbo in posledično kršitev pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP. Veliki senat ESČP je poseg v pritožnikovo pravico do zasebnosti pri pridobivanju dokaza ocenjeval z oblikovanimi kriteriji drugega odstavka 8. člena (določenosti v zakonu in nujnosti v demokratični družbi). Ker je ugotovil, da je bil postopek preiskovanja z uporabo skritega radijskega oddajnika⁸⁰ zakonsko nedoločno opredeljen »preiskovalni eksperiment« (brez ustreznih zaščitnih ukrepov pred možnimi zlorabami)⁸¹ oziroma nezakonit, je razsodil, da poseg v pritožnikovo pravico do zasebnosti ni bil v skladu s pravom, kot to zahteva drugi odstavek 8. člena EKČP.

⁷⁶ Warnkingova navaja, da 1. člen Konvencije veže državne organe oziroma policijo, da v okviru svojih pristojnosti spoštujejo človekove pravice. V. Warnking, nav. delo, str. 223–224. Takšnega mnenja je tudi Grabenwarter, ki delovanje zasebnikov označi kot konvencijsko nevtrarno, zaradi česar se morebitne prepovedi izpeljejo iz drugih določil Konvencije. C. Grabenwarter, nav. delo, str. 103.

⁷⁷ V primeru *M. M. proti Nizozemski*, z dne 8. aprila 2003, št. 39339/98, je ESČP dejanje pripisalo državi zaradi skupnega delovanja z zasebnikom v pripravljalni fazi preiskovanja, v primeru *A. proti Franciji*, z dne 23. februarja 1993, št. 14838/89, pa zaradi pomembne tehnične podpore v zaključni fazi pridobivanja dokaza.

⁷⁸ *Bykov proti Rusiji*, z dne 10. marca 2009, št. 4378/02.

⁷⁹ Pritožnik je najel človeka za umor njegovega bivšega poslovnega partnerja, ta pa je o tem obvestil policijo. Tožilec je odredil preiskavo s prikritimi metodami. Policija je uprizorila naročeni »umor« in o najdbi trupla obvestila javnost. Po »opravljenem« delu se je najeti »morilec« po navodilih policije in tožilstva, opremljen s skritim radijskim oddajnikom, sestal z naročnikom umora – pritožnikom na njegovem domu. V pogovoru je bil pritožnik prepričan, da je bil umor opravljen, podal je zase obremenjujoče izjave, ki jih je policija posnela.

⁸⁰ Ukrep oziroma preiskovalno tehniko je sodišče (glede na naravo in intenzivnost posega) izenačilo s telefonskim prisluškovanjem (angl. *telephone tapping*). *Bykov proti Rusiji*, nav. sodba, 79. odst.

⁸¹ Navedena sodba, 82. odst.

Ločeni obravnavi (morebitnih kršitev pri pridobivanju dokaza in kršitev pravic zaradi uporabe oziroma neizločitve dokazov) je tudi mogoče pripisati dejstvo, da ugotovljena nezakonnost dokaza oziroma kršitev 8. člena pri pridobivanju dokaza na nadaljnjo presojo poštenosti postopka ni vplivala, saj je ESČP razsodilo, da pritožniku v kontekstu vseh ravnanj ni bila kršena pravica do poštene postopka. Obrazložitev je temeljila na dejstvu, da se obdolženi glede uporabe dokaza v postopku na nacionalnih instancah ni pritožil in da posnetek ni bil edini in odločilni dokaz zoper njega. ESČP je zaradi obstoja in uporabe drugih varoval v postopku kljub ugotovljeni nezakonnosti načina pridobitve dokaza in kršitve obdolženčeve pravice do zasebnosti razsodilo, da kazenski postopek kot celota ni bil nepošten. Ker pritožnik samoobremenjujoče izjave ni dal pod pritiskom, prisilo ali zaradi uporabe sile, mu tudi ni bil kršen privilegij zoper samoobtožbo.

Iz primera *Bykov* in podobnih izhaja, da se ESČP pri presoji poštenosti postopkov večinoma sklicuje na konkretne okoliščine vsakega posameznega primera, v katerem so bili uporabljeni nezakoniti dokazi, pri čemer je nezakonnost pridobljenega dokaza le eden od elementov pri presoji poštenosti postopka.⁸² Eden najpomembnejših kriterijev pri presoji poštenosti postopka, v katerem je bil uporabljen nezakonit dokaz, je predvsem ugotovitev, ali je obdolženi na sojenju lahko izpodbijal uporabo nezakonito pridobljenih dokazov.

4.2.2. Agent provokator (*agent provocateur*)

ESČP je tudi določilo kriterije, na podlagi katerih loči med dovoljenim preiskovanjem z vključitvijo tajnega agenta in nedovoljeno provokacijo kaznivega dejanja (angl. *entrapment operation*) s strani agenta provokatorja.

Kot vodilni primer velja primer *Teixiera de Castro proti Portugalski*,⁸³ v katerem je ESČP razvilo kriterije Teixeira (angl. *Teixiera principles*). Policista pod krinko sta od pritožnika želela kupiti 20 gramov heroína. Pritožnik je po določenem času prodajo droge prek dveh posrednikov tudi uredil, ob predaji droge policistoma pa je bil aretiran in nato v kazenskem postopku zaradi kaznivega dejanja preprodaje drog obsojen. V pritožbi pred ESČP je zatrjeval, da sta ga agenta (policista v civilu) napeljala k storitvi kaznivega dejanja (*entrapment*), zaradi česar je bil kazenski postopek zoper njega nepošten.

⁸² Kot že navedeno, naloga ESČP ni ugotavljanje pravilnosti uporabe dokaza, ki je bil po notranji zakonodaji države pridobljen nezakonito, temveč, ali je bil postopek, vključno z načinom pridobitve dokaza, kot celota pošten. Nav. sodba, 89. odst. Sodniki, ki se s tem niso strinjali, so menili, da je zakonitost predpostavka poštenosti.

⁸³ *Teixiera de Castro proti Portugalski*, z dne 9. junija 1998, št. 25829/94.

ESČP je ocenjevalo predvsem, ali je delovanje policistov agentov pod krinko preseglo dovoljeno mejo preiskovanja, in presodilo, da sta agenta to mejo prestopila in pritožnika spodbudila k storitvi kaznivega dejanja. To je utemeljilo z dejstvom, da policija ni imela razloga za sum zoper pritožnika, ki ni imel kazenske kartoteke, zoper njega ni bila vodena nobena preiskava, niti policiji ni bil znan kot izvrševalec kaznivih dejanj. Drugo dejstvo je bilo, da pritožnik droge ni imel, temveč jo je moral šele priskrbeti prek drugih. Zahtevo lahko po vsebini označimo kot merilo predhodne ocene, da je posameznik vpleten v obstoječo kriminalno dejavnost, oziroma predhodni subjektivni test, ki ga mora po določilu ZKP pred odreditvijo opraviti tudi slovenski tožilec.⁸⁴ Navedena dejstva po razlagi ESČP dokazujejo, da se policista pri delu pod krinko nista omejila na preiskovanje kazenske odgovornosti pritožnika na pasiven način, temveč sta ga z aktivnim vplivom spodbudila k storitvi kaznivega dejanja. S stališča ureditve ZKP ravnanje policije ni prestalo objektivnega testa, s katerim se po ZKP z naknadno sodno presojo preverja, ali bi povprečni posameznik, ki se ravna po pravnem redu, kaznivo dejanje storil tudi brez napeljevanja policije.

Ob upoštevanju dodatnega dejstva, da je bil pritožnik obsojen predvsem na podlagi izjav policistov, je ESČP razsodilo, da je bil zaradi vseh naštetih okoliščin kazenski postopek zoper pritožnika kot celota nepošten.

Izoblikovane kriterije (*Teixiera principles*) v navedenem primeru lahko označimo kot temelj za razmejevanje med dovoljenim delovanjem preiskovalcev in policijsko provokacijo oziroma razlikovanje med agentom države in agentom provokatorjem, na katere ESČP v nadaljnji sodni praksi⁸⁵ opira oceno poštenosti kazenskih postopkov. Ti kriteriji zajemajo: (a) oceno obsega vpliva tajnega agenta na preiskovano osebo, (b) pomanjkljivost stopnje suma, da preiskovana oseba izvršuje določeno kaznivo dejanje, (c) nagnjenost preiskovane osebe k izvrševanju kaznivih dejanj, (d) (ne)obstoje sodne kontrole ukrepa in (e) oceno, ali je bil dokaz, ki ga je pridobil tajni agent, odločilen za obsodbo preiskovane osebe. Razen zadnjega kriterija (pomena dokaza za obsodbo) se obstoj policijske provokacije oziroma izzvane kriminalne dejavnosti presoja tudi po določilih ZKP. Tehtanje pomena nezakonito pridobljenega dokaza za obsodbo obdolženega v slovenskem sistemu dosledne ekskluzije nezakonito ali protiustavno pridobljenih dokazov namreč ni dopusten. Postavi se le še vprašanje, ali ESČP pri oceni morebitne policijske provokacije in s tem poštenosti postopka vedno uporablja vseh pet kriterijev. Odgovor je negativen, saj presoja ESČP večinoma

⁸⁴ B. Kečanović, nav. delo, str. 631, G. Klemenčič, nav. delo, str. 1045.

⁸⁵ Primerjaj *Vanyan proti Rusiji*, z dne 15. decembra 2005, št. 53203/99, *Khudobin proti Rusiji*, z dne 26. oktobra 2006, št. 59696/00.

temelji na treh kriterijih: na oceni obsega vpliva agenta na preiskovano osebo, na preverljivi stopnji suma glede kriminalne dejavnosti preiskovane osebe in na oceni odločilnosti pomena dokaza za obsodbo preiskovane osebe.⁸⁶

S kriteriji v primeru Teixeira je ESČP postavilo tudi ločnico med policijsko provokacijo (*entrapment operation*) in privatno provokacijo kaznivega dejanja (angl. *private entrapment*) v primerih tajnega delovanja oseb, ki delujejo neodvisno od države, med katere se uvrščajo zasebniki in preiskovalni novinarji.

4.3. Dokazne prepovedi v zvezi z dokazi, ki so jih pridobili zasebniki ali preiskovalni novinarji

ESČP je večkrat presojalo poštenost kazenskih postopkov tudi v primerih, ko so dokaze s »tajnim« delovanjem pridobile osebe, ki jim ni mogoče pripisati sodelovanja z državo. V primeru *Turquin proti Franciji*⁸⁷ je žena obdolženca (s katerim je bila v civilnem postopku zaradi ugrabitve skupnega otroka) brez njegove vednosti in soglasja posnela njune telefonske in druge pogovore, v katerih je obdolženec posredno priznal umor njunega sina, in posnetke predala sodniku. Po preverbi avtentičnosti posnetkov so bili posnetki uporabljeni kot dokaz v kazenskem postopku, v katerem je bil pritožnik obtožen naklepneга umora. Pritožnik je zaradi nezakonite pridobitve posnetkov s kršitvijo njegove pravice do zasebnosti zatrjeval kršitev pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP. Izhodišče presoje zatrjevanе kršitve pravice iz 6. člena je bila ocena ESČP, da so bili posnetki pridobljeni brez kakršnegakoli vpliva ali navodila državnih organov oziroma da ravnanja ni bilo mogoče pripisati državi. ESČP ni ugotovilo kršitve 6. člena in je poudarilo, da zgolj obstoj okoliščine, da francoska kazenska procesna zakonodaja (tako kot slovenska) vprašanj glede dopustnosti dokazov, ki so jih pridobili zasebniki, izrecno ne ureja, sama po sebi ne pomeni, da je bil kazenski postopek nepošten. Odločitev je utemeljevalo tudi z dejstvi, da obdolženi v kazenskem postopku nikoli ni izpodbijal ali zanikal vsebine posnetka, da je bila avtentičnost posnetka ugotovljena z izvedencem in da posnetek ni bil edini dokaz za obsodbo obdolženega.

V zadevi *Shannon proti Združenemu kraljestvu*⁸⁸ je ESČP ocenjevalo poštenost postopka zaradi uporabe dokazov, ki jih je zoper pritožnika pridobil preiskovalni novinar. Ker so metode, ki jih v prikritih preiskavah uporabljajo preiskovalni novinarji, primerljive z metodami organov odkrivanja in pregona, sta se

⁸⁶ V. Warnking, nav. delo, str. 245–246.

⁸⁷ *Turquin proti Franciji*, z dne 24. januarja 2002, št. 43467/98.

⁸⁸ *Shannon proti Združenemu kraljestvu*, z dne 6. aprila 2003, primerjaj tudi H. H. Kühne, str. 532–558, V. Warnking, str. 272–273.

v praksi ESČP v zvezi s tem uveljavila izraza zasebni agent provokator in zasebna provokacija (*private entrapment*). Kljub podobnemu poimenovanju ESČP položaja preiskovalnih novinarjev ne enači s položajem uradnih preiskovalcev, ampak njihovo delovanje primerja z delovanjem zasebnikov, ki jih ni mogoče povezati z delovanjem države.

