

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Ljubljana 2014
letnik 69 (131)
številka 11-12
strani 699–882

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **69** (131)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka **11-12/2014**

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

- | | |
|---------------------------------|--|
| Maja Ovčak Kos,
Žiga Razdrih | Nekatera vprašanja v zvezi z izpodbijanjem
dolžnikovih pravnih dejanj zunaj stečaja – 703 |
| Nina Orehek | Priznanje in izvršitev odločb v čezmejnih postopkih
zaradi insolventnosti – 733 |
| Blaž Hrastnik | Razmerje med neposrednimi zahtevki podizvajalcev
in neposrednimi plačili podizvajalcem – 755 |
| Aleš Žiher | Ali je sodna praksa glede 1. člena EKČP konsistentna?
– 777 |
| Petra Plesec | Pravna narava odvzema po Zakonu o odvzemu
premoženja nezakonitega izvora – 809 |
| Didier Veillon | La condition des domestiques : de l'éphémère
émancipation révolutionnaire au rabaissement
Napoléonien – 839
<i>Položaj služinčadi – od kratkotrajne revolucionarne
emancipacije do poslabšanja položaja v Napoleonovem
času (daljši povzetek v slovenščini) – 854</i> |
| Edita Turičnik | Pravne posledice kršitve dolžnosti predložiti
Sodišču EU vprašanje v predhodno odločanje
(daljši povzetek v slovenščini) – 859
<i>Pravne posledice povrede dužnosti predložiti sudu EU
pitanje u prethodno odlučivanje
(daljši povzetek v hrvaščini) – 865</i> |

Avtorski sinopsisi

(v slovenskem in angleškem jeziku) – 871

Navodila za avtorje

(v slovenskem, angleškem in hrvaškem jeziku) – 883

CONTENTS

Articles

- | | |
|---------------------------------|--|
| Maja Ovčak Kos,
Žiga Razdrih | Some Questions about Fraudulent Conveyance,
outside the Bankruptcy Proceedings – 703 |
| Nina Orehek | Recognition and Enforcement of Judgments
in Cross-Border Insolvency Proceedings – 733 |
| Blaž Hrastnik | The Relationship between Direct Subcontractor
Claims and Direct Payments to Subcontractors – 755 |
| Aleš Žiher | Is the Case-Law on the Article 1 of the ECHR
Consistent? – 777 |
| Petra Plesec | Legal Nature of the Forfeiture in the Forfeiture
of Assets of Illegal Origin Act – 809 |
| Didier Veillon | Status of Domestic Servants – From the Short-Term
Revolutionary Emancipation to its Deterioration
under Napoleon – 839
<i>Longer Summary in Slovenian</i> – 854 |
| Edita Turičnik | Legal Consequences for not Referring
a Question for Preliminary Ruling
<i>Longer Summary in Slovenian</i> – 859
<i>Longer Summary in Croatian</i> – 865 |

Authors' Synopses

(in Slovenian and English Language) – 871

Guidelines for Authors

(in Slovenian, English and Croatian Language) – 883

NEKATERA VPRAŠANJA V ZVEZI Z IZPODBIJANJEM DOLŽNIKOVIH PRAVNIH DEJANJ ZUNAJ STEČAJA

dr. Maja Ovčak Kos,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, višja
pravosodna svetovalka na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije*

Žiga Razdrih,

*univerzitetni diplomirani pravnik, višji pravosodni svetovalec
na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije*

1. UVOD

Pogosto se v življenju dogaja, da dolžniki zmanjšujejo svoje premoženje z zavedanjem možnosti škodovanja upnikom. Da bi se izognili izvršbi na svoje premoženje, ga raje prenesejo na tretje osebe, s katerimi se običajno skrivaj dogovorijo, da jim bodo še naprej omogočale uživati koristi iz prenesenega premoženja. Dolžniki s tem zmanjšajo vrednost, s katero odgovarjajo za svoje obveznosti, in upniki ostanejo nepoplačani. Podoben je položaj, če dolžnik, ki ne more poravnati vseh svojih obveznosti, izpolni svoje obveznosti enemu upniku v celoti, preostalim upnikom pa nič.¹ Varovanju interesov upnikov v takih položajih je namenjen institut izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj (zunaj stečaja), znan tudi kot *actio Pauliana*. Kljub dolgi pravni tradiciji navedenega instituta pa se v zvezi z njegovo uporabo zlasti v sodni praksi, pa tudi v pravni teoriji še vedno zastavljajo številna vprašanja. Namen tega prispevka je obravnavati ključnih problemov, ki jih v grobem lahko povzamemo takole: kakšna sta vsebina in oblika tožbenega zahtevka tožbe za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj zunaj stečaja, ob posebnem upoštevanju problematike uveljavljanja izpodbojnega zahtevka proti pravnim naslednikom pridobitelja koristi in izpodbojnega ugovora, problematike izpodbijanja prenosa lastninske

¹ M. Juhart, nav. delo (2003), str. 248.

pravice na nepremičninah, zlasti novejših spoznanj teorije in sodne prakse o učinkih prenosa lastninske pravice v notranjem in zunanjem razmerju ter s tem povezanih težav določitve ključnega časovnega trenutka, od katerega teče rok za vložitev paulijanske tožbe, ter kakšno je razmerje paulijanske tožbe do drugih (splošnih) oblik neveljavnosti pogodb. Pri raziskovanju sva se osredotočila predvsem na v sodni praksi najpogostejše obravnavano izpodbojno dejanje – neodplačni prenos lastninske pravice na nepremičnini.

2. OBLIKOVANJE TOŽBENEGA ZAHTEVKA PAULIJANSKE TOŽBE

Vprašanje vsebine tožbenega zahtevka *actio Pauliana* je eno pomembnejših vprašanj, na katero v sodni praksi in pravni teoriji ni mogoče najti enotnega in končnega odgovora.² Pregled sodne prakse kaže, da upniki tožbeni zahtevek izpodbojne tožbe, ki se nanaša na dolžnikovo razpolaganje z nepremičnino,³ največkrat oblikujejo približno tako:⁴

»1. Pogodba, ki sta jo (dne) ... sklenila tožnikov dolžnik ... in toženec (pridobitelj oz. tretji) ... glede nepremičnine ID ..., je brez/nima pravnega učinka do tožnika, in sicer toliko /v delu/, kolikor je potrebno za izpolnitev tožnikove terjatve do njegovega dolžnika v znesku ... s pripadki.

2. Toženec mora dopustiti tožnikovo poplačilo njegove terjatve do dolžnika ... v znesku ... iz /s prodajo nepremičnine, navedene v 1. točki izreka.«

Številni tožniki z drugim delom zahtevka uveljavljajo, »da mora toženec zaradi poplačila/za izterjavo tožnikove terjatve do dolžnika dovoliti izvršbo na premoženje/nepremičnino, ki je (bilo/a) predmet izpodbijanja, do višine te terjatve.« Neredko upniki z zahtevkom paulijanske tožbe zahtevajo (tudi) razveljavitev izpodbijanega pravnega posla,⁵ plačilo dolžnikovega dolga od pri-

² Nasprotno pa se je Vrhovno sodišče RS že jasno opredelilo do vprašanja pravilnega oblikovanja zahtevka tožbe za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj v stečaju. Glej npr. odločbe Vrhovnega sodišča RS III Ips 56/94 z dne 24. novembra 1994, III Ips 16/2003 z dne 12. decembra 2003, III Ips 11/2011 z dne 23. januarja 2012 itd. Glej tudi M. Đorđević, nav. delo, str. 137 in 138.

³ Take so v sodni praksi najpogostejše; pomen *actio Paulianae*, ki bi se nanašala na razpolaganje s premičninami ali terjatvami, je praktično zanemarljiv.

⁴ Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 167/2010 z dne 9. septembra 2010, II Ips 1023/2007 z dne 20. januarja 2011 in druge ter tam povzete izreke odločb sodišč nižjih stopenj.

⁵ Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 537/96 z dne 11. marca 1998, II Ips 187/2001 z dne 6. decembra 2001, II Ips 644/2009 z dne 19. decembra 2012 in tam povzete izreke odločb sodišč nižjih stopenj.

dobitelja (kot toženca),⁶ vrnitev predmeta, na katerega se nanaša izpodbijani pravni posel, v last in posest dolžnika oziroma vzpostavitev njegove lastninske pravice na tej stvari.⁷

Vrhovno sodišče RS je glede vprašanja pravilnega oblikovanja tožbenega zahtevka paulijanske tožbe dopustilo dve reviziji,⁸ vendar sta bili obe zaradi neizpolnjevanja formalnih pogojev zavrženi.⁹

2.1. O pravni naravi izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj

Izpodbijanje pravnega dejanja dolžnika pomeni poseg v tuje pravno razmerje, sklenjeno ali izvršeno med dolžnikom in tretjim, in s tem odstopanje od temeljnega načela, da obligacijsko razmerje učinkuje *inter partes*.¹⁰ V pravni doktrini so se oblikovale različne pravne koncepcije, ki skušajo pojasniti temelj pravnega razmerja med upnikom in tretjim (pridobiteljem), in sicer ali to nastane *ex lege* ali pa gre pri izpodbojnem upravičenju za oblikovalno pravico, ter pravne posledice izpodbijanja. Spoznanja teh teorij so pomembna pri preučevanju in opredeljevanju pravne narave zahtevka paulijanske tožbe, zlasti ali zadostuje zgolj dajatveni zahtevk ali pa je potreben tudi oblikovalni zahtevk ter kakšna je vsebina dajatvenega zahtevka. Njihovo poznavanje je ključno tudi pri vrednotenju s primerjalnopravnega vidika. Na splošno jih lahko razvrstimo v tri »klasične« teorije: stvarnopravna, obligacijskopravna in jamstvenopravna teorija.¹¹

Stvarnopravna teorija, ki je predstavljala prevladujoč koncept konec devetnajstega in v začetku dvajsetega stoletja, upnikovo izpodbojno upravičenje šteje za oblikovalno pravico, katere posledica je preoblikovanje nastalih pravnih

⁶ Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 537/96 z dne 11. marca 1998, II Ips 644/2009 z dne 19. decembra 2012 in druge ter tam povzete izreke odločb sodišč nižjih stopenj.

⁷ Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 798/95 z dne 3. julija 1997, II Ips 346/99 z dne 17. maja 2000, II Ips 187/2001 z dne 6. decembra 2001, II Ips 176/2006 z dne 12. septembra 2008 in tam povzete izreke odločb sodišč nižjih stopenj.

⁸ S sklepom II DoR 237/2009 z dne 28. januarja 2010 je bila revizija dopuščena glede vprašanja, kako mora biti pravilno oblikovan tožbeni zahtevk pri tožbi na izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj, in sicer ali zadostuje oblikovalni tožbeni zahtevk ali pa mora biti v vsakem primeru hkrati postavljen še dajatveni zahtevk; s sklepom II DoR 585/2010 z dne 16. junija 2011 pa je bila revizija dopuščena glede vprašanja, ali je pravilna presoja sodišča druge stopnje, da je tožnik z naknadno postavitvijo dajatvenega zahtevka spremenil tožbo in zamudil triletni rok za vložitev izpodbojne tožbe.

⁹ Primerjaj sklepa Vrhovnega sodišča RS II Ips 197/2010 in II Ips 367/2011, oba z dne 4. oktobra 2012.

¹⁰ Primerjaj M. Juhart, nav. delo (2003), str. 248 in 252.

¹¹ Primerjaj F. Sieber, nav. delo, str. 15.

razmerij, med drugim tudi *per se* neučinkovanje dolžnikovih razpolaganj.¹² V skladu s to koncepcijo pridobitelj izgubi položaj lastnika pridobljenega premoženja oziroma razpolagalni pravni posel dolžnika nima pravnih učinkov, posledica pa je vzpostavitev takega premoženjskoprnega stanja dolžnika, kot je obstajalo pred izpodbojnim dejanjem. Kritiki stvarnopravni teoriji očitajo predvsem, da ne upošteva, da so predmet izpodbijanja lahko tudi pravni posli, ki nimajo stvarnopravnih posledic.¹³

Obligacijskoppravna teorija razmerje med upnikom in pridobiteljem opredeljuje kot obligacijsko razmerje, ki praviloma nastane *ex lege*, in sicer ko so izpolnjeni zakonski pogoji za izpodbijanje. Premoženje, s katerim je dolžnik razpolagal, se obravnava, kot da bi bilo še vedno dolžnikovo. Z izpodbojnim zahtevkom se zasleduje zgolj dostop do premoženja, ki ga je dolžnik prenesel na tretjega (izpodbojno dejanje v razmerju do upnika nima učinkov), in ne njegova vrnitev v lastninsko sfero dolžnika, kot to velja za stvarnopravno teorijo.¹⁴ Uveljavitev izpodbojnega zahtevka zato nima stvarnopravnih posledic, temveč zgolj obligacijskoppravne, prav tako ne vsebuje obogatitvenih in/ali deliktne elementov.¹⁵

V skladu z jamčevalno teorijo,¹⁶ ki se je razvila zadnja, se premoženje, s katerim je dolžnik razpolagal, drugače od obligacijskoppravne teorije ne obravnava, kot da bi bilo še vedno dolžnikovo, temveč predmet izpodbijanega dejanja le še nadalje jamči za dolžnikove obveznosti. Po tej teoriji je treba ločevati med lastninsko pripadnostjo premoženja, ki je bilo predmet izpodbijanega dejanja, in njegovo jamstveno funkcijo. Zato se z izpodbojnim upravičenjem ne posega v zavezovalni in/ali razpolagalni pravni posel dolžnika, temveč se zahteva zgolj dopustitev izvršbe na z izpodbojnim razpolaganjem pridobljenim premoženjem, ki jo je pridobitelj dolžan trpeti.¹⁷

Obligacijskoppravna teorija je danes prevladujoča teorija, ki v nemški sodni praksi¹⁸ in pravni literaturi¹⁹ utemeljuje pravno naravo *actio Pauliana*. Po-

¹² Prav tam.

¹³ Prav tam, str. 16.

¹⁴ Primerjaj sodbo nemškega zveznega vrhovnega sodišča z dne 5. februarja 1987, IX ZR 161/85, BGHZ 100, 36, 42, NJW 1987, 1703. M. Huber, nav. delo, str. 11, 16 in 17; F. Sieber, nav. delo, str. 21–23.

¹⁵ M. Huber, nav. delo, str. 17. Mesch in Kreft se zavzemata za modificirano različico obligacijskoppravne teorije. Podrobneje o tem glej F. Sieber, nav. delo, str. 24–25.

¹⁶ Njena utemeljiteljica sta bila G. Paulus in W. Gerhardt. Glej G. Paulus, nav. delo, str. 277 in nasl.; W. Gerhardt, nav. delo; F. Bydlinski, nav. delo, str. 305.

¹⁷ Primerjaj M. Huber, nav. delo, str. 17; F. Sieber, nav. delo, str. 25–26; F. Bydlinski, nav. delo, str. 305.

¹⁸ BGHZ NJW 2004, 2900; NJW 1992, 830; NJW 1993, 2876; NJW 1994, 726.

¹⁹ M. Huber, nav. delo, str. 16.

dobno je mogoče ugotoviti tudi za Švico.²⁰ Nasprotno pa v avstrijski pravni ureditvi obligacijskoppravna teorija nima prevladujoče teže. V avstrijski pravni doktrini je namreč zaslediti močno podporo jamčevalni teoriji, vse bolj prevladujoč pa je tudi pristop, ki izpodbojno upravičenje opredeljuje kot pravico *sui generis*,²¹ torej kot pravico, ki je ni mogoče opredeliti z instituti obligacijskega ali stvarnega prava.

V slovenski pravni literaturi in sodni praksi izrecne opredelitve za posamezno teorijo ni zaslediti. Kot bo podrobneje pojasnjeno v nadaljevanju, meniva, da izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj v slovenski ureditvi ni mogoče popolnoma utemeljiti na nobeni od predstavljenih teorij, pojavljajo pa se posamezni elementi obligacijskoppravne in jamčevalne teorije.

2.2. Dvočlenski tožbeni zahtevek paulijanske tožbe

Učinek izpodbijanja Obligacijski zakonik²² opredeljuje v 260. členu,²³ ki določa, da pravno dejanje izgubi učinek le v razmerju med strankama izpodbojnega razmerja – upnikom in pridobiteljem²⁴ ter samo v obsegu, ki je potreben za poplačilo upnikove terjatve.²⁵ Pravna posledica uspešnega izpodbijanja je torej relativna neučinkovitost pravnega dejanja, in ne sprememba imetništva premože-

²⁰ F. Sieber, nav. delo, str. 45. BGE 106 III, 43.

²¹ Prav tam, str. 42 in 43; B. König, B., nav. delo, str. 9; H. Koziol, nav. delo, str. 61.

²² Ur. l. RS, št. 83/2001 in nasl., v nadaljevanju OZ.

²³ Enako je določal 284. člen Zakona o obligacijskih razmerjih (Ur. l. SFRJ, št. 29/1978 in nasl., v nadaljevanju ZOR).

²⁴ Dolžnik glede na določbo drugega odstavka 259. člena OZ ni pasivno stvarno legitimiran. Pridobitelju koristi kot tožencu bi se lahko pridružil zgolj v vlogi stranskega intervenienta. Dejstvo, da dolžnik ni pravdna stranka, lahko povzroča težave pri ugotavljanju in dokazovanju določnosti njegovega ravnanja. Iz navedenega razloga je hrvaški zakonodajalec v novem zakonu o obligacijskih razmerjih, sprejetem v letu 2005, v drugem odstavku 69. člena določil, da je treba paulijansko tožbo vložiti zoper dolžnika in pridobitelja koristi kot nujna sospornika. O navedeni zakonodajni rešitvi bi bilo zaradi omenjenih razlogov smiselno premisliti tudi v slovenski ureditvi. Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 187/2001 z dne 16. decembra 2001, II Ips 425/2001 z dne 14. marca 2002, II Ips 1023/2007 z dne 20. januarja 2011 itd. H. Momčinović, nav. delo, str. 533. A. Radolović, nav. delo, str. 629.

²⁵ V rimskem pravu je veljalo, da je lahko pretor v primeru, da je dolžnik v škodo upnikov razpolagal s svojim premoženjem, v stečajnem postopku dovolil postavitev (vrnitev) v prejšnje stanje, zaradi katere se je odsvojeno premoženje vrnilo v stečajno maso. Po končanem stečaju so lahko upniki, ki so bili poplačani samo delno, s posebnim restitutornim interdiktom zahtevali vrnitev premoženjske koristi od tistega, ki je to korist vede pridobil iz posla s prezadolženim dolžnikom. Justinijanovo pravo je omenjene možnosti združilo v enotno tožbo – *actio Pauliana*. Pri neodplačnih razpolaganjih, pri katerih pridobitelj ni vedel za dolžnikov oškodovalni namen, je upnik lahko zahteval povrnitev obogatitve. J. Kranjc, nav. delo, str. 316 in 317.

nja, ki je bilo predmet izpodbojnega pravnega dejanja, zato pravice izpodbijanja na temelju stvarnopravne teorije²⁶ v slovenskem pravnem redu ni mogoče utemeljiti. Upnik tako ne more zahtevati vrnitve predmeta, na katerega se nanaša izpodbojni pravni posel, v last in posest dolžnika oziroma vzpostavitve njegove lastninske pravice na tej stvari.²⁷ Zahteva za (delno) razveljavitev dolžnikovega pravnega dejanja kot oblika neveljavnosti pravnega posla ni skladna z učinkom izpodbijanja, določenim v 260. členu OZ,²⁸ saj ta ob sklenitvi ni imel pomanjkljivosti.²⁹ Ko je pravno dejanje razveljavljeno, praviloma namreč ne velja za nikogar več. Ker se torej izpodbijani pravni posel ne razveljavi, uveljavljanje paulijanske tožbe v obliki izbrisne tožbe ne more biti utemeljeno.³⁰

Meniva, da je izpodbojna tožba tožba z dvočlenskim tožbenim zahtevkom oblikovalne in dajatvene narave. V skladu z določilom 260. člena OZ namreč postane pravno dejanje brez učinka proti upniku (v obsegu, ki je potreben za izpolnitev njegovih terjatev) šele v posledici ugoditve zahtevku za izpodbijanje.³¹ Gre torej za učinkovanje *ex nunc*. To pomeni, da se pravica izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj kot posebna vrsta izpodbojne pravice lahko uveljavlja samo sodno in jo je zato treba uresničiti z oblikovalnim tožbenim zahtevkom.³² Z njim se zasleduje vzpostavitev pravnega razmerja med upnikom in pridobite-

²⁶ Omeniti velja, da je Sodišče EU v zadevi Reichert (C-115/88) ugotovilo, da gre pri paulijanski tožbi za obligacijskopravno, in ne stvarnopravno tožbo, zaradi česar se pristojnost v skladu z Bruselsko konvencijo oziroma Uredbo št. 44/2001 ne določi glede na *locus rei sitae*, temveč glede na toženčevo stalno prebivališče. Šlo je za spor med zakoncem Reichert in Dresdner bank, ki se je nanašal na goljufivo darilo zakoncev sinu v obliki nepremičnine v Franciji, kjer je Dresdner bank zoper zakonca Reichert vložila paulijansko tožbo.

²⁷ Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča II Ips 346/1999 z dne 17. maja 2000 in sklep Višjega sodišča v Kopru I Cpg 270/2004 z dne 29. septembra 2005.

²⁸ Vrhovno sodišče Jugoslavije je že leta 1972 sprejelo stališče, da upnik ni upravičen zahtevati razveljavitve izpodbojnega pravnega posla. VSJ; Gzs 59/72, 3. november 1972. Bilten Vrhovnega sodišča Jugoslavije, št. 36/1973, str. 41. Enako Vrhovno sodišče Hrvaške, Gž 54/85, 23. maj 1985, Pregled VSH, 29/86, str. 49. Glej tudi odločbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 425/2001 z dne 14. marca 2002 in II Ips 6/2012 z dne 4. julija 2013. Primerjaj S. Čigoj, nav. delo, str. 996. A. Radolović, nav. delo, str. 630.

²⁹ M. Juhart, nav. delo (2003), str. 248, 249 in 270. Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 346/99 z dne 17. maja 2000, II Ips 187/2001 z dne 6. decembra 2001, II Ips 425/2001 z dne 14. marca 2002, II Ips 246/2006 z dne 30. oktobra 2008 in II Ips 297/2010 z dne 9. februarja 2012.

³⁰ Glej 243. člen Zakona o zemljiški knjigi (Ur. l. RS, št. 58/2003 in nasl., v nadaljevanju ZZZK-1). Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča II Ips 346/1999 z dne 17. maja 2000.

³¹ Ob upoštevanju, da obligacijsko razmerje med upnikom in pridobiteljem nastane šele, če sodišče ugotovi izpodbojnemu zahtevku, tudi ni mogoče v celoti slediti obligacijski in jamčevalni teoriji.

³² Primerjaj N. Plavšak, nav. delo (2003), str. 163. L. Ude, nav. delo, str. 211. A. Galič, nav. delo (zv. 2, 2006), str. 164.

ljem z namenom, da se prvemu omogoči dostop do premoženja, ki je predmet spornega dolžnikovega razpolaganja. Dajatvenemu zahtevku ni mogoče ugoditi pred ugoditvijo oblikovalnemu zahtevku za izpodbijanje pravnega dejanja,³³ saj ima šele izguba učinka izpodbijanega dejanja proti upniku za posledico obveznost tožene stranke (pridobitelja) dopustiti poplačilo iz premoženja, ki je predmet izpodbitega pravnega dejanja. Ker izpodbijno dejanje ne izgubi učinkov *ex lege*, torej z izpolnitvijo zakonskih pogojev za izpodbijanje, izpodbijnost pravnega dejanja ni zgolj pravna podlaga za uveljavljanje dajatvenega zahtevka.³⁴ Tožba zgolj z dajatvenim zahtevkom je zato po najinem mnenju nesklepčna.³⁵

Stališče, da zahtevo za sodno varstvo na podlagi izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj tvorita oblikovalni in dajatveni zahtevki, je prevladujoče tudi v pravni teoriji. Blagojević in Krulj menita, da mora upnik zahtevati, da se neko pravno dejanje dolžnika razglasi zoper njega za neučinkovito, z drugim zahtevkom pa mora določiti, na kakšen način in v kakšni obliki mora pridobitelj nekaj storiti ali dopustiti zaradi upnikovega poplačila, torej zahtevati neko toženčevo dajatev.³⁶ Za podobno se zavzemata Momčinović³⁷ in Stipković.³⁸ Po mnenju Cigoja mora tožbeni predlog poleg zahtevka, da izpodbijano dejanje ne učinkuje na izpodbijalca v obsegu, ki je potreben, da ostane zadosti premoženja v korist upnika, da se poplača,³⁹ vsebovati tudi zahtevo za vzpostavitev prejšnjega stanja.⁴⁰ Da je izpodbijna tožba tožba z dvema zahtevkoma: oblikovalnim in dajatvenim, potrjuje tudi novejša hrvaška sodna praksa.⁴¹

V sodni praksi se je v šestdesetih letih prejšnjega stoletja uveljavilo stališče, da mora biti poleg dajatvenega zahtevka izpodbijni zahtevki postavljeni v obliki

³³ Iz sodne prakse je razvidno, da je oblikovalni zahtevki praviloma opredeljen tako: »Darilna pogodba, ki sta jo dne ... sklenila dolžnik tožeče stranke in tožena stranka glede nepremičnine parc. št. ... k. o. ... (ID ...), nima učinka v razmerju do tožeče stranke do višine njene terjatve do dolžnika v znesku ...«, kar je v skladu z vsebino 260. člena OZ.

³⁴ Tako M. Juhart, nav. delo (2003), str. 268. Podobno tudi A. Radolović, nav. delo, str. 630.

³⁵ Tako tudi za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj v stečaju odločba Vrhovnega sodišča RS III Ips 110/2007 z dne 16. decembra 2008.

³⁶ B. T. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, str. 993.

³⁷ H. Momčinović, nav. delo, str. 533.

³⁸ Z. Stipković, nav. delo, str. 50.

³⁹ Ta zahtevki enkrat opredeli kot ugotovitveni, drugi pa kot oblikovalni. S. Cigoj, nav. delo, str. 990 in 996.

⁴⁰ Smisel izpodbijanja je, da se vzpostavi stanje, kot če dolžnik ne bi razpolagal s svojim premoženjem, tako da je to premoženje še na voljo upnikom za poplačilo. Prav tam, str. 991 in 996.

⁴¹ Sodba Županijskog suda u Koprivnici, Gž-1220/01, z dne 2. novembra 2001. H. Momčinović, nav. delo, str. 533.

ugotovitvene tožbe,⁴² vendar pa je treba pri tem upoštevati, da Zakon o izpodbijanju pravnih dejanj izven stečaja z dne 22. januarja 1931,⁴³ katerega pravna pravila so se na podlagi Zakona o neveljavnosti pravnih predpisov, sprejetih pred 6. aprilom 1941 in v času sovražne okupacije,⁴⁴ uporabljala vse do uveljavitve ZOR,⁴⁵ ni zahteval sodnega uresničevanja izpodbojne pravice, kot to velja za ZOR⁴⁶ in OZ. Vsebina izpodbojne tožbe je bila izrecno opredeljena v 12. členu, in sicer je bilo treba s tožbenim zahtevkom zgolj opredeliti, v kakšnem obsegu in na kakšen način mora toženec nekaj dopustiti ali trpeti za poplačilo upnika.

Nekateri avtorji utemeljujejo izpodbojno tožbo kot zgolj dajatveno tožbo s primerjalnopravnim argumentom, opirajoč se zlasti na avstrijsko pravno ureditev.⁴⁷ V avstrijski sodni praksi je namreč uveljavljeno stališče, da zadostuje dajatveni (dopustitveni) zahtevek.⁴⁸ Meniva, da primerjalnopravni vidik ne more biti odločilen pri utemeljitvi narave tožbenega zahtevka paulijanske tožbe. Med slovensko in avstrijsko zakonsko ureditvijo izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj zunaj stečaja namreč obstajajo pomembne razlike. Avstrijski zakon o izpodbijanju dolžnikovih pravnih dejanj zunaj stečaja⁴⁹ v 12. členu izrecno določa vsebino izpodbojnega zahtevka, in sicer mora biti zgolj določeno, v kolikšnem obsegu in kako mora toženec nekaj dopustiti ali trpeti za poplačilo upnika. Poleg tega v skladu z avstrijsko ureditvijo izpodbojno pravno dejanje ne postane brez učinka proti upniku šele po ugoditvi zahtevku za izpodbijanje, kot to določa 260. člen OZ, temveč *ex lege*, ko so izpolnjeni pogoji izpodbijanja.⁵⁰ Podobno bi bilo mogoče ugotoviti tudi za nemško ureditev.⁵¹

⁴² Sodba Okrožnega sodišča Celje Gž 449/68, Poročilo VSS 1/60, str. 29. Bilten Vrhovnega sodišča Jugoslavije, št. 36/1973, str. 41. S. Goljar, M. Krisper Kramberger, N. Plavšak, nav. delo, str. 304. B. Strohsack, nav. delo, str. 56.

⁴³ Sl. n., št. 26/62, 5. februar 1931, in št. 29/685, 30. april 1931. Objavljeno tudi v M. Stupar, nav. delo, str. 269–273.

⁴⁴ Sl. l. FNRJ, št. 86/46 z dne 25. oktobra 1946.

⁴⁵ Primerjaj Bilten Vrhovnega sodišča Jugoslavije, št. 36/1973, str. 41, sodbo Vrhovnega sodišča Jugoslavije, Rev. 1000/58 z dne 11. aprila 1959, objavljena v Pravni život, št. 5-6/1959, str. 61–63. A. Radolović, nav. delo, str. 625. Z. Stipković, nav. delo, str. 44 in 45.

⁴⁶ Primerjaj 284. člen ZOR.

⁴⁷ Z. Arnuš, nav. delo, str. 77 in nasl.

⁴⁸ Prav tam.

⁴⁹ Anfechtungsordnung, RGBL., št. 337/1914, BGBl. II, št. 178/1934, BGBl., št. 240/1968, BGBl. I, št. 8/2006, BGBl. I, št. 75/2009, BGBl. I, št. 29/2010, v nadaljevanju AnfO.

⁵⁰ Neučinkovitost je pomembna le kot predpostavka za izgradnjo dajatve. Z. Arnuš, nav. delo, str. 77.

⁵¹ Primerjaj 11. in 13. člen Anfechtungsgesetz (BGBl. I S. 2911, 5. oktober 1994, zadnjič spremenjen BGBl. I S. 1900, 9. 12. 2010), v nadaljevanju AnfG. M. Huber, nav. delo, str. 217–235.

Opozoriti velja, da je v sodni praksi mogoče zaslediti tudi stališče, da zgolj odvečna uvodna faza tožbenega zahtevka »ugotovi se«, ki ji sledi zahteva, naj neko pravno dejanje nima pravnega učinka do tožnika, ne vpliva na vsebinsko ustreznost zahtevka paulijanske tožbe. Tak tožbeni predlog kljub vsemu vsebuje ustrezni eksekutivni element.⁵²

Opozoriti velja, da z začetkom stečajnega postopka nad dolžnikom preneha pravica upnikov izpodbijati njegova pravna dejanja po splošnih pravilih obligacijskega prava (255. do 260. člen OZ) in lahko ti ta pravna dejanja izpodbijajo samo v skladu s (specialnimi) pravili o izpodbijanju pravnih dejanj stečajnega dolžnika (269. do 278. člen ZFPPIPP). Pri tem lahko upnik, ki je vložil *actio Pauliana* pred začetkom stečajnega postopka, po začetku tega postopka ta zahtevek uveljavlja samo še za račun stečajnega dolžnika, zaradi česar mora ustrezno spremeniti tožbo, pri čemer za tako spremembo soglasje toženca, to je pridobitelja, ni potrebno (primerjaj prvi in drugi odstavek 270. člena ZFPPIPP). Zakon nadalje določa, da je v primeru, da je upnik pred začetkom stečajnega postopka nad dolžnikom uspešno uveljavil *actio Pauliana* in ima torej zoper tretjega – pridobitelja izvršilni naslov za dopustitev poplačila dolžnikovega dolga, po začetku stečajnega postopka dovoljeno izdati sklep o izvršbi ali zavarovanju terjatev samo v dobro stečajnega dolžnika, čeprav ta v izvršilnem naslovu ni naveden kot upnik (drugi, tretji in četrti odstavek 351. v zvezi s četrtim odstavkom 270. člena ZFPPIPP). Dodati je treba, da v stečajno maso osebnih družb in drugih pravnih oseb, za obveznosti katerih po zakonu ali njenih pravilih odgovarjajo tudi njeni družbeniki, spada tudi premoženje, doseženo z uveljavitvijo zahtevkov do osebno odgovornega družbenika na podlagi njegove odgovornosti za obveznosti te pravne osebe. V pravdo, ki se je začela na podlagi *actio Pauliana* proti osebno odgovornemu družbeniku pravne osebe, lahko zato s privolitvijo upnika, ki jo je vložil, vstopi upravitelj za račun stečajne mase (četrti odstavek 350. člena v zvezi s tretjim odstavkom 270. člena in drugim odstavkom 276. člena ZFPPIPP); za njegov vstop v pravdo privolitev toženca – osebno odgovornega družbenika ni potrebna (peti odstavek 350. člena v zvezi s tretjim odstavkom 270. člena ZFPPIPP).⁵³

⁵² Primerjaj odločbe Višjega sodišča v Ljubljani III Cp 2825/2010 z dne 17. novembra 2010 in II Cp 1264/2012 z dne 5. septembra 2012 ter Vrhovnega sodišča RS III Ips 144/99 z dne 23. decembra 1999 in III Ips 110/2007 z dne 16. decembra 2008. Podobno tudi M. Dordević, nav. delo, str. 137, op. 519. Drugače sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2784/2009 z dne 11. novembra 2009.

⁵³ Primerjaj tudi N. Plavšak, nav. delo (2008), str. 202 in 203.

2.3. Materialno procesno vodstvo in oblikovanje tožbenega zahtevka

Pravdni postopek temelji na razpravnem načelu (prvi odstavek 7. člena in 212. člen Zakona o pravdnem postopku⁵⁴). Pomembno omilitev omenjenega načela pomeni (tudi) materialno procesno vodstvo (285. člen ZPP). Da se to (lahko) nanaša tudi na področje tožbenih predlogov, potrjuje sodna praksa⁵⁵ in večinski del pravne teorije.⁵⁶ Vrhovno sodišče RS je že pojasnilo, da lahko sodišče v okviru materialnega procesnega vodstva da pobudo za popravo oziroma dopolnitev zahtevka v tistem okviru, ki ga je tožeča stranka opredelila že sama. Kje je meja, do katere seže razjasnjevalna dolžnost sodišča, je odvisno od okoliščin posameznega primera.⁵⁷ Tudi v skladu s sodno prakso višjih sodišč je aktivnost sodišča pri oblikovanju pravnega tožbenega zahtevka dopustna, vendar v izjemnih primerih.⁵⁸ Pogoj je, da stranka s trditveno podlago jasno opredeli predmet pravde, napačen zahtevek pa ni posledica njene malomarnosti (ali očitno napačnega pravnega izhodišča), marveč bodisi tega, da je pravna konstrukcija, iz katere izvira zahtevek (rešitev njenega pravnega razmerja), izrazito kompleksna, bodisi tega, da je bila s predhodnim ravnanjem sodišča zavedena, bodisi tega, da je postavila zahtevek, ki ga je sodna praksa dotlej daljši čas dopuščala.⁵⁹ Betettova po sugestiji nemške pravne teorije v mejnih primerih predlaga uporabo merila, da se zaradi pobude sodišča ne sme spremeniti cilj pravde, gledano z očmi nepravnika. Po mnenju Pavčnika mora biti merilo, ali bi bila brez posredovanja sodišča stranka prikrajšana v učinkoviti pravici do sodnega varstva (23. člen Ustave).⁶⁰

Meniva, da je treba pri opredelitvi obsega dopustne aktivnosti sodišča pri oblikovanju pravnega tožbenega zahtevka izhajati iz namena razjasnjevalne oblasti, ki je v tem, da se prepreči, da bi stranka izgubila pravdo in prišla ob pravno

⁵⁴ Ur. l. RS, št. 73/2007, v nadaljevanju ZPP.

⁵⁵ Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 1213/2008 z dne 4. oktobra 2012.

⁵⁶ J. Juhart, nav. delo, str. 222. N. Betetto, nav. delo, str. 586 do 588. M. Končina Peternel, nav. delo, str. 73. T. Pavčnik, nav. delo, str. 30. Drugače bi se lahko razumelo Galiča, ki navaja, da niti pravilo o pomoči prava neuki stranki (12. člen ZPP) niti materialno procesno vodstvo sodišča ne upravičujeta, da bi stranki predlagalo, naj spremeni tožbeni zahtevek. A. Galič, nav. delo (2005), str. 36.

⁵⁷ Tako sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 1213/2008 z dne 4. oktobra 2012, tč. 6. Drugače sklep in sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 110/2007 z dne 16. decembra 2008.

⁵⁸ Primerjaj odločbe Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 4197/2009 z dne 17. marca 2010, II Cp 1398/2012 z dne 12. decembra 2012, II Cp 2784/2009 z dne 11. novembra 2009 in I Cp 2494/2010 z dne 22. decembra 2010.

⁵⁹ Glej sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1398/2012 z dne 12. decembra 2012.

⁶⁰ T. Pavčnik, nav. delo, str. 30.

varstvo samo zaradi nepravilnega tožbenega predloga, pa čeprav je po uspehu obravnave povsem jasno, da ima prav, le njen tožbeni petit je napačno formuliran.⁶¹ To pomeni, da je v primerih, v katerih (je) sodna praksa dopušča(la) različne zahtevke paulijanske tožbe,⁶² zaradi zagotovitve ustavno varovane pravice do učinkovitega sodnega varstva dolžnost sodišča, da normativno strukturo stranki razkrije ter ji tako omogoči, da svojo zahtevo za sodno varstvo pravice, ki mora biti v trditvenem gradivu jasno izražena, tudi procesno pravilno oblikuje. Ob tem velja dodati, da poprava nepopolno formuliranega predloga ali pravilnejša formulacija istega zahtevka ni sprememba tožbe.⁶³

2.4. Izpodbijni ugovor

V literaturi⁶⁴ se enotno navaja, da naj bi paulijanski ugovor prišel v poštev v primeru, če je predmet izpodbijanja kakšno dejanje, ki dolžniku šele nalaga izpolnitev, zato tretji dolžnika toži; takrat naj bi interveniral upnik in izpodbijal zahtevek tretjega. To naj bi bili predvsem primeri izločitvenih in ločitvenih zahtevkov tretjega v izvršilnem postopku zoper dolžnika. Opozarjava, da ZIZ ločitvenih zahtevkov ne pozna. Ločitvena pravica je institut stečajnega prava,⁶⁵ v katerem pa za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj veljajo posebna pravila (269. do 278. člen ZFPPIPP). Meniva, da si drugačnega položaja, v katerem bi v poštev prišel paulijanski ugovor (glede razpolaganja z nepremičninami), od tistega, ko na podlagi ugovora tretjega (64. člen ZIZ) v izvršilnem postopku zoper dolžnika in nato tožbe za ugotovitev nedopustnosti te izvršbe (tretji odstavek 65. člena ZIZ) pride do izločitvene pravde, v kateri se upnik brani s paulijanskim ugovorom,⁶⁶ ni mogoče zamisliti. V bistvenem enako velja za pravdo zaradi nedopustnosti zavarovanja. Postopkovna pravila upniku namreč ne omogočajo posredovanja (sodelovanja) v morebitni pravdi med tretjim in dolžnikom, v kateri bi prvi od drugega zahteval kakšno izpolnitev, ki bi bila izpodbijna po pravilih o izpodbijanju dolžnikovih pravnih dejanj; v teh pravdah torej nikakor ne more priti do upnikovega uveljavljanja paulijanskega ugovora.

⁶¹ Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 1213/2008 z dne 4. oktobra 2012. Enako J. Juhart, nav. delo, str. 222.

⁶² Glej npr. odločbe Vrhovnega sodišča RS III Ips 16/2003 z dne 12. decembra 2003, III Ips 110/2007 z dne 16. decembra 2008, I Cp 1404/2005 Višjega sodišča v Kopru in I Cp 940/2008 Višjega sodišča v Mariboru.

⁶³ Primerjaj J. Juhart, nav. delo, str. 222.

⁶⁴ Primerjaj S. Cigoj, nav. delo, str. 995 in 996; M. Juhart, nav. delo (2003), str. 268; B. T. Blagojevič, V. Krulj, nav. delo, str. 993; B. Vizner, nav. delo, str. 1129 in 1130.

⁶⁵ Primerjaj 19. člen Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Ur. l. RS, št. 126/2007 in nasl., v nadaljevanju ZFPPIPP).

⁶⁶ Taka procesna situacija je razvidna iz odločb Vrhovnega sodišča RS II Ips 810/2005 z dne 14. junija 2007 in II Ips 517/2008 z dne 19. januarja 2012.

Če dolžnik v takem sodnem postopku stori dejanje, ki je upniku v škodo, ima ta na voljo paulijansko tožbo (in ne ugovor).⁶⁷

Ker je zahtevek za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj, kot že navedeno, (tudi) oblikovalne narave, je treba po najinem mnenju paulijanski ugovor uveljaviti z nasprotno tožbo.^{68, 69} Tako stališče je v zadnjem času uveljavljeno tudi v teoriji izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj v stečaju.⁷⁰ Ker se zakonsko besedilo četrtega odstavka 275. člena ZFPPIPP v bistvenem ne razlikuje od prvega odstavka 259. člena OZ in ker gre v obeh primerih za uveljavljanje oblikovalnega zahtevka, ne vidiva razlogov za različno obravnavanje.

V sodni praksi⁷¹ je mogoče zaslediti tudi stališče, da pri uveljavljanju *actio Pauliana* zadostuje zgolj oblikovalni zahtevek, zlasti če se je izvršilni postopek zoper dolžnika z rubežem in prodajo nepremičnin (ki so predmet izpodbijanega pravnega dejanja) začel še pred paulijansko pravdo zoper pridobitelja; šlo naj bi za reševanje predhodnega vprašanja, realizacija terjatve tožnika pa naj bi bila stvar izvršilnega postopka. Poudariti je treba, da je smisel in namen uveljavljanja *actio Pauliana* doseči upnikovo poplačilo terjatve, ki jo ima do dolžnika, kar je praviloma mogoče zgolj z uveljavljanjem (tudi) dajatvenega zahtevka; ta je ključen, brez njega ni upnikovega poplačila. Po uspešnem izpodbitju dolžnikovega pravnega dejanja se namreč stvar, ki je bila predmet tega, ne vrne v njegovo premoženje, zato je stranka (dolžnik) v izvršilnem postopku, ki sledi, pridobitelj – toženec iz pravde na podlagi *actio Pauliana* (če pravnomočne obsojilne sodbe ne izpolni prostovoljno), in ne upnikov siceršnji dolžnik.

Nekoliko drugačen je položaj v primeru, če je upnik že začel izvršilni postopek zoper dolžnika, ki meri (tudi) na nepremičnino, ki je predmet izpodbijanega pravnega dejanja. Z vidika izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj sta mogoči dve situaciji: (1) do izpodbojnega pravnega dejanja (razpolagalnega pravnega posla) je prišlo po začetku izvršilnega postopka in po pridobitvi hipoteke z zaznambo sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi ter (2) do izpodbojnega pravnega dejanja (razpolagalnega pravnega posla) je prišlo pred pridobitvijo hipo-

⁶⁷ Primerjaj A. Galič, nav. delo (2009), str. 181.

⁶⁸ V sodni praksi že dolgo ni več sporno, da toženec izpodbojnosti pogodbe ravno zaradi oblikovalnih učinkov ne more uveljavljati zgolj z ugovorom, temveč mora vložiti nasprotno tožbo. Primerjaj npr. sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 358/95 z dne 23. januarja 1997.

⁶⁹ Drugače Galič, ki meni, da ugovor pri izpodbijanju dolžnikovih pravnih dejanj zadostuje, ker to izrecno določa prvi odstavek 259. člena OZ. A. Galič, nav. delo (zv. 2, 2003), str. 165, op. 439; nav. delo (2006), str. 185.

⁷⁰ Primerjaj N. Plavšak, nav. delo (2008), str. 209.

⁷¹ Primerjaj sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2644/2009 z dne 7. oktobra 2009.

teke z zaznambo sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi.⁷² V prvem primeru, kot že pojasnjeno, izpodbojno pravno dejanje (odplačno ali neodplačno) zaradi določbe drugega odstavka 170. člena ZIZ sploh ne (more) povzroči(ti) oškodovanja upnika, ki zato za *actio Pauliana* nima pravnega interesa. V drugem primeru pa mora pridobitelj – če želi preprečiti upnikovo poplačilo iz sporne nepremičnine – vložiti ugovor tretjega (64. člen ZIZ) in nato tožbo za ugotovitev nedopustnosti izvršbe (tretji odstavek 65. člena ZIZ); upniku za ohranitev njegovega interesa ni treba vlagati *actio Pauliana*,⁷³ vse je namreč odvisno od pridobitelja. Če ta ne bo uveljavil izločitvenih ugovora in nato tožbe, se bo izvršilni postopek zoper dolžnika nadaljeval (tudi) s prodajo sporne nepremičnine in upnikovim poplačilom iz tega izkupička, če pa bo prišlo do pravde zaradi nedopustnosti izvršbe, se bo upnik v njej branil s paulijanskim ugovorom. Ob predpostavki, da je treba ta ugovor uveljavljati z nasprotno tožbo, bi ta po najinem mnenju morala vsebovati zgolj oblikovalni del. V primeru njegove uspešne uveljavitve se bo izvršba namreč (zgolj) nadaljevala, in sicer zoper upnikovega siceršnjega dolžnika, zato dajatveni del zahtevka ni potreben.

2.5. Uveljavljanje izpodbojnega zahtevka proti pravnim naslednikom pridobitelja koristi

Če pridobitelj koristi iz pravnega dejanja z dolžnikom to s pravnim poslom prenese naprej, lahko upnik v skladu s pogoji iz tretjega odstavka 259. člena OZ izpodbojni zahtevek uveljavlja tudi zoper singularnega pravnega naslednika pridobitelja koristi.⁷⁴ Če prvotni pridobitelj korist prenese z neodplačnim pravnim dejanjem (npr. darilno pogodbo), upnik z izpodbojno tožbo proti neposrednemu pridobitelju ne bo uspel, ker ta koristi nima več. V takem primeru lahko zato zahteva pravno varstvo le proti tistemu, ki mu je bila ta korist naklonjena.⁷⁵

Za primere odplačnih poslov med neposrednim pridobiteljem koristi in njegovim singularnim naslednikom pa tretji odstavek 259. člena OZ dopušča upnikov zahtevek proti nasledniku samo, če je ta vedel,⁷⁶ da je bilo mogoče

⁷² Pri tem izhajava iz predpostavke, da do vknjižbe lastninske pravice na pridobitelja še ni prišlo, saj v nasprotnem primeru upnik ne bo vložil predloga za izvršbo na nepremičnino zoper dolžnika, temveč bo uveljavljal *actio Pauliana* zoper pridobitelja.

⁷³ Če jo ta vloži kljub temu, da pridobitelj ne uveljavlja izločitvenega zahtevka, zanj ne more imeti pravnega interesa.

⁷⁴ Pasivno stvarno legitimirani so seveda tudi univerzalni pravni nasledniki pridobitelja (primerjaj drugi odstavek 259. člena OZ), saj izpodbojni zahtevek proti pridobitelju koristi ni osebne narave.

⁷⁵ M. Juhart, nav. delo (2003), str. 267.

⁷⁶ Izkaz (zgolj) malomarne nevednosti singularnega naslednika glede te okoliščine torej ne zadostuje. Primerjaj B. Vizner, nav. delo, str. 1130. B. T. Blagojevič, V. Krulj, nav. delo, str. 995. Drugače S. Cigoj, nav. delo, str. 995.

izpodbijati pridobitev njegovega prednika, kar je težko dokazljivo.⁷⁷ Vprašljivo se nama zdi Juhartovo stališče (podobnega zavzemanja pri drugih avtorjih ni mogoče zaslediti), da lahko upnik v primeru, da neposredni pridobitelj z odplačnim pravnim poslom stvar, ki je (bila) predmet izpodbojnega pravnega dejanja, odsvoji in s tem pridobi novo (denarno ali drugo premoženjsko) korist, od njega zahteva vrnitev te koristi (npr. kupnine od prodaje nepremičnine).⁷⁸ Iz tega po najinem mnenju izhaja, da naj bi imel upnik v takem primeru *actio Pauliana* tako zoper neposrednega pridobitelja (za »vračilo« kupnine) kot tudi zoper njegovega singularnega naslednika (»klasična« paulijanska tožba, usmerjena v individualno določeno stvar). Za tako kumulacijo zahtevkov v OZ ne najdeva podlage,⁷⁹ stališče, da je kljub temu mogoče, pa najbrž načne tudi težko rešljiva procesnopravna vprašanja vrstnega reda uveljavljanja teh dveh zahtevkov oziroma narave take kumulacije. Poleg tega je tak zahtevek zoper neposrednega pridobitelja zelo težko uskladiti z določbo 260. člena OZ o učinku izpodbojne tožbe; posledica uspešnega izpodbijanja z *actio Pauliana* je namreč (zgolj) upnikova posebna poplačilna pravica iz premoženja, ki ga je dolжник (odplačno ali neodplačno) prenesel na tretjo osebo. Zdi se, da bi tožba zoper neposrednega pridobitelja za »vračilo« kupnine morala nujno vsebovati precej elementov obogatitvenega⁸⁰ ali odškodninskega⁸¹ zahtevka, ki za zahtevek »klasične« paulijanske tožbe niso značilni.

Če neposredni pridobitelj predmet izpodbojnega dejanja med paulijansko pravdo odsvoji tretjemu (npr. do vknjižbe njegove lastninske pravice v zemljiško knjigo pride med to pravdo),⁸² meniva, da bi upnikov oziroma tožnikov položaj lahko varovala določba 190. člena ZPP. Prehod stvarne legitimacije na pridobitelja kot singularnega pravnega naslednika potrjuje ureditev tretjega odstavka 259. člena OZ. Upnik bi namreč v primeru odtujitve stvari oziroma terjatve, ki je predmet spornega pravnega dejanja, pred pravdo uspel le, če bi tožbo vložil proti novemu pridobitelju. Takemu razlogovanju pritrjuje tudi starejša zakonska ureditev. Tako je Zakon o izpodbijanju pravnih dejanj izven stečaja iz leta 1931 zaradi varstva upnika pred morebitno odsvojitvijo nepre-

⁷⁷ M. Juhart, nav. delo (2003), str. 267.

⁷⁸ Primerjaj M. Juhart, nav. delo (2003), str. 268.

⁷⁹ Nasprotno, razlaga tretjega odstavka 259. člena OZ s pomočjo argumenta nasprotnega razlogovanja (*argumentum a contrario*) prej kaže, da v primeru odsvojitve koristi, pridobljene z izpodbijanim razpolaganjem, pridobitve prednikov ni več mogoče izpodbijati.

⁸⁰ O neupravičeni obogatitvi po splošni pravilih OZ v razmerju izpodbijajočega upnika in neposrednega pridobitelja glede prejete kupnine ne moremo govoriti.

⁸¹ Primerjaj S. Cigoj, nav. delo, str. 991 in 996.

⁸² V tem položaju gre za zunanje razmerje, pri katerem učinki pravnoposlovnega prenosa lastninske pravice na nepremičnini nastopijo z vknjižbo.

mičnine določal zaznambo paulijanske tožbe, katere posledica je bila, da je ugodilna sodba po tej tožbi učinkovala tudi zoper tiste, ki so po zaznambi pridobili knjižne pravice.⁸³ Pravne položaje, v katerih pride do odsvojitve predmeta izpodbijanega dejanja po pravnomočnosti obsodilne sodbe na podlagi paulijanske tožbe, a pred vložitvijo predloga za njeno izvršbo, rešuje drugi odstavek 24. člena ZIZ.

3. PROBLEMATIKA IZPODBIJANJA PRENOSA LASTNINSKE PRAVICE NA NEPREMIČNINI

Ne v pravni teoriji⁸⁴ ne v sodni praksi⁸⁵ ni sporno, da s pravnim dejanjem v smislu 255. člena OZ razumemo vsako dolžnikovo ravnanje, iz katerega izvirajo pravne posledice ter zaradi katerega se zmanjša njegovo premoženje, in sicer v korist tretje osebe.⁸⁶ Pojem pravnega dejanja je bistveno širši od pojma pravnega posla. Predmet izpodbijanja niso samo aktivna ravnanja dolžnika, temveč tudi njegove opustitve, ki so imele posledice na premoženjskem področju (primerjaj tretji odstavek 255. člena OZ). Omejitve nastopijo v zvezi z drugimi splošnimi pogoji izpodbijanja; nekatera dejanja so po naravi taka, da je izpodbijanje izključeno, ker iz njih ne more nastati zmanjšanje dolžnikovega premoženja, to so na primer dvostranske pogodbe, v katerih je spoštovano načelo ekvivalentnosti dajatev oziroma izpolnitev (primerjaj 8. člen OZ).⁸⁷

Za učinkovit prenos in pridobitev lastninske pravice na nepremičnini na podlagi pravnega posla morajo biti kumulativno izpolnjeni štirje pogoji: (1) obstoj veljavnega zavezovalnega pravnega posla, iz katerega izhaja obveznost prenesti lastninsko pravico; (2) odsvojitelj mora imeti razpolagalno sposobnost; (3) obstoj razpolagalnega pravnega posla;⁸⁸ (4) izpolnjeni morajo biti drugi, z zakonom določeni pogoji. Dodaten zakonski pogoj za pravnoposlovno pridobitev lastninske pravice na nepremičnini je vpis v zemljiško knjigo

⁸³ Glej 20. člen Zakona o izpodbijanju pravnih dejanj izven stečaja iz leta 1931.