V navedenem primeru so novinarji tabloida *News of the world* po prejemu anonimnega obvestila, da v Angliji zelo priljubljeni igralec Shannon z drogo oskrbuje kroge šovbiznisa, pod krinko od igralca kupili drogo in nakup slikovno in zvočno posneli. Novinarji so po objavi članka o pritožnikovem trgovanju z drogami pridobljeni dokazni material predali policiji. Na podlagi tega gradiva je bil Shannon v kazenskem postopku obsojen na zaporno kazen.

ESČP je poudarilo, da se *entrapment operation* v primeru *Teixiera de Castro v. Portugal*,⁸⁹ ki se nanaša na primere delovanja države in agentov države, ter zasebni *entrapment*, s strani zasebnikov oziroma drugih oseb, ki so delovale povsem neodvisno od države, razlikujeta. Poudarilo je, da v primeru *Shannon* država nikakor ni sodelovala pri pridobivanju dokazov, temveč (s prevzemom dokazov od novinarja in predložitvijo dokazov sodišču) le pri njihovi »uporabi«. Čeprav se je novinar ukvarjal z raziskovanjem trgovanja z mamili in s prikritim delovanjem že večkrat priskrbel pomembne dokaze za obsodbe v kazenskih postopkih, ga ESČP (zaradi odsotnosti povezave z državo v fazi pridobivanja dokazov) ni štelo za agenta države.⁹⁰

Kljub temu da se novinar v nobenem od predhodnih primerov zaradi prikritih preiskovalnih metod ni znašel v kazenskem postopku pred angleškimi sodišči, to po oceni ESČP še ne pomeni, da zaradi uporabe tako pridobljenih dokazov pod določenimi pogoji kazenski postopek v smislu 6. člena ne bi mogel biti nepošten. Za tako oceno je bilo pomembno: (1) da je angleško sodišče pred odločitvijo o uporabi dokazov (z zaslišanji prič, med katerimi so bile tudi priče, ki jih je predlagal obdolženi, in z navzkrižnim zaslišanjem obdolženca) temeljito preverilo vse okoliščine glede njihovega pridobivanja, (2) da je pripustitev in uporabo dokazov na sojenju nacionalni sodnik obrazložil s tem, da obdolženi ni bil napeljan k storitvi kaznivega dejanja, temveč se je za prodajo mamil odločil povsem prostovoljno in brez kakršnegakoli novinarjevega pritiska, (3) da ni šlo za provokacijo, ker je bil igralec sposoben v pičlih 15 minutah organizirati prodajo mamila, in (4) da v kazenskem postopku nikoli ni izpodbijal avtentičnosti avdio- in videoposnetkov. Glede na vse navedene okoliščine je

⁸⁹ *Teixiera de Castro v. Portugal*, z dne 9. junija 1998.

⁹⁰ Za novinarje tabloida je bil to 89. postopek, v katerem je bila oseba obsojena zaradi izsledkov njihovih preiskav.

bil kazenski postopek zoper pritožnika pred nacionalnim sodiščem kot celota pošten.

Iz navedenih primerov izhaja, da je ESČP ocenjevanje kršitve konvencijske pravice do poštenega postopka opravilo le z vrednotenjem njihove uporabe, in ne z vrednotenjem samega načina pridobivanja dokazov. Menim, da je to posledica dejstva, da ravnanja zasebnikov in preiskovalnih novinarjev pri pridobivanju dokazov zelo jasno loči od ravnanj države. Zato bo od predhodne ugotovitve samostojnosti posameznikovega delovanja (brez napotil, nasvetov, vodstva ali okrilja države) odvisno, ali bo ESČP vrednotilo tudi sam postopek pridobivanja dokaza ali ne. Če posameznikovo delovanje poveže z državo, bo tako kot ravnanje policije ocenjevalo tudi stopnjo kršitve pravice do zasebnosti, kar je storilo v primeru *Schenk proti Švici*,⁹¹ v katerem je bil sporen dokaz, ki ga je zasebnik posnel po navodilih policijskega inšpektorja. Največjo nevarnost, da bi bil kazenski postopek, v katerem bodo uporabljeni dokazi, ki jih je pridobil zasebnik, ocenjen kot nepošten, bo po mojem mnenju pomenila ugotovljena »zasebna provokacija«.

S stališča slovenske ureditve se postavi vprašanje, kakšen pomen imajo lahko merila, ki jih je postavilo ESČP pri uporabi dokazov, ki jih je pridobil zasebnik, v slovenskem sistemu dosledne ekskluzije dokazov. ZKP namreč v drugem odstavku 18. člena med dokazi, pridobljenimi s kršitvijo določb kazenskega postopka ali ustavno določenih pravic, ne dela razlike pri tem, kdo jih je kršil – država ali posameznik. Čeprav v ZKP ni izrecnih določil glede (ne)dopustnosti uporabe dokazov, ki jih pridobijo zasebniki (saj jih za preiskovanje ne pooblašča), je uporaba tako pridobljenih dokazov v slovenskem kazenskem pravu mogoča. V praksi jih slovenska kazenska sodišča vrednotijo v dveh fazah.⁹² V prvi fazi s testom sorazmernosti vrednotijo težo samega posega z namenom in ciljem posega v pravico do zasebnosti drugega. Tehtajo med dvema ustavno varovanima pravicama, ki sta med seboj v koliziji. Če zasebnik pridobi dokaz z namenom varovanja lastnih pravic, pravica do zasebnosti drugega zaradi (nesorazmernosti) posega ne bo kršena. Če poseg v pravico do zasebnosti ne bo čezmeren, sodišče pridobljenega dokaza ne bo izločilo. Poznavanje kriterijev, ki jih v navedenih primerih uporablja ESČP, je pomembno, saj bi se v primeru obsodilne sodbe na podlagi dokaza, ki ga je pridobil zasebnik, tudi slovenski primer lahko znašel pred ESČP.

⁹¹ *Schenk proti Švici*, z dne 12. julija 1998, št. 10862/84.

⁹² Vrhovno sodišče, I Ips 43776/2010-50 z dne 13. septembra 2012, I Ips 375/2007 z dne 15. maja 2008, I Ips 5909/2011 z dne 18. julija 2013, I Ips 6335872010-170 z dne 4. oktobra 2012.

5. SKLEP

Iz analiziranih primerov izhaja, da je za ESČP najpomembnejši kriterij pri presoji ocene kršitve pravice iz 6. člena EKČP zaradi neizločitve nezakonito pridobljenega dokaza pravna relevantnost (nezakonito pridobljenega) dokaza za obsodbo. V primerih, ko dokaz ni bil odločilen za obsodbo ali ko je sodišče oprlo sodbo tudi na druge, od nezakonito pridobljenega dokaza neodvisne dokaze, je ESČP večinoma presodilo, da je bil kazenski postopek kot celota pošten. Absolutna dokazna prepoved (ne glede na relevantnost dokaza) velja le v primeru pridobivanja obdolženčeve izjave z mučenjem. Menim, da lahko to zatrdim ne glede na to, da v sodni praksi ESČP nisem našla primera, v katerem bi se to sodišče izrecno opredelilo do morebitne dokazne vrednosti z mučenjem pridobljene obdolženčeve izjave za njegovo obsodbo.

Da ESČP pri oceni poštenosti postopka izhaja iz pravne relevantnosti dokaza, je mogoče pripisati tudi dejstvu, da njegova presoja vedno sledi pravnomočni obsodbi, zato lahko naknadno oceni pomen posameznega dokaza za obsodilno sodbo. Z upoštevanjem navedenega lahko v sodni praksi ESČP izoblikovana merila oziroma dokazne prepovedi (razen v primeru izjav, pridobljenih z mučenjem) razumemo kot relativne dokazne prepovedi. Čeprav je EKČP na podlagi 8. člena URS v Sloveniji neposredno uporabno pravo, je neposredna uporaba izoblikovanih meril v slovenskem kazenskem postopku težje izvedljiva iz dveh razlogov. Prvi je, da mora slovensko sodišče ocenjevati dopustnost dokaza na podlagi predhodno normiranih dokaznih prepovedi v ZKP in procesnih jamstev v URS, ki veljajo splošno, in ne na podlagi kriterijev razsodbe, ki jih je določilo ESČP pri razsojanju posameznega primera. Drugi razlog je, da se načina presoje, ki ju uporabljajo ESČP in slovenska sodišča, razlikujeta. ESČP večinoma (razen pri absolutni dokazni prepovedi) uporablja metodo tehtanja, pri kateri ima pomen dokaza za obsodbo veliko težo, slovenska sodišča pa je v sistemu ureditve dosledne ekskluzije dokazov ne morejo uporabljati. Nedvomno pa lahko pomagajo sodiščem pri utemeljevanju in obrazložitvi sodnih odločb.

Kljub navedenemu je poznavanje kriterijev, ki jih je v praksi izoblikovalo ESČP, še posebej pomembno za zakonodajalca, saj jih je treba razumeti kot minimalne pravne standarde na področju varovanja človekovih pravic v kazenskem postopku. Čeprav ESČP odloča na podlagi posameznikove pritožbe, je treba sodbe razumeti tudi kot oceno zakonske ureditve in izvajanja kazenske procesne zakonodaje v praksi. Sklenem lahko, da slovenska ureditev na področju dokaznih prepovedi pri pridobivanju dokazov (v predstavljenih primerih, ki so v praksi sodišč najpogostejši) v praksi ESČP postavljene standarde dosega ali celo presega.

Literatura

- Ian H. Dennis: *The law of evidence*. Tretja izdaja, Sweet & Maxwell, London 2007.
- Anže Erbežnik: Vprašanje ekskluzije, primerjava Evropskega sodišča za človekove pravice ter slovenskega in hrvaškega sistema, v: *Revus*, Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava, (2009) 11, str. 183–208.
- Robert Esser: *Auf dem Weg zu einer europäischen Strafverfahrensrecht: Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strasbourg*. De Gruyter Recht, Berlin 2002.
- Primož Gorkič: Odpoved procesnim jamstvom v kazenskem postopku: vprašanje njihove razpoložljivosti, v: *Pravnik*, 65 (2010) 11-12, str. 793–814.
- Christoph Grabenwarter: *Europäische Menschenrechtskonvention*. Druga izdaja, C. H. Beck, München 2005.
- Nicholas Greif: *Case Analysis: The Exclusion of Foreign Torture Evidence, A qualified Victory for the Rule of Law*, v: *European human rights law revue*, (2006) 2, str. 200–216.
- Sverre Erik Jebens: *Illegally obtained evidence in criminal cases: an analysis on the basis of three Grand chamber judgments*, v: *The European Convention on Human rights, a living instrument*, v: *Essays in honour of Christos L. Rozakis, Dean Spielmann, Marialena Tsirli, Panayotis Voyatzis* (ur.). Bruylant, Bruselj 2011, str. 219–234.
- Bećir Kečanović: *Policijska provokacija pri korupcijskih deliktih – hudičev o seme sadežev zastrupljenega drevesa?*, v: *Pravnik*, 56 (2001) 9-10, str. 626–642.
- Goran Klemenčič: *Procesne dileme pri korupcijskih kaznivih dejanjih – policijska provokacija*, v: *Podjetje in delo*, XVI (2000) 6-7, str. 1041–1050.
- Hans Heiner Kühne: *Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*. Osmo, prenovljena in razširjena izdaja, C. H. Müller, Heidelberg 2010, 4. poglavje, str. 532–558.
- Monica Macovei: *Freedom of expression – a guide to the implementation of article 10 of the European Convention on Human Rights*, v: *Human right handbooks*, (2004) 2, str. 29–34.
- Simon McKay: *Entrapment: competing views on the effect on the Human Rights Act on English criminal law*, v: *European human rights law review*, (2002) 6, str. 764–774.
- Dean Spielmann: *Article 6 ECHR in Criminal Proceedings, Recent Developments*, v: *New Journal of European Criminal Law*, prva izdaja (2010) 3, str. 297–304.

- Katja G. Šugman: Ekskluzija dokazov in doktrina sadežev zastrupljenega drevesa, v: Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, LIX (1999), str. 377–396.
- Katja G. Šugman: Kritična predstavitev ureditve izločanja dokazov po Zakonu o kazenskem postopku, v: Pravniki, 56 (2001) 4-5, str. 199–216.
- Andreja Tratnik: Sadež zastrupljenega drevesa ni bil dovolj strupen, v: Pravna praksa, 29 (2010) 24-25, str. 32–33.
- Stefan Trechsel (s pomočjo Sarah J. Summers): Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Vera Warnking: Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht. Peter Lang, Frankfurt na Majni 2009.
- Boštjan M. Zupančič: O razlagi sodnih precedensov in sodb ter posebej sodb Evropskega sodišča za človekove pravice, v: Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava, (2004) 2, str. 9–27.