⁸⁴ Primerjaj S. Cigoj, nav. delo, str. 990; M. Juhart, nav. delo, str. 255–257; B. T. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, str. 977 in nasl.; B. Vizner, nav. delo, str. 1116 in 1117; H. Momčinić, nav. delo, str. 526.

⁸⁵ Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 420/2005 z dne 16. maja 2007, II Ips 506/2005 z dne 6. decembra 2007, II Ips 235/2009 z dne 15. novembra 2012 idr.

⁸⁶ Iz tega razloga na primer ni izpodbojno uničenje neke materialne dobrine (porušnje stavbe idr.), saj to nikomur ne koristi.

⁸⁷ Pri dvostranskih pogodbah gre praviloma (samo) za spreminjanje oblike dolžnikovega premoženja, in ne za njegovo zmanjšanje.

⁸⁸ (Tudi) v našem (stvarnem) pravu je uveljavljeno načelo ločevanja obligacijskopravnega zavezovalnega in stvarnopravnega razpolagalnega pravnega posla (*Trennungsprinzip*).

(primerjaj 40. in 49. člen SPZ). Na tem področju ni mogoče mimo spoznanj novejših pravne teorije,⁸⁹ ki so se pokazala tudi v praksi Ustavnega sodišča RS⁹⁰ in rednih sodišč,⁹¹ o konceptu ločevanja med prenosom lastninske pravice v notranjem in zunanjem razmerju, v skladu s katerim vknjižba lastninske pravice na nepremičnini, pridobljene s pravnim poslom, nima več v vseh primerih izključnih absolutnih učinkov. V notranjem razmerju med prenositeljem in pridobiteljem začne prenos lastninske pravice na nepremičnini učinkovati že s tem, ko prenositelj izstavi in izroči pridobitelju zemljiškoknjižno dovolilo z vsebino, določeno v 23. členu SPZ, na katerem je njegov podpis notarsko overjen (primerjaj 41. člen ZZK-1). Prav tako začne – ob upoštevanju namena in vsebine načela zaupanja v zemljiško knjigo⁹² – že pred vknjižbo učinkovati prenos lastninske pravice tudi do nedobrovernih (nepoštenih) tretjih oseb, ki nastopajo v pravnem prometu. V zunanjem razmerju (proti tretjim dobrovernim osebam) pa začne prenos lastninske pravice učinkovati šele z njeno vknjižbo v korist pridobitelja (oziroma, natančneje, s trenutkom, ko zemljiškoknjižno sodišče prejme predlog za tako vknjižbo – primerjaj 5. člen ZZK-1).⁹³ Nujna posledica opisanih stališč in z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o zemljiški knjigi⁹⁴ razširjene aktivne legitimacije za izbrisno tožbo⁹⁵ je bila širjenje aktivne legitimacije (tudi) za ugovor tretjega v izvršilnem postopku (primerjaj 64. člen ZIZ) in tožbo zaradi nedopustnosti izvršbe (primerjaj tretji odstavek 65. člena ZIZ). Na načelo zaupanja v zemljiško knjigo oziroma zemljiškoknjižno stanje se – ne glede na njihovo dobrovernost – ne morejo sklicevati (tudi) upniki, ki pridobijo hipoteko šele v izvršilnem postopku, in sicer zato, ker ne nastopajo v pravnem prometu v smislu 10. člena SPZ. Izstavljeno in izročeno zemljiškoknjižno dovolilo ima zato učinke tudi v razmerju do teh oseb.⁹⁶ Tako ima varstvo v izvršbi z izločit-

⁸⁹ Primerjaj N. Plavšak, nav. delo (2010), str. 44; N. Plavšak, nav. delo (2008), str. 222 in 223; M. Juhart, nav. delo (2004), str. 250 in 251; M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 52 in 53.

⁹⁰ Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča RS Up-591/10 z dne 2. decembra 2010.

⁹¹ Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 132/2009 z dne 12. julija 2012 ter tam citirane odločbe.

⁹² Primerjaj 10. člen SPZ in prvi odstavek 8. člena ZZK-1.

⁹³ Primerjaj tudi sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 26/2012 z dne 25. julija 2013.

⁹⁴ Ur. l. RS, št. 25/2011, v nadaljevanju ZZK-1C.

⁹⁵ Primerjaj (spremenjeni) 243. člen ZZK-1; za izbrisno tožbo je sedaj izrecno aktivno legitimiran tudi imetnik (zgolj) obligacijske pravice.

⁹⁶ Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 220/2006 z dne 10. julija 2008, II Ips 475/2008 z dne 5. aprila 2012, II Ips 385/2008 z dne 17. maja 2012, II Ips 324/2011 z dne 26. aprila 2012 in II Ips 132/2009 z dne 12. julija 2012, II Ips 441/2010 z dne 26. septembra 2013.

venim zahtevkom tudi tisti, ki je razpolagal z zemljiškoknjižno listino, sposobno za vknjižbo, pred upnikovo pridobitvijo hipoteke v izvršilnem postopku z zaznambo sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi (primerjaj drugi odstavek 170. člena ZIZ⁹⁷).

V pravni teoriji in sodni praksi se enotno zastopa stališče, da pri (neodplačnem) prenosu lastninske pravice na nepremičnini lahko upnik po svoji volji izpodbija katerikoli posel: (obligacijskopravni) zavezovalni pravni posel ali (stvarnopravni) razpolagalni pravni posel.⁹⁸ Zaradi kavzalnosti je posledica razveljavitve zavezovalnega pravnega posla res tudi prenehanje veljavnosti razpolagalnega pravnega posla, vendar je po najinem mnenju zelo vprašljivo, ali ima zavezovalni pravni posel sploh lahko značilnosti izpodbojnega dejanja v smislu 255. člena OZ. Upoštevati je namreč treba smisel in namen izpodbijanja z *actio Pauliana*. V splošnem so predmet izpodbijanja tista dolžnikova dejanja, ki (objektivno gledano) negativno vplivajo na njegovo premoženje, zaradi česar to ne zadostuje za (popolno) poplačilo upnika.⁹⁹ Gre torej za dejanja, ki poslabšajo njegovo plačilno sposobnost. Tak učinek po naravi stvari nastopi (še), ko začne prenos lastninske pravice na stvari (nepremičnini), iz katere bi se upnik(i) želel(i) poplačati, učinkovati¹⁰⁰ oziroma ko se iz te (brez izpodbitja dolžnikovega razpolaganja) ne more(jo) več poplačati. Iz povedanega logično izhaja, da je za opisano problematiko bistven odgovor na vprašanje, do katerega trenutka lahko upnik zaradi poplačila svoje terjatve do dolžnika poseže (tudi) na stvar (nepremičnino), ki je predmet prenosa med dolžnikom in pridobiteljem, brez njegovega izpodbijanja.¹⁰¹ To je, na podlagi katerega pravnega posla bo pridobitelj lahko utemeljeno uveljavljal izločitveno pravico

⁹⁷ Po tej določbi zastavna pravica, pridobljena z zaznambo sklepa o izvršbi, učinkuje zoper vsakokratnega *poznejšega* lastnika nepremičnine. Pridobitelj vstopi v izvršbo namesto prejšnjega lastnika nepremičnine (dolžnika) že po samem zakonu (primerjaj H. Jenull, nav. delo, str. 94). Sledeč stališču Ustavnega sodišča RS v odločbi Up-2324/08 z dne 16. decembra 2010 (bi) mora(l) zaradi takšnega položaja pridobitelj imeti možnost, da lahko učinkovito brani svoje pravice, že v izvršilnem postopku, ne pa šele v izločitveni pravdi.

⁹⁸ Primerjaj B. T. Blagojevič, V. Krulj, nav. delo, str. 978; M. Juhart, nav. delo, str. 256. Glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 506/2005 z dne 6. decembra 2007.

⁹⁹ V skladu z drugim odstavkom 255. člena OZ se šteje, da je bilo pravno dejanje storjeno v škodo upnikov, če zaradi njega dolžnik nima dovolj sredstev za izpolnitev upnikove terjatve.

¹⁰⁰ Primerjaj M. Vedriš, P. Klarič, nav. delo, str. 173; avtorja poudarjata, da je za izpodbojno pravno dejanje pomembno, da se izrazi kot zmanjšanje dolžnikovega premoženja v korist tretje osebe. Glej tudi H. Momčinović, nav. delo, str. 526.

¹⁰¹ Posledica uspešnega izpodbijanja z *actio Pauliana* bi bila namreč (zgolj) upnikova pridobitev posebne poplačilne pravice iz te nepremičnine, ki jo je dolžnik (odplačno ali neodplačno) prenesel na tretjo osebo. Če te ne potrebuje, *actio Pauliana* ne more priti v poštev.

v izvršilnem postopku zoper dolžnika. Upnik namreč vse dotlej ne more biti legitimiran za izpodbijanje dolžnikovega prenosa lastninske pravice na nepremičnini, saj se lahko v izvršilnem postopku, ki ga bo začel zoper dolžnika, poplača (tudi) iz nje; upnik tako ni (še) v ničemer prikrajšan (oškodovanje mu samo preti). V primeru torej, da bo upnika varovala določba drugega odstavka 170. člena ZIZ, izpodbojno pravno dejanje (odplačno ali neodplačno) sploh ne (more) povzroči(ti) njegovega prikrajšanja (poslabšanja njegovega pravnega položaja), saj bo kljub temu (kljub razpolaganju dolžnika) ohranil poplačilno pravico na nepremičnini (ki jo bo pridobil s hipoteko v izvršilnem postopku zoper dolžnika). V tej situaciji upnik za *actio Pauliana* nima pravnega interesa.¹⁰² Izhajajoč iz določbe drugega odstavka 170. člena ZIZ v povezavi s splošnimi stvarnopravnimi načeli o začetku učinkovanja prenosa lastninske pravice,¹⁰³ upoštevajoč zgoraj povzeta novejša stališča pravne teorije in sodne prakse o širši aktivni legitimaciji za izločitvena ugovor in tožbo, je jasno, da je z vidika izpodbijanja dolžnikovega prenosa lastninske pravice na nepremičnini ključen trenutek (še)le izvedba razpolagalnega pravnega posla (izstavitev in izročitev za vknjižbo sposobne listine).¹⁰⁴ Povedano drugače, če sta dolžnik (prenositelj) in tretji (pridobitelj) sklenila zgolj zavezovalni pravni posel, to na upnikovo pravico poplačila iz dolžnikove nepremičnine ne bo imelo nobenega vpliva, saj ta posel sam zase ne utemeljuje pridobiteljevega izločitvenega zahtevka v izvršilnem postopku zoper dolžnika.¹⁰⁵

¹⁰² Primerjaj odločbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 675/96 z dne 22. januarja 1998, v kateri je to za enak upnikov položaj zavzelo stališče, da ta nima niti »vsaj ugotovitvene tožbe« (tožnik je namreč zahteval samo ugotovitev, da proti njemu nima pravnega učinka dolžnikovo neodplačno razpolaganje v korist toženca), in II Ips 369/2008 z dne 22. decembra 2011, iz katere izhaja, da zaradi dolžnikovega razpolaganja s stanovanjem po tem, ko je tožnik v izvršilnem postopku že pridobil poplačilno pravico na njem, ta nima pravnega interesa za vložitev izpodbojne tožbe.

¹⁰³ Premik te stvarne pravice iz premoženjskopravne sfere dotedanjega lastnika v premoženjskopravno sfero novega lastnika in s tem zmanjšanje oziroma povečanje premoženja je učinek še le razpolagalnega pravnega posla. Primerjaj M. Juhart, nav. delo (2004), str. 250. Glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 506/2005 z dne 6. decembra 2007.

¹⁰⁴ Res sicer nastane (nova obligacijska) obveznost dolžnika, pasiva njegovega premoženja se poveča, vendar je v tem okviru bistveno, da do izvedbe (tudi) razpolagalnega pravnega posla upnik lahko poseže na stvar (nepremičnino), ki je predmet prenosa, brez njegovega izpodbijanja.

¹⁰⁵ Drugače Vrhovno sodišče RS v sodbi II Ips 235/2009 z dne 15. novembra 2012, v kateri je zavzelo stališče, da se v konkretnem primeru izpodbija zavezovalni pravni posel, zato ni pomembno, ali sta toženca v zemljiški knjigi (že) vpisana kot solastnika.

4. ROK ZA VLOŽITEV PAULIJANSKE TOŽBE

OZ v 257. členu določa prekluzivna roka za vložitev paulijanske tožbe.^{106, 107} Glede na prej navedeno se nama zdi vprašljiva praksa Vrhovnega sodišča RS glede začetka teka roka za vložitev *actio Pauliana*, ki se nanaša na dolžnikov prenos lastninske pravice na nepremičnini. Po stališču Vrhovnega sodišča RS¹⁰⁸ naj bi ta rok začel teči z dnem vložitve predloga za vknjižbo lastninske pravice na podlagi izpodbojnega razpolagalnega pravnega posla. Opozarjava, da je zakon jasen in nedvoumen – rok se šteje od dneva, ko je bilo storjeno izpodbijano pravno dejanje (oziroma od dneva, ko bi bilo treba opraviti opuščeno dejanje),¹⁰⁹ to je (kot obrazloženo) v obravnavanem primeru razpolagalni pravni posel – izstavitev in izročitev zemljiškoknjižnega dovolila z vsebino, določeno v 23. členu SPZ, na katerem je podpis prenositelja notarsko overjen.^{110, 111} V tem trenutku ima pridobitelj (že) izločitveno pravico v izvršilnem¹¹² in stečajnem postopku.¹¹³ Ne drži, da je razpolagalni pravni posel dokončan z vložitvijo predloga za vknjižbo lastninske pravice;¹¹⁴ za *actio Pauliana* relevantno pravno stanje se, kot obrazloženo, tudi z vložitvijo zemljiškoknjižnega predloga ne spreminja in zato ta trenutek ne more biti odločilen za začetek teka roka za njeno vložitev. Poudariti je treba, da sta roka iz 257. člena

¹⁰⁶ V primeru odplačnega razpolaganja se ta tožba lahko vloži v enem letu, v primeru neodplačnega razpolaganja pa v treh letih, pri čemer se rok šteje od dneva, ko je bilo storjeno izpodbijano pravno dejanje, oziroma od dneva, ko bi bilo treba opraviti opuščeno dejanje (primerjaj 256. in 257. člen OZ). Če gre za pravno dejanje, sestavljeno iz več dejanj, se rok šteje od zadnjega dejanja. Tako pri prenosu lastninske pravice velja, da rok teče od izvedbe razpolagalnega pravnega posla. Primerjaj M. Juhart, nav. delo (2003), str. 265. H. Momčinović, nav. delo, str. 536.

¹⁰⁷ Dodati velja, da predlog novele ZIZ-J dodaja nov četrti odstavek 201. člena, ki določa, da ne glede na določila OZ začne teči rok za vložitev tožbe za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj ustanovitve in razpolaganja zemljiškega dolga in z njim povezanih zahtevkov z dnem razkritja imetnika zemljiškega pisma. Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ-J), <www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/PDF/131121_ZIZ_predlog_20_11.pdf> (8. 1. 2014).

¹⁰⁸ Primerjaj odločbe II Ips 506/2005 z dne 6. decembra 2007, II Ips 301/2007 z dne 15. maja 2008 in II Ips 1082/2008 z dne 17. februarja 2011.

¹⁰⁹ Primerjaj drugi odstavek 257. člena OZ.

¹¹⁰ Primerjaj M. Vedriš, P. Klarič, nav. delo, str. 175.

¹¹¹ Podobno v nemški ureditvi glej drugi odstavek 8. člena AnfG.

¹¹² Primerjaj I. Ščernjavič, J. Hudej, nav. delo, str. 46–48.

¹¹³ Določba prve alineje 3. točke tretjega odstavka 94. člena ZZK-1 omogoča pridobitelju, ki razpolaga s takšno listino pred začetkom stečajnega postopka, izločitveno pravico.

¹¹⁴ Tako Vrhovno sodišče RS v tč. 10 obrazložitve sklepa II Ips 1082/2008 z dne 17. februarja 2011.

OZ objektivna, zato védenje upnika ni pomembno. Ključno je zgolj objektivno dejstvo izvedbe pravnega dejanja ali njegove opustitve.¹¹⁵

Pripominjava, da je v pogodbah o prenosu lastninske pravice na nepremičnini najpogosteje določeno, da je vložitev zemljiškoknjižnega predloga obveznost pridobitelja, kar dodatno kaže, da to dejanje, ki ga običajno ne opravi dolžnik, ne more biti ključno za začetek roka za izpodbijanje *dolžnikovih* pravnih dejanj. Res je, da se tretji lahko seznani s tem izpodbojnim dejanjem šele z vpisom plombe,¹¹⁶ ampak to za rešitev tega vprašanja ni in ne more biti bistveno. Tudi v hrvaški sodni praksi je zavzeto stališče, da rok za paulijansko tožbo teče od razpolagalnega pravnega posla dalje.¹¹⁷ Drži, da je smisel prekluzivnega roka za vložitev *actio Pauliana* v varstvu pravnega prometa, vendar se to nanaša na pravni položaj pridobitelja, ne pa izpodbojnega upravičenca (upnika). Ta se na zemljiškoknjižno stanje in zaupanje vanj ne more sklicevati in – kar je treba poudariti – se mu tudi ni treba.

Dolžnik in pridobitelj namreč upnika v primeru razpolaganja z nepremičnino tudi z nevložitvijo predloga za vpis lastninske pravice v korist pridobitelja ne moreta tako izigrati, da bi zamudil rok za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj. Tudi pri obravnavi te problematike je ključno, da izhajamo iz trenutka, do katerega lahko upnik zaradi svojega poplačila poseže na nepremičnino, ki je predmet prenosa med dolžnikom in pridobiteljem, brez njegovega izpodbijanja. Če pridobitelj že razpolaga s popolnim zemljiškoknjižnim dovolilom glede sporne nepremičnine, ki utemeljuje njegov izločitveni zahtevek in za katerega upnik (ker v zemljiški knjigi še ni plombe) ne ve, zaradi česar predlaga izvršbo zoper dolžnika tudi na sporno nepremičnino, se bo namreč ta postopek nujno nadaljeval v izločitveni pravdi, v kateri bo upnik nastopal kot toženec in bo imel zoper pridobitelja paulijanski ugovor, ki, kot že navedeno, ni (ne more biti) omejen z rokom.¹¹⁸ Tako stališče temelji na ustrezni razrešitvi konflikta interesov med upnikom (ohranitev /dolžnikovega/ premoženja in

¹¹⁵ Podobno H. Momčinović, nav. delo, str. 536; H. Kačer, nav. delo, str. 464.

¹¹⁶ To je zemljiškoknjižno sodišče dolžno izvršiti najkasneje do začetka uradnih ur naslednjega dne po vložitvi predloga za vknjižbo (tretji odstavek 135. člena v zvezi s 133. členom ZZK-1). Ni moč prezreti, da je rok v zakonu zastavljen povsem objektivno, razlogi odločb Vrhovnega sodišča RS (*zaznavnost za tretje*) pa so značilni za subjektivnega.

¹¹⁷ Glej odločbi Vrhovnega sodišča Republike Hrvaške Rev-82/2008-2 z dne 29. oktobra 2008 in Rev 488/2009-3 z dne 4. novembra 2009.

¹¹⁸ Tako (neobrazloženo) tudi Vrhovno sodišče v sodbi II Ips 517/2008 z dne 19. januarja 2012. Glej tudi L. Varanelli, nav. delo (2003), str. XV, pri čemer je treba dodati, da avtorjev argument, ki se opira na besedilo določbe 257. člena OZ, ki izrecno govori o roku za vložitev *tožbe*, glede na zgoraj zavzeto stališče, da je treba tudi paulijanski ugovor uveljavljati z (nasprotno) tožbo, odpade.

poplačilo celotne terjatve), dolžnikom (prosto razpolaganje s premoženjem) in pridobiteljem (varnost v pravnem prometu) ter (tudi) na analogiji z ureditvijo v stečajnem pravu.

Roki za vložitev *actio Pauliana* so kratki, s čimer naj bi se zagotovilo, da negotovost druge stranke izpodbijanega pravnega dejanja (posla) – pridobitelja – ne bi bila prevelika oziroma predolga. Po najinem mnenju lahko to velja le za tožbo – upnikovo zahtevo za pravno varstvo, ne pa (tudi) za ugovor kot njegovo obrambno sredstvo zoper zahtevo za pravno varstvo pridobitelja. Pri tem je treba (tudi) upoštevati, da drugače od izpodbojnosti v smislu 94. člena OZ, katere uveljavljanje je omejeno z rokom tudi v primeru ugovora, pri izpodbojnosti v smislu 255. člena OZ izpodbojni upravičenec ni ena od pogodbenih strank. Poleg tega ni nepomembno, da je v situacijah, v katerih pride v poštev izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj z ugovorom (izločitvena pravda), (ne)gotovost položaja pridobitelja odvisna izključno od njega (njegove /ne/skrbnosti glede zemljiškoknjižne izvedbe posledic prenosa lastninske pravice). Zato ni nobene potrebe, da bi ga pravo varovalo (še) s (kratkima)¹¹⁹ prekluzivnima rokoma. V nasprotnem primeru bi bilo namen zakona prelahko izigrati. Tudi nasprotna izpodbojna tožba na podlagi ugovora izpodbojnosti pravnih dejanj stečajnega dolžnika (četrti odstavek 275. člena ZFPPIPP)¹²⁰ ni vezana na prekluzivni rok za samostojno izpodbojno tožbo iz prvega oziroma drugega odstavka 277. člena ZFPPIPP, temveč je lahko vložena do konca glavne obravnave v pravdi, v kateri oseba, v korist katere je bilo izpodbijano pravno dejanje izvedeno, uveljavlja svojo terjatev, ki jo je pridobila na podlagi tega dejanja (primerjaj peti odstavek 277. člena ZFPPIPP).¹²¹

¹¹⁹ V pravni teoriji so že dalj časa izraženi pomisleki, da sta ta roka prekratka, še posebno rok za izpodbijanje odplačnih dejanj. Primerjaj S. Cigoj, nav. delo, str. 997; B. Vizner, nav. delo, str. 1137; B. T. Blagojevič, V. Krulj, nav. delo, str. 998; L. Varanelli, nav. delo (2003), str. XV. Dodati velja, da so ti roki v avstrijski in nemški ureditvi bistveno daljši. Glej 2. člen AnfO in 3. do 5. člen AnfG.

¹²⁰ Do uveljavljanja takega ugovora (lahko) pride v primerih, če oseba, v korist katere je bilo opravljeno izpodbojno pravno dejanje (271. člena ZFPPIPP), s tožbo ali drugo procesno vlogo v postopku pred pristojnim sodiščem ali drugim državnim organom proti stečajnemu dolžniku uveljavlja ugotovitev ali izpolnitev svoje terjatve, ki jo je pridobila s tem dejanjem; to so primeri izpodbojnosti pravnih dejanj, na podlagi katerih je upnik pridobil terjatev do stečajnega dolžnika oziroma ločitveno ali izločitveno pravico.

¹²¹ Primerjaj tudi N. Plavšak, nav. delo (2008), str. 209.

5. RAZMERJE PAULIJANSKE TOŽBE DO DRUGIH (SPLOŠNIH) OBLIK NEVELJAVNOSTI POGODB

Izhajajoč iz klasičnih in imanentnih značilnosti ničnosti¹²² meniva, da je prepričljivo stališče teorije¹²³ in sodne prakse,¹²⁴ da izpodbijanje z *actio Pauliana* za nične pravne posle ne pride v poštev.¹²⁵ Ti so namreč že od začetka absolutno neveljavni v razmerju do vsakogar (*erga omnes*), zato *actio Pauliana*, katere cilj je doseči neučinkovitost pravnega dejanja (posla) zgolj v razmerju do posameznega upnika, v teh situacijah ne more biti primerno pravno sredstvo.¹²⁶ Enako velja za navidezno (simulirano) pogodbo, ki nima učinka med pogodbenima strankama (prvi odstavek 50. člena OZ).¹²⁷ Taka pogodba je sicer lahko učinkovita v razmerju do tretje poštene osebe, zoper katero ni mogoče uveljavljati navideznosti (primerjaj tretji odstavek 50. člena OZ), vendar te določbe ni mogoče širiti tudi na primere izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj. Določba tretjega odstavka 50. člena OZ varuje (samo) zaupanje v pravnem prometu, to je tistega, ki je v pravnem prometu pridobil pravico v zaupanju v navidezno pogodbo, kar pa upnik, ki izpodbija navidezno pogodbo, katere ekonomski učinki naj bi bili v njegovo škodo, ni. Ta namreč, zanašajoč se na varnost pravnega prometa (tega tu predstavlja izpodbojni pravni posel), ni pridobil nobene pravice.¹²⁸ Če dolžnik zgolj fiktivno odtuji premoženje (absolutna simulacija), mora upnik, ki bi se želel iz tega poplačati, za pravno varstvo svojega položaja namesto *actio Pauliana* izbrati tožbo za ugotovitev navideznosti pogodbe in s tem neučinkovitosti prenosa lastninske pravice, kar implicira, da lastninska pravica na nepremičnini, ki je bila predmet navidezne

¹²² To so učinkovanje samo po sebi (*ipso iure*) – brez kakršnegakoli akta, absolutna neveljavnost od začetka – *ex tunc* (pravni posel velja le dejansko, ne pa pravno), nezmožnost konvalidacije, upoštevanje po uradni dolžnosti (*ex offio*), neugasljivost ugotovitvenega zahtevka, pravica do uveljavljanja vsakogar, ki ima pravni interes, posebnega zahtevka za njeno ugotovitev sploh ni treba uveljavljati, ampak lahko tožnik neposredno uveljavlja dajatveni zahtevek, pri čemer bo sodišče o ničnosti pogodbe odločilo kot o predhodnem vprašanju.

¹²³ Primerjaj M. Velimirovič, nav. delo, str. 160; L. Varanelli, nav. delo (2003), str. XI.

¹²⁴ Primerjaj odločbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 369/2008 z dne 22. december 2011 in II Ips 297/2010 z dne 9. februar 2012.

¹²⁵ Navedeno mora *a fortiori* veljati za neobstoječe pravne posle.

¹²⁶ M. Velimirovič, nav. delo, str. 160, kjer avtor navaja: »Absolutno ništave pravne radnje se ne pobijaju, jer to nisu pravno valjane radnje i kao takve ne stvaraju nikakvo pravno dejstvo koje bi trebalo ukloniti. Tu pravne radnje i nema, pa se nema šta ni pobijati.«

¹²⁷ Dodajava, da so v pravni teoriji zastopana različna stališča glede kvalificiranja navidezne pogodbe; po mnenju nekaterih avtorjev je ta nična (S. Cigoj, nav. delo, str. 271; N. Plavšak, nav. delo (2009), str. 215), po mnenju drugih pa (zgolj) relativno neučinkovita (L. Varanelli, nav. delo (2005), str. I–VIII), vendar to razlikovanje za ta prispevek ni bistveno.