WATSON O SLABOSTIH AMERIŠKEGA PRAVNEGA IZOBRAŽEVANJA

Alan Watson: The Shame of American Legal Education. Dosije,
Beograd 2005, 175 strani.

Recenzija kakega dela se redko začne z opravičilom bralcem. Ker gre tokrat za delo, ki je luč sveta prvič ugledalo pred skoraj desetimi leti, je takšno opravičilo morda primerno. Kljub znatnemu zamiku pa se mi zdi predstavitev Watsonove knjige za slovenske bralce vseeno zanimiva, saj njena vsebina s potekom časa ni izgubila svoje aktualnosti, spodbuda h kritičnemu razmisleku o stvareh, ki smo se jih naučili sprejemati kot samoumevne, pa ni danes nič manjša, kot je bila ob njenem izidu. In končno, tista provokativnost, s katero Watson v tem delu ne skopari, ni v vsem tem času izgubila prav nič svoje ostrine.

Govoriti o sramoti ameriškega pravnega izobraževanja bo za mnoge bogokletno. A kritike tokrat ne izreka zaprašen evropski akademik, ki bi mu lahko očitali strah pred »modernim« – kar je dandanes priljubljen odgovor na izpostavljanje slabosti ameriškega sistema pravnega izobraževanja. Avtor kritike je Alan Watson, svetovno priznani strokovnjak za rimsko pravo, pravno zgodovino in primerjalno pravo, ki je več kot dvajset let poučeval v Združenih državah Amerike, sprva na ugledni pennsylvanijski pravni fakulteti, nato pa na Univerzi zvezne države Georgia, kamor se je zaradi družinskih razlogov preselil in postal njen zaslužni profesor. Watson je avtor vrste vplivnih znanstvenih del¹ in ima častne doktorate univerz v Edinburghu, Glasgowu, Pretorii, Palermu, Beogradu in Stockholmu.

¹ Naj jih primeroma navedem le nekaj: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (University of Georgia Press, 1974), v kateri je skoval slavni izraz pravne presaditve (*legal transplants*), ki je postal *terminus technicus* primerjalnega prava; *Society and Legal Change* (Scottish Academic Press, 1977), *The Evolution of Western Private Law* (Johns Hopkins University Press, 2000), *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity* (2. izdaja, University of Pennsylvania Press, 1998) ter *Legal History and a Common Law for Europe* (Institutet för rättshistorisk forskning, 2001).

Delo, ki sem se ga namenil predstaviti, je bilo že pred izidom deležno trnove poti iskanja založnika. Alan Watson je zveneče ime in je zlahka pridobil založnike za vrsto svojih znanstvenih monografij, danes standardnih referenčnih del na področju rimskega prava, pravne zgodovine in primerjalnega prava. Z objavo recenziranega dela pa je imel več preglavic. V Združenih državah Amerike je kar leto in pol brez uspeha iskal založnika za pričujoče delo, v katerem je kritično ocenil stanje ameriškega pravnega izobraževanja. Knjiga je na koncu izšla pri beograjski založbi Dosije.² Šele dve leti kasneje je prodrla tudi na ameriški trg pod okriljem floridske založbe Vanderplas, ki zagotovo ne spada v smetano ameriškega pravnega založništva.

Delo nikakor ni sistematična analiza ameriškega izobraževalnega sistema na področju prava. Čeprav je avtor za nekatera poglavja opravil temeljit pregled določenih gradiv (na primer predstavitev publikacij različnih ameriških pravnih fakultet), je delo v celoti bolj zbirka vtisov kritičnega duha, ki opozarja na najbolj kričeče primere nesmislov in pomanjkljivosti v sistemu, ki si ga je pred kratkim tudi Evropska unija (z njo pa mi, v dobrem in v slabem) vzela za zgled pri zasnovi bolonjske reforme.

Prvi resen problem, ki ga Watson vidi v samem jedru ameriškega modela pravnega izobraževanja, je *sokratična metoda*. Ob koncu devetnajstega stoletja jo je razvil Christopher C. Langdell, dekan harvardske fakultete, ki je skušal pri poučevanju prava uporabiti »znanstveno« metodo. Pri tem si je pravo predstavljal strogo formalistično: v temelju prava obstaja maloštevilen nabor pravnih doktrin ali splošnih pravnih pojmov, ki jih lahko razberemo iz bogatega empiričnega gradiva sodnih odločb.³ Pot od konkretnih sodnih odločb do temeljev prava je nato dosledno logična. Tudi zato je Holmes Langdella opisal kot »največjega živečega teologa«.⁴ Jedro te metode je poučevanje na podlagi konkretnih primerov, ki jih morajo študenti pred predavanji analizirati, na predavanjih pa jih učitelj z domišljenim sosledjem vprašanj vodi do želenega spoznanja o konkretnem primeru. Takšna metoda poučevanja prava je na ameriških fakultetah še danes močno prisotna (čeprav se krepijo pozivi, da bi jo opustili). Watson nam naniza vrsto tehničnih pomislekov proti takšne-

² To je tudi delo, ki sem ga imel pred seboj; strani se nanašajo na to izdajo. Naj omenim, da se v Dosijejevi izdaji pojavljata dve letnici: 2004 in 2005. Ker Watson na svoji domači spletni strani navaja kot letnico izida 2005, sem tako ravnal tudi sam.

³ Prim. npr. Neil Duxbury: *The Patterns of American Jurisprudence*. Clarendon Press, Oxford 2001, str. 11–18, in Gerald J. Postema: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York 2011, str. 49–50.

⁴ Oliver Wendell Holmes: *Book notices*, v: *American Law Review*, 14 (1880), str. 234.

mu pristopu, ki mu pravi »poučevanje z ustrahovanjem« (str. 25).⁵ Ključna pomanjkljivost metode se mu zdi trganje primera iz širšega konteksta prava in popolno zanemarjanje – kot bi rekli v Evropi – doktrinarne in širšega vrednostnega ozadja. Kako naj študent, se sprašuje Watson, ponudi pravilen odgovor, če ne pozna veljavnega prava, ki bi ga moral uporabiti, če ne ve, ali je konkretni primer, ki ga rešuje, tipičen ali pa le zanimiva, vendar povsem izjemna odločitev sodišča, če nima priložnosti preučiti celotnega primera (navadno so v učnem gradivu podani le odlomki primerov⁶) in če profesorju v zvezi s primerom ne sme postavljati vprašanj (kar je baje dokaj pogosta praksa).⁷ Sokratična metoda je značilna predvsem za prvo leto (navadno triletnega) pravnega študija, pomembno pa zaznamuje tudi poučevanje predmetov v višjih letnikih. Čeprav Watson ne zanika, da ta metoda deloma spodbuja analitične sposobnosti študentov, pa hkrati opozarja, da je neprimerna za posredovanje znanja, saj se v prvi vrsti osredotoča na metodo, zanemarija pa vsebino. Študenti so tako pripravljeni za analizo konkretnih primerov, primanjkuje pa jim znanja o temeljih prava (tako imenovanih splošnih pravnih pojmi), vsebini veljavnega prava in splošnih pravnih načelih, ki niso vezana le na konkreten primer. Učenje prava – trdi Watson – le s pomočjo (skrajšanih) primerov, ne da bi jih umestili v širši pravni sistem, ter ob odsotnosti širše teoretične strukture nam posreduje izkrivljeno sliko prava (str. 42). Plod tega so po njegovem mnenju tako slabo izobraženi diplomanti brez splošne razgledanosti po pravu, da se ne boji zapisati celo provokativne trditve, da imajo študenti prvega letnika beograjske pravne fakultete (kjer je avtor pogost gost) bolj pretanjeno razumevanje razmerja med družbo in pravom, zgodovinskih izhodišč prava, vpliva tujega prava na domači pravni red ter delovanja prava v družbi kot diplomanti ameriških pravnih fakultet (str. 175).

Druga plat sokratične metode so *casebooks*, zbirke (skrajšanih) primerov, ki skoraj v celoti nadomeščajo učbenike, kakršne poznamo v kontinentalni Evropi. Watsonovi načelni pomisleki zoper takšne zbirke so pravzaprav enaki kot pri sokratični metodi, zanimivi pa so konkretni primeri, s katerimi pokaže

⁵ Ponazoritev te izkušnje si lahko cineasti ogledajo v filmu *The Paper Chase* iz leta 1973 (nanj me je opozoril Matej Accetto, za kar se mu lepo zahvaljujem).

⁶ Kar pomeni, da so lahko bolj ali manj pomembni deli sodne odločbe izpuščeni. In končno, tudi pri še tako celoviti obrazložitvi sodne odločbe bo sodnik izbral, katera dejstva iz spisa bo omenil. Prim. Michael H. Hoeflich: *On Reading Cases: The Law Student in Wonderland*, v: *Syracuse Law Review*, 42 (1991), str. 1164–1165 (o izbiranju dejstev) in 1176 (lepa ponazoritev, kako odločilna je lahko izbira odlomkov, ki so vključeni v zbirko primerov).

⁷ Podobno meni tudi znani pravni filozof Brian Leiter, ki sokratično metodo opiše kot »škandal ameriškega pravnega izobraževanja«; prim. <http://leiterreports.typepad.com/blog/2003/10/the_socratic_me.html> (25. 7. 2014).

na slabosti tako zasnovanih del. V ilustracijo nam, denimo, ponudi zadevo *Armory v. Delamirie*, ki jo povzame iz enega pogosto uporabljenih ameriških učbenikov pri predmetu *property*. V zadevi je leta 1722 razsodilo angleško sodišče. Iz primera (ti pogosto niso komentirani) namreč ni mogoče razbrati, kakšen pomen ima za ameriško pravo konkretni primer. Je še vedno veljaven precedens? Kakšna je torej pravna veljava odločitev tujih sodišč v ameriškem pravnem redu? Je v konkretnem primeru pomembna okoliščina, da je bilo v primeru odločeno pred ameriško revolucijo? Bi imela odločitev sodišča enak pomen, če bi šlo za kasnejši primer? Študenti so po Watsonovem mnenju prikrajšani za ključne informacije, ki jih potrebujejo za razumevanje pravnega sistema in njegovega delovanja. Watson seveda ne zanika koristnosti analiziranja konkretnih primerov, trdi pa, da bi jih morali uporabljati kot ilustracijo in pojasnilo, ne pa kot izhodišče študija.

Šibkosti izobraževalnega sistema so deloma vzrok, deloma pa posledica *ljudi, ki pravo učijo*. Medtem ko je v kontinentalni Evropi za zaposlitev na pravni fakulteti ključnega pomena določena mera specializacije, pa dajejo po Watsonovem mnenju ameriške pravne fakultete prednost tistim kandidatom, ki so pripravljeni učiti obvezne predmete prvega letnika (str. 100), neodvisno od njihovih znanstvenih dosežkov na konkretnih področjih. Tudi sicer naj bi bila splošna razgledanost povprečnega profesorja prava v Združenih državah nizka, njegova specializacija (ko jo pridobi) pa pogosto sila ozka. Na splošno je Watson izrazito kritičen do znanstvene ravni ameriške univerzitetne sretnje. V posebnem poglavju (8. poglavje, str. 131–171) nam na primeru treh uglednih avtorjev (A. Arthur Schiller, Morton Horwitz in Duncan Kennedy) ponazori svoje pomisleke. V delih vseh treh avtorjev je namreč mogoče prebrati trditve ali teze, ki po Watsonovem mnenju ne zdržijo niti najbolj površne pravnozgodovinske analize. Bolj skrb zbujajoče pa je, nadaljuje Watson, da je te trditve povsem nekritično povzemala vrsta drugih profesorjev prava, ki posameznih tez niso samostojno preverili (za kaj takšnega jim po Watsonu tudi manjka splošne razgledanosti), temveč so se preprosto oprli na »avtoriteto«, ne da bi vanjo podvomili. Očitana ozka specializacija, nizka raven kritičnega znanstvenega dela in pomanjkanje splošne razgledanosti pripeljejo Watsona do nepričakovano ostrega sklepa (str. 47): »Na splošno si ameriški profesorji prava želijo in hočejo biti 'vodovodarji' [beri: obrtniki], hkrati pa si želijo, da bi jih imeli za filozofe.«

Še eno pomanjkljivost ameriškega izobraževalnega sistema Watson prepozna v instituciji *Law Reviews*, pravnih revij, ki jih urejajo študenti (navadno višjih letnikov) pravnih fakultet. *Law Reviews* imajo v ameriškem svetu skoraj kultni status. Objavljanje v njih je pogoj za uspešno akademsko kariero in šteje več kot objava v katerikoli drugi pravni reviji, kjer mora članek prestat recenzije

drugih pravnih strokovnjakov, in ne (zgolj) študentov prava. Watson – na pol za šalo – v celotni ustanovi prepozna priložnost študentov, da se »maščujejo profesorjem« (str. 93), ki so jih v prvem letniku ustrahovali s sokratično metodo, a hkrati naniza tudi vrsto tehtnih pomislov zoper takšno zasnovo pravnih revij. Očitno slabost prepozna v nekvalificiranosti urednikov, ki preprosto nimajo potrebnega znanja, da bi ovrednotili članke, ki jih prejmejo. Zato se zanašajo na privlačne naslove, aktualnost teme, ugled avtorja ali institucije, od koder prihaja (str. 94–97), ne pa na znanstveno kakovost dela, ki ga niti ne znajo oceniti.