¹²⁸ Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 420/2005 z dne 16. maja 2007. Glej tudi S. Cigoj, nav. delo, str. 271.

pogodbe, še vedno pripada dolžniku. Dodati je treba, da upnik za simuliranost zanj škodljivega dolžnikovega pravnega posla najpogosteje ne bo vedel, zato bo svoj položaj lahko varoval oziroma moral varovati z *actio Pauliana*; enako velja za upnika, ki z uveljavljanjem navideznosti take pogodbe ne bi uspel.

Nekaj drugačen je položaj v primeru tako imenovane relativne simulacije, pri kateri se pogodbeni stranki dogovorita, da bosta s sklenitvijo navidezne pogodbe prikrili neko drugo pogodbeno razmerje (ali le nekatere elemente pogodbenega razmerja).¹²⁹ Pri tej imamo opraviti z dvema pogodbama: navidezno in prikrito (disimulirano), za katere oceno veljavnosti veljajo enaka pravila kot za vsako drugo pogodbo. V takem primeru pridejo (delno) v poštev pravila o simuliranem pravnem poslu (50. člen OZ), prikrita pogodba pa je lahko predmet izpodbijanja z *actio Pauliana*.¹³⁰ Varanelli¹³¹ se zavzema, da upnik, ki želi uveljaviti varstvo svojega položaja, v takem primeru vloži dve tožbi (oziroma tožbo z dvema zahtevkoma): eno (enega) za ugotovitev simulacije ter drugo (drugega) v skladu z 255. členom in naslednjimi OZ, s katero (katerim) bo dosegel (delno in relativno) neučinkovitost prikrite pogodbe (ki je povzročila njegovo prikrajšanje). Po najinem mnenju pa lahko upnik uveljavlja zgolj *actio Pauliana*, o neučinkovanju simuliranega pravnega posla pa se (ob ustrezni trditveni in dokazni podlagi) odloči kot o predhodnem vprašanju. Dodati velja, da mora upnik v primeru, če se odloči za prvo možnost, s tako tožbo na pasivni strani nujno zajeti tudi dolžnika kot pridobiteljevega sopogodbenika,¹³² v drugem primeru pa ne.¹³³

Na podlagi pregleda sodne prakse je mogoče ugotoviti, da upniki pogosto izpodbijajo (zatrjevano) simulirane sporazume o delitvi skupnega premoženja zakoncev, ki naj bi (vsaj delno) prikrivali dolžnikovo neodplačno razpolaganje (darilno pogodbo). Poudariti je treba, da je upnik v primeru trditev o simuliranosti oziroma izpodbojnosti sporazuma o delitvi skupnega premoženja v precej nezavidljivem položaju, saj ta posel načeloma ne spreminja vrednosti premoženja nobenega od pogodbениkov, torej tudi ne dolžnikovega; s takim

¹²⁹ O problematiki simuliranih pogodb glej podrobneje L. Varanelli, nav. delo (2005), str. I–VIII.

¹³⁰ Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 506/2005 z dne 6. decembra 2007.

¹³¹ Glej L. Varanelli, nav. delo (2003), str. XI.

¹³² Stranke nične pogodbe so nujni sosporniki. Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 114/2000 z dne 6. septembra 2000, II Ips 594/2000 z dne 13. septembra 2001 in druge.

¹³³ Tožniku v primeru, ko zahteva ugotovitev ničnosti pogodbe le v okviru predhodnega vprašanja, s tožbo ni treba zajeti vseh njenih strank. Primerjaj odločbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 612/96 z dne 18. maja 1998 in II Ips 420/2007 z dne 21. januarja 2010. N. Betetto, nav. delo (2006), str. 257.

sporazumom se (zgolj) ugotavlja in (nato v zemljiški knjigi) publicira tisto, kar se je pravno že zgodilo. Če gre pri tovrstnem urejanju zgolj za ugotovitev obsega skupnega premoženja in deležev na njem ter njegovo delitev v skladu s prej ugotovljenim, tak posel ne more biti v škodo upnikov in zato tudi ne predmet izpodbijanja z *actio Pauliana*.¹³⁴ Dokazno breme za trditve o tem, da tak sporazum (vsaj delno) prikriva (neodplačno) razpolaganje z dolžnikovim premoženjem in je zato v škodo upnikov, je (bo) precej težko. Upnik pravih podatkov o tako kompleksnem pravnem in dejanskem stanju, kot so premoženjska razmerja med zakoncema (sploh), nima; te imata oba (bivša) (zunaj) zakonska partnerja, katerih interes glede izida take paulijanske pravde pa je (skoraj brez izjeme) skupen in diametralno nasproten upnikovemu.

Način, s katerim dolžnik (poskuša) izigra(ti) upnike, je torej pomemben na eni strani zaradi njihove izbire pravilne oblike pravnega varstva in na drugi strani zaradi ustreznosti ponujene trditvene in dokazne podlage. Pri tem velja posebej opozoriti, da je pogodba nična (tudi), če je nedopusten nagib bistveno vplival na odločitev enega pogodbenika, da je sklenil pogodbo, in če je drugi pogodbenik to vedel ali bi bil moral vedeti (drugi odstavek 40. člena OZ).¹³⁵ Neodplačna pogodba pa je nična tudi v primeru, da drugi pogodbenik ni vedel, da je nedopustni nagib bistveno vplival na odločitev njegovega sopogodbenika (tretji odstavek 40. člena OZ). Zakon sicer kot pogoj za izpodbijanje pravnega dejanja dolžnika zahteva le njegovo zavedanje glede možnosti škodovanja upnikom, ne pa namena (namere, naklepa) oškodovati upnike,¹³⁶ vendar je na podlagi pregleda sodne prakse moč sklepati, da poskusi dolžnikov za izigranje upnikov niso preveč sofisticirani.¹³⁷ To pomeni, da v veliko primerih

¹³⁴ Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 420/2005 z dne 16. maja 2007, II Ips 506/2005 z dne 6. decembra 2007 in II Ips 369/2008 z dne 22. decembra 2011 ter iz njih izhajajoče dejansko stanje.

¹³⁵ Primerjaj odločbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 633/2005 z dne 25. januarja 2006 in II Ips 297/2010 z dne 9. februarja 2012.

¹³⁶ Primerjaj B. T. Blagojevič, V. Krulj, nav. delo, str. 983; M. Juhart, nav. delo (2003), str. 261; L. Varanelli, nav. delo (2003), str. XIII. V tem delu je ureditev v našem pravu pomembno omiljena v primerjavi z germanskimi sistemi, v katerih je kot pogoj za uveljavljanje paulijanske tožbe določen dolžnikov poseben namen, da oškoduje upnike (v nemški ureditvi zadostuje eventuale naklep – primerjaj M. Huber, nav. delo, str. 83; BGH NJW – RR 1993, 238).

¹³⁷ Velikokrat prenašajo premoženje na svoje najbližje sorodnike (družinske člane), in to z neodplačnimi pravnimi posli v obdobju, ko jim grozi eden ali več izvršilnih postopkov oziroma so ti celo že sproženi (pri čemer si na odsvojeni nepremičnini velikokrat celo pridržijo kakšno stvarnopravno pravico, ki jim omogoča njeno nadaljnjo /so/uporabo). Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 186/99 z dne 1. decembra 1999, II Ips 515/99 z dne 19. aprila 2000, II Ips 346/99 z dne 17. maja 2000, II Ips 187/2001 z dne 6. decembra 2001, II Ips 502/2005 z dne 25. oktobra 2007, II Ips 506/2005 z dne 6. decembra 2007, II Ips 920/2007 z dne 19. marca 2009, II Ips 745/2009 z dne 16. decembra 2010, II Ips 1082/2008

upniku najbrž ne bi smelo biti (pre)težko dokazati ne dolžnikovega namena za oškodovanje upnikov, kar v primeru neodplačnih pravnih poslov že zadošča za uveljavitev njihove ničnosti, ne pridobiteljevega zavedanja te možnosti, kar je za uveljavitev te sankcije treba še dokazati v primeru odplačnih pravnih poslov.¹³⁸ Prednost ničnostne tožbe za upnika v primerjavi z *actio Pauliana* je predvsem njena časovna neomejenost (primerjaj 93. člen OZ). Poleg tega je posledica ugotovitve ničnosti pogodbe kondikcija (87. člen OZ), torej vrnitev izpolnitve (oziroma njene denarne vrednosti) v premoženje dolžnika,¹³⁹ posledica uspešnega izpodbijanja po 255. členu OZ pa zgolj že opisana relativna (le zoper izpodbijajočega upnika) in delna (le v višini njegove terjatve) neučinkovitost pravnega dejanja. Ponoviti velja, da mora tožnik (upnik) pri tem paziti, da postavi svoji trditveni in dokazni podlagi ustrezajoč tožbeni zahtevek, saj se lahko zgodi, da bo sicer ostal brez pravnega varstva. Če upnik trditveno in dokazno podlago usmeri v uveljavitev ničnosti in s tem uspe, uveljavlja pa (zgolj) zahtevek za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj, bi moral biti ta zavržen.¹⁴⁰

Opozarjava, da uspeh upnika z ničnostno tožbo (sem uvrščava tudi tožbo, s katero uveljavlja navideznost pogodbe) temu sam zase ne pomeni ničesar; njegov interes je v tem, da se te posledice tudi zemljiškoknjižno realizirajo, to je, da se lastninska pravica na nepremičnini, ki je bila predmet ničnega razpolaganja, vpiše (nazaj) v korist dolžnika, da bo v izvršilnem postopku zoper njega lahko iz te poplačal svojo terjatev. Pravnomočna sodba o ugotovitvi ničnosti dolžnikovega razpolaganja z nepremičnino, iz katere bi se upnik rad poplačal, namreč še nima za posledico tudi vknjižbe lastninske pravice v korist dolžni-

z dne 17. februarja 2011, II Ips 88/2008 z dne 24. marca 2011, II Ips 369/2008 z dne 22. decembra 2011 in II Ips 297/2010 z dne 9. februarja 2012 ter iz njih razvidno dejansko stanje.

¹³⁸ Vuksanović se v zvezi z v bistvenem podobno problematiko zlorab instituta zemljiškega dolga za preprečitev poplačila upnikov zavzema za to, da bi sodišča upnikom v pravih za uveljavitev ničnosti takih pravnih poslov nalagala nekoliko blažje dokazno breme za dokazovanje okoliščin, ki utemeljuje to sankcijo, saj je treba upoštevati, da upnik dejansko ne more pridobiti dejstev iz notranje sfere lastnika obremenjene nepremičnine in njegovega pomočnika (imetnika zemljiškega dolga). Primerjaj I. Vuksanović, nav. delo, I–VI. Pri tem velja dodati, da Blagojevič in Krulj opozarjata, da določba ZOR, ki za izpodbijanje pravnega dejanja dolžnika zahteva le njegovo zavedanje glede možnosti škodovanja upnikom, pomeni bistven odstop od ureditve dolozne paulijanske tožbe v rimskem pravu in germanskem sistemu, ki (je) zahteva(la) dolžnikov namen oškodovati upnike, in sicer ne glede na to, da v praksi v obeh sistemih iz dolžnikovega vedenja o lastni insolventnosti praviloma sledi tudi zaključek o njegovem namenu oškodovanja. B. T. Blagojevič, V. Krulj, nav. delo, str. 983.

¹³⁹ Posledica tega pa bo med drugim, da bodo na to premoženje lahko posegli tudi drugi njegovi upniki, ne le izpodbijajoči, kar temu ni nujno v korist.

¹⁴⁰ Primerjaj odločbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 369/2008 z dne 22. decembra 2011 in II Ips 297/2010 z dne 9. februarja 2012.

ka, ki za uveljavljanje ustreznega kondikcijskega zahtevka zoper pridobitelja (izbrisne tožbe) najbrž ne bo posebej zainteresiran. Iz tega razloga meniva, da je v takem primeru treba upniku omogočiti, da s pomočjo izbrisne tožbe¹⁴¹ lahko zahteva tudi zemljiškoknjižno izvedbo posledic ničnosti pogodbe, sicer bi bilo njegovo varstvo prazno. V nasprotnem primeru, če upniku te možnosti ne omogočimo, se najbrž lahko postavi tudi vprašanje upnikovega pravnega interesa za ničnostno tožbo, saj bo najbrž težko izkazal, da mu bo uspeh v taki pravdi odprl možnosti, da v nadaljnjem sodnem ali kakšnem drugem postopku uveljavi kakšno svojo pravico ali korist, ki mu ju zagotavlja zakon.¹⁴²

V primeru izpodbojne pogodbe v smislu 94. člena OZ, s katero je bil oškodovan upnik, upoštevajoč glavne značilnosti take pogodbe,¹⁴³ zlasti pomanjkanje njegove aktivne legitimacije, ta nima druge možnosti, kot da jo izpodbija z *actio Pauliana*.

6. SKLEP

Tožba za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj je praviloma tožba z dvočlen-skim tožbenim zahtevkom oblikovalne in dajatvene narave. V skladu z določilom 260. člena OZ namreč postane pravno dejanje brez učinka proti upniku (v obsegu, ki je potreben za izpolnitev njegovih terjatev) šele v posledici ugoditve zahtevku za izpodbijanje (*ex nunc*). To pomeni, da se pravica izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj kot posebna vrsta izpodbojne pravice lahko uveljavlja samo sodno in jo je zato treba uresničiti z oblikovalnim tožbenim zahtevkom.

¹⁴¹ Takšno varstvo ima po stališču Vrhovnega sodišča RS denacionalizacijski upravičenec v primeru uspeha z ničnostno tožbo po 88. členu Zakona o denacionalizaciji (Ur. l. RS, št. 27/1991-I in nasl.). Primerjaj sodbo II Ips 280/2011 z dne 19. novembra 2012.

¹⁴² Dodajava, da bi bil upnikov interes v takem položaju lahko varovan tudi z ustre-zno razlago 168. člena ZIZ. Primerjaj I. Ščernjavič, J. Hudej, nav. delo, str. 54, opomba 36. Drugače meni Ukmar, ki navaja, da upnik v takem primeru svojega položaja ne more zavarovati s tožbo zoper dolžnika po 168. členu ZIZ, temveč z *actio Pauliana* zoper pri-dobitelja, s katero bi izpodbijal dolžnikovo opustitev uveljavitve kondikcijskega zahtevka. Vizner opozarja na tako imenovano izvrševanje dolžnikovih pravic s strani upnika, ki se v pravni teoriji in nekaterih tujih zakonodajah obravnava kot institut, ločen od izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj, in meni, da bi bilo za uspešne primere izpodbijanja dolžniko-vih *opustitev* po ZOR ne glede na dikcijo 284. člena ZOR (ki je enak zdaj veljavnemu 260. členu OZ) treba šteti, da zanje veljajo splošna pravila o »izvrševanju dolžnikovih pravic s strani upnika«, to je predvsem, da imajo absolutni, in ne zgolj relativni učinek. D. Ukmar, nav. delo, str. 12–16; B. Vizner, nav. delo, str. 1132 do 1136.

¹⁴³ Ta obstaja tako dejansko kot pravno, dokler je upravičena oseba ne izpodbije, zanjo je torej značilno učinkovanje *ex nunc*, mogoča je njena konvalidacija, izpodbojnost uve-ljavlja lahko samo zainteresirana pogodbeni stranka, ne pa tretji, in sicer z oblikovalnim tožbenim zahtevkom (za razveljavitev pogodbe), zgolj uveljavljanje dajatvenega (kondik-cijskega) zahtevka ne zadošča.

Iz tega razloga je treba po najinem mnenju paulijanski ugovor uveljavljati z nasprotno tožbo, ki pa kot obrambno sredstvo zoper zahtevo za pravno varstvo pridobitelja ne more biti vezana na prekluzivna roka iz prvega odstavka 257. člena OZ. Tako stališče temelji na ustrezni razrešitvi konflikta interesov med upnikom (ohranitev (dolžnikovega) premoženja in poplačilo celotne terjatve), dolžnikom (prosto razpolaganje s premoženjem) in pridobiteljem (varnost v pravnem prometu) ter (tudi) na analogiji z ureditvijo v stečajnem pravu. Pri prenosu lastninske pravice na nepremičnini ima lahko značilnosti izpodbojnega dejanja v smislu 255. člena OZ zgolj razpolagalni pravni posel, saj šele ta (lahko) poslabša dolžnikovo plačilno sposobnost. Šele takrat namreč začne prenos lastninske pravice na nepremičnini, iz katere bi se upniki želeli poplačati, učinkovati in se iz te (brez izpodbitja dolžnikovega razpolaganja) ne morejo več poplačati. Zavzemava se, da začne rok za vložitev paulijanske tožbe v primeru prenosa lastninske pravice na nepremičnini teči že z dnem izstavitve in izročitve popolnega zemljiškoknjižnega dovolila, in ne šele z dnem vložitve predloga za vknjižbo, ko postane sporno dejanje zaznavno tudi navzven (v razmerju do tretjih), kot je stališče sodne prakse. Prekluzivna roka za vložitev paulijanske tožbe sta objektivna, zato védenje upnika ni pomembno. Ključno je zgolj objektivno dejstvo izvedbe pravnega dejanja – razpolagalnega posla, ki je dokončan, ko prenositelj izstavi in izroči pridobitelju popolno zemljiškoknjižno dovolilo. Vpis v zemljiško knjigo je le dodaten zakonski pogoj za pravno poslovno pridobitev lastninske pravice na nepremičnini. Na upnikovo izbiro pravilnega pravnega varstva pomembno vpliva način, s katerim je dolžnik zmanjšal svoje premoženje. Za nične pravne posle izpodbijanje s paulijansko tožbo ni ustrezno. Ti so namreč že od začetka absolutno neveljavni v razmerju do vsakogar, zato *actio Pauliana*, katere cilj je doseči le relativno in delno neučinkovitost pravnega posla, v teh situacijah ne more biti primerno pravno sredstvo. Upniku v primeru uspeha z ničnostno tožbo ni mogoče odrekati aktivne legitimacije za izbrisno tožbo, saj v nasprotnem primeru ne bi mogel doseči zemljiškoknjižne izvedbe posledic take sodbe in bi bilo njegovo pravno varstvo neučinkovito.

Literatura

- Zala Arnuš: Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj izven stečaja. Magistrsko delo, Ljubljana 2004.
- Nina Betetto, v: Lojze Ude in drugi: Pravdni postopek, zakon s komentarjem. Druga knjiga. Uradni list Republike Slovenije, GV Založba, Ljubljana 2006.

- Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj: Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Prva knjiga. Savremena administracija, Beograd 1983.
- Franz Bydlinski: System und Prinzipien des Privatrechts. Springer, Dunaj, New York, 1996.
- Stojan Cigoj: Komentar Obligacijskih razmerij. Prva in druga knjiga. Uradni list SRS, Ljubljana 1984.
- Mile Dolenc: Napake volje pri sklepanju pravnih poslov. Cankarjeva založba, Ljubljana 2003.
- Miodrag Đorđević: Izpodbijanje pravnih dejanj dolžnika (pravne osebe). Doktorska disertacija, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, Ljubljana 2003.
- Aleš Galič, v: Lojze Ude in drugi, Pravdni postopek: zakon s komentarjem. Druga knjiga. Uradni list Republike Slovenije, GV Založba, Ljubljana 2006.
- Aleš Galič, v: Lojze Ude in drugi, Pravdni postopek: zakon s komentarjem. Prva knjiga. Uradni list Republike Slovenije, GV Založba, Ljubljana 2005.
- Aleš Galič: Pravice kot podlaga za ugovor tretjega v izvršilnem postopku, v: Zbornik, Izbrane teme civilnega prava, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2006, str. 155–185.
- Aleš Galič, v: Lojze Ude in drugi, Pravdni postopek: zakon s komentarjem. Tretja knjiga. Uradni list Republike Slovenije, GV Založba, Ljubljana 2009.
- Walter Gerhard: Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung. Schwartz 1969.
- Srečko Goljar, Marija Krisper Kramberger, Nina Plavšak: Pregled sodne prakse in literature, Obligacijska razmerja, splošni del. Vrhovno sodišče SRS, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1987.
- Michael Huber: Anfechtungsgesetz. 10. izdaja. Verlag C. H. Beck, München 2006.
- Hinko Jenull, v: Aleš Galič in drugi: Zakon o izvršbi in zavarovanju. Komentar novele in uvodna pojasnila. GV Založba, Ljubljana 2002.
- Jože Juhart: Zbiranje pravnega gradiva, v: Pravnik, (1957) 5–8, str. 202–233.
- Miha Juhart, v: Nina Plavšak, Miha Juhart: Obligacijski zakonik s komentarjem, splošni del. Druga knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003.
- Miha Juhart, v: Miha Juhart in drugi: Stvarnopravni zakonik s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Hrvoje Kačer: Pobijanje pravnih radnji dužnika (actio Pauliana). Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse (letnik 10), Organizator, Zagreb 2003, str. 443–466.
- Mateja Končina Peternel: Oblikovanje tožbenih zahtevkov – Stvarno pravo, v: Pravosodni bilten, 32 (2011) 2, str. 67–90.

- Bernhard König: Die Anfechtung nach der Konkursordnung. 3. izdaja, Manz, Dunaj 2003.
- Helmut Koziol: Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, Springer, Dunaj 1991.
- Janez Kranjc: Rimsko pravo. GV Založba, Ljubljana 2008.
- Hrvoje Momčinović: Pobijanje dužnikovih pravnih radnji prema Zakonu o obveznim odnosima. v: Zbornik PFZ, (2006) 56, posebna številka, str. 521–538.
- Tomaž Pavčnik: Vprašanja materialnega pravnega vodstva v teoriji in praksi; <www.odv-zb.si/upload/Odvetnik/2012/Gradivo%20Finale%20Konec.pdf> (19. 7. 2013).
- Gotthard Paulus: Sinn und formen der Gläubigeranfechtung, v: *Archiv für die civilistische Praxis*, 155 (1956) 4/5, str. 277–374.
- Nina Plavšak, v: Nina Plavšak, Miha Juhart, M.: Obligacijski zakonik s komentarjem, splošni del. Prva knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003.
- Nina Plavšak: Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju z razširjenimi uvodnimi pojasnili (ZFPPIPP). GV Založba, Ljubljana 2008.
- Nina Plavšak, v: Nina Plavšak in drugi: Obligacijsko pravo: splošni del. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Nina Plavšak: Izbrisna tožba. Zbornik, 2. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava, Kranjska Gora, 7. in 8. junij 2010. GV Založba, Ljubljana 2010, str. 41–49.
- Aldo Radolović: Pobijanje dužnikovih pravnih radnji. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, št. 2/1999, str. 619–640.
- Florian Sieber: Die Rechtsnatur der Gläubigeranfechtung innerhalb und ausserhalb des Insolvenzverfahrens. Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2008.
- Zlatan Stipković: O pobijanju dužnikovih pravnih djela izvan stečaja, v: Naša zakonitost, (1977) VIII, str. 42.
- Boris Strohsack: Obligacijska razmerja III. Druga, spremenjena in dopolnjena izdaja, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1996.
- Mihailo Stupar: Zbornik građanskih zakonika stare Jugoslavije. Grafički zavod, Titograd 1960.
- Iztok Ščernjavič, Jasna Hudej: Stvarnopravno varstvo pri pravnoposlovni pridobitvi lastninske pravice na nepremičnini. 5. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava, 13. in 14. junij 2013, GV Založba, Ljubljana 2013, str. 45–58.
- Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur: Zemljiškoknjižno pravo v teoriji in praksi. Inštitut za nepremičninsko pravo, Maribor 2008.

- Lojze Ude: Civilno procesno pravo. Uradni list RS, Ljubljana 2002.
- Danilo Ukmar: Tožba po 168. členu ZIZ, v: Pravna praksa 27 (2008) 32, str. 12–16.
- Luigi Varanelli: Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj ali actio Pauliana. v: Pravna praksa, 22 (2003) 5, str. V–XV.
- Luigi Varanelli: Simulacija pogodbe – komentar 50. člena Obligacijskega zakonika, v: Pravna praksa, 24 (2005) 42, str. I–VIII.
- Martin Vedriš, Petar Klarić: Građansko pravo: opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo. Narodne novine, Zagreb 2009.
- Mihajlo Velimirović: Pobijanje pravnih radnji preduzeća. v: Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XX, 1972, str. 149–181.
- Boris Vizner: Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima. Druga knjiga, Zagreb 1978.
- Igor Vuksanović: Zemljiški dolg in zlorabe, v: Pravna praksa, 32 (2013) 17, str. I–VI.

PRIZNANJE IN IZVRŠITEV ODLOČB V ČEZMEJNIH POSTOPKIH ZARADI INSOLVENTNOSTI

Nina Orehek,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorska kandidatka
na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, Taxgroup, d. o. o.*

1. UVOD

V EU so uveljavljene štiri temeljne svoboščine za zagotovitev enotnega trga – prost pretok blaga, storitev, oseb in kapitala (26. člen Pogodbe o delovanju EU). Poleg navedenega se v praksi pogosto omenja še potreba po »peti svoboščini«, in sicer po prostem pretoku (priznanju in izvršitvi) sodnih in drugih odločb, saj bi se le tako lahko dosegla čim večja učinkovitost pravnega sistema.¹ S priznanjem učinkov tujih sodnih odločb se zagotavlja tudi pravna varnost strank, vpletenih v mednarodne postopke, s čimer se preprečuje možnost, da bi bile v različnih državah izdane (različne) odločbe o isti stvari.²

Čeprav se izraza »priznanje« in »izvrševanje« odločb pogosto uporabljata skupaj, ju je treba ustrezno ločevati. Postopek priznanja odločb se vodi pri ugotovitvenih in oblikovalnih odločbah, postopek izvršitve odločb pa pri dajatvenih odločbah, razen če si stranka pri dajatveni odločbi ne prizadeva za izvršitev, temveč želi doseči drug učinek (npr. uveljavlja ugovor že razsojene zadeve, *res iudicata*).³ Poznamo načeloma tri sisteme odločanja o priznanju in izvršitvi učinkov tujih sodnih odločb, in sicer sistem meritornega preizkusa (preizkus pravilnosti postopka odločanja in izdaje odločbe ter preizkus pravilnosti dejanskih ugotovitev in uporabe materialnega prava), sistem omejenega preizkusa (preizkus predvsem izpolnitve procesnih predpostavk ter morebitne

¹ B. Hess, v: B. Hess in drugi, nav. delo, str. 264.

² D. Wedam Lukić, nav. delo, str. 133.

³ Prav tam, str. 133.

neskladnosti z javnim redom) in sistem neposrednega učinkovanja tujih odločb (učinkovanje brez kakršnegakoli formalnega preizkusa). Pri tem pa se o priznanju in izvršitvi lahko odloča v postopku odločanja o predhodnem vprašanju ali v posebnem (delibacijskem) postopku.⁴

Z večino pravnih aktov EU, ki urejajo priznanje in izvršitev odločb, je določeno neposredno učinkovanje odločb v državah članicah EU.⁵ Prav tako je neposredno učinkovanje določeno tudi v postopkih zaradi insolventnosti, in sicer z Uredbo Sveta (ES) št. 1346/2000 z dne 29. maja 2000 o postopkih v primeru insolventnosti (v nadaljevanju: Insolvenčna uredba ali Uredba).^{6,7}

Ker je Republika Slovenija članica EU, za priznanje in izvršitev odločb prideta v poštev poleg nacionalnega prava še dva sistema pravnih pravil, in sicer se za odločbe, ki jih izdajajo države članice EU, uporabi pravo EU, za priznanje in izvršitev odločb, izdanih v tretjih državah, pa predvsem Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (v nadaljevanju ZMZPP)⁸ ter druga relevantna zakonodaja. Navedeno velja tudi za odločbe, izdane v primeru postopkov zaradi insolventnosti. Za priznanje in izvršitev odločb, povezanih s postopki zaradi insolventnosti v Republiki Sloveniji, ki jih izdajo druge države članice, se uporabljajo predvsem pravila Uredbe Sveta EU 1346/2000/ES, in sicer 16. člen za priznanje odločbe o uvedbi postopka in 25. člen za priznanje drugih odločb sodišča v postopku (glede izvršljivosti se 25. člen Insolvenčne uredbe deloma izrecno sklicuje tudi na Uredbo Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, v nadaljevanju Uredba Bruselj I). Za priznanje in izvršitev odločb, izdanih v tretjih državah, pa se uporabljata ZMZPP kot *lex generalis* in Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (v nadaljevanju ZFPPIPP)⁹ kot *lex specialis*, oba ob upoštevanju

⁴ Prav tam, str. 134.

⁵ Tako Uredba Bruselj I; Uredba (ES) št. 1896/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o uvedbi postopka za evropski plačilni nalog; Uredba Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga za izvršbo nespornih zahtevkov; Uredba Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo (Uredba Bruselj IIa); Uredba št. 861/2007 z dne 11. julija 2007 o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti; Uredba št. 4/2009 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju ter sodelovanju v preživninskih zadevah.

⁶ UL L 160, 30. junij 2000, str. 1.

⁷ B. Hess, v: B. Hess in drugi, nav. delo, str. 264.

⁸ Ur. l. RS, št. 56/99, 45/08 – ZArbit.

⁹ Ur. l. RS, št. 126/07, 40/09, 59/09, 52/10, 106/10 – ORZFPPIPP21, 26/11, 47/11, 87/11 – ZPUOOD, 47/13.

drugih relevantnih pravnih virov glede na okoliščine primera (zakonodaje tretje države, medsebojnih pogodb med državami).

2. POSTOPEK PRIZNANJA ODLOČB V PRIMERU INSOLVENTNOSTI, IZDANIH V DRŽAVAH ČLANICAH EU

Kot je bilo že navedeno, se za priznanje odločb, izdanih v državah EU, uporablja Uredba 1346/2000. Sprejeta je bila z namenom zagotavljanja pravilnega delovanja notranjega trga, učinkovitosti in uspešnosti čezmejnih postopkov ter z namenom preprečevanja umetnega prenosa premoženja ali sodnih postopkov iz ene države članice v drugo, da bi se s tem dosegel ugodnejši pravni položaj (angl. *forum shopping*).^{10, 11} Zaradi navedenega je bilo nujno, da so bila pravila o sodni pristojnosti glede vodenja insolvenčnih postopkov z mednarodnim elementom, o priznavanju in pravu, ki se uporablja na tem področju, utemeljena na načelu univerzalnosti¹² in zato sprejeta z instrumentom uredbe, ki se kot sekundarni pravni vir v EU uporablja neposredno (instrument unifikacije). Še posebej pa tudi zato, ker so stečajni postopki, postopki poravnave in podobni postopki zaradi insolventnosti izključeni s področja uporabe Uredbe Bruselj I (1. člen Uredbe Bruselj I).

Insolvenčna uredba že zdaj ureja neposredno učinkovanje postopkov zaradi insolventnosti in tako omogoča najširši obseg priznanja odločb, izdanih v teh postopkih, ne da bi bili za to potrebni dodatni koraki, kot je na primer postopek eksekviture (postopek priznanja tuje sodne odločbe).¹³ Vendar pa je poleg navedenega pri priznanju odločb treba upoštevati tudi določila, ki se nanašajo na samo definiranje pojma »insolvenčni postopek«, ter druga določila, ki urejajo vsebino priznanega postopka.¹⁴

Insolvenčna uredba se uporablja za postopke v primeru insolventnosti. Po prvem odstavku 1. člena so to postopki, ki imajo za posledico delni ali popolni odvzem dolžnikovega premoženja in imenovanje upravitelja (generalna klavzula).¹⁵ Konkretnije so insolvenčni postopki, za katere veljajo določbe

¹⁰ Preambula k Insolvenčni uredbi.

¹¹ B. Wessels, nav. delo (2011), str. 92.

¹² B. Hess, v: B. Hess in drugi, nav. delo, str. 7.

¹³ Prav tam, str. 264.

¹⁴ Prav tam, str. 264.

¹⁵ Uredba se uporablja samo za postopke v primeru insolventnosti, ki so bili uvedeni po začetku njene veljavnosti (od 31. maja 2002 naprej), za dolžnikova pravna dejanja, storjena pred začetkom veljavnosti te uredbe, pa se še naprej uporablja pravo, ki se je zanje uporab-

Uredbe, navedeni tudi v Prilogi A.¹⁶ Med insolvenčne postopke je tako treba šteti tudi vse postopke, navedene v Prilogi A Uredbe, četudi so med njimi navedeni postopki, ki ne ustrezajo definiciji iz prvega odstavka 1. člena Uredbe, saj je ta priloga sestavni del Uredbe. Pri tem naj bi bili v Prilogi A navedeni vsi postopki, za katere veljajo določbe Uredbe in jih poznajo posamezne države članice.¹⁷ V zvezi z nekaterimi vprašanji, povezanimi s postopki zaradi insolventnosti, pa prihaja tudi do kolizije z drugimi instrumenti EU, ki urejajo različne civilne postopke, zlasti na primer z Uredbo Bruselj I o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, na katero se Insolvenčna uredba sicer deloma tudi sklicuje (več o tem glej v točki 2.3).

Za razumevanje določb Insolvenčne uredbe, ki urejajo priznavanje odločb, je dodatno treba pojasniti, da Uredba (glede na časovni vidik začetka postopka) omogoča vodenje dveh vrst postopkov, in sicer glavnega postopka in teritorialnih postopkov (3. člen).

Glavni postopek v primeru insolventnosti lahko vodi le sodišče države članice EU, na ozemlju katere je središče dolžnikovih glavnih interesov (angl. *centre of main interests* – COMI).¹⁸ Pri pravni osebi se, dokler se ne dokaže nasprotno,

ljalo v času, ko so bila opravljena (43. člen Uredbe). Uredba se neposredno uporablja v vseh državah članicah (razen na Danskem, ki ni sodelovala pri sprejemanju Uredbe in zato zanj ni zavezujoča in se zanj ne uporablja), z uveljavitvijo v maju 2002 pa je nadomestila vse do tedaj sklenjene mednarodne pogodbe in druge sporazume med posameznimi državami članicami, kolikor so se z njimi urejala vprašanja postopkov zaradi insolventnosti, ki so imela za posledico delni ali popolni odvzem dolžnikovega premoženja in imenovanje upravitelja (pravni akti, ki so prenehali veljati, so naštet v 44. členu Uredbe).

¹⁶ Uredbo sestavljajo preambula, normativni del ter Priloge A, B in C. V Prilogi A so navedeni postopki v primeru insolventnosti iz 2.a člena, v Prilogi B so navedeni likvidacijski postopki, v Prilogi C pa so navedeni upravitelji.

¹⁷ Postopki so navedeni za vsako državo članico posebej v jeziku te države članice. Za Slovenijo so navedeni postopki, ki jih je poznal še nekdanji ZPPSL, in sicer stečajni postopek, skrajšani stečajni postopek, postopek prisilne poravnave in prisilna poravnava v stečaju. Čeprav seznam ni bil posodobljen, je mogoče sklepati, da se Uredba uporablja za postopke, ki jih pozna ZFPPIPP (prisilna poravnava, poenostavljena prisilna poravnava in stečaj – v okviru tega stečaj pravne osebe, osebni stečaj in stečaj zapuščine). Tudi prilogi B in C še nista posodobljeni glede upoštevanja sprememb slovenske zakonodaje.

¹⁸ Kriterij središča dolžnikovih glavnih interesov je izjemno pomemben, saj gre za temeljno določbo Insolvenčne uredbe, s katero se alocira pristojnost med državami članicami EU, in tako pomeni koordinacijo postopkov zaradi insolventnosti z mednarodnim elementom v evropskem sodnem prostoru (*European judicial area*). Poleg tega da se glede na središče dolžnikovih glavnih interesov določa pristojnost sodišča za začetek postopka, je njegov pomen tudi v implementaciji bistvenih razlogov za sprejetje Uredbe. Namreč, le sodišče države članice EU, v kateri so glavni interesi dolžnika, je lahko pristojno za začetek postopka zaradi insolventnosti, hkrati pa se ta postopek samodejno in takoj prizna v vseh drugih državah članicah, v skladu z načelom vzajemnega zaupanja (tako izhaja tudi iz 22. točke preambule k Uredbi). Od pravilne presoje središča dolžnikovih glavnih interesov

domneva, da je središče dolžnikih glavnih interesov registrirani sedež (prvi odstavek 3. člena). Pri dolžnikih, ki so fizične osebe, središče dolžnikovih glavnih interesov ni definirano niti ni določena domneva, bo pa središče praviloma tam, kjer ima fizična oseba stalno prebivališče.¹⁹ Kljub temu bodo na določitev središča interesov fizične osebe vplivali tudi kriteriji, kot so lociranost družine, zaposlitve in glavnine premoženja, in bo tako lahko odločitev odvisna od okoliščin posameznega primera.²⁰ Za določitev središča glavnih interesov dolžnika, ki je podjetnik – fizična oseba, se lahko analogno uporabljajo pravila, določena za pravne osebe.

Če ima dolžnik tudi poslovalnico (pravna oseba) oziroma premoženje (fizična oseba) na ozemlju druge države članice, se lahko tudi v tej državi (ali v več državah) uvede poseben insolvenčni postopek – teritorialni postopek. S tem postopkom je omogočeno lažje upravljanje in unovčenje dolžnikovega premoženja,²¹ uveden pa je bil za omilitev pravila glede univerzalnosti vodenja glavnega postopka in za zagotovitev večje varnosti lokalnih upnikov.²² Teritorialni postopek se lahko začne bodisi pred začetkom glavnega postopka (kot neodvisni insolvenčni postopek, vsaj do začetka glavnega postopka)²³ bodisi po njem. Postopek zaradi insolventnosti, ki ima naravo teritorialnega postopka, se lahko začne pred glavnim postopkom le, če so za to izpolnjeni pogoji, in sicer kadar uvedba glavnega postopka v primeru insolventnosti še ni mogoča zaradi pogojev, ki jih določa pravo države članice, na ozemlju katere je središče dolžnikovih glavnih interesov, ali kadar uvedbo takih postopkov zahteva upnik, ki ima stalno ali običajno prebivališče ali registrirani sedež v državi članici, na ozemlju katere ima dolžnik – pravna oseba poslovalnico, oziroma čigar terjatev izhaja iz poslovanja navedene poslovalnice (za dolžnika – fizično osebo, kjer ima ta premoženje oziroma kjer opravlja dodatno delo). Če navedeni pogoji niso izpolnjeni, v drugi državi članici pa vseeno obstaja premoženje dolžnika, se teritorialni postopek lahko začne v tej drugi državi članici

je odvisna rešitev pozitivnega ali negativnega spora glede pristojnosti za začetek postopka. Določitev pristojnega sodišča daje temu sodišču tudi pristojnost za izvedbo drugih procesnih dejanj v teku postopka (izvedba in zaključek postopka ter vodenje povezanih postopkov, npr. izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj ali izdajanje začasnih odredb), hkrati pa se pri vodenju uporabi tudi materialno pravo te države članice. Ravno zaradi navedenega se s presojo kriterijev za določitev središča dolžnikovih glavnih interesov in pomena tega vprašanja srečajo vsi, ki se ukvarjajo s postopki zaradi insolventnosti.

¹⁹ M. Virgós, E. Schmit, nav. delo, odstavek 75.

²⁰ B. Wessels, nav. delo (2012), odstavek 10559.

²¹ M. Đorđević, nav. delo, str. 35.

²² B. Hess, v: B. Hess in drugi, nav. delo, str. 77.

²³ M. Đorđević, nav. delo, str. 35.

po uvedbi glavnega postopka v drugi državi članici.²⁴ Insolvenčna uredba v drugem, tretjem in četrtem odstavku 3. člena določa, da so vsi postopki, ki se uvedejo po glavnem postopku, sekundarni (vzporedni, odvisni, pomožni) postopki, zanje pa se skladno z 28. členom Uredbe uporablja nacionalno pravo države, v kateri je postopek uveden (*lex fori*). Če je teritorialni postopek začet pred glavnim, pa se ta naknadno uvede, se neodvisni in samostojni insolvenčni postopek spremeni v sekundarni insolvenčni postopek. Posebnost sekundarnih postopkov je še v tem, da morajo biti likvidacijski postopki, zato pomenijo unovčenje dolžnikovega premoženja, končanje postopka zaradi poravnave in končanje drugih ukrepov za odpravo insolventnosti dolžnika.²⁵ Posebej so vključeni v Prilogo B k Uredbi.

1.1. Priznanje odločb o uvedbi postopkov zaradi insolventnosti

Da bi se dosegli nameni Uredbe, je bil v 16. členu Uredbe predpisan sistem neposrednega učinkovanja odločb o uvedbi postopkov zaradi insolventnosti v vseh državah članicah (razen na Danskem, ki pri sprejemu Uredbe ni sodelovala). Tako se vsaka odločba o uvedbi postopkov v primeru insolventnosti, ki jo sprejme sodišče države članice, pristojno po 3. členu Uredbe,²⁶ brez kakršnihkoli formalnosti *ipso iure* prizna v vseh drugih državah članicah od trenutka, ko začne učinkovati v državi, v kateri je bil uveden postopek. Vsaka odločba sodišča, pristojnega po 3. členu Uredbe, se prizna v vseh drugih državah članicah EU, ne glede na to, ali gre za glavni ali teritorialni postopek (uveden pred uvedbo glavnega postopka ali po njej).

Če je glavni postopek zoper insolventnega dolžnika časovno gledano začet prvi, to dejstvo ne preprečuje uvedbe dodatnih postopkov zoper istega dolžnika pred sodišči v drugi državi članici, vendar pa imajo ti postopki naravo

²⁴ Sekundarni postopek uvede sodišče druge države članice, uvedbo pa lahko zahteva upravitelj v glavnem postopku ali vsaka druga oseba ali organ, ki ima po pravu države članice, kjer se zahteva uvedba sekundarnega postopka, pravico zahtevati uvedbo insolvenčnega postopka (29. člen Uredbe). V Sloveniji lahko skladno z ZFPPIPP uvedbo teritorialnega postopka poleg upravitelja v glavnem postopku zahtevajo tudi dolžnik in osebno odgovorni družbenik dolžnika (za začetek prisilne poravnave in poenostavljene prisilne poravnave) oziroma dolžnik, osebno odgovorni družbenik dolžnika, upnik ali javni jamstveni, preživninski in invalidski sklad Republike Slovenije (za začetek stečaja).

²⁵ M. Dordević, nav. delo, str. 41.

²⁶ Člen 3 Uredbe določa kriterije za mednarodno pristojnost. Tako je sodišče države članice, na ozemlju katere je središče dolžnikovih glavnih interesov, pristojno za uvedbo postopkov v primeru insolventnosti. Kadar je središče dolžnikovih glavnih interesov na ozemlju države članice, so sodišča druge države članice pristojna za uvedbo teritorialnih postopkov v primeru insolventnosti zoper navedenega dolžnika samo, če ima ta poslovalnico na ozemlju navedene druge države članice.

teritorialnih (sekundarnih) postopkov v primeru insolventnosti, kot so opredeljeni v III. poglavju Uredbe (zlasti 27. člen Uredbe, postopki pa so naštet tudi v Prilogi B k Uredbi). Z uvedbo glavnega postopka zaradi insolventnosti dolžnika v eni državi je onemogočen začetek vzporednega glavnega postopka zoper istega dolžnika, v primeru spora pa je mogoče izpodbijati zgolj pristojnost, ki jo je prevzelo sodišče, pred katerim je uveden ta postopek.²⁷ V tem primeru mora udeleženec, ki meni, da je središče dolžnikovih glavnih interesov v državi članici, v kateri ni bil uveden glavni postopek v primeru insolventnosti, pred sodišči države članice, v kateri je bil postopek uveden, uporabiti pravna sredstva, ki jih zoper odločbo o uvedbi postopkov predvideva nacionalno pravo te države članice.²⁸

Odločba o uvedbi glavnega postopka iz prvega odstavka 3. člena Uredbe povzroči v katerikoli drugi državi članici enake posledice, kakor jih ima po pravu države, v kateri je bil uveden postopek. Navedeno pomeni, da morajo po uvedbi postopka v primeru insolventnosti v eni državi članici pristojni organi druge države članice, v kateri ni bil uveden noben sekundarni postopek v primeru insolventnosti, priznati in izvršiti odločbe v zvezi z uvedbo glavnega postopka v primeru insolventnosti in ne smejo na podlagi predpisov te druge države članice odrediti izvršilnih ukrepov na premoženju insolventnega dolžnika, ki ga ima ta na ozemlju navedene druge države članice, kadar tega ne dovoljujejo predpisi države, v kateri so bili uvedeni postopki.²⁹ Učinki glavnega postopka veljajo avtomatično, razen če Uredba izrecno določa drugače in dokler v drugi državi članici niso uvedeni sekundarni postopki iz drugega odstavka 3. člena Uredbe (tako prvi odstavek 17. člena Uredbe).

Potem ko je v posamezni državi članici začet posamezni sekundarni postopek, se v tem sekundarnem postopku uporablja le še pravo države članice, na ozemlju katere je bil uveden sekundarni postopek (tako 28. člen in prvi odstavek 4. člena Uredbe). Posebej pravo države, v kateri so bili uvedeni postopki, določa pogoje za njihovo uvedbo, vodenje in končanje (*lex fori*).³⁰ Za sekun-

²⁷ Sodba Sodišča EU, C-341/04, Eurofood IFSC Ltd, 2. maj 2006 39. do 44. odstavkov.

²⁸ Prav tam. Tako tudi 22. točka Preambule Uredbe.

²⁹ Sodba Sodišča EU C-444/07, MG Probud Gdynia, 13. marec 2010, str. 2.

³⁰ Uredba v 4. členu primeroma navaja naslednja vprašanja, ki jih ureja nacionalno pravo držav članic: zoper katere dolžnike je mogoče uvesti postopke v primeru insolventnosti, premoženje, ki je sestavni del mase, in obravnavanje premoženja, ki ga je dolžnik pridobil ali ki je bilo nanj preneseno po uvedbi postopkov v primeru insolventnosti, ustrezna pooblastila dolžnika in upravitelja, pogoje, pod katerimi je mogoče uveljavljati pobote, posledice postopkov v primeru insolventnosti za trenutne pogodbe, katerih stranka je dolžnik, posledice postopkov v primeru insolventnosti za postopke, ki so jih sprožili posamezni upniki, razen za pravde v teku, terjatve, ki jih je treba prijaviti zoper dolžnikovo premoženje, in obravnavo terjatev, nastalih po uvedbi postopkov v primeru insolventnosti, pravila o

darne postopke pa ne nastanejo več posledice po pravu države, v kateri je bil uveden glavni postopek, in tako tudi niso več izpostavljeni učinkom glavnega postopka,³¹ razen tistih posledic, ki so nastale še pred uvedbo sekundarnega postopka. V okviru naknadnih teritorialnih postopkov (zaradi neposrednega priznanja glavnega postopka) tako ni več potrebno ugotavljanje dolžnikove insolventnosti v tej drugi državi (27. člen Uredbe), ampak se to dejstvo upošteva na podlagi priznanja odločbe o uvedbi glavnega postopka. V zvezi s tem ni pomemben razlog, zaradi katerega je bil uveden glavni insolvenčni postopek, in prav tako ni pomembno, ali ta razlog po pravu države, v kateri se je začel teritorialni postopek, ne obstaja.³²

Poleg tega, da se za sekundarne postopke uporablja le pravo države članice, v kateri je začel postopek, se v nasprotju z glavnim postopkom tudi posledice sekundarnega postopka omejuje le na dolžnikovo premoženje, ki se nahaja na ozemlju navedene druge države članice.³³ Uredba v drugem odstavku 17. člena določa tudi, da posledic teritorialnih postopkov ni mogoče izpodbijati v drugih državah članicah. Vse omejitve pravic upnikov (zlasti odlog plačila ali pogoji poplačila) glede premoženja, ki se nahaja na ozemlju druge države članice, veljajo samo zoper tiste upnike, ki s tem soglašajo (ni učinka *cram down*), iz navedenega pa izhaja, da morajo sodišča pod pogojem, da upniki soglašajo z omejitvijo lastnih pravic, priznati navzven tudi nekatere učinke sekundarnih postopkov.³⁴

1.2. Priznavanje in izvršljivost drugih odločb, izdanih v insolvenčnih postopkih

Poleg odločb o uvedbi insolvenčnih postopkov se *ipso iure* priznajo tudi druge odločbe, povezane z vodenjem in končanjem postopkov zaradi insolventnosti, ter dejanja, ki jih opravi upravitelj.³⁵

prijavi, preverjanju in pri priznanju terjatev, pravila o razdelitvi iztržkov od unovčenja premoženja, razvrščanju terjatev ter pravicah upnikov, ki so po uvedbi postopkov v primeru insolventnosti prejeli delno zadoščenje na podlagi stvarnih pravic ali prek pobota, pogoje in učinke končanja postopkov v primeru insolventnosti, zlasti s poravnavo, pravice upnikov po končanju postopkov v primeru insolventnosti, kdo mora nositi stroške in izdatke, nastale med postopki v primeru insolventnosti, pravila v zvezi z ničnostjo, izpodbojnostjo ali neizvršljivostjo pravnih dejanj, ki so v škodo vseh upnikov.

³¹ P. Oberhammer, T. Domej, nav. delo, str. 12.

³² M. Đorđević, nav. delo, str. 40.

³³ B. Hess, v: B. Hess in drugi, nav. delo, str. 76.

³⁴ Prav tam.

³⁵ M. Đorđević, nav. delo, str. 19.

Tako se na primer neposredno priznajo odločbe o imenovanju upravitelja, oblikovanju, upravljanju in unovčenju stečajne mase, prijavi in preizkusu terjatev, potrditvi prisilne poravnave, izreku varovalnih ukrepov (angl. *preservation measures*), razdelitvi mase, odpustu dolgov in podobno. Uredba v prvem in drugem odstavku 25. člena namreč določa, da se priznajo odločbe o vodenju in končanju insolvenčnih postopkov, ki jih je sprejelo sodišče, katerega odločba o uvedbi postopkov se prizna po 16. členu, ki jih je odobrilo navedeno sodišče, in sicer brez kakršnihkoli nadaljnjih formalnosti. Navedeno velja tudi za vse odločbe, ki so neposredno sprejete na podlagi postopkov v primeru insolventnosti in so z njimi tesno povezane, tudi če jih je sprejelo drugo sodišče (kot so na primer spori glede preizkusa terjatev, spori v zvezi z izpodbijanjem dolžnikovih pravnih dejanj, uveljavljanje odškodninske odgovornosti članov uprave ali nadzornega sveta).

Te odločbe se izvršijo po postopku, ki ga pozna Uredba Bruselj I³⁶ (smiselno 32. do 56. člen), če se ta uporablja. Sodna odločba, izdana v državi članici in izvršljiva v tej državi članici, se izvrši v drugi državi članici, ko je na zahtevo katerekoli od zainteresiranih strank razglašena za izvršljivo v tej državi, zahteva pa se vloži pri sodišču ali pri pristojnem organu s seznama v Prilogi II – v Sloveniji je to okrožno sodišče. Zahtevi za razglasitev izvršljivosti se priložijo listine iz 53. člena Uredbe Bruselj I, in sicer izvod izvršljive sodne odločbe ter potrdilo na standardnem obrazcu iz Priloge V, ki ga izda sodišče države izvora. Če potrdilo ni predloženo, lahko sodišče ali pristojni organ določi rok za njegovo predložitev, sprejmeta enakovredno listino ali, če menita, da imata na voljo zadostne podatke, stranko oprostita predložitve. Sodna odločba se razglasi za izvršljivo takoj po izpolnitvi formalnosti brez kakršnegakoli preizkusa (41. člen Uredbe Bruselj I).

Zoper odločbo o priznanju izvršljivosti lahko obe stranki vložita pravno sredstvo³⁷ – v Sloveniji je to ugovor kot nedejektivno pravno sredstvo, ki se obravnava v kontradiktornem postopku. Ta odločitev se lahko ponovno izpodbija – v Sloveniji s pritožbo na Vrhovno sodišče. Sodišče v postopku presoja obstoj razlogov za zavrnitev izvršljivosti iz 34. in 35. člena, pod nobenim pogojem pa tuje sodne odločbe ni dovoljeno preverjati glede vsebine (45. člen).³⁸

³⁶ Insolvenčna uredba se sicer sklicuje na določbe Bruseljske konvencije o pristojnosti in izvrševanju sodb v civilnih in trgovinskih zadevah, ki pa je bila nadomeščena z Uredbo Bruselj I, zato je treba skladno z drugim odstavkom 68. člena Uredbe Bruselj I uporabiti določbe te.

³⁷ D. Wedam Lukić, nav. delo, str. 139.

³⁸ D. Wedam Lukić, nav. delo, ter A. Galič, nav. delo.

1.3. Vprašanja, povezana s priznavanjem postopkov zaradi insolventnosti, ki se ne rešujejo z uporabo Uredbe

Glede nekaterih tem ni jasno, ali se zanje uporablja Insolvenčna uredba, in sicer bodisi zato, ker je njena uporaba izrecno izključena z določbami te uredbe, bodisi zato, ker gre za odločbo, izdano v insolvenčnem postopku, ki ga ta uredba izrecno ne vključuje in ureja.