Delu je dodan epilog, v katerem avtor enako kritično opiše klavno podobo škotskega modela pravnega izobraževanja v času, ko je sam študiral na pravni fakulteti v Glasgowu. Če sklepamo po nanizanih anekdotah, je bil pravni študij na Škotskem v petdesetih letih mešanica kafkavske izkušnje in burleske, a vendar, trdi avtor, se danes lahko kosa s pravnim študijem kjerkoli v Evropi. »Sprememba je mogoča, čeprav je težavna,« sklene Watson in naniza nekaj konkretnih predlogov za izboljšavo ameriškega sistema pravnega izobraževanja (str. 173–174).

S predstavitvijo glavnih poudarkov Watsonovega dela vsebina še zdaleč ni izčrpana. Kritični poudarki so pogosto ilustrirani z zanimivimi primeri iz pravne zgodovine, rimskega in primerjalnega prava. Res je, da bogastvo znanja avtorja mestoma zavede v preobsežne digresije, ki zameglijo rdečo nit dela, in da se nekateri poudarki na različnih mestih v knjigi večkrat ponovijo, kar daje občutek, da je delo nastajalo kot kolaž, in ne kot organska celota. Čeprav je delo te vrste obsojeno na posploševanje, je avtorju treba priznati, da se tega zaveda in bralca na to pogosto opozori.

Posebna vrednost dela je zagotovo v avtorjevi kritičnosti in pripravljenosti, da pretrese vse navidezne samoumevnosti, ki se v dolgih desetletjih nakopičijo v vsakem izobraževalnem sistemu, čeprav morda le niso tako zelo samoumevne. Bralec, ki bo knjigo bral kot nov evangelij, ki razkriva vso Resnico o ameriškem pravnem študiju, bo zgrešil njen namen. Gre za izziv kritičnega misleca, da premišljujemo o tem, kako izboljšati izobraževanje pravnikov. Veselim se dneva, ko bo enako kritično delo izpod peresa podobno razgledanega in procljivega pisca pod drobnogled vzelo samoumevnosti našega (kontinentalnega evropskega) pravnega študija.

Aleš Novak,
univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

HORIZONTALNO UČINKOVANJE USTAVNIH PRAVIC V NEMČIJI IN RUSIJI

Anastasia Berger: Die Bindung der Bürger an die Grundrechte, Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Russland, Duncker & Humblot, Berlin 2014, 271 strani.

Predstavljeno delo (slovenski prevod bi bil »Vezanost državljanov na ustavne pravice – pravna primerjava med Nemčijo in Rusijo«) je še eno v vrsti mnogih (vsaj na nemškem govornem območju), ki se ukvarjajo s (posredno ali neposredno) vezanostjo državljanov na ustavne pravice – gre za vprašanje t. i. horizontalnega učinkovanja ustavnih pravic. Avtorica Anastasia Berger (roj. Tarasova, leta 1984 v Moskvi) je knjižno objavo pripravila na podlagi svoje doktorske disertacije, ki jo je zagovarjala na pravni fakulteti Univerze v Regensburgu leta 2013. Delo odlikujeta izvirnost nekaterih pristopov k obravnavani tematiki in poglobljen primerjalnopravni vidik. Knjiga obsega 271 strani in je razčlenjena na pet delov: (A) Uvod (*Einleitung*), str. 17–25; (B) Učinkovanje ustavnih pravic na zasebno pravo v nemški pravni teoriji in sodni praksi (*Die Wirkung der Grundrechte auf das Privatrecht in der deutschen Rechtstheorie und Rechtsprechung*), str. 26–45; (C) Vezanost zasebnopravnih subjektov na ustavne pravice v ruski pravni teoriji in sodni praksi (*Die Bindung der Privaten an die Grundrechte in der russischen Rechtstheorie und Rechtsprechung*), str. 47–192; (D) Zaključki (*Schlussfolgerungen und Ausblick*), str. 198–205; (E) Povzetek (*Zusammenfassung*), str. 208–218.

V Uvodu so načrtana izhodišča dela. Pospremi ga misel Karla R. Poppra (str. 17), da je »civilno pravo pomembna dobrina, katere cilj je uresničevanje osebne svobode brez oblasti«. Vendar pa avtorica hkrati doda, da so civilnopravna razmerja med posamezniki samo navidezno odmaknjena od države. V resnici namreč država vpliva tudi na civilnopravna razmerja – bodisi z ustvarjanjem pravne podlage (civilnopravnih norm) bodisi s (sodnim ali zunajsodnim) uresničevanjem teh pravnih norm. Pri tem pa mora zakonodajalec spoštovati ustavne pravice (tretji odstavek 1. člena nemškega Temeljnega zakona – *Grundgesetz*, v nadaljevanju GG), enako tudi sodišča pri odločanju v sporih. Že iz

tega dejstva avtorica zaključuje, da lahko civilno pravo obstaja samo temelječ na ustavi oziroma v soglasju z njo. To misel dodatno podkrepi z dejstvom, da je mogoče vložiti ustavno pritožbo (prvi odstavek 93. člena GG) in začeti ustavnosodno presojo norm (100. člen GG). Prav zaradi navedenega po njenem mnenju ni mogoče povsem ločevati civilnega in ustavnega prava. Zakonodajalec mora tudi (ali še posebej) spoštovati ustavne pravice pri spremembah civilnopravne zakonodaje, enako tudi sodišča, kadar presojuje civilnopravno razmerje. Ponovi spoznanje, da v nemški pravni znanosti ne gre več za vprašanje, ali ustavne pravice učinkujejo med zasebniki ali ne (o tem namreč ni več nobenega dvoma) (*Drittwirkung der Grundrechte*), temveč gre samo (še) za vprašanje, kako to učinkovanje ustavnih pravic utemeljiti. Ta razprava pa v Nemčiji poteka že vse od petdesetih let prejšnjega stoletja. Nemškim idejam avtorica dodaja primerjavo z rusko ureditvijo, pri tem pa že na začetku razreši številne terminološke razlike. Zastavi si temeljna vprašanja svojega znanstvenega dela: ali ustavne pravice tudi v Rusiji učinkujejo med zasebnopravnimi subjekti – posredno ali neposredno; če učinkujejo, na kakšen način; kakšne so razlike in podobnosti med nemškim in ruskim modelom (str. 17–25).

V drugem delu (B) predstavi nemško teorijo in sodno prakso glede učinkovanja ustavnih pravic med zasebnopravnimi subjekti oziroma tako imenovanega horizontalnega učinkovanja (str. 26–46). Zaradi vertikalne zasnove razmerja med državo in posameznikom (ustavne pravice kot obrambne pravice – *Abwehrrechte* nasproti državi) je bilo treba namreč poiskati rešitve za vzpostavitev horizontalnega učinkovanja ustavnih pravic. Predstavljene so klasične teorije posrednega (glavni predstavnik teorije je *Dürig*) in neposrednega učinkovanja (glavni utemeljitelj teorije je *Nipperdey*) ustavnih pravic (str. 27–36), pa tudi sodna praksa, zlasti primer *Lüth* nemškega Zveznega ustavnega sodišča (BVerfGE 7, 198) (str. 36–40). Podrobneje je obravnavana geneza pojma *Drittwirkung*, ki v nemški pravni teoriji označuje vezanost državljanov na ustavne pravice. Po prevladujočem mnenju, zlasti glede na tretji odstavek 1. člena GG, učinkujejo ustavne pravice sicer le v vertikalnem razmerju med državljanom in državo. Drugi zasebnopravni subjekti so označeni kot tretji (*Dritten*), saj nekako zgolj pristopajo v to razmerje. Na tej podlagi se problematika vezanosti državljanov na ustavne pravice transformira v vprašanje glede možnosti in vrste učinkovanja na zasebno pravo. To pa naj bi po avtoričinem mnenju pomenilo, da pojem *Drittwirkung* pravzaprav sploh ni ustrezen, saj če predpostavimo, kot navaja avtorica, da ustavne pravice zavezujejo tudi zasebnopravne subjekte, potem ti niso (zgolj) tretji, temveč so poleg države ravno tako zavezani spoštovati ustavne pravice. Avtorica predlaga zamenjavo navedenega pojma s horizontalnim učinkovanjem ustavnih pravic med zasebnopravnimi subjekti oziroma celo z »absolutnim učinkovanjem ustavnih pravic« (*absolute Wirkung der Grundrechte*). Po njenem mnenju si je mogoče teoretično zami-

sliti učinkovanje katerekoli ustavne pravice v zasebnem pravu, prav tako naj iz učinkovanja ustavnih pravic ne bi bilo mogoče apriorno izvzeti nobenega civilnopravnega področja (str. 45).

Najobsežnejši je tretji del (C), ki zajema prikaz ruske teorije in sodne prakse glede učinkovanja ustavnih pravic v zasebnem pravu (str. 47–197). Avtorica izhaja iz določb Ustave ruske federacije (*Konstitucija Rossiskoj Federaciji* – v nadaljevanju KRF). Pri tem pojasnjuje, da današnje pojmovanje ustavnih pravic v Rusiji temelji na evropskih idejah, obstajali pa so še drugi vplivi (str. 46–54). Sholastika kot filozofski tok tam ni doživela takega razcveta kot v Evropi, in sicer zaradi verskih razlik, po drugi strani pa je bila Rusija zaradi svoje geografske lege in velikosti zmeraj ob strani Evrope. Prav tako je obdobje komunizma zatrla liberalna gibanja, namesto tega pa so se pojavile ideje kolektivizma in diktature. Avtorica poudarja, da sta na tej podlagi nastala tudi sodobna ruska država in njen pravni sistem. Zato po njenem mnenju ne preseneča dejstvo, da imata ruska ustava in zasebno pravo še danes poteze avtoritarne in kolektivne državnosti. To naj bi se kazalo na primer v poudarjanju varstvene dimenzije ustavnih pravic nasproti njihovi obrambni dimenziji ali v strožji ureditvi nekatereh pravnih institutov v zasebnem pravu, kot je na primer pogodbeni prisila (*Kontrahierungszwang*) itd. V ruski ustavi se v nasprotju z GG in njegovo individualno usmeritvijo zrcalijo predstave kolektivnega sožitja v ruski družbi. Socialni element igra v ruskem ustavnem pojmovanju osrednjo vlogo, kar naj bi bilo pogojeno z večletno komunistično preteklostjo (str. 51). Avtorica poudari, da je družba v Rusiji nosilni element države oziroma njena naravna podlaga in predpostavka (hkrati). Država obstaja z namenom, da bi skupno življenje v družbi urejala in ga izboljšala. To je njen edini cilj in njena utemeljitev. Hkrati naj bi to pomenilo mejo njenega delovanja. Komunistična preteklost je pustila v novi ruski ustavi prepoznavno sled. Ruska ustava se pojmuje kot ureditev ruske družbe. Ustava se po mnenju avtorice sama prepozna kot v pravne norme prelita ureditev družbe s strani ruskega naroda, s tem pa sledi več ciljem: postavlja temeljne vrednote v družbi, smernice nadaljnjega razvoja in ne nazadnje zgradbo javnega oblastnega aparata (str. 69). Pri takem pojmovanju tako ni prostora za vzajemnost pravic in obveznosti. Z zornega kota ustavnopravnega pojmovanja prepušča posameznik del svojih prirojenih pravic državi, ki uresničuje varstvo in varnost za državljana. Iz dolžnosti varstva države izhaja dolžnost državljana, da spoštuje pravne norme, norme vedenja, ki jih postavi država. Legitimacija državne oblasti temelji izključno na zagotavljanju njenih varstvenih dolžnosti. Samo za ta namen sme država državljanom naložiti dolžnosti (str. 51–53).

Ustavne pravice imajo po ruski ustavi dvojno vlogo: tvorijo vsebino in mejo državnega ravnanja, hkrati pa tudi mejo človeškega ravnanja. V tej funkciji

se zrcali narava ustave kot »družbene ureditve«, ki je poklicana k vzpostavitvi in vzdrževanju notranjega miru in ustavnopravnega reda. V ta namen določa ustava tudi možnost sorazmerne omejitve ustavnih pravic v korist družbeno pomembnih ciljev v smislu tretjega odstavka 55. člena KRF (str. 122–125). Avtorica na podlagi prikaza sklone, da je ruski državljani neposredno vezan na ustavne pravice in da se ustavne pravice neposredno uporabljajo v razmerjih med državljani. Ustavne pravice državljanov imajo poleg objektivne tudi subjektivno dimenzijo, tako zoper državo kot zoper druge državljane (str. 75 in naslednje). Ustava Ruske federacije določa v prvem stavku prvega odstavka 15. člena neposredno učinkovanje. Ustavne pravice učinkujejo skladno s prvim stavkom 18. člena KRF neposredno.

Ustavne pravice kot take so ustavnopravni institut in jih zasebno pravo skladno z drugim stavkom 2. člena KRF v zvezi z drugim odstavkom 2. člena Civilnega zakonika Ruske federacije (*Grazhdanskij Kodeks Rossijskoj Federacii* – GKRF) šteje kot varuhe dobrin. V obliki materialnih in imaterialnih pravnih dobrin tvorijo objekte zasebnega prava (*die Grundrechte als Objekte des russischen Privatrechts*, Art. 2 Abs. 2 GKRF, str. 128–131). Subjektivne osebne pravice so dane državljanom glede na pojmovanje zasebnega prava kot sredstva za varstvo teh ustavnih dobrin v smislu drugega stavka 2. člena KRF v zvezi s prvim odstavkom 2. člena GKRF. S tem ustavne pravice Ruske federacije po mnenju avtorice tvorijo podlago zasebnopravni ureditvi. Tako se npr. 150. in 151. člen GKRF zavestno štejeta kot izraz ustavnopravnih določb v GKRF. Ruska ustava je s tem osrednji in neposredni vir zasebnopravne ureditve (*die Verfassung als Quelle des Privatrechts*, str. 122–125). Določbe zasebnega prava urejajo zagotavljanje ustavnih pravic v obliki zasebnega prava in so s tem uvrščene v splošni sistem ustavnopravne ureditve. Ustava Ruske federacije tvori temeljno pravno normo (*eine Basis-Rechtsnorm*). Na njeni podlagi in v njenem okviru se razvijajo specialne norme zasebnega prava.

Pravne dobrine zasebnega prava se po avtoričinem mnenju v ruskem ustavnem pravu pojmujejo kot neposredni izraz ustavnopravnih pravic in svobodščin (str. 128 in naslednje). Zakonodajalec z vključevanjem ustavnih pravic v krog objektov zasebnega prava po drugem odstavku 2. člena GKRF izpolnjuje predvsem svojo varstveno dolžnost v smislu drugega stavka 2. člena KRF. To dela tako preventivno (z urejanjem pravnih razmerij, ki zadevajo te pravice) kot represivno (s civilnopravnim sankcioniranjem protipravnega ravnanja). Po drugi strani pa na civilnopravnem področju izpolnjuje tudi nalogo urejanja v smislu tretjega odstavka 55. člena in tretjega odstavka 17. člena KRF v razmerju med pravnimi položaji različnih subjektov ustavnih pravic, s tem ko določa mejo uresničevanja pravic med zasebnopravnimi subjekti.

Avtorica navaja, da naj bi bila tudi pogodbeni prisila namenjena (zgolj) uresničevanju nalog države, da varuje pravice državljanov (str. 160). Pogodbeni prisila pomeni omejevanje pogodbene svobode, vendar s ciljem uresničevanja pravic drugih in načela socialne države v smislu prvega odstavka 7. člena KRF. V tem smislu se civilno pravo pojmuje kot konkretizacija in uravnoteženje ustavnih pravic. Vplivi sovjetske preteklosti so tu še posebej izraziti. Vendar avtorica spomni, da tudi nemški teoriji takšne predstave niso povsem tuje in da je za izravnavo določenih interesov v zasebnem pravu treba poseči po vnosu tovrstnih instrumentov (str. 162–166). Po njenem mnenju pomeni prepoved zlorabe prava v smislu prve alineje prvega odstavka 10. člena GKRF prav tako implementacijo ustavnopravnega načela v smislu tretjega odstavka 17. člena KRF v zasebnem pravu (str. 167). To načelo je načelo uporabe prava in ni temeljno načelo zasebnega prava v smislu 1. člena GKRF. Tu pride znova do izraza neposredno učinkovanje ustavnih pravic na zasebno pravo. Iz navedenega namreč lahko po mnenju avtorice sklepamo, da so državljani zavezani v zasebnopravnem prometu vzajemno spoštovati ustavne pravice. Tudi ruska sodišča neposredno uporabljajo tretji odstavek 17. člena KRF v primeru, če specialna pravna podlaga ne obstaja (str. 174).

Javnopravno urejanje civilnega prava naj bi v skladu z ustavnopravno nalogo izravnalo ekstreme zasebnega pravnega prometa oziroma egoistične interese v dobro mirnega skupnega življenja v družbi (str. 131 in naslednje). To naj bi veljalo tudi v Nemčiji. Avtorica omenja še eno posebnost ruskega zasebnega prava. Država v zasebnopravnem prometu deluje kot zasebnopravni subjekt (s pravicami in obveznostmi), kar pomeni, da je dolžna spoštovati ustavne pravice. Namreč, po drugem odstavku 15. člena in drugem stavku 18. člena KRF so zasebnopravni subjekti zavezani spoštovati ustavne pravice. Tako se država v »zasebni« obliki prav tako ne more izogniti (*eine »Flucht ins Private«*, str. 125) dolžnosti spoštovanja ustavnih pravic (str. 125–128).

Avtorica sklene, da opravljena pravna primerjava med nemškim in ruskim ustavnim sistemom kaže, da uresničevanje ustavnih pravic ne pomeni nujno zagotavljanja zasebnopravne avtonomije, temveč (prav tako ali nasprotno) varovanje državljanskih svoboščin (str. 218).

Objavljeno delo ima v prilogi tudi besedilo Ustave Ruske federacije iz leta 1993 (str. 219–255). Zaradi sistematičnega pristopa in izvirne primerjave funkcij ustavnih pravic je predstavljeno delo vsekakor pomembna osvežitev branja v teoriji ustavnih pravic.

Boštjan Tratar,
univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
generalni državni pravobranilec

AVTORSKI SINOPSIS*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 343.13/.14:343.272(497.4)

GORKIČ, Primož: Dokazovanje v postopku odločanja o odvzemu premoženjske koristi in premoženja**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 9-10**

Avtor se v prispevku posveča aktualnim procesnopравnim vprašanjem kazenskopravnega odvzema premoženjske koristi, ki je (zlasti) materialnopravno v zadnjih letih doživel pomembne spremembe. Pri tem izhaja iz različnih materialnopravnih in procesnopравnih podlag in obravnava vprašanja veljavnosti domneve nedolžnosti, dokaznega standarda, odločanja po prostem preudarku in uporabe obtožnega načela. Posebno pozornost namenja procesnim vidikom razširjenega odvzema premoženjske koristi, ki jih obravnava skozi prizmo uveljavljenih stališč Evropskega sodišča za človekove pravice in nekaterih primerjalnopravnih primerov.

Original Scientific Article

UDC: 343.13/.14:343.272(497.4)

GORKIČ, Primož: Evidence-Taking in Criminal Forfeiture Procedures**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 9-10**

Last amendments to Criminal Code and its provisions on criminal forfeiture have significantly altered its scope. The paper focuses on procedural implications of recent developments in Slovenian law, drawing from different solutions adopted in substantive criminal law that require different procedural outlines. The paper deals with issues of presumption of innocence, standards of proof, accusatory principle and discretionary powers of the courts. Special attention goes to newly introduced forms of extended confiscation. Their procedural implications have been scrutinised in the light of ECtHR case-law and relevant comparative solutions.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 341.98:061.1EU

**TURIČNIK, Edita: Pravne posledice kršitve dolžnosti predložiti
Sodišču EU vprašanje v predhodno odločanje****Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 9-10**

Glede na decentraliziran značaj pravnega reda EU, so vsa nacionalna sodišča držav članic EU hkrati redna sodišča v zadevah prava EU in morajo kot taka zagotoviti učinkovito pravno varstvo pravic posameznikov, ki za slednje izhajajo iz prava EU. Z namenom, da se tudi v postopkih pred nacionalnimi sodišči zagotovi poenotena uporaba prava EU in zlasti, da se prepreči morebitna različna razlaga določb prava EU, je v členu 276 PDEU določen postopek za predhodno odločanje. Na podlagi omenjenega člena nacionalna sodišča lahko (in v določenih primerih morajo) Sodišču EU predložiti vprašanje v predhodno odločanje ter v njem zaprositi za razlago pomena ali odločitev o veljavnosti pravne norme EU, saj je Sodišče EU izključno pristojno, da o tem odloča. V predmetnem prispevku je najprej na kratko pojasnjeno, kdaj obstaja pravica in kdaj dolžnost nacionalnih sodišč, da postavijo vprašanje za predhodno odločanje in katere so izjeme od te dolžnosti. Glavna tema prispevka pa je osredotočena na možna pravna sredstva, ki lahko sledijo, če nacionalna sodišča ne spoštujejo svoje obveznosti iz člena 267 PDEU. Avtorica zaključi z ugotovitvijo, da obravnavana pravna sredstva sicer lahko okrepijo načelo primarnosti in učinkovitosti prava EU, vendar jih vseeno ne bi smeli obravnavati kot alternativo postopku predhodnega odločanja.

Original Scientific Article

UDC: 341.98:061.1EU

**TURIČNIK, Edita: Legal Consequences for not Referring
a Question for Preliminary Ruling****Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 9-10**

According to decentralized character of the EU legal system, national courts are the ordinary courts in matters of EU law and should as such guarantee effective legal protection of individual's rights deriving from EU law. To ensure uniform application of EU law provisions and especially to prevent possible divergent interpretations, a preliminary ruling procedure was created, found in Article 267 TFEU. On the basis of the mentioned Article national courts may, and sometimes must, refer a question to the CJEU and ask for clarification of the meaning or review of the validity of an act of EU law, which is of relevance to the case upon which national courts need to adjudicate, since the CJEU has an exclusive monopoly of interpretation on questions of EU law. This Paper first shortly examines, when national courts have the right and when the duty to refer question to the CJEU and which are exceptions to this obligation, but the main topic of the paper is focused on the possible legal consequences which may follow, if national courts do not fulfil their obligations under Article 267 TFEU. The author concludes, that those possible remedies are indeed able to strengthen the principles of primacy and effectiveness of EU law; notwithstanding, they should not be considered as an alternative for preliminary ruling proceedings.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 347.44(497.4)

GEORGIEVSKI, Tina: Oblikovalna tožba za zmanjšanje pogodbenih obveznosti**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 9-10**

Oblikovalne pravice so usmerjene v nastanek, odpravo in spremembo pravnega razmerja. Slednje imenujemo »spreminjevalne« oblikovalne pravice. Po načinu uresničitve razlikujemo oblikovalne pravice, ki se uresničijo z enostransko izjavo volje (»opcijske« oblikovalne pravice), pri katerih učinek spremembe (oblikovalni učinek) nastopi, ko izjavo prejme oblikovalni zavezanec, in »tožbene« oblikovalne pravice, pri katerih mora oblikovalni upravičenec svojo pravico uveljaviti z oblikovalno tožbo, sprememba pa nastopi šele s pravnomočnostjo oblikovalne sodbe. Če zakon zahteva vložitev oblikovalne tožbe, se stranki lahko kljub temu za spremembo dogovorita sami, saj po Obligacijskem zakoniku »pravih« oziroma »obveznih« oblikovalnih tožb ni. Spreminjevalne oblikovalne pravice srečamo pri znižanju dogovorjene cene zaradi napak izpolnitve (*actio quanti minoris*), zmanjšanju nesorazmerno visoke pogodbene kazni in are ter prilagoditvi pravnega razmerja spremenjenim okoliščinam, nastalim po sklenitvi različnih vrst pogodb (mandatne, posredniške, licenčne, pogodbe o organiziranju potovanja, zavarovalne pogodbe itd.). V teoriji in praksi še vedno ni enotnega stališča o tem, kdaj zakon zahteva oblikovalno tožbo, zato se brez tehtnega razmisleka dopuščata tako materialnopravni ugovor kot tožba, zlasti dajatvena (včasih tudi ugotovitvena), kar ni ustrezno.