2.3.1. Vprašanja, glede katerih je uporaba Uredbe izključena

Čeprav je Insolvenčna uredba instrument za koordinacijo postopkov zaradi insolventnosti z mednarodnim elementom, pa se vendarle ne uporablja za postopke (in tako tudi ne za priznavanje teh postopkov) v primeru insolventnosti v zvezi z zavarovalnicami, kreditnimi institucijami, naložbenimi podjetji, ki opravljajo storitve na podlagi razpolaganja s sredstvi ali vrednostnimi papirji tretjih oseb, ali kolektivnimi naložbenimi podjetji (drugi odstavek 1. člena Uredbe).³⁹

Uredbe tudi ni mogoče uporabiti v posameznih državah članicah, če je nezdružljiva z obveznostmi, ki v zvezi s stečajem izhajajo iz konvencije, sklenjene med konkretno državo članico in tretjo državo pred začetkom veljavnosti Uredbe, prav tako pa ne velja v Združenem kraljestvu Velike Britanije in Severne Irske, če je nezdružljiva z obveznostmi, ki v zvezi s stečajem izhajajo iz kakršnihkoli sporazumov v okviru skupnosti Commonwealth in so obstajale v času začetka veljavnosti te uredbe (tako tretji odstavek 44. člena Uredbe). Kot že navedeno, se Uredba o postopkih v primeru insolventnosti ne uporablja tudi na Danskem, ki ni sodelovala pri sprejemanju Uredbe, zato zanjo ni zavezujoča. Glede reševanja kolizij z Dansko je treba uporabiti pravila mednarodnega zasebnega prava držav članic.⁴⁰

2.3.2. Odločbe, izdane v postopkih zaradi insolventnosti, ki niso urejeni z Uredbo

Uredba se skladno s prvim odstavkom 1. člena uporablja za postopke v primeru insolventnosti, ki imajo za posledico delni ali popolni odvzem dolžnikovega premoženja in imenovanje upravitelja. V točki a 2. člena Uredbe je pomen pojma »postopki v primeru insolventnosti« omejen na postopke, naštet v Pri-

³⁹ Navedena področja so urejena z nacionalno zakonodajo ter z nekaterimi akti EU, na primer z Direktivo 2001/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. 3. 2001 o reorganizaciji in prenehanju zavarovalnic in z Direktivo 2001/24/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. aprila 2001 o reorganizaciji in prenehanju kreditnih institucij.

⁴⁰ M. Đorđević, nav. delo, str. 10.

logi A, ki je integralni del Uredbe. Če postopek ne spada v definicijo iz prvega odstavka 1. člena Uredbe in ni naveden v Prilogi A, določb Uredbe o priznanju za odločbo, izdano v takem primeru, ni mogoče uporabiti. Skladno z drugim odstavkom 25. člena Insolvenčne uredbe se odločbe, ki ne spadajo med odločbe, ki jih je sprejelo sodišče, pristojno za vodenje insolvenčnih postopkov, priznajo in izvršijo skladno z Uredbo Bruselj I, pod pogojem, da se ta Uredba uporablja (Insolvenčna uredba se tu spet sklicuje na določbe Uredbe Bruselj I). Težava, ki se pri tem pojavi, je, da se Uredba Bruselj I ne uporablja za temeljne insolvenčne postopke (postopke, ki so sestavni del upravljanja mase).

Tako se postavlja vprašanje, kako se priznajo in izvršijo odločbe, izdane v postopkih, povezanih z insolventnostjo dolžnika, ki niso pokriti z Insolvenčno uredbo, ob upoštevanju dejstva, da se Uredba Bruselj I za insolvenčne postopke ne uporablja.

Postopke, ki so navedeni v Prilogi A, so države članice sicer morale sporočiti Evropski komisiji, vendar pa nekatere vrste insolvenčnih postopkov, ki jih poznajo posamezne države članice, v Prilogo A niso vključene, za kar je mogoče najti dva razloga. Priloga A ni bila ustrezno sproti posodobljena z upoštevanjem sprememb nacionalnih zakonodaj, čeprav so države članice skladno z Uredbo tovrstne spremembe dolžne sporočiti.⁴¹ To se je zgodilo tudi v primeru slovenske zakonodaje, saj nista bila upoštevana razveljavitev ZPPSL in sprejem nove insolvenčne zakonodaje – ZFPPIPP (v Prilogi A so še vedno navedeni postopki iz ZPPSL). Čeprav Priloga A v tem delu ni popravljena, ni razloga, da se za postopke iz ZFPPIPP, ki so smiselno enaki postopkom, naštetim v Prilogi A (iz ZPPSL), Uredba ne bi uporabljala (ZFPPIPP tako še vedno pozna postopek prisilne poravnave in stečaja, z novelo ZFPPIPP-E pa je bila uvedena tudi poenostavljena prisilna poravnava, ki je v bistvenem enaka klasični prisilni poravnavi).

Drugi in najverjetneje glavni razlog, da nekatere vrste insolvenčnih postopkov niso vključene v Prilogo A, pa je, da ti ne izpolnjujejo vseh pogojev iz 1. člena Uredbe, čeprav gre za postopke, začete nad prezadolženimi dolžniki.⁴² Tradicionalna definicija insolvenčnega postopka, kot jo podaja Uredba, se namreč veže zgolj na odvzem premoženja in imenovanje upravitelja (prvi odstavek 1. člena), vendar pa posamezne države članice v svojem nacionalnem pravu poznajo dodatne postopke (poleg postopkov, navedenih v Prilogi A), ki so prav tako povezani z reševanjem dolžnikov v finančnih težavah, na primer tako, da se doseže prestrukturiranje dolžnikov ali zagotovitev pomoči dolžni-

⁴¹ Tako tudi B. Wessels, nav. delo (2011), str. 94.

⁴² B. Hess, v: B. Hess in drugi, nav. delo, str. 43.

kom.⁴³ Posebnost teh, v Uredbi navedenih postopkov je, da se največkrat vodijo v času, ko (nepovratna) prezadolženost še ni nastopila⁴⁴ in se ji je z izvedbo mehkejših ukrepov mogoče izogniti. V nasprotju s postopki, ki spadajo v definicijo iz prvega odstavka 1. člena Uredbe, je za tovrstne hibridne oziroma alternativne postopke zaradi insolventnosti značilno, da zanje pogosto niti ni potreben pogoj (materialne) insolventnosti. Ker gre za postopke, ki so namenjeni prestrukturiranju dolžnika v času, ko insolventnost komaj grozi (s stališča *ex ante*),⁴⁵ so ti postopki časovno po navadi sproženi bistveno prej, zato se pogosto imenujejo tudi predinsolvenčni postopki (angl. *pre-insolvency proceedings*).

Čeprav ti postopki ne izpolnjujejo vseh pogojev iz 1. člena Uredbe, bi bilo smiselno, da se njihovo priznavanje uredi z Insolvenčno uredbo, saj so v bistvenem enaki klasičnim insolvenčnim postopkom. Tudi alternativni postopki se namreč lahko začnejo le na pobudo s predpisom določene aktivno legitimirane osebe (dolžnika, upnika ali druge osebe, ki izkaže pravni interes) zoper osebo, ki je v finančnih težavah, za začetek oziroma vodenje postopka pa sta sodišče ali druga institucija bodisi pristojna bodisi morata biti obveščena in morata podati soglasje (v nekaterih primerih mora pristojna institucija tudi potrditi ustreznost in zakonitost dokončnega dogovora), vsaj okvirno pa je predpisan tudi potek postopka.⁴⁶ Poleg osnovnih podobnosti glede stvarne legitimacije za vodenje postopkov ti postopki ustvarjajo tudi podobne posledice, kot jih povzročajo insolvenčni postopki, ki jih priznava Uredba, na primer prekinitve začetih sodnih postopkov, prekinitve postopkov izvršbe oziroma zavarovanja, dolžnost imenovanja nadzornika (upravitelja) nad postopkom ter določitev intervencijskih pravic nadzornika (upravitelja), obveznost poročanja sodišču, obseg vezanosti na končni dogovor, posledice neizpolnitve pogojev iz dogovora (avtomatičen začetek postopka zaradi insolventnosti), vpliv na veljavnost dogovora o prestrukturiranju, s katerimi se vsi upniki ne strinjajo (t. i. *cram down*), prepoved opravljanja plačil ali prevzema novih obveznosti, ki niso nujne za redno poslovanje, prepoved neenakega obravnavanja upnikov, prepoved preusmeritve poslovanja ali finančnih tokov na drugo pravno ali fizično osebo ter prepoved izvedbe dejanj, ki bi bila lahko izpodbojna.

Poleg tega, da so ti alternativni postopki v bistvenem enaki klasičnim insolvenčnim postopkom, bi jih bilo smiselno uvrstiti v Uredbo tudi zato, ker so

⁴³ E. J. Garcimartin, nav. delo.

⁴⁴ Prav tam.

⁴⁵ Okoliščine, ki kažejo na morebitno prihodnjo insolventnost, so na primer nelikvidnost, blokiranost transakcijskih računov, zmanjšan obseg poslovanja, odpuščanje delavcev, izkazovanje izgube iz poslovanja ali financiranja in podobno.

⁴⁶ B. Hess, v: Hess, Burkhard, idr., nav. delo, str. 43–44.

izjemno razširjeni. Velika večina držav članic EU⁴⁷ (tudi Slovenija) namreč pozna vsaj določeno obliko alternativnega oziroma celo predhodnega (pred-insolvenčnega) postopka, le redki od teh postopkov pa so navedeni v Prilogi A Uredbe. ZFPPIPP tako pozna postopek preventivnega prestrukturiranja,⁴⁸ postopek finančnega prestrukturiranja zunaj postopka prisilne poravnave (izvensodno poravnavo)⁴⁹ in mediacijo.

Uredba tudi ne ureja nekaterih drugih oblik postopkov, ki jih sicer omogočajo države članice in so povezani s prezadolženim dolžnikom, kot so na primer enotni postopek zaradi insolventnosti celotne skupine družb (angl. *insolvency of a group of companies*)⁵⁰ in različne oblike mediacije in poravnave.⁵¹ Ti postopki niso niti navedeni v Prilogi A niti smiselno ne spadajo pod klasično definicijo insolvenčnega postopka iz prvega odstavka 1. člena Uredbe. Zaradi tega ni povsem jasno, kako se izdana odločba oziroma sprejeti dogovor med strankami v takem postopku priznata in izvršita v drugih državah članicah. Ker alternativni in predhodni postopki v Uredbi niso navedeni, njenih določb zanje ni mogoče uporabiti, zato se zanje uporabljajo pravila priznanja in izvršitve po Uredbi Bruselj I, če je to mogoče. Navedeno pa je problematično, saj se tudi Uredba Bruselj I načeloma ne uporablja za insolvenčne postopke (stečaj,

⁴⁷ Poročilo družbe Deloitte »*Insolvency Group Legal Network*«, <www.deloitte.com/view/en_CH/ch/services/tax/legal_services/043852f25736a310VgnVCM3000003456f70aRCRD.htm> (21. 7. 2013), navaja naslednje države: Avstrija, Belgija, Češka, Francija, Nemčija, Grčija, Italija, Latvija, Malta, Nizozemska, Poljska, Romunija, Španija, Švedska, Velika Britanija.

⁴⁸ Postopek preventivnega prestrukturiranja je bil uveden z ZFPPIPP-F (44.b do 44.z člen ZFPPIPP). Vodi se z namenom, da se dolžniku, za katerega je verjetno, da bo v obdobju enega leta postal insolventen, omogoči, da na podlagi sporazuma o finančnem prestrukturiranju izvede ustrezne ukrepe prestrukturiranja svojih finančnih obveznosti in druge ukrepe finančnega prestrukturiranja, potrebne, da odpravi vzroke, zaradi katerih bi lahko postal insolventen.

⁴⁹ Izvensodna poravnava pomeni sprejetje vrste ukrepov, da bi dolžnik postal kratkoročno in dolgoročno plačilno sposoben zunaj postopka prisilne poravnave, na primer zmanjšanje dolžnikovih obveznosti s predlogom za odpust dolga, s konverzijo terjatev v osnovni kapital kapitalske družbe ali z vnosom novih denarnih vložkov v osnovni kapital kapitalske družbe in z drugimi ukrepi, ki v skladu s pravili poslovno-finančne stroke omogočajo odpravo vzrokov dolžnikove insolventnosti. V ZFPPIPP izvensodna poravnava ni sistematično urejena v svojem poglavju, ampak se omenja v 15., 34. in 41. členu ZFPPIPP.

⁵⁰ G. Moss, C. G. Paulus, nav. delo, str. 11 in naslednje.

⁵¹ Ti postopki so na primer: *Reorganisationsverfahren* (Avstrija), *enquête commercial, désignation d'un médiateur d'entreprise, désignation d'un mandataire de justice, accord amiable, réorganisation judiciaire par accord amiable, désignation d'un administrateur provisoire* (Belgija), mandat *ad hoc* in koncilijacija (Francija), *Schutzschirmverfahren* (Nemčija), *accordo di ristrutturazione dei debiti in piano di risanamento attestato* (Italija), *homologación de los acuerdos de refinanciación* (Španija), *schemes of arrangement* (Velika Britanija), več o tem glej v B. Hess in drugi, nav. delo, str. 10–11.

postopke v zvezi z likvidacijo plačilno nesposobnih podjetij ali drugih pravnih oseb, postopke prisilne poravnave in podobne postopke). Sicer pa se določbe Uredbe Bruselj I uporabljajo za poravnave, sklenjene pred sodišči, ki so izvršljive v državi članici, v kateri so bile sklenjene.

Za ponazoritev problematike je zgovoren naslednji primer.⁵² Angleška zavarovalna družba in nemški zavarovanci so sklepali pogodbe o življenjskem zavarovanju. Ker se je družba kasneje znašla v finančnih težavah, se je nad njo začel postopek poravnave in prestrukturiranja (angl. *scheme of arrangement*),⁵³ zaradi česar so morale biti spremenjene tudi nekatere že sklenjene zavarovalne pogodbe, tako da so ustrezale dogovorjeni shemi prestrukturiranja. Ker se s predlaganimi spremembami eden od zavarovancev ni strinjal, je tožil zavarovalnico na plačilo zneska, kakršen je bil prvotno obljubljen na podlagi zavarovalne pogodbe, tožena stranka pa je trdila, da je poravnava v okviru prava EU priznan postopek in da je tožnikov zahtevek zato prekludiran. O zadevi je odločalo Zvezno sodišče Nemčije in odločilo, da določb 16. in 25. člena Insolvenčne uredbe o priznanju postopkov ni bilo mogoče uporabiti, saj poravnava (angl. *scheme of arrangement*) ni bila naštetá med postopki zaradi insolventnosti v Prilogi A k Uredbi, hkrati pa je sodišče izključilo tudi uporabo nemške insolvenčne zakonodaje (343. člen Insolvenzordnung), saj poravnava ni predvidevala insolventnosti dolžnika, hkrati pa tudi ni šlo za kolektivni postopek (v katerem bi se odločalo o vseh, ne le posamičnih terjatvah). Zato je sodišče sklenilo, da poravnave oziroma prestrukturiranja družbe ni mogoče šteti za insolvenčni postopek.

Iz sodbe (sicer nejasno) izhaja, da bi bilo za priznanje in izvršitev odločbe najverjetneje treba uporabiti določila Uredbe Bruselj I, Insolvenčna uredba pa naj ne bi bila uporabljiva, saj ne gre za postopek v smislu prvega odstavka 1. člena Insolvenčne uredbe. Odgovor na vprašanje, ali je priznavanje postopkov na podlagi Uredbe Bruselj I primeren instrument za zagotavljanje čezmejnih učinkov odločb, izdanih v posebnih insolvenčnih postopkih, bo morala dati nadaljnja sodna praksa, če se ne bo Insolvenčna uredba prej spremenila in vključila tudi pravila glede priznanja in izvršitve teh odločb. Dokler se Uredba ne bo spremenila v smeri, da bi jo bilo mogoče uporabiti tudi za različne vrste

⁵² BGH, 2/15/2012, NJW 2012, 2133 = NZI 2012, 425.

⁵³ Gre za vrsto poravnave po zakonu, ki ureja gospodarske družbe (členi 896–901 Companies Act 2006, in ne zakon, ki ureja insolvenčne postopke), in se lahko začne nad dolžnikom tudi, če ta še ni insolventen, ampak je zgolj v finančnih težavah. S tem postopkom se doseže kompromis oziroma poravnava o reorganizaciji med družbo in njenimi upniki ali njenimi družbeniki. Če sodišče kasneje to poravnavo na predlog strank potrdi, ta zavezuje vse stranke in tudi nasprotujoče upnike – t. i. učinek *cram down* (tretji odstavek 899. člena Companies Act 2006).

postopkov, ki jih sicer omogočajo posamezne države članice, se ne bo mogoče izogniti pojavi *forum shopping* oziroma ne bo mogoče povečati učinkovitosti prestrukturiranja dolžnikov.

Pomemben ukrep za omejitev teh problemov bi bila tudi harmonizacija⁵⁴ oziroma unifikacija insolvenčnega prava na ravni EU ter določitev enotnih (vsaj temeljnih) pravil za vodenje insolvenčnih postopkov.⁵⁵ Zaradi nepoenotnih kriterijev za ugotavljanje insolventnosti v državah članicah se ti postopki v nekaterih državah začnejo šele, ko je dolžnik že insolventen, v nekaterih pa, ko se insolventnost zgolj predvideva. To povzroči, da imajo družbe glede na pravo države, ki je pristojna za uvedbo postopkov, različne možnosti za izvedbo izvensodnega (neformalnega) prestrukturiranja in neenake možnosti za izogib uvedbi formalnega postopka z imenovanjem upravitelja ter odvzemom premoženja dolžnika. Tudi Evropska komisija je že večkrat poudarila pomen predinsolvenčnih in drugih hibridnih insolvenčnih postopkov,⁵⁶ saj gre za načine zgodnjega odkrivanja in preprečevanja insolventnosti (angl. *early warning tools*).⁵⁷ Z ureditvijo tovrstnih ukrepov se vzpostavljajo pogoji za uspešno prestrukturiranje dolžnikov v finančnih težavah, ki jih lahko stroga in nepraktična pravila (na primer glede priznavanja posledic takih postopkov) pomembno zmanjšajo.⁵⁸

Če harmonizacija ne bi bila mogoča (predvsem zaradi vpliva tudi na nekatera druga nepoenotena pravna področja – predvsem na statusno gospodarsko pravo), pa bi bilo treba vsaj smiselno prilagoditi definicijo postopkov zaradi insolventnosti iz prvega odstavka 1. člena Uredbe in bodisi razmisliti o popolni opustitvi taksativnega naštevanja vseh konkretnih postopkov v posebni Prilogi A bodisi uvesti strožji nadzor nad poročanjem držav članic o različnih postopkih zaradi insolventnosti, ki jih poznajo.⁵⁹ Seznam Priloge A Uredbe se namreč ne posodablja pravočasno, posebne skrbnosti glede posodabljanja seznama pa države članice tudi niso izkazale.⁶⁰

Smisel Uredbe je, da se odločbe, izdane v insolvenčnih postopkih, neposredno priznajo v vseh državah članicah ter s tem povzročijo enake posledice v vseh

⁵⁴ B. Wessels, nav. delo (2011), str. 93.

⁵⁵ S. L. Bufford, nav. delo.

⁵⁶ Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu in Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru – Nov evropski pristop k poslovnemu neuspehu in insolventnosti, z dne 12. decembra 2012, COM (2012), 742 final.

⁵⁷ Prav tam.

⁵⁸ B. Hess, v: B. Hess in drugi, nav. delo, str. 64.

⁵⁹ Prav tam.

⁶⁰ Primerjaj Prilogo A Uredbe in postopke, navedene v opombi 53.

državah članicah, kakor jih določa pravo države, v kateri je bil uveden postopek. Če pa Uredba nekega postopka, ki ga pozna posamezna država članica, ne uredi, je treba namesto Uredbe za konkretna vprašanja uporabiti nacionalno pravo držav članic, v katerih so bili uvedeni postopki,⁶¹ v zvezi s priznanjem odločb pa celo Uredbo Bruselj I. Ker ti postopki zaradi insolventnosti v Uredbi niso natančno opredeljeni, obstaja tveganje pri zagotavljanju pravne varnosti ter predvidljivosti in učinkovitosti prava, saj ni jasno, kako bo uvedba alternativnega postopka v eni državi članici vplivala na priznanje takega postopka v drugih državah članicah, ki teh postopkov ne poznajo. Prav tako ni mogoče vedno predvideti, ali bodo odločbe v drugi državi članici pravilno pravno obravnavane (pravilna pravna interpretacija) oziroma ali bo ovirano njihovo izvrševanje.

Zaradi razlik med posameznimi nacionalnimi sistemi lahko pride tudi do t. i. insolvenčnega turizma (angl. *forum shopping*),⁶² še posebej, če gre za nov (neznan) alternativni postopek zaradi insolventnosti ali če je ta drugje urejen bolj ali manj ugodno.⁶³

1.4. Omejitve priznavanja

Glavno vodilo pri sprejemanju Uredbe je bilo zagotoviti avtomatično priznanje in razširitev posledic začelih postopkov na vse države članice, ne da bi bilo za to treba izvesti poseben delibacijski postopek (prvi odstavek 16. člena Uredbe). Priznanje odločb sodišč mora temeljiti na načelu medsebojnega zaupanja, zaradi česar je bilo treba razloge za nepriznavanje čim bolj zmanjšati.⁶⁴

Po tretjem odstavku 25. člena Uredbe države članice niso zavezane priznati ali izvršiti odločb o vodenju in končanju insolvenčnih postopkov iz prvega odstavka 25. člena Uredbe, ki bi lahko vodile do omejevanja osebne svobode ali poštna tajnosti. Dodatno pa Uredba v 26. členu (enako kot tudi Uredba Bruselj I) daje tudi možnost nepriznanja ali neizvršitve odločbe z ugovorom javnega reda. Vsaka država članica lahko zavrne priznanje postopkov v primeru insolventnosti, ki so bili uvedeni v drugi državi članici, ali izvršitev odločbe, sprejete v okviru takih postopkov, kadar bi bile posledice takega priznanja ali

⁶¹ Na primer glede določb o preizkusnem obdobju, odločanju upniškega odbora, načinu prijave terjatev, odgovornosti delničarjev oziroma družbenikov dolžnika in podobno.

⁶² Do insolvenčnega turizma pride, ko se sedež ali prebivališče dolžnika prenese v drugo državo pred začetkom insolvenčnega postopka, ker je tam za dolžnike ugodnejši pravni sistem (na primer krajši čas za odpust dolgov, ugodnejša pravila glede odgovornosti ali preoblikovanja).

⁶³ B. Hess, v: B. Hess in drugi, nav. delo, str. 64.

⁶⁴ Točka 22 Preambule k Uredbi.

izvršitve očitno v nasprotju z javnim redom navedene države, zlasti z njenimi temeljnimi načeli ali ustavnimi pravicami in svoboščinami posameznikov.

3. POSTOPEK PRIZNANJA ODLOČB, IZDANIH V TRETJIH DRŽAVAH

Sodna odločba (tudi poravnava, sklenjena pred sodiščem), ki jo izda pristojni organ tretje države, ki ni članica EU, je izenačena z odločbo sodišča Republike Slovenije in ima v Republiki Sloveniji enak pravni učinek kot domača sodna odločba, če jo prizna sodišče Republike Slovenije. Za priznanje odločb, izdanih v tretjih državah, se uporabljajo splošna pravila o priznanju in izvršitvi tujih sodnih odločb po ZMZPP (*lex generalis*), razen kolikor je z določbami ZFPPIPP ali v posameznem razmerju s tretjo državo (*lex specialis*) medsebojno priznavanje in izvrševanje odločb drugače urejeno (459. člen ZFPPIPP).

ZFPPIPP podrobna pravila v zvezi z navedenim določa v oddelku 8.3 (459. do 470. člen). Zahtevo za priznanje tujega sodnega postopka zaradi insolventnosti lahko vloži le oseba, ki je bila v tem postopku imenovana za upravitelja, zahtevi pa mora upravitelj priložiti overjeno kopijo odločbe tujega sodišča o začetku postopka zaradi insolventnosti ali izjavo tujega sodišča, s katero to potrjuje, da je bil začel tuji postopek zaradi insolventnosti in imenovan tuji upravitelj, ter svojo izjavo, v kateri navede vse tuje postopke zaradi insolventnosti, ki tečejo proti dolžniku in za katere ve. Navedene listine morajo biti prevedene v jezik, ki je pri sodišču v uradni rabi (460. člen ZFPPIPP).

Sodišče Republike Slovenije zavrne priznanje tuje sodne odločbe, če na ugovor osebe, zoper katero je bila izdana, ugotovi, da ta zaradi nepravilnosti v postopku ni mogla sodelovati v postopku (96. člen ZMZPP), priznanje in izvršitev tuje sodne odločbe pa se zavrneta tudi, če bi bil učinek njenega priznanja v nasprotju z javnim redom Republike Slovenije, če se zahteva priznanje glavnega insolvenčnega postopka, pa je bila zoper istega dolžnika že izdana odločba o uvedbi glavnega postopka, ali če ni vzajemnosti (94. do 103. člen ZMZPP). Vložnik zahteve za izvršitev tuje sodne odločbe mora poleg potrdila o pravnomočnosti te odločbe po pravu države, v kateri je bila izdana, predložiti tudi potrdilo o njeni izvršljivosti po pravu države, v kateri je bila izdana (103. člen ZMZPP).

Sodišče izda sklep, s katerim prizna tuji postopek zaradi insolventnosti, če:

- so zahtevi za priznanje priložene listine,
- ima postopek, ki je predmet zahteve za priznanje, značilnosti tujega sodnega postopka zaradi insolventnosti iz drugega odstavka 446. člena (gre za sodni ali upravni postopek, ki se vodi v tuji državi za skupni račun vseh

upnikov dolžnika zaradi finančnega prestrukturiranja ali likvidacije dolžnika in v katerem nad unovčenjem premoženja in vodenjem poslov dolžnika opravlja nadzor tuje sodišče ali upravitelj, ki ga imenuje tuje sodišče),

- ima tuji upravitelj položaj tujega upravitelja iz osmega odstavka 446. člena (gre za osebo ali organ, ki je v tujem postopku zaradi insolventnosti upravičen voditi ali nadzorovati finančno prestrukturiranje dolžnika ali unovčenje njegovega premoženja ali poslov ali nastopati kot predstavnik tujega postopka zaradi insolventnosti),
- ima dolžnik v tuji državi, v kateri poteka postopek, ki je predmet zahteve za priznanje, središče uresničevanja svojih glavnih interesov ali svojo poslovavnico in
- ni ovir za priznanje iz 452. člena (če bi priznanje negativno vplivalo na suverenost, varnost ali javni interes Republike Slovenije).

S sklepom o priznanju tujega insolvenčnega postopka sodišče odloči tudi o tem, ali se tuji postopek zaradi insolventnosti prizna kot glavni ali pomožni postopek zaradi insolventnosti.

Po vložitvi zahteve za priznanje lahko sodišče na predlog tujega upravitelja izda začasno odredbo, s katero začasno (do odločitve o zahtevi za priznanje) uredi posledice insolvenčnega postopka v Sloveniji, če je tako zavarovanje nujno potrebno za zaščito premoženja dolžnika ali interesov upnikov. S tem lahko sodišče odredi prekinitev postopkov izvršbe proti dolžniku in prepove začetek novih postopkov izvršbe in zavarovanja, pooblasti tujega upravitelja ali drugo osebo, ki jo določi, za upravljanje ali prodajo celotnega ali dela premoženja insolventnega dolžnika, ki je v Republiki Sloveniji, ter odredi katerikoli drug ukrep iz tretjega odstavka 240. člena ZFPPIPP.

Če sodišče prizna postopek zaradi insolventnosti, začet v državi, ki ni članica EU, kot glavni postopek, z objavo sklepa o priznanju glede insolventnega dolžnika in njegovega premoženja v Republiki Sloveniji *ipso iure* nastanejo določene pravne posledice. Te so zlasti, da proti dolžniku ni dovoljeno začeti postopka izvršbe ali zavarovanja, postopki, ki že potekajo, se prekinajo, pooblastila dolžnikovih zastopnikov in pooblaščenecv za razpolaganje z njegovim premoženjem ali opravljanje drugih pravnih poslov za dolžnika pa preidejo na tujega upravitelja (466. člen ZFPPIPP). Skladno s 469. členom ZFPPIPP pridobi tuji upravitelj s priznanjem tujega postopka zaradi insolventnosti kot glavnega postopka procesno legitimacijo v Republiki Sloveniji, da izpodbija pravna dejanja insolventnega dolžnika.

Če sodišče prizna tuji postopek zaradi insolventnosti kot pomožni postopek, lahko tujemu upravitelju podeli tudi procesno legitimacijo za izpodbijanje pravnega dejanja insolventnega dolžnika, če se pravno dejanje, ki se izpodbija,

nanaša na premoženje, ki ga je dovoljeno upravljati in prodati v tujem pomožnem postopku zaradi insolventnosti. S priznanjem tujega postopka zaradi insolventnosti pridobi tuji upravitelj procesno legitimacijo, da nastopi kot intervenient v vsakem postopku v Republiki Sloveniji, katerega stranka je insolventni dolžnik (470. člen ZFPPIPP).

4. PREDLOGI EVROPSKE KOMISIJE ZA SPREMEMBO UREDBE IN SKLEPNE UGOTOVITVE

Zaradi velikega števila insolvenčnih zadev, ki povzročajo čezmejne učinke,⁶⁵ je razmislek o čim večjem poenotenju insolvenčnih postopkov nujen. Le tako se bo lahko omogočilo priznavanje najrazličnejših postopkov, ki jih Uredba, predvsem zaradi neustrezne definicije insolvenčnih postopkov, ne ureja. To je poudarila tudi Evropska komisija ob izvedbi poglobljene raziskave o uspešnosti Uredbe pri povečanju transparentnosti in učinkovitosti insolvenčnih postopkov.⁶⁶ Pri tem je opozorila še na druge težave z uporabo Uredbe, in sicer zlasti pri določanju pristojnosti za uvedbo insolvenčnega postopka zaradi težav z določitvijo središča dolžnikovih glavnih interesov, ugotovitev, da vodenje sekundarnih postopkov zmanjša pristojnost upravitelja v glavnem postopku pri upravljanju dolžnikovega premoženja ter da zmanjša tudi verjetnost za uspešno prestrukturiranje dolžnika (pravne osebe) in nadaljevanje njegovega poslovanja, saj morajo biti ti postopki likvidacijski, poleg tega pa še na potrebo po vzpostavitvi evropskega insolvenčnega registra za objavo izdanih sklepov, neučinkovito preprečevanje pojava *forum shopping*, težave pri poplačilu upnikov, neenako poplačilo upnikov idr.

V zvezi z navedenimi težavami je Evropska komisija zato že pripravila predlog sprememb Insolvenčne uredbe.⁶⁷ Na priznavanje odločb se nanašajo predvsem:

- sprememba definicije insolvenčnih postopkov v prvem odstavku 1. člena – ta bi po novem vključevala vse kolektivne sodne ali upravne postopke (skupaj z vmesnimi postopki), ki se vodijo po zakonu države članice, ki ureja insolventnost, oziroma so v povezavi s prilagoditvijo dolga, če je (z namenom rešitve, prilagoditve dolga, reorganizacije ali likvidacije) dolžniku v celoti ali deloma odvzeto premoženje in je imenovan upravitelj ali če so sredstva

⁶⁵ Podan je podatek, da je bilo v letih 2009–2011 v EU v povprečju na leto začelih 200.000 postopkov zoper insolvenčne družbe, od tega je šlo pri približno eni četrtini primerov za postopke s čezmejnimi učinki, glej Communication, nav. delo.

⁶⁶ Prav tam.

⁶⁷ Predlog Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Uredbe Sveta (ES) št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti z dne 12. decembra 2012, COM (2012) 744 final.

in poslovanje dolžnika predmet nadzora ali pregleda s strani sodišča. Že prvi odstavek 1. člena naj bi določal, da so ti postopki navedeni v Prilogi A Uredbe;

- sprememba 25. člena, ki določa priznanje in izvršljivost drugih odločb, ureja sklicevanje na Uredbo Bruselj I namesto na Bruseljsko konvencijo; 25. člen se bo spremenil tudi tako, da države članice ne bodo mogle več zavrniti priznanja ali izvršitve take druge odločbe zgolj iz razloga, da bi priznanje odločbe lahko vodilo do omejevanja osebne svobode ali poštna tajnosti;
- novo poglavje IVa – vključitev določb, povezanih z vodenjem postopka zaradi insolventnosti v primeru insolventnosti skupine družb, še posebej določbe glede komunikacije med posameznimi imenovanimi upravitelji in sodišči, in njihovimi pristojnostmi;
- nova določba 44.a člena državam članicam nalaga, da v okviru Evropske pravosodne mreže v civilnih in gospodarskih zadevah predstavijo svoje nacionalno insolvenčno pravo in postopke;
- sprememba določbe glede spreminjanja prilog (45. člen) – Evropska komisija naj bi dobila več moči pri spreminjanju Prilog A in C, državam članicam pa je naloženo, da jo redno obveščajo o svojih postopkih, ki jih želijo vključiti v Prilogo A. Komisija bo ocenila, ali se tovrstni postopki lahko štejejo za insolvenčne glede na definicijo iz prvega odstavka 1. člena Uredbe;
- Priloga B, ki vsebuje likvidacijske postopke, se bo izbrisala.

Dodatno naj bi bile uvedene tudi nekatere druge spremembe, ki se bodo nanašale predvsem na preambulo, definicije pojmov (2. člen), določitev mednarodne pristojnosti (3. člen ter dodana 3.a in 3.b člen, ki bosta urejala možnost sodne presoje pristojnosti), določitev posledic za pravde v teku ali za začete arbitražne postopke, pooblastila upravitelja (18. člen), uvedbo insolvenčnega registra (20.a do 20.d člen), objavo (21. člen), vpis v javni register (22. člen), uvedbo sekundarnih postopkov (27. in novi 29.a člen), sodelovanje med upravitelji in sodišči (31. in nova 31.a in 31.b člen), prekinitev in končanje sekundarnega postopka (33. in 34. člen) ter prijave terjatev (39. do 41. člen).

S predlaganimi spremembami bo ob upoštevanju spremenjenih formalnih pogojev iz prvega odstavka 1. člena Uredbe (ki trenutno postopke v primeru insolventnosti definira zgolj kot postopke, ki imajo za posledico delni ali popolni odvzem dolžnikovega premoženja in imenovanje upravitelja) v sistem priznavanja po Uredbi vključena večina posebnih insolvenčnih postopkov, s tem pa se bo povečala učinkovitost čezmejnih insolvenčnih postopkov.

Če bi bili postopki v primeru insolventnosti med seboj vsaj harmonizirani, bi se s tem povečala njihova učinkovitost v smislu poplačila upnikov in zagotavljanja enakega obravnavanja upnikov. Hkrati bi se povečalo število postopkov

prestrukturiranja, dolžniki pa bi lahko nadaljevali poslovanje, saj bi več upnikov bolj aktivno lahko sodelovalo v postopku odločanja o prestrukturiranju dolžnika in ga s svojim glasovanjem podprlo.

Dodatno bo za zagotovitev dobro delujočega trga med državami EU v prihodnje nekaj pozornosti treba nameniti tudi možnosti razširitve učinkovanja Uredbe na Dansko in na druge države, ki niso članice EU, so pa z njo zelo povezane (npr. Švica, ZDA).^{68, 69}

Literatura

- Samuel L. Bufford: Revision of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings – Recommendations, v: *International Insolvency Law Review (IILR)*, 3 (2012) 3, str. 341–474.
- Miodrag Đorđević: Uporaba Uredbe Sveta (ES) št. 1346/2000 z dne 29. maja 2000 o insolvenčnih postopkih, v: *Pravosodni bilten*, (2007) 1, str. 9–45.
- Aleš Galič: Pristojnost ter priznanje in izvršitev sodb v civilnih in gospodarskih zadevah, v: *Podjetje in delo*, (2005), 6-7, str. 1118–1130.
- Francisco Javier Garcimartín: The review of the insolvency regulation: Hybrid procedures and other issues, v: *International Insolvency Law Review (IILR)* 2011, str. 321; sorodno besedilo je na voljo tudi na <www.eir-reform.eu/uploads/papers/PAPER%206-1.pdf>.
- Burkhard Hess, Paul Oberhammer, Thomas Pfeiffer, Krista Pisani Bencini, Aleš Galič, Nina Orehek in drugi: *European Insolvency Law: the Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report on the application of regulation no. 1346/2000/EC on insolvency proceedings*. C. H. Beck, München 2014; Hart Publishing, Oxford 2014; Nomos, Baden-Baden 2014.
- Gabriel Moss, Christoph G. Paulus: The European Insolvency Regulation – The case for urgent reform, v: *Insolvency Intelligence*, 19 (2006) 1.
- Paul Oberhammer, Tanja Domej: Mednarodno stečajno pravo evropskega notranjega trga, v: *Podjetje in delo*, (2003), 1, str. 5–20.
- Miguel Virgós: Etienne Schmit, Report on the Convention on Insolvency Proceedings, Dokument Sveta EU 6500/96, 1996.
- Dragica Wedam Lukić: Priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb v Republiki Sloveniji, v: *Pravni letopis*, 2011, str. 133–151.

⁶⁸ B. Wessels, nav. delo (2004), str. 202.

⁶⁹ Tako tudi B. Hess in drugi, nav. delo, str. 9.

Bob Wessels: Current Topics of International Insolvency Law. Kluwer, Deventer 2004.

Bob Wessels: International Insolvency Law, 3. izdaja. Kluwer, Deventer 2012.

Bob Wessels: Revision of the EU Insolvency Regulation: What type of facelift?, Konferenca The future of the European Insolvency Regulation, 2011, dostopno na <www.eir-reform.eu> (18. 8. 2014).



RAZMERJE MED NEPOSREDNIMI ZAHTEVKI PODIZVAJALCEV IN NEPOSREDNIMI PLAČILI PODIZVAJALCEM*

Blaž Hrastnik,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktorski kandidat na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani, odvetnik v Odvetniški družbi Rojs, Peljhan,
Prelesnik & partnerji o.p., d.o.o., Ljubljana*

1. UVOD

Ozko pravnoformalno gledano podizvajalska razmerja sama po sebi niso posebna oblika pravnih razmerij, saj so klasična obligacijska razmerja podizvajalca z njegovim naročnikom oziroma subjektom, po naročilu katerega podizvajalec opravlja storitve ali pa dobavlja blago. Ne glede na navedeno je za pravno obravnavo razmerja podizvajalca z glavnim izvajalcem pomembno še eno pravno razmerje, in sicer razmerje med glavnim izvajalcem in (končnim) naročnikom, torej subjektom, po naročilu katerega glavni izvajalec izvaja svoje storitve (oziroma dobavlja blago). Da bi bilo mogoče govoriti o podizvajalskem razmerju, mora biti vsebina izpolnitvenega ravnanja podizvajalca v razmerju med podizvajalcem in glavnim izvajalcem (manjša ali) enaka izpolnitvenemu ravnanju glavnega izvajalca v pravnem razmerju med glavnim izvajalcem in naročnikom posla.

O podizvajalcih¹ *strictu sensu* govorimo predvsem v okviru pogodb o storitvah, zlasti v okviru pogodbe o delu, medtem ko se pojem praviloma ne uporablja za dobavitelje blaga, čeprav se zlasti po uveljavitvi novel B Zakona o javnem na-

* Prispevek je bil pripravljen na podlagi doktorske disertacije pod naslovom *Neposredni zahtevki podizvajalcev ob stečaju glavnega izvajalca*, ki jo je avtor pod mentorstvom prof. dr. Petra Grilca uspešno zagovarjal oktobra 2014 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ Glej tudi V. Kranjc, nav. delo (2012), str. 239–258.

ročanju (ZJN-2)^{2,3} ter Zakona o javnem naročanju na vodnem, energetskem, transportnem področju in področju poštних storitev (ZJNVETPS)^{4,5} pojem širi tudi na dobavitelje blaga, kar pa odpira nekatera posebna vprašanja.

Kadar se deleži dela podizvajalcev v končni vrednosti blaga oziroma storitve povečujejo, se s tem povečujejo tudi različna poslovna tveganja, ki spremljajo izvajanje njihovih delovnih operacij. S temi tveganji so se podizvajalci primarno prisiljeni soočati in jih razreševati v pravnem razmerju z glavnim izvajalcem, vendar pa tega iz različnih razlogov pogosto ne morejo doseči. Neposredni zahtevki podizvajalcev so institut, ki skuša tveganja, povezana z njihovim specifičnim položajem, zmanjšati oziroma jim omogoča, da svoja tveganja, ki nastajajo pri poslovanju, zmanjšujejo tudi v razmerju do naročnikov, ki so kot končni uporabniki blaga in storitev deležni tudi vseh koristi, izhajajočih tudi iz dela oziroma storitev, ki so jih opravili podizvajalci.

Institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev je ena najpomembnejših izjem od pravila o relativnosti obligacijskega razmerja, določenega v prvem odstavku 125. člena Obligacijskega zakonika (OZ),⁶ in pod določenimi pogoji vzpostavlja pravno razmerje med podizvajalcem in naročnikom posla. Omenjeni institut, ki primerjalno gledano ni pogost,⁷ slovenski pravni sistem ureja v sklopu pravnih pravil o pogodbi o delu (podjemni pogodbi), konkretno v 631. členu OZ. V sklopu pravil o javnem naročanju pa je urejen soroden institut, tj. institut neposrednih plačil podizvajalcem, ki naročniku omogoča, da svojo obveznost plačila pod določenimi pogoji veljavno izpolni podizvajalcu, s katerim ni v pogodbenem odnosu. Pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem urejajo določbe od šestega do dvanajstega odstavka 71. člena ZJN-2 ter od šestega do dvanajstega odstavka 74. člena ZJNVETPS, ki določajo obvezna neposredna plačila podizvajalcem, natančna ureditev pa je tudi predmet urejanja podzakonskega akta iz dvanajstega odstavka 71. člena ZJN-2 oziroma desetega odstavka 74. člena ZJNVETPS.

² Ur. l. RS, št. 128/06, 16/08, 19/10, 18/11, 43/12, 90/12, 19/14.

³ Novela ZJN-2B je bila objavljena v Ur. l. RS, št. 19/10.

⁴ Ur. l. RS, št. 128/06, 16/08, 19/10, 43/11, 43/12, 90/12, 19/14.

⁵ Novela ZJNVETPS-B je bila objavljena v Ur. l. RS, št. 19/10.

⁶ Ur. l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo.

⁷ Najdemo ga v pravnih sistemih držav, nastalih na območju nekdanje SFRJ, v francoskem pravnem redu, kjer je bil uzakonjen najprej, pa tudi v 1798. členu belgijskega civilnega zakonika, v luksemburškem pravu, med drugim pa še v 565. členu alžirskega civilnega zakonika, 662. členu egiptovskega civilnega zakonika, 882. členu iraškega civilnega zakonika, 682. členu kuvajtskega civilnega zakonika, 661. členu libijskega civilnega zakonika in 628. členu sirskega civilnega zakonika.

Oba pravna instituta podizvajalcev omogočata, da dosežejo plačilo svojih terjatev do glavnega izvajalca, vendar namesto njega izpolnitev opravi naročnik. V zvezi z omenjenima pravnima institutoma se pojavljajo številne dileme, povezane z njuno različno pravno naravo, vprašanje zase pa je njuno medsebojno razmerje, ki je v središču obravnave tega prispevka. V tem okviru je ključno vprašanje, ali se pravna instituta dopolnjujeta ali izključujeta. Njuno razmerje ni nepomembno, saj se pomembno razlikujeta, razlikujejo pa se tudi njune pravne posledice.

2. OPREDELITEV NEPOSREDNIH ZAHTEVKOV PODIZVAJALCEV IN NEPOSREDNIH PLAČIL PODIZVAJALCEM

Institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev je pravni institut, ki pod pogoji, določenimi v 631. členu OZ, vzpostavi razmerje med subjektoma, med katerima prej ni obstajalo. Pravno razmerje, ki nastane ob uveljavitvi podizvajalčevega neposrednega zahtevka, je obligacijsko razmerje kot tipična oblika pravnega razmerja, torej pravno urejenega družbenega razmerja, nosilci katerega so pravni subjekti, ki imajo glede na predmet pravnega razmerja določene pravice in dolžnosti.⁸ V tako vzpostavljenem pravnem razmerju en subjekt (podizvajalec) pridobi neposredno pravico zahtevati izpolnitveno ravnanje (dajatev) od naročnika posla.

Neposredni zahtevek podizvajalca ima dvojno pravno naravo, saj vzpostavlja pravno razmerje, ki pred tem ni obstajalo, hkrati pa vsebuje tudi že pravovarstveni zahtevek. Pravovarstveni zahtevek je eno od dveh nujnih upravičenj, ki sestavljata vsako (abstraktno) pravico. Vsaka pravica je namreč sestavljena najmanj iz dveh upravičenj, od katerih je eno temeljno upravičenje, ki omogoča, da subjekt zadovoljuje določen interes, pravovarstveni zahtevek kot drugo upravičenje pa vsebuje možnost, da bo uporabljena sankcija, če zavezanec ne ravna skladno z obveznostjo.⁹ Bistvo (pravovarstvenega) zahtevka je torej v doseganju temeljnega upravičenja iz abstraktne pravice, kadar ga zavezanec s svojim ravnanjem preprečuje.

Ker podizvajalčev neposredni zahtevek, ko je uveljavljen, vzpostavi (neposredno) pravno razmerje med dvema subjektoma, ki pred tem nista bila v pravnem razmerju, torej oblikuje pravno razmerje, zato ima naravo oblikovalne pravice, ki je usmerjena k cilju poplačila podizvajalca. Poleg oblikovalne pravice vključuje tudi dajatveni zahtevek, saj z njim podizvajalec po (ali pa ob

⁸ M. Pavčnik, nav. delo (2001), str. 94.

⁹ Prav tam, str. 124.

hkratni) vzpostavitvi pravnega razmerja med podizvajalcem in naročnikom posla uveljavlja tudi poplačilo svojih terjatev. Oblikovalne pravice je v osnovi mogoče uveljaviti z oblikovalno izjavo, ki jo imetnik oblikovalne pravice naslovi na drugo stranko, ali pa s sodno intervencijo, in sicer tako, da oblat pri sodišču vloži oblikovalno tožbo, s katero od sodišča zahteva izdajo oblikovalne sodne odločbe (uveljavi t. i. tožbeno oblikovalno pravico). Oblikovalni temelj oblikovalne pravice je določba 631. člena OZ, ki navaja pogoje za uveljavitev zahtevka, zato gre pri neposrednem zahtevku podizvajalca za zakonito oblikovalno pravico. Pri odgovoru na vprašanje, ali je oblikovalna pravica podizvajalca tožbena oblikovalna pravica, je treba izhajati iz oblikovalnega temelja, predvsem pa tudi iz namena, zaradi katerega je bil omenjeni pravni institut uzakonjen. Nekateri avtorji¹⁰ glede opredelitve oblike uveljavljanja oblikovalne pravice izhajajo zlasti iz jezikovne razlage oblikovalnega temelja (npr. ko oblikovalni temelj določa, da stranka lahko »zahteva razveljavitev pogodbe«, gre za tožbeno oblikovalno pravico, ko temelj določa, da »stranka lahko odstopi od pogodbe«, pa naj bi šlo za opsijsko pravico). Na podlagi takšnega razmejevanja med načinoma uveljavljanja opsijskih pravic bi bilo mogoče sklepati, da bi bilo neposredni zahtevek podizvajalca mogoče uveljaviti zgolj kot tožbeni oblikovalni zahtevek, saj 631. člen OZ vsebuje glagol zahtevati. Kljub temu je pri ugotavljanju načina uveljavljanja podizvajalčevega neposrednega zahtevka treba izhajati iz namena instituta, da doseže poplačilo podizvajalca v primeru, da glavni izvajalec svoje obveznosti plačila ne izpolni. Če bi bil podizvajalčev neposredni zahtevek tožbeni oblikovalni zahtevek, bi to pomenilo, da bi se razmerje med podizvajalcem in naročnikom posla vzpostavilo šele z nastopom pravnomočnosti oblikovalne sodbe,¹¹ kar bi popolnoma izjalovilo njegov namen. Upoštevati je namreč treba, da je bistvo instituta podizvajalčevega neposrednega zahtevka prav v poplačilu podizvajalca, ki ga ta v okviru že vzpostavljenih pravnih razmerij ne more doseči. Da je bil zakonodajalčev namen pri uzakonitvi omenjenega instituta prav zaščita podizvajalcev (v obliki njihovega lažjega poplačila), potrjuje tudi primerjalnopravna analiza, zlasti analiza zakonodajnega postopka ob prenovitvi instituta v Franciji,¹² od koder institut izhaja.¹³

¹⁰ Prim. Aleš Galič, v: L. Ude, A. Galič, nav. delo, str. 164.

¹¹ Gl. tudi sodbo in sklep Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cpg 458/2001 z dne 23. januarja 2002.

¹² Več o tem v magnetogramu razprave ob obravnavi predloga Zakona št. 75-1334 v Narodni skupščini Francije dne 28. junija 1975, zlasti glej razpravo prvopodpisanega pod predlogom zakona, poslanca Luciena Neuwirtha (JORF – Débats parlementaires – Assemblée nationale du 29 juin 1975 n° 63, str. 5014–5021).

¹³ Gl. J.-P. Babando, nav. delo, str. 101 in nasl.

Za uveljavitev instituta neposrednih zahtevkov podizvajalca mora biti izpolnjenih več pogojev, prvi med njimi je obstoj podizvajalčeve terjatve do podjemnika (glavnega izvajalca). Ker je uporaba instituta odvisna od okoliščine, ali ima podizvajalec terjatev do podjemnika, v primeru poplačila odpade potreba po uveljavitvi pravovarstvenega zahtevka, s tem pa tudi potreba po uveljavitvi oblikovalne pravice. Drugi pogoj je, da ima podjemnik (glavni izvajalec) v času, ko podizvajalec zahteva neposredno plačilo od naročnika, dospelo terjatev do naročnika. To pomeni, da podizvajalec po 631. členu OZ nima pravice zahtevati izpolnitve terjatve od naročnika posla, če je naročnik že izpolnil svojo obveznost do podjemnika (glavnega izvajalca). V zvezi s tem pogojem je treba poudariti tudi, da neposrednega zahtevka podizvajalca ni mogoče uveljaviti, če terjatev glavnega izvajalca do naročnika posla v času uveljavitve neposrednega zahtevka podizvajalca (še) ne obstaja.¹⁴ Omenjeni pogoj je pomemben zaradi zaščite naročnikovega pravnega položaja, saj preprečuje, da bi naročnik za isto delo plačal dvakrat, in sicer enkrat svojemu sopogodbenu – podjemniku, drugič pa še podizvajalcu na podlagi postavljenega neposrednega zahtevka. Poleg tega ta pogoj olajša pravni položaj naročnika, ki zgolj zaradi dejstva, da glavni izvajalec ni poplačal podizvajalca, slednji pa je zaradi tega uveljavil neposredni zahtevek, ne sme biti v bistveno slabšem položaju, oziroma je pomembno, da se pri tem čim manj poseže v njegov pravni položaj.

Nadaljnji pogoj za uveljavitev neposrednega zahtevka podizvajalca je, da se morata podizvajalčeva terjatev do podjemnika (glavnega izvajalca) in tudi podjemnikova terjatev do naročnika nanašati na isto delo.¹⁵ Takšen pogoj narekuje pravilo, da je treba izjeme razlagati restriktivno (neposredno plačilo podizvajalcu je izjema od relativnosti obligacijskih razmerij), hkrati pa bi širitev priznavanja neposrednih zahtevkov podizvajalcev, ki bi se izplačevali iz vsot, ki jih naročnik dolguje podjemniku za katerokoli delo, med podizvajalci lahko povzročila konflikte, saj bi se s tem lahko poseglo v pravice drugih podizvajalcev. Ker je bistvo obravnavanega pravnega instituta v tem, da skuša zagotoviti poplačilo podizvajalčevih terjatev, če jih podjemnik ni poplačal, in preprečiti situacijo, da bi naročnik plačal dvakrat ali pa del celo ne bi plačal, je treba identiteto del obravnavati strogo in ozko. Sicer striktno obravnavanje omenjenega pogoja neizogibno povzroči, da je uveljavljanje obravnavanega instituta težavnejše, saj je obstoj omenjenega pogoja težje dokazati. Vendar je treba dodati, da je uporaba instituta sama po sebi izjema od splošno uveljav-

¹⁴ Tako tudi sklep Višjega sodišča v Celju opr. št. Cpg 296/2012 z dne 6. februarja 2013, podobno izhaja tudi iz sodbe Vrhovnega sodišča RS opr. št. III Ips 69/2008 z dne 21. decembra 2010.

¹⁵ Gl. tudi Nina Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo (2004, III. knjiga), str. 820–821.

ljenega načela relativnosti obligacijskih razmerij, izjeme pa je treba razlagati omejujoče (*exceptio est strictissimae interpretationis*), zato je umesten zaključek, da je med možnimi razlagami v primeru interpretacije izjem treba izbrati tisto, ki govori v prid splošnega pravila in izjeme omejuje.

Zadnji pogoj za uveljavitev obravnavanega instituta je, da podjemnik podizvajalčeve terjatve do njega pripozna. Pripoznavo je namenjena predvsem zaščiti naročnika, ker nima pregleda nad obsegom (razmejitvijo) storitev, ki sta jih izvedla podjemnik in podizvajalec, saj mu (pogosto) ni znano, kakšno je pravno razmerje med njima oziroma kakšen je obseg storitev, ki se jih namesto podjemnika zaveže opraviti podizvajalec. Omeniti velja, da je sodobno hrvaško pravo ob pripravi novega zakona, ki ureja obligacijska razmerja, pogoj pripoznave podizvajalčevih terjatev opustilo.¹⁶ Pripoznavo mora biti izrecna, kar pomeni, da mora glavni izvajalec eksplicitno izjaviti, katere terjatve podizvajalca obstajajo, na katera dela se nanašajo in kolikšna je njihova višina. Pomembno je tudi vprašanje, kateri subjekt lahko pripozna terjatve. Glede na obstoječo ureditev lahko izjavo o priznanju podizvajalčeve terjatve da le podjemnik (glavni izvajalec), saj je le on v pogodbenem razmerju s podizvajalcem,¹⁷ iz enakega razloga pa podjemnikovo terjatev lahko pripozna le naročnik. Ta pogoj torej zagotavlja, da naročnik plača le terjatve v nesporni višini,¹⁸ zato je za izpolnitev tega pogoja treba ugotoviti obstoj in tudi višino pripoznanih terjatev.¹⁹ Pogoj pripoznave terjatev pa omogoča tudi zlorabe, saj lahko podjemnik, zavedajoč se, da s pripoznavo terjatev vpliva na obstoj potencialnega neposrednega zahtevka podizvajalca, prav zaradi preprečitve uveljavitve takega zahtevka odkloni pripoznavo podizvajalčevih terjatev. Uveljavitev podizvajalčevega neposrednega zahtevka namreč pomeni, da v višini postavljenega zahtevka ne bo poplačan podjemnik, ampak bo namesto njega poplačila deležen podizvajalec. Z neposrednim zahtevkom podizvajalca in njegovim poplačilom v višini, kot je postavljen, se obveznost podjemnika do podizvajalca zmanjša, saj naročnik opravi plačilo namesto glavnega izvajalca. Zato se na prvi pogled zdi, da je položaj, ki nastane z uveljavitvijo neposrednega zahtevka podizvajalca, z vidika udeležencev tristranskega razmerja nevtralen oziroma da se položaj glavnega izvajalca z uspešno uveljavitvijo zahtevka v ničemer ne poslabša, vendar pa to ne velja v vseh primerih (tak je npr. primer, ko je glavni izvajalec insolventen). V zvezi s pogoji za uveljavitev instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev velja omeniti še notifikacijsko dolžnost. Nekateri pravni teore-

¹⁶ Člen 602 Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08).