Ko so v materialnopravnem temelju prisotni trije bistveni elementi tožbenih spreminjevalnih oblikovalnih pravic, ki so (1) pravica zainteresirane stranke zahtevati spremembo, (2) nesorazmerje pogodbenih obveznosti in (3) vloga sodišča, ki o zahtevi odloči (vsaj implicitna), je za uspešno uresničitev oblikovalne pravice treba vložiti (nasprotno) oblikovalno tožbo, razen v primeru z zakonom predpisane perpetuacije ugovorov. Če tožbena spreminjevalna oblikovalna pravica ni uveljavljena z oblikovalnim tožbenim zahtevkom, je treba šteti, da je oblikovalni upravičenec sploh ni uresničil.

Review Article

UDK: 347.44(497.4)

GEORGIEVSKI, Tina: Constitutive Action for a Reduction of Contractual Obligations*Pravnik*, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 9-10

Concerning their goal, there are three different types of constitutive rights in the field of contractual law: those aiming to create, terminate and/or change a contractual relationship. The latter are forming or “modificational” constitutive rights. There are two ways to enforce a constitutive right, by a statement of the holder to the other party and by a constitutive action. The constitutive effect, which is the effect of changing an obligation of a party or the whole contractual relationship, occurs in the former case when the other party receives the statement and in the latter case with the finality of the constitutive judgment. The manner of enforcement of constitutive rights is prescribed by the Slovene Code of Obligations. It regulates their creation, among others, in the situation of change of circumstances, which has occurred after the time of signing of a contract (e.g. the agent has done little or almost no work at all in selling a house and the agreed commission is in the eyes of the principal excessive, so he wants the judge to reduce it). Even the right to reduce the disproportionate liquidated damages or earnest, agreed by the parties, as an exception of *pacta sunt servanda*, is a constitutive right. Likewise are the rights to reduce the price in consequence of a defective product or service (*actio quanti minoris*). The manner of enforcement of constitutive rights is not very clear and varies from bare objection, raised against the claim of the plaintiff, to the constitutive action before the court. When the law prescribes the three basic elements of a constitutive right: (1) the right of a party to claim, (2) the disproportion or unfairness of contractual obligation and (3) the role of the court to decide about the claim, even if it is implicit, a constitutive action should be filed in a court to enforce a constitutive right. Even in such cases the parties have the power to change their contractual relationship if both are willing to do so. In lack of consensus, the holder's obliged to file a constitutive action to enforce his right to change his obligation or contractual relationship. Bare objection should not be treated as a successful way to enforce a constitutive right prescribed by law as a right that has to be enforced through a court's judgment. The constitutive effect in these cases can be produced solely by a constitutive judgment and not otherwise.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 343.14: 342.7:341.645.5(4)

BERGANT, Katarina: Kazenskoprocesne dokazne prepovedi v sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 9-10**

V pravičnem kazenskem postopku sta si obdolženec in država enaka, kar se lahko doseže le z doslednim spoštovanjem procesnih jamstev in dokaznih prepovedi. V primeru nesankcioniranja kršitev dokaznih prepovedi lahko (obsojeni) posameznik s pritožbo pred ESČP uveljavlja kršitev pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP. Čeprav EKČP dokaznih prepovedi ne ureja neposredno in vprašanja dopustnosti dokazovanja v kazenskih postopkih prepušča posameznim državam, je iz sodne prakse ESČP mogoče razbrati konvencijska merila oziroma kriterije ocene poštenosti postopka kot »konvencijske dokazne prepovedi«. ESČP presojo vsebinsko loči na oceno postopkov pridobivanja, pri čemer se osredotoča na oceno stopnje kršitve pri pridobivanju dokazov, in na oceno uporabe dokazov, pri kateri ne presoja posameznega dokaza, temveč poštenost kazenskega postopka kot celote. Ocena je odvisna tudi od vrste in stopnje kršitve človekove pravice pri pridobivanju dokaza, tipa oziroma vrste dokaza, upoštevanja pritožnikovih procesnih pravic in neposrednosti ali posrednosti pridobitve. Glede na navedeno članek ločeno obravnava dokazne prepovedi v zvezi z zaslišanjem obdolženca in v zvezi z dokazi, pridobljenimi s prikritimi preiskovalnimi sredstvi in metodami.

Review Article

UDC: 343.14: 342.7:341.645.5(4)

BERGANT, Katarina: Evidentiary Prohibition in Criminal Procedure in the Case-law of the European Court of Human Rights*Pravnik*, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 9-10

In fair criminal proceedings, the accused person and the state are equal. This can only be achieved by strict observance of procedural guarantees and rules concerning illegally obtaining and exclusion of illegally obtained evidences. If the breach of this rules is not sanctioned (the accused) person may lodge an application before the European Court of human rights (ECtHR) alleging a violation of his right of fair trial under Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The fact is that ECHR does not directly govern the rules concerning obtaining and use of evidence. Despite the questions of admissibility of evidence in criminal proceedings are left to individual states, it is possible to discern the convention criteria of assessment of the fairness of the proceedings from the case law of ECtHR. ECtHR divided assessment in substances on the assessment on the proceedings of the obtaining the evidence and the assessment of the use of evidence. Where examines the level of violation while obtaining the evidences, where it does not examine each evidence, but the fairness of a criminal proceeding as a whole. The assessment depends also of the nature and the level of the violation of human rights done while obtaining the evidence, type or nature of evidence, respect of dependence of procedural rights, and direct or indirect manner of obtaining the evidence. Therefore, the article separately examines the case-law relating to the examination of the manner of the statements of accused and that relating to evidence obtained by secret investigative means and methods.

Prikaz knjige

UDK: 34:378(73)(049.3)

NOVAK, Aleš: Watson o slabostih ameriškega pravnega izobraževanja**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 9-10**

Delo znanega pravnega zgodovinarja in strokovnjaka za primerjalno pravo Alana Watsona je odkrita in neposredna ocena številnih slabosti, ki jih je avtor zaznal na svoji dolgoletni in nadvse uspešni poklicni poti profesorja prava na ameriških univerzah. Njegova končna ocena o sistemu ameriškega pravnega izobraževanja je izrazito negativna, mnogo bolj zanimiva pa so njegova razmišljanja o številnih slabostih izobraževanja bodočih pravnikov. Njegovi pronicljivi uvidi v težave in pomanjkljivosti sokratične metode (poučevanja prava), vsenavzočnih zbirk primerov (ki so postale edini učni pripomoček) in institucije Law Reviews (visoko cenjenih znanstvenih revij, ki jih urejajo študenti prava) so, čeprav so brez dvoma kontroverzni, spodbuda za razmislek o samoumevno sprejeti predpostavki o kakovosti ameriškega pravnega študija.

Book Review

UDC: 34:378(73)(049.3)

NOVAK, Aleš: Watson on Shortcomings of American Legal Education**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 9-10**

A book by a renowned legal historian and comparative law expert Alan Watson is a candid and honest assessment of the many shortcomings the author has experienced in the course of his long and distinguished career in the American legal academia. His final verdict on the quality of American legal education is damning, but far more interesting is his discussion of what he perceives to be failures in education of future lawyers. His penetrating insights into the draw-backs of the renowned Socratic Method, the ubiquitous institution of case-books, law reviews and so forth, although controversial, stimulate critical reflection on our common received knowledge and admiration for American legal education.

Prikaz knjige

UDK: 342.7(430+470+571)(049.3)

TRATAR, Boštjan: Horizontalno učinkovanje ustavnih pravic v Nemčiji in Rusiji**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 9-10**

Avtor prikazuje knjigo Anastasie Berger, v kateri ta primerja horizontalne učinke ustavnih pravic v Nemčiji in Rusiji (*Die Bindung der Bürger an die Grundrechte, Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Russland*, Duncker & Humblot, Berlin 2014, 271 strani). To pomeni predvsem prikaz neposrednega ali posrednega učinkovanja ustavnih pravic na zasebno pravo. V ustavi Ruske federacije se drugače kot v nemškem Temeljnem zakonu kažejo predstave kolektivnega sožitja v ruski družbi. Socialni element igra v ruskem ustavnem pojmovanju osrednjo vlogo. Država po ruskem pojmovanju obstaja z namenom, da bi skupno življenje urejala in ga izboljšala, kar naj bi hkrati pomenilo tudi mejo njenega delovanja. Omejevanje zasebnopravne avtonomije in pogodbeni prisila pomenita uresničevanje načela socialne države ter varovanje državljanskih svoboščin.

Book Review

UDC: 342.7(430+470+571)(049.3)

**TRATAR, Boštjan: Horizontal Effects of Constitutional Rights
in Germany and Russia****Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 9-10**

The author gives a book review of Anastasia Berger, in which she compares the horizontal effects of constitutional rights in Germany and Russia (*Die Bindung der Bürger an die Grundrechte, Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Russland*, Duncker & Humblot, Berlin 2014, 271 pages). These present first of all, direct or indirect effects of constitutional rights on private law. In the constitution of the Russian federation there are constitutional rights, other than in German Fundamental law interpreted as a conception of collective symbiosis in the Russian society. The social element plays the key role in Russian constitutional comprehension. From the Russian point of view the state exists to regulate and to improve the co-existence. This role of the state should at the same time limit its functioning. The limiting of private autonomy and contractual constraint signifies realization of the principle of welfare state and the protection of civil freedoms.

NAVODILA ZA AVTORJE

1.

Pravnik praviloma objavlja le dela, ki še **niso bila objavljena in tudi ne poslana v objavo** drugemu časopisu. Če pisec že objavljenega prispevka meni, da so posebni razlogi tudi za objavo v Pravniku, mora sporočiti, kje je bil sestavek objavljen oziroma komu je bil poslan v objavo. Če pisec v svojem prispevku navaja ugotovitve, ki jih je argumentiral in/ali izvajal že v kakšnem svojem drugem delu, je korektno do izdajatelja oziroma založnika tistega besedila, da v sprotni opombi navede, da je o tem že pisal in kje. Če pa dele besedila iz svojega v Pravniku objavljenega članka v identični obliki objavi v drugi publikaciji, mora navesti, da je o tem (širše) že pisal v članku, ki je bil objavljen v reviji Pravnik. Če je bil prispevek pripravljen na podlagi kakšnega drugega prispevka, tj. besedila, ki je bilo pripravljeno z drugim namenom (seminarska naloga, diplomska, magistrska ali doktorska naloga, poglavje v kakem drugem, morda še ne objavljenem knjižnem delu ipd.), je treba to v prvi sprotni opombi izrecno navesti.

Primer: Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z naslovom *Hi-tri postopek in pravna sredstva v ZP-1*, ki sem jo avtor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspešno zagovarjal 5. maja 2008 na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

Avtor za uredništvo navede tudi razlike med obema besediloma (npr. v obsegu, upoštevanih novejših podatkih in dodatnih virih), uredništvo pa presodi, ali je objava prispevka primerna.

2.

Prispevki naj bodo poslani po katerem od elektronskih medijev ali e-pošti (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Prispevki morajo biti jezikovno neoporečni, sicer bo besedilo avtorju vrnjeno v popravo oziroma bo objava prispevka zavrnjena. Naslov prispevka in naslovi prve ravni morajo biti zapisani z verzalkami (tj. velikimi tiskanimi črkami), naslovi nižjih ravni pa z malimi črkami. Ime in priimek pisca z izobrazbo, znanstvenim naslovom in/ali akademsko stopnjo ter funkcijo in institucijo, v kateri je zaposlen, naj bosta navedena pod naslovom.

Primer: **Janez Novak**, univerzitetni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, svetovalec uprave, Ius, d. d., Ljubljana.

3.

Prispevke razvršča v rubrike revije uredniški odbor, če pa avtor želi, da se njegov sestavek uvrsti v določeno rubriko, naj to posebej navede. Pri člankih mora pripraviti **sinopsis v slovenščini in angleščini (vključno s prevodom naslova) ter ključne besede v obeh jezikih zaradi spletnega iskalnika**. Sinopsis naj obsega največ 15 vrstic. Najprej naj bosta navedena priimek (v celoti z velikimi črkami) in ime pisca, nato pa naslov članka in označba revije.

Primer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva v ZP-1, Pravniki, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3 oziroma NOVAK, Janez: Legal Remedies in ZP-1, Pravniki, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Avtor lahko, če želi, pripravi tudi daljši povzetek v angleščini ali nemščini, ki bo objavljen za člankom v slovenščini. S tem bo dosegel preprostejše razširjanje idej prispevka med tujimi bralci.

Pravnik objavlja prispevke tudi v tujih jezikih (angleščina, francoščina, nemščina, italijanščina, hrvaščina, srbsščina; v latinici), kadar je za to poseben razlog, ki ga avtor sporoči uredništvu, in ga uredništvo na tej podlagi sprejme v objavo. Besedilo mora biti v takem primeru prav tako jezikovno neoporečno, saj lekture besedila v tujem jeziku uredništvo ne opravlja, mora pa avtor pripraviti poleg krajših povzetkov v slovenščini in angleščini iz prvega odstavka te točke navodil tudi daljši povzetek v slovenskem jeziku, v dolžini približno 6.000 do 10.000 znakov. V posamezni številki ne bo objavljen več kot en članek v tujem jeziku.

4.

Obseg prispevka je odvisen od teme, ki jo avtor obravnava, pri tem pa je treba upoštevati temeljno vsebinsko zasnovo revije, ki naj bi pokrivala čim več pravnih področij. V rubriki Članki naj prispevki obsegajo največ dve avtorski poli (60.000 znakov s presledki oziroma približno 30 strani s presledkom med vrsticami 1,5) in drugi prispevki v obsegu do ene avtorske pole (30.000 znakov s presledki oziroma do približno 15 strani s presledkom med vrsticami 1,5). Vse pa je šteto skupaj s sprotnimi opombami in seznamom literature. Za objavo prispevkov z večjim obsegom se je treba dogovoriti z uredništvom.

5.

Na koncu članka naj bo po možnosti **seznam uporabljenih virov** s popolnimi bibliografskimi podatki (glej 7. točko) po abecednem redu priimkov, spletne strani pa naj bodo navedene posebej. V tem primeru se v sprotih opombah (pod črto) navedejo samo prva črka imena in priimek s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

V neposredno sledečih sprotih opombah pa se zapiše zgolj »Prav tam.« oziroma – če je le stran istega vira druga – »Prav tam, str. 56.«

Če je isti pisec naveden z več deli, se dopiše leto, v katerem je bilo delo objavljeno.

Primer: J. Novak, nav. delo (2005), str. 55.

Če je na koncu prispevka seznam uporabljenih virov, pri spletnih straneh ni treba pisati datuma zadnjega ogleda (ker je ta podatek v seznamu literature).

Opombne številke se pišejo za ločili. Sprotne opombe se končajo s končnim ločilom.

6.

Če prispevku ni priložen seznam uporabljenih virov, se navedejo popolni bibliografski podatki (glej 7. točko) samo v tisti opombi, kjer se delo prvič pojavi, pozneje pa se navedejo samo ime in priimek avtorja s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

- **pri knjigah:** ime in priimek pisca, naslov knjige (pri večkratnih izdajah tudi označbo številke izdaje), morebitnega prevajalca in praviloma založbo ter kraj in leto izdaje.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1. Druga izdaja, prevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **pri zbirkah člankov in poglavjih v knjigah:** poleg pisca članka in naslova ter strani obsega citiranega članka oziroma poglavja tudi naslov zbirke oziroma knjige ter imena in priimki avtorjev oziroma morebitnih urednikov, z označbo, če gre za urednike oziroma urednike (ur.).

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Darja Kovač, Luka Kocmut, in Mitja Golob: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Če so avtorji oziroma uredniki več kot trije, zadošča navedba priimka in imena prvega navedenega ob zbirki, zborniku ali knjigi, nato pa navedba »in drugi«

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Kovač, Darja, in drugi: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **pri člankih iz revij:** ime in priimek pisca, naslov članka in naslov revije z navedbo letnika, leta izdaje in številke ter strani navedenega članka.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Pravniki, 125 (2008) 5–8, str. 202–233; številke pomenijo: letnik 125 (leto izdaje 2008), številka revije 5–8.

- **pri spletnih straneh:** simbol < pred in simbol > za imenom spletne strani, brez hiperpovezave in z datumom – mesec se tu zapisuje s številko – v oklepaju.

Primer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2008).

8.

Če se članek sklicuje na **zakonski ali drug pravni predpis**, se ta prvič navede s polnim naslovom že v besedilu z uradno kratico v oklepaju.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Zakonu o prekrških (ZP-1).

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Pravilniku o organizacijski strukturi prekrškovnih organov (v nadaljevanju: Pravilnik).

Hkrati se v **sprotni opombi navede številka uradnega lista**, v katerem je bil citirani akt objavljen.

Primer: Ur. l. RS, št. 50/07.

9.

Sodne odločbe je treba citirati tako, kot jih označuje sodišče, ki jih je izdalo.

Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:

odločba US RS, št. U-I-23/2008 z dne 5. junija 2008.

10.

Avtor mora – ob vsaki prvi objavi – **uredništvu poslati:**

davčno številko in davčni urad, naslov stalnega bivališča (ulica, hišna številka, poštna številka, kraj), naslov za dostavo gradiva v zvezi z objavo v reviji Pravniki (npr. službeni naslov), številko transakcijskega računa (TRR) in točen naziv banke, svojo telefonsko številko in številko mobilnega telefona ter e-poštni naslov.

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

Avtor se s posredovanjem prispevka v objavo strinja z določili založniške pogodbe, ki je na voljo na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Po objavi prispevka bo avtor prejel izpolnjeno pogodbo v dveh izvodih, enega teh pa naj podpisane čim prej vrne uredništvu.

Sodelavce revije prosimo, da ta navodila upoštevajo, sicer bo uredništvo objavo prispevka zavrnilo.

Za uredniški odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

MANUSCRIPTS PREPARATION AND SUBMISSION GUIDELINES FOR PUBLICATION IN THE JOURNAL THE JURIST (PRAVNIK)*

1.

As a rule, *The Jurist* only publishes manuscripts which **had neither been published nor sent for publication to any other publisher**. If the author of an already published manuscript considers that special reasons for publishing the same manuscript in *The Jurist* exist, he/she must notify the editor and provide information on where the manuscript has already been published or to which publisher has it been sent for publication. The author has to point out the distinctions between the both manuscripts, e.g. in the scope of the manuscript, new information or new data, new sources. It is for the editorial board to decide whether the manuscript is suitable for publication. If the author repeats some of the findings already publicised in some other manuscript, it is only fair to the other publisher to state in the footnote that he/she has already discussed the issue and where the arguments could be found. The same goes *vice versa*, i.e. if the same arguments, already published in *The Jurist*, are used in another manuscript, it has to be stated that the matter has already been discussed in *The Jurist* and in which issue. If the manuscript has been prepared on the basis of another text, i.e. a text prepared for another purpose (doctoral thesis, master's thesis, research etc.), this fact has to be pointed out in footnote 1 of the manuscript.

2.

Manuscript should be sent in **electronic format** to the following e-mail address: bostjan.koritnik@revija-pravnik.si.

Manuscripts have to be grammatically correct, otherwise the manuscript could be returned to the author or its publication rejected. The title of the manuscript should be written in bold capital letters. The titles in the body of the manuscript should be numbered and written in capital letters; subtitles should be numbered and written in bold lower case letters.

The first and last name of the author, with the scientific and/or academic title, function, and institution of his/her employment should be mentioned below the main title of the manuscript.

Example: **John Smith**, doctor of laws, professor at the Faculty of Law, University of Ljubljana

* Prepared with the kind assistance of Grega Strban, Ph.D., Faculty of Law, University of Ljubljana.

3.

Manuscripts are subject to **blind peer review and classified by the editorial board**. The author might suggest the classification for his/her manuscript.

Manuscripts should be accompanied by an abstract and up to five key words, both in Slovenian and English language. The cost of preparing the Slovenian abstract (EUR 30.00) may be deducted from the author's fee if provided by the editorial board upon request of the author. Abstract should not be longer than 15 lines. The abstracts should be equipped with the last name (in capital letters) and first name of the author and the title of the manuscript in the corresponding language. The editor will add the information on the volume and issue of *The Jurist*, and the numbers of pages of the published manuscript.

Example: SMITH, John: Pravna sredstva v civilnem procesnem pravu, Pravnik, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3

... (15 lines of abstract and 5 key words in Slovenian language)

SMITH, John: Legal Remedies in the civil procedural law, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

... (15 lines of abstract and 5 key words in English language)

The Jurist publishes manuscripts also in foreign languages (English, German, Italian, Croatian, Serbian – Latin script), when there is a special reason to do so. The later has to be communicated to the editorial board, which decides on the publication of the manuscript in a foreign language. Manuscript in a foreign language has to be grammatically correct. The editorial board does not perform corrections. Next to the short (15 lines) abstract with five key words in Slovenian and English language, the manuscript should be accompanied with a longer abstract (1.000 words) in Slovenian language.

4.

The **scope of the manuscript** depends on its subject. One of the basic aims of the journal is to cover all fields of law. Under headings “Articles” and “Discussions” the manuscript should not be longer than 10.000 words, i.e. approximately 30 pages with 1.5 spacing between the lines. Other manuscripts should not be longer than 5.000 words, i.e. approximately 15 pages with 1.5 spacing between the lines. Footnotes and the sources (literature) should be included in the scope of the manuscript. An advance agreement with the editor is required for longer manuscripts.

5.

A **list of used sources and literature** should be presented at the end of the manuscript, with full bibliographical information, in the alphabetical order of last names of the authors/editors. Consulted internet sites should be enumerated separately.

In the **footnotes** only the first letter of the first name and the last name with the “*op. cit.*”, and exact page should be mentioned.

Example: J. Smith, *op. cit.*, p. 55.

In case the same author is represented with more than one publication, the year is added in parentheses.

Example: J. Smith, *op. cit.* (2009), p. 55.

If in the footnotes immediately following the previous one the same source is cited again, “*Ibidem*” should be used. It should be indicated, if the page number is distinct.

Example: *Ibidem*.

Example: *Ibidem*, p. 56.

Footnotes are inserted after the separator, e.g. after a full-stop. Footnotes end with a separator, e.g. with a full-stop. It is not necessary to cite the date of accessing the internet site (this information is in the list of sources at the end of the manuscript).

In short presentations where there is no list of sources and literature at the end of the manuscript, in the footnote first mentioning the author and the publication full bibliographical information should be cited. The same rule should be applied in the longer abstract.

6.

Full bibliographical information should comprise:

- **Books:** First and last name of the author, book title (also the number of the edition, if applicable), translator (if applicable), publisher, place and year of publication.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law. 2nd Edition, translation Janez Novak, Legal publishing, Ljubljana 2010.

- **Collection of articles or parts of books:** next to the author, title and exact pages of the article or the book part, also the title of the collection/book, first and last names of authors or editor(s) (marked Ed. or Eds.) should be mentioned.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak, Maja Medved (Eds.), Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana, 2010, p. 52–79.

If there are more than three authors or editors, it suffices to cite the first one mentioned, followed by the abbreviation “*et. al.*”.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak et.al., Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana 2010, p. 52–79.

- **Journal articles:** First and last name of the author, title of the article, name of the journal with citing the volume number, year of publishing, issue number, and pages of the article.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Pravnik, 127 (2010) 5-8, p. 202–233.

The numbers represent Volume 127 (year 2010) issue number 5-8.

- **Internet sites:** inequality signs (< and >) before and after citing the internet site, no hyperlink, with the date in parentheses.

Example: <www.pf.uni-lj.si> (5/5/2010).

7.

If **legislative act or other legal text** is being cited, it should be accompanied with the full title in the body of the manuscript, with an official abbreviation in parentheses.

Example: As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (PIIA).

If there is no official abbreviation one (possibly settled) abbreviation should be given by the author.

Example: As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (hereafter PIIA).

At the same time in the footnote the place of publication (usually Official Gazette) of the legislative act or other legal text should be cited.

Example: ¹⁰ Official Gazette RS, No. 106/99.

8.

Judicial decisions should be cited as marked by the issuing court of law.

Example: Case C-228/07 *Petersen* [2008] ECR I-6989, para. 42.

9.

Authors **have to send the following data** to the editorial board: tax number and tax authority, full address, address for sending materials regarding the publication of the contribution (for example the address at work), bank account number, full name of the bank, phone and/or mobile phone number, e-mail address.

Potential changes of these data should be notified to the editorial board.

By sending his/her manuscript, the author agrees with the provisions of the publishing contract provided at <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. The editorial board may explain those provisions and/or provide an English translation upon request. After the publishing of the manuscript the author will receive two copies of the publishing (copy-rights) contract and should return one signed copy as soon as possible.

Authors are **kindly requested to follow these guidelines**. Otherwise the publication of the manuscript might be rejected.

For the Editorial Board
Editor in Chief
dr. Dragica Wedam Lukić

UPUTE ZA AUTORE*

1.

Pravnik u pravilu objavljuje samo radove koji još **nisu bili niti objavljeni niti poslani na objavu** drugom časopisu. Ako pisac već objavljenog djela smatra da postoje posebni razlozi i za objavu u Pravniku, mora javiti gdje je djelo bilo objavljeno odnosno kome je bilo poslano na objavu. Ako pisac u svome djelu navodi otkrića koja je argumentirao i/ili već izrazio u nekom svojem drugom djelu, korektno je od izdavatelja odnosno izdavača tog teksta, da u bilješci navede da je o tome već pisao i gdje. Ako dijelove teksta iz svog članka objavljenog u Pravniku u identičnom obliku objavi u drugoj publikaciji, mora navesti da je o tome (šire) već pisao u članku koji je bio objavljen u reviji Pravnika. Ako je djelo bilo pripremljeno na osnovi kojeg drugog djela, tj. teksta koje je bilo pripremljeno s drugačijom namjenom (seminarski rad, diplomski, magistarski ili doktorski rad, poglavlje u kojem drugom, možda još neobjavljenom književnom radu i sl.), to je potrebno izričito navesti u prvoj bilješci.

Primjer: Djelo je bilo pripremljeno na osnovi magistarskog rada naslova Brzi postupak i pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, kojeg je sam autor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspješno obranio 5. svibnja 2008. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mariboru.

Autor za uredništvo treba navesti i razlike između oba teksta (npr. u opsegu, u novijim podacima i dodatnim izvorima koji su uzeti u obzir), a uredništvo će odlučiti je li objava djela prikladna.

2.

Radovi moraju biti poslani putem nekog od elektroničkih medija ili e-pošte (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Radovi moraju biti jezično besprijekorni, u suprotnom će se tekst vratiti autoru na popravak odnosno objava djela bit će odbijena. Naslov djela i naslovi prve razine moraju biti napisani velikim tiskanim slovima, dok naslovi nižih razina moraju biti napisani malim slovima. Ime i prezime pisca s obrazovanjem, znanstvenim nazivom i/ili akademskim stupnjem te funkcijom i institucijom u kojoj je zaposlen, navode se ispod naslova.

* Prijevod je rad Nikoline Krtinić, odvjetničke vježbenice u Odvjetničkom društvu Rojs, Peljhan, Prelesnik & partneri o.p., d.o.o., Ljubljana.

Primjer: **Janez Novak**, sveučilišni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, savjetnik uprave, Ius, d. d., Ljubljana.

3.

Radove razvrstava u rubrike revije urednički odbor, a ako autor želi da se njegov rad uvrsti u određenu rubriku, neka to posebno navede. Kod članaka se mora pripremiti **sinopsis na slovenskom i engleskom jeziku (uključujući i prijevod naslova) te ključne riječi na oba jezika zbog internetske/web tražilice**. Sinopsis može imati obim od najviše 15 redova. Prvo neka se navedu prezime (u cijelosti s velikim slovima) i ime pisca, a zatim naslov članka i oznaka revije.

Primjer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, Pravnik, Ljubljana 2008, god. 63, br. 1–3 *odnosno* NOVAK, Janez: Legal Remedies in the Minor Offences Act, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Autor može, ako želi, pripremiti i duži sažetak na engleskom ili njemačkom jeziku, koji će biti objavljen nakon članka na slovenskom jeziku. Time će postići jednostavnije širenje ideja djela među inozemnim čitateljima.

Pravnik objavljuje djela i na inozemnim jezicima (engleski, francuski, njemački, talijanski, hrvatski, srpski; u latinici), kad za to postoji poseban razlog, o kojem autor treba obavijestiti uredništvo i kojeg uredništvo na toj osnovi prihvati u objavu. U tom slučaju tekst mora biti i jezično besprijekoran jer uredništvo ne lektorira tekstove na inozemnom jeziku, a autor mora, uz kraće sažetke na slovenskom i engleskom jeziku iz prvog stavka ove točke uputa, pripremiti i duži sažetak na slovenskom jeziku, u duljini od približno 6.000 do 10.000 znakova. U pojedinačnom broju neće biti objavljen više od jedan članak na inozemnom jeziku.

4.

Opseg djela zavisi od teme koju autor obrađuje, ali pritom je potrebno poštivati temeljnu sadržajnu osnovu revije koja bi trebala pokrivati što više pravnih područja. U rubrici Članci radovi trebaju imati maksimalan opseg od dvije autorske pole (60.000 znakova s razmacima odnosno približno 30 strana s razmacima između redova 1,5), a i drugi radovi do jedne autorske pole (30.000 znakova sa razmacima odnosno do približno 15 strana s razmacima između redova 1,5). U sve navedeno ubrajaju se i bilješke i popis literature. Za objavu djela u većem opsegu potreban je dogovor s uredništvom.

5.

Na kraju članka po mogućnosti treba biti **popis upotrijebljenih izvora** s potpunim bibliografskim podacima (vidi 7. točku) raspoređen po abecednom redu prezimena, a web stranice neka budu navedene odvojeno. U tom slučaju u bi-

lješkama (ispod crte) navodi se samo prvo slovo imena i prezime s napomenom „nav. rad“ i stranom upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

U bilješkama koje neposredno slijede jedna drugu, navodi se samo „Baš tamo.“ odnosno – ako je samo strana iste literature druga – „Baš tamo, str. 56.“

Ako je isti pisac naveden s više radova, dopiše se godina u kojoj je rad bio objavljen.

Primjer: J. Novak, nav. rad (2005), str. 55.

Ako je na kraju rada naveden popis upotrijebljene literature, kod web stranica ne treba pisati datum zadnje posjete (jer je taj podatak u popisu literature).

Brojevi bilješki pišu se nakon interpunkcijskih znakova. Bilješke završavaju konačnim interpunkcijskim znakom.

===== 6.

Ako djelu nije priložen popis upotrijebljenih izvora, potpuni se bibliografski podaci navode (vidi točku 7.) samo u onoj bilješci u kojoj se rad prvi put pojavi, a kasnije se navode samo ime i prezime autora s dodatkom „nav. rad“ i strana upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

===== 7.

Potpuni bibliografski podaci obuhvaćaju:

- **kod knjiga:** ime i prezime pisca, naslov knjige (kod knjiga s više izdanja i oznaku broja izdanja), potencijalnog prevoditelja i u pravilu izdavatelja te mjesto i godinu izdanja.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu. Drugo izdanje, prijevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **kod zbirke članaka i poglavlja u knjigama:** osim pisca članka i naslova te strana opsega citiranog članka odnosno poglavlja i naslov zbirke odnosno knjige te imena i prezimena autora odnosno potencijalnih redaktora, s oznakom, ako su redaktori ili urednici (ur.).

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač, Luka Kocmut, i Mitja Golob: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Ako postoji više od tri autora odnosno redaktora, uz zbirku, zbornik ili knjigu, dovoljno je navesti prezime i ime prvog navedenog, i zatim navesti „i drugi“.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Kovač, Darja, i drugi: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **kod članka iz revija:** ime i prezime pisca, naslov članka i naslov revije s navodom godišta, godine izdanja i broja te strane navedenog članka.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Pravnik, 125 (2008) 5–8, str. 202–233; brojevi znače: godište 125 (godina izdanja 2008), broj revije 5–8.

- **kod web stranica:** simbol < prije i simbol > nakon naziva web stranice, bez poveznice i s datumom – mjesec se tu piše s brojem – u zagradama.

Primjer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2008).

8.

Ako članak upućuje na **zakonski ili drugi pravni propis**, on se prvi put navodi s punim nazivom već u tekstu, sa službenom skraćenicom u zagradama.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Prekršajnom zakonu.

Ako službena skraćenica naziva ne postoji, skraćenicu odabire pisac.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Pravilniku o organizacijskoj strukturi prekršajnih organa (nastavno: Pravilnik).

Istovremeno se **u bilješci navodi broj Narodnih novina** u kojima je citirani akt bio objavljen.

Primjer: NN RH, br. 50/07.

9.

Sudska rješenja potrebno je citirati jednako kao što ih označava sud koji ih je izdao.

Primjer navođenja odluke Ustavnog suda RH:

odluka USRH, br. U-I-23/2008 od dana 5. lipnja 2008.

10.

Autor mora – uz svaku prvu objavu – **uredništvu poslati:**

OIB (osobni identifikacijski broj) porezni broj i porezni ured, adresu prebivališta (ulica, kućni broj, poštanski broj, mjesto), adresu za dostavu gradiva u vezi s objavom u reviji Pravnik (npr. službena adresa), broj transakcijskog računa (IBAN) i točan naziv banke, svoj telefonski broj i broj mobitela te e-mail/elektroničku adresu.

Autor mora obavijestiti uredništvo o potencijalnim izmjenama.

Autor je s posredovanjem rada u objavu suglasan s odredbama izdavačkog ugovora koji je dostupan na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Nakon objave djela, autor će primiti ispunjen ugovor u dva primjerka, od kojih jedan treba što prije potpisati i vratiti uredništvu.

Suradnike revije molimo da poštuju ove upute jer će u suprotnom uredništvo odbiti objavu njihovog rada.

Za urednički odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

Pravni rokovnik 2015 *rokovnik z vsebino*

Pravni rokovnik 2015 je tak, kot ga pričakujete – s preglednim koledarskim delom in zbirko skrbno preverjenih podatkov, ki jih pogosto potrebujete pri delu.

Da ne boste iskali:

- kratice zakonov in drugih aktov
- pravosodni organi, poslovanje sodišč, telefonske številke najbolj pogosto klicanih oddelkov višjih sodišč
- povrnitev stroškov v postopkih, tarife, nagrade
- sodni tolmači, izvedenci, cenilci, ocenjevalci in člani poravnalnega odbora
- sodni izvršitelji, pooblaščenči vročitelji in detektivi
- sodne takse, upravne takse
- odvetniška in notarska tarifa ter imenik odvetnikov in notarjev
- davčni svetovalci z licenco in preizkušeni davčniki
- mediacija, pravilniki, mediatorji
- določbe različnih aktov, ki določajo štetje rokov
- overitev listin v mednarodnem prometu
- ponudniki pravnih informacij
- brezplačna pravna pomoč
- državni organi RS
- upravne enote
- naslovi agencij, borz, zbornic, zavodov, skladov, zvez, društev in drugih pomembnih organizacij
- koledarčki za leta od 2012 do 2019, prazniki in dela prosti dnevi
- poštne številke in seznam Petrolovih servisov, kjer je mogoče oddati poštno pošiljko ...

NE PREZRITE MOŽNOSTI PERSONALIZACIJE!

- za dodatnih 10 evrov + DDV na vaš rokovnik natisnemo vaše ime ali ime institucije
- za dodatnih 7 evrov + DDV pa natisnemo ime institucije, vaše ime in druge podatke na prvo notranjo stran

Tisk je enobarvni. Dobavni čas je odvisen od naročene količine.

Za dogovor o individualizaciji vašega rokovnika pokličite po telefonu: 01 30 91 820.

Cena: 38,00 EUR



Pravni rokovnik je lepo in praktično darilo.



IUS SOFTWARE, d. o. o., Tivolska cesta 50, Ljubljana
Prodaja, telefon: 01 30 91 820, faks: 01 30 91 815
e-pošta: prodaja@gvzalozba.si

www.gvzalozba.si

Spremljajte stroko!



Zbornik znanstvenih razprav

Zbornik znanstvenih razprav je najstarejša in osrednja slovenska univerzitetna pravna revija, ki izhaja od leta 1920 in se ukvarja z nosilnimi pravnimi vprašanji in izzivi. Vsi prispevki so dvakrat recenzirani in morajo imeti naravo znanstvene razprave.

*Zbornik znanstvenih razprav 2014 / Št. strani: 198 / Cena zvezka: 41,30 EUR
Izdajatelj: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani / Zbornik znanstvenih razprav izide enkrat na leto*

Pravni letopis

Pravni letopis je letna znanstvena revija Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Objavlja znanstvene in strokovne prispevke o aktualni problematiki z različnih področij pravnih znanosti, zlasti civilnega, gospodarskega, upravnega in ustavnega prava, s posebnim poudarkom na upoštevanju primerjalnopravnih vidikov. Izide do konca leta 2014.

Pravni letopis 2014 / Cena zvezka: 38,00 EUR / Izdajatelj: Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

pred izidom



Podjetje in delo

40 let

revija za delovno, gospodarsko in socialno pravo



Vsako leto v osmih številkah na približno 1500 straneh s svojimi prispevki sodeluje več kot 100 strokovnjakov. Jesenska številka je zbornik prispevkov dnevov slovenskih pravnikov.

V reviji so objavljeni: znanstveni in strokovni članki ter razprave, komentarji sprejetih predpisov in povzetki tujih predpisov, analize sodnih primerov in pregledi sodne prakse, prispevki iz prakse za prakso.

Revija Podjetje in delo je indeksirana v mednarodnih bazah:

- IBZ (Internationale Bibliographie der geistes- und sozial-wissenschaftlichen Zeitschriftenliteratur),
- Worldwide Political Science Abstracts database (WPSA).

Izide 8 števil na leto. Letna naročnina znaša 210,06 EUR.

GV
Založba

IUS SOFTWARE, d. o. o., Tivolska cesta 50, Ljubljana
Prodaja, telefon: 01 30 91 820, faks: 01 30 91 815
e-pošta: prodaja@gvzaložba.si

www.gvzaložba.si



Pravnik

Pravnik letnik 69 (131)

številka 9-10/2014