¹⁷ Gl. npr. sodbo Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cp 368/99 z dne 1. marca 2000.

¹⁸ Prim. T. B. Blagojević, nav. delo, str. 1508.

¹⁹ Prim. sodba Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cpg 702/2009 z dne 18. marca 2010.

tiki²⁰ jo razlagajo kot podizvajalčevo dodatno zavezo, ki mora biti izpolnjena za pravilno uveljavitev pravnega instituta, vendar pa na uveljavitev pravnega instituta ne vpliva, saj gre pri dolžnosti za dodatno zavezo, ki je sankcionirana odškodninsko, zato njena kršitev ne vpliva na uveljavitev instituta, ampak povzroči zgolj odškodninsko odgovornost podizvajalca podjemniku, ko podizvajalec krši svojo notifikacijsko dolžnost.

Neposredni zahtevek podizvajalca je torej pravni institut, ki podizvajalcu, ki je opravil storitev za glavnega izvajalca, omogoča, da v primeru, da ga glavni izvajalec ne poplača, mimo volje glavnega izvajalca doseže poplačilo svoje terjatve pri naročniku posla.

Z institutom neposrednih plačil podizvajalcem je zakonodajalec skušal zagotoviti plačilno disciplino za tiste primere javnih naročil, pri katerih ponudniki sodelujejo s podizvajalci. Ker so neposredna plačila podizvajalcem povezana z nekoliko drugačnimi pogoji, njihova uveljavitev pa ima tudi drugačne pravne posledice, je to pravzaprav drug pravni institut, ki vsaj deloma sledi istemu cilju kot neposredni zahtevki podizvajalcev, tj. poplačilu terjatev podizvajalcev v primeru, da jih ne poplača glavni izvajalec. Če je neposredni zahtevek podizvajalca pravica in je torej od njegove volje odvisno, ali bo s postavitvijo zahtevka uveljavil oblikovalno pravico, ki jo zahtevek vsebuje, in doseglj vzpostavitev pravnega razmerja z naročnikom posla, so neposredna plačila podizvajalcem predvsem obveznost (javnega) naročnika, da v primeru javnega naročila, pri katerem izbrani ponudnik sodeluje s podizvajalcem, (namesto in mimo izbranega ponudnika) neposredno poplačuje podizvajalce. Vprašanje zase je, ali takšna obveznost tudi dejansko obstaja. Glede na to, da ZJN-2 v osmem odstavku 71. člena (posredno) določa, da so neposredna plačila podizvajalcem obvezna, je bolj verjetna interpretacija, da takšna obveznost obstaja in mora naročnik prednostno poplačevati podizvajalce, če ti še niso poplačani. V teoriji pa je mogoče najti tudi pravno povsem korektne drugačne interpretacije.²¹

Že iz definicije pojmov v 15.a točki 2. člena ZJN-2 in 16.a točki 2. člena ZJNVETPS izhaja, da je pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem mogoče uporabiti tako za subjekte, katerih vsebina izpolnitvenega ravnanja v korist izbranega ponudnika (glavnega izvajalca) je izvedba storitve, kakor tudi za tiste, katerih vsebina izpolnitvenega ravnanja je dobava blaga (dobavitelji). To pomeni, da je domet instituta neposrednih plačil podizvajalcem v sistemu prava javnih naročil širši od dometa instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev po 631. členu OZ, ki je omejen na pravna razmerja na podlagi pogodbe

²⁰ S. Cigoj, nav. delo (1985), str. 1788.

²¹ Gl. V. Kranjc, nav. delo (2012), str. 239–258.

o delu (podjemne pogodbe) in pravna razmerja, ki so iz podjemnega razmerja izpeljana (npr. pravna razmerja, nastala na podlagi gradbene pogodbe).

Formalna osnovna pogoja, ki sta hkrati podlaga za neposredno plačilo podizvajalcu, sta obstoj ponudnikovega pooblastila naročniku, da neposredno plačuje podizvajalcem, in soglasje podizvajalca, da sme naročnik namesto ponudnika poplačati podizvajalčevo terjatev do ponudnika. Iz desetega odstavka 71. člena ZJN-2 izhaja nadaljnji pogoj, da mora podizvajalčeve terjatve ponudnik (glavni izvajalec) potrditi, saj je ponudnik ob predložitvi svojih računov oziroma situacij naročniku dolžan priložiti tudi potrjene račune oziroma situacije svojih podizvajalcev. Ob tem velja omeniti nekoliko ponesrečeno dikcijo v drugi povedi osmega odstavka 71. člena ZJN-2 (74. člena ZJNVETPS), ki določa, da mora naročnik v razpisni dokumentaciji med drugim navesti, da so neposredna plačila podizvajalcem skladno z ZJN-2 (oziroma ZJNVETPS) obvezna, pri čemer je obstoj te obveznosti nakazan le posredno, v zakonu pa ni izrecno določena. Zaradi takšne norme obstaja precejšnja negotovost, za kakšno obveznost v obravnavanem primeru sploh gre oziroma ali ta glede na dejstvo, da je njen obstoj v zakonu le nakazan, sploh obstaja. Kljub tej nedoločenosti se zdi bolj verjetna interpretacija, da obveznost neposrednih plačil podizvajalcem obstaja, kar pomeni, da bi naročnik moral poplačevati podizvajalce, četudi tega od njega podizvajalci ne zahtevajo. Ko torej naročnik dobi račun izbranega ponudnika (temu računu je priložen potrjen račun oziroma potrjena situacija podizvajalca), naj bi torej preveril, ali je ponudnik podizvajalca že poplačal, in če tega ni storil (in so terjatve podizvajalca dospele), mora plačati podizvajalcu. Zaradi naročnikove obveznosti, da plača podizvajalcu tudi, če podizvajalec ne uveljavi neposrednega zahtevka (pri institutu neposrednih plačil podizvajalcem), pogoj obstoja dospele ponudnikove (podjemnikove) terjatve do naročnika (kot izhaja iz 631. člena OZ) pri institutu neposrednih plačil podizvajalcem ne pride do izraza. Naročnik kot nosilec obveznosti neposrednih plačil podizvajalcem torej poplačuje podizvajalce (če obstajajo in njihove terjatve še niso poplačane) in izbranega ponudnika, pri poplačevanju pa naj bi vedno dal prednost nepoplačanemu podizvajalcu.²² Zato je logično, da je poplačilo mogoče le, če dela, ki naj bi bila predmet podizvajalčevega neposrednega plačila, še niso plačana. Pri tem ne kaže zanemariti dejstva, da je zakonodajalec način neposrednih plačil uredil zelo pomanjkljivo oziroma na

²² Pri tem velja omeniti stališče sodne prakse (prim. sodba Višjega sodišča v Mariboru opr. št. I Cpg 331/2012 z dne 8. novembra 2012), da je temeljni pogoj za neposredno plačilo podizvajalcu obstoj dospele terjatve glavnega izvajalca do naročnika. Takšno stališče v načelu nasprotuje 6. členu Uredbe o neposrednih plačilih, saj naročnik glavnemu izvajalcu ne bi smel opraviti nobene izpolnitve, če potrjeni situaciji oziroma računu ne bi bile priložene potrjene situacije oziroma računi, ki so jih izstavili (nominirani) podizvajalci.



način, ki omogoča več različnih interpretacij, kar pravni varnosti prav gotovo ni v prid.

Da bi bilo mogoče izvesti neposredna plačila podizvajalcem, osmi odstavek 71. člena ZJN-2 (74. člena ZJNVETPS) določa obvezne sestavine pogodbe o izvedbi javnega naročila v primeru, da se javno naročilo izvaja s podizvajalci. Pogodba o izvedbi javnega naročila mora vsebovati vrsto del, ki jih bo izvedel podizvajalec, podatke o podizvajalcu ter predmet, količino, vrednost, kraj in rok izvedbe teh del.

ZJN-2 v devetem odstavku 71. člena (74. člena ZJNVETPS) določa tudi, da mora imeti ponudnik, ki javno naročilo izvede z enim ali z več podizvajalci, ob sklenitvi pogodbe z naročnikom ali med njenim izvajanjem sklenjene pogodbe s podizvajalci, pri čemer mora podizvajalec naročniku posredovati kopijo pogodbe, ki jo je sklenil s svojim naročnikom (ponudnik v razmerju do naročnika), v petih dneh od njene sklenitve. Obvezne sestavine pogodbe o izvedbi javnega naročila in podizvajalčeva obveznost posredovanja sklenjene pogodbe s ponudnikom pa niso obveznosti, ki bi imele vpliv na uveljavitev instituta neposrednih plačil podizvajalcem. Kršitev omenjenih obveznosti je namreč sankcionirana kot prekršek, na obveznost plačila podizvajalcu pa ne vpliva. Ureditev neposrednih plačil podizvajalcem dopolnjuje Uredba o neposrednih plačilih podizvajalcu pri nastopanju ponudnika s podizvajalcem pri javnem naročanju (Uredba o neposrednih plačilih),²³ ki pa ne vsebuje dodatnih pogojev za uveljavitev (izvedbo) neposrednih plačil podizvajalcem, ampak zgolj natančneje ureja nekatera vprašanja v zvezi z omenjenim pravnim institutom.

Neposredna plačila podizvajalcem so torej poseben pravni institut v okviru prava javnih naročil, ki zavezuje naročnika, da v primeru javnih naročil, pri katerih izbrani ponudnik sodeluje s podizvajalcem in ta ni poplačan, neposredno (mimo volje izbranega ponudnika) poplača podizvajalca.

Tako institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev kakor tudi institut neposrednih plačil podizvajalcem sledita istemu cilju, tj. poplačilu podizvajalca v primeru, ko glavni izvajalec svoje obveznosti plačila ne izpolni; pri neposrednih plačilih podizvajalcem je naročnik tisti, ki naj bi dosegel izpolnitev tega cilja, pri neposrednih zahtevkih podizvajalcev pa je podizvajalcem samim prepuščeno, ali bodo ta cilj dosegli ali ne. Pristop instituta neposrednih plačil podizvajalcem, ki izhaja iz prava javnih naročil, izkazuje javni interes pri njegovi uveljavitvi, pristop instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev kot obligacijskopravnega instituta pa izkazuje načelo svobodne volje pri urejanju obligacijskih razmerij. Posledica uveljavitve tega načela pri obravnavanem pravnem

²³ Ur. l. RS, št. 66/07, 19/10.

institutu je, da je podizvajalcu prepuščeno, ali bo uveljavil oblikovalno pravico in vzpostavil razmerje z naročnikom (temu pa bo sledil plačilni zahtevek) ali pa bo poplačilo svojih terjatev še naprej iskal pri glavnem izvajalcu, s katerim je v pogodbenem (obligacijskem) razmerju.

3. PRAVNA NARAVA INSTITUTOV IN POMEN RAZLIK MED NJIMA

Po uveljavitvi Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR)²⁴ komentatorji institutu neposrednih zahtevkov podizvajalcev niso namenjali posebne pozornosti. Po mnenju nekaterih komentatorjev²⁵ naj bi obravnavani institut pomenil posebno zakonsko pooblastilo podizvajalcem, da se obrnejo neposredno na naročnika z zahtevo, naj jim izplača terjatve iz vsote, ki jo dolguje podjemniku, če so podizvajalčeve terjatve priznane. V korelaciji s pooblastilom podizvajalca je zakonska dolžnost naročnika, da (ob izpolnitvi pogojev) plača podizvajalcu.

Prof. Cigoj v komentarju²⁶ ugotavlja, da je smisel instituta neposrednega zahtevka podizvajalca, da zakon napravi izjemo od relativnosti obligacijskega razmerja tako, da ustvari direktno zakonito vez med strankami, ki med seboj niso v pogodbenem razmerju, in sicer zakon podeli direktno tožbo (*actio directa*) tistim, ki so za podjemnika napravili določen izdelek, proti naročniku, ki je za dela, ki so jih oni opravili, zavezan podjemniku. V drugem razdelku komentarja 612. člena ZOR analizira pogoje za uveljavitev instituta, pri tem pa je poudarjeno, da zaradi uveljavitve instituta nasproti naročniku poleg podjemnika nastopi (vsaj) še en upravičenec, sodelavec (podjemnik) na podlagi »zakonite cessio«. Prof. Cigoj je zavzel stališče, da mora naročnik v primeru neposrednega zahtevka podizvajalca slednjemu dati prednost pred plačilom podjemniku, saj zakonito nastala zaveza naročnika nastane v trenutku, ko podjemnik izjavi svojo zahtevo v obliki neposrednega zahtevka podizvajalca. Komentar Obligacijskega zakonika²⁷ institut obravnava kot izjemo od splošnega pravila iz 125. člena OZ, ki določa, da pogodbe ustvarjajo pravice in obveznosti samo za pogodbeni stranki, odgovora na vprašanje pravne narave instituta pa ne daje.

Zaslediti je mogoče tudi posamezna stališča, da naj bi pri institutu neposrednih zahtevkov podizvajalcev šlo za obliko cesije pravice do izterjave.²⁸ Takšno stališče izhaja iz pravne teorije, po kateri vsako pravico lahko tvori več upravi-

²⁴ Ur. l. SFRJ, št. 29/78, 39/85, 2/89, 45/89, 57/89, 88/99, 83/01, 30/02, 87/02.

²⁵ I. Bukljaš, B. Vizner, nav. delo, str. 1912.

²⁶ S. Cigoj, nav. delo (1985), str. 1787–1788.

²⁷ Nina Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo (2004, III. knjiga), str. 820–821.

²⁸ V. Kranjc, nav. delo (2014), str. 101–102.

čenj, v sklop katerih spada tudi pravovarstveni zahtevki,²⁹ njegov sestavni del pa je tudi pravica do izterjave. Z uveljavitvijo neposrednega zahtevka podizvajalca naj bi torej na podizvajalca prešla pravica zahtevati izpolnitev, sama terjatev pa naj bi ostala v premoženjski sferi glavnega izvajalca. To bi pomenilo, da je z uveljavitvijo neposrednega zahtevka podizvajalca glavni izvajalec izgubil pravico zahtevati izpolnitev, še vedno pa ostane v pravnem položaju upnika v razmerju do naročnika posla in mu ta lahko veljavno opravi izpolnitev. Ker bi bilo s tem institut neposrednega zahtevka podizvajalca enostavno mogoče obiti, poleg tega pa v tem primeru pojmovno ne bi mogla nastati pravna posledica, ko bi naročnik posla po uveljavitvi neposrednega zahtevka veljavno izpolnitev lahko opravil le podizvajalcu, takšna pravna konstrukcija ne ustreza bistvu, s tem pa tudi ne pravni naravi obravnavanega instituta.

Institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev najbolj ustreza pravnemu institutu zakonite cesije.³⁰ Z uveljavitvijo neposrednega zahtevka podizvajalec stopi v neposredno pravno razmerje, ki pred tem ni obstajalo, tj. pravno razmerje med podizvajalcem in podjemnikom. Pomembna pravna posledica uveljavitve neposrednega zahtevka podizvajalca je, da naročnik svoje obveznosti (v uveljavljenem delu) ne sme izpolniti podjemniku, ampak je izpolnitev zavezan opraviti podizvajalcu, glavnemu izvajalcu pa veljavne izpolnitve ne more opraviti. Če bi imel naročnik možnost izbirati, ali bo opravil izpolnitev podjemniku ali pa podizvajalcu, bi bil institut odvisen od njegove volje, s tem pa namen instituta ne bi bil dosežen. Ker je podizvajalčeva terjatev na podlagi neposrednega zahtevka zaradi pogojev uveljavitve instituta terjatev, ki je eksistenčno vezana na podjemnikovo terjatev do naročnika in je po svoji vsebini tudi terjatev, ki izhaja iz plačila za isto delo, opravljeno za naročnika, sta terjatvi podizvajalca do naročnika, ki nastane na podlagi neposrednega zahtevka, in terjatev podjemnika do naročnika na podlagi osnovne podjemne pogodbe v svojem bistvu identični, razlika je le v njunem nosilcu (upniku, ki terjatev uveljavlja).

Situacija, v kateri bi hkrati obstajali dve terjatvi dveh različnih subjektov za plačilo istega dela, bi z vidika naročnika pomenila, da bi se njegov pravni položaj zaradi uveljavitve neposrednega zahtevka podizvajalca spremenil toliko, da bi namesto enemu upniku za isto delo dolgoval plačilo dvema upnikoma, pri tem pa bi lahko veljavno izpolnil le podizvajalcu. Če bi neposredne zahtevke podizvajalcev opredelili kot svojevrstno (*sui generis*) obliko zahtevka, bi to v položaj naročnika neizogibno poseglo, saj ob odsotnosti izrecne zakonske

²⁹ M. Pavčnik, nav. delo (2001), str. 158.

³⁰ Stališča o takšni pravni naravi instituta izhajajo tudi iz posamičnih sodnih odločb slovenskih sodišč – prim. sklep Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. II Cpg 266/2010 z dne 11. maja 2010.

podlage nobena *ad hoc* zaščita ne more zagotoviti enake ravni zaščite naročnikovih pravic. Pravno gledano je konsistentnejša rešitev, da je naročnik v zvezi z naročenim delom v enem samem upniško-dolžniškem razmerju, kajti tudi v pogodbeno razmerje je stopil z enim samim subjektom.

Če zavzamemo stališče, da s postavljenim neposrednim zahtevkom podizvajalca terjatev podjemnika (glavnega izvajalca) do naročnika obstaja še naprej, poleg nje pa v razmerju do naročnika nastopi še podizvajalčeva terjatev, nastane za dolžnika (naročnika) nekoliko nenavaden položaj, še zlasti, če upoštevamo, da naročnik ne sme opraviti izpolnitve podjemniku, ampak jo je zavezan opraviti podizvajalcu. Takšna pravna posledica cesije izhaja iz določila drugega odstavka 419. člena OZ, da je po obvestitvi dolžnika (naročnika) ta izpolnitveno ravnanje zavezan opraviti samo še prevzemniku (podizvajalcu). Ker v primeru neposrednih zahtevkov podizvajalcev postavitev zahtevka pomeni obvestitev dolžnika, je z uveljavitvijo neposrednega zahtevka podizvajalca naročnik zavezan opraviti izpolnitev podizvajalcu kot prevzemniku terjatve. Položaj, v katerem dolžnik enemu od dveh upnikov ne sme opraviti izpolnitve, isti upnik pa od dolžnika ni upravičen zahtevati izpolnitve, tako močno odstopa od bistva obligacijskega razmerja kot oblike pravnega razmerja,³¹ da izgubi naravo pravnega razmerja. Če en subjekt ni zavezan opraviti izpolnitvenega ravnanja drugemu subjektu, drugi subjekt pa izpolnitvenega ravnanja drugega subjekta ni upravičen zahtevati, o pravem pravnem razmerju ne more biti govora. Če torej podjemnik ob postavljenem neposrednem zahtevku podizvajalca ni upravičen od naročnika zahtevati izpolnitve, potem po naravi stvari ne more biti nosilec terjatve do naročnika in torej terjatve do naročnika nima več. Ker pa se z neposrednim zahtevkom podizvajalca vzpostavi terjatev podizvajalca do naročnika, sledi iz tega logičen sklep, da podizvajalčeva terjatev stopi na mesto podjemnikove. Ker se terjatev nanaša na plačilo za isto delo, pa se sam po sebi ponudi nadaljnji sklep, da gre pri terjatvi podizvajalca, ki jo ta uveljavlja z neposrednim zahtevkom, za isto terjatev, se razlikujeta samo glede nosilca. Kadar se srečamo s pravnim položajem, pri katerem ista terjatev preide z enega nosilca na drugega, pa to v celoti ustreza pravnemu položaju cesije. Ker je nastop cesije v konkretnem primeru odvisen od izpolnitve z zakonom opredeljenih pogojev, je to oblika zakonite cesije.

Iz opisa instituta neposrednih plačil podizvajalcem izhaja, da gre pri njem za dve pooblastitvi, in sicer za pooblastilo izbranega ponudnika (glavnega izvajalca) naročniku, da neposredno plačuje podizvajalcem, poleg tega pa tudi soglasje podizvajalca, dano naročniku, na podlagi katerega naročnik namesto

³¹ Obligacijsko razmerje kot oblika pravnega razmerja med dvema subjektoma, v katerem je eden izmed udeleženi subjektov (dolžnik) zavezan opraviti določeno izpolnitveno ravnanje drugemu subjektu (upniku).

ponudnika poravna podizvajalčevo terjatev do ponudnika. Besedilo instituta v celoti ustreza pojmu nakazila (asignacije), ki ga ureja 1035. člen OZ. Tudi pri asignaciji gre namreč za dve pooblastitvi, saj z njo ena oseba, nakazovalec (asignant), pooblasti drugo osebo, nakazanca (asignata), da na njen račun izpolni nekaj določeni tretji osebi, prejemniku nakazila (asignatarju), tega pa pooblašča, da v svojem imenu sprejme to izpolnitev. Če asignacijsko razmerje prevedemo v podizvajalsko razmerje, bi imel naročnik položaj asignata, glavni izvajalec (izbrani ponudnik) položaj asignanta, podizvajalec pa položaj asignatarja.

Kljub temu da pravni institut neposrednega plačila podizvajalcem ustreza pravnemu razmerju asignacije, pa je pomembno poudariti, da v obravnavanem asignacijskem razmerju praviloma ne pride do izjave sprejema nakazila s strani asignata (naročnika) oziroma da do tega praviloma pride kvečjemu konkludentno s plačilom. Nobeno pravilo ZJN-2 ali ZJNVETPS namreč ne določa, da bi moral naročnik kakorkoli izjaviti, da nakazilo (asignacijo) sprejema, kar pomeni, da podizvajalec na podlagi same asignacije ne pridobi pravice neposredno zahtevati izpolnitev od naročnika. Sprejem nakazila je sicer lahko opravljen, po drugi strani pa naročnik k temu z ničimer ni zavezan oziroma je kvečjemu zavezan k dejanskemu sprejemu asignacije v obliki plačila na njeni podlagi.

Del pravne teorije je zavzel stališče, da zaradi odsotnosti sprejema asignacije s strani naročnika kot asignata asignacijsko razmerje ne nastane,³² ker pa ni povsem natančno. Za vzpostavitev asignacije akcept (sprejem) asignacije s strani asignata namreč ni potreben, res pa je, da šele s sprejemom nakazila (asignacije) prejemnik nakazila (asignatar, podizvajalec) pridobi abstraktno pravico zahtevati izpolnitev od asignata (naročnika). Nakazilo namreč z nakazančevim (asignatovim) sprejemom zgolj pridobi dodatno pravno kvaliteto, posledica katere je nastanek enostranskega obveznostnega pravnega posla, s čimer postane zaveza asignata abstraktna.³³ Stališče, da nakazilno razmerje nastane že z enostranskim asignantovim dejanjem brez privolitve druge stranke (asignata), ki pa je možna in daje dodatno kvaliteto, je zagovarjal tudi Cigoj.³⁴ V svojem komentarju ZOR pojasnjuje, da asignacija sama ne vsebuje nobene zaveze asignata, da asignacijo sprejme, kakor tudi ne zavezuje asignatarja, da se po asignaciji ravna.³⁵ Da nakazilo nastane tudi brez asignatovega sprejema nakazila, izhaja tudi iz več določb OZ, npr. iz določbe tretjega odstavka 1031.

³² V. Kranjc, nav. delo (2012), str. 252–253.

³³ Renato Vrenčur, v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo (2004, IV. knjiga), str. 1079.

³⁴ S. Cigoj, nav. delo (1986), str. 2625.

³⁵ Prav tam, str. 34.

člena OZ, po kateri ima uvedba stečaja nad premoženjem nakazovalca po samem zakonu za posledico preklic nakazila, razen če je nakazanec že sprejel nakazilo pred uvedbo stečaja in če ob sprejemu ni vedel in ni bil dolžan vedeti za stečaj. Če pri razmerju, nastalem na podlagi dveh pooblastitev asignanta, ne bi šlo za nakazilo, zakon ne bi določil, da uvedba stečaja nad asignantovim premoženjem povzroči prenehanje nakazila. Da gre tudi brez asignatovega sprejema nakazila za nakazilo, izhaja tudi iz določbe prvega odstavka 1045. člena OZ, po kateri nakazanec ni dolžan sprejeti nakazila, čeprav je nakazovalčev dolžnik. In končno, zaslediti je tudi stališče, da v primeru pravnega instituta neposrednih plačil podizvajalcem ne moremo govoriti o asignaciji tudi zato, ker ni izpolnjen pogoj dvojne pooblastitve iz 1035. člena OZ, saj naj bi ZJN-2 predvideval samo eno od dveh pooblastitev, tj. pooblastitev asignanta (glavnega izvajalca) asignatu (naročniku posla), da opravi izpolnitev asignatarju (podizvajalcu), druga pooblastitev (tj. pooblastitev asignanta asignatarju) pa naj bi manjkala, saj ZJN-2 predvideva le podizvajalčevo soglasje, na podlagi katerega naročnik namesto ponudnika poravna podizvajalčevo terjatev do ponudnika. Pri predložitvi tega soglasja naj torej ne bi imeli opraviti s pooblastitvijo asignata v smislu 1035. člena OZ.³⁶ Soglasja, ki ga poda podizvajalec (asignatar), ni mogoče obravnavati izolirano, ampak je treba upoštevati tudi dejstvo, da omenjeno soglasje naročniku predloži ponudnik (glavni izvajalec) tako, da ga priloži svoji ponudbi. S predložitvijo ponudbe, ki ji je priloženo soglasje podizvajalca, ponudnik izjavi voljo, da naročnik neposredno poplačuje terjatve podizvajalca, podizvajalec pa jo s soglasjem sprejema, kar po vsebini ustreza pooblastitvi asignatarja v smislu 1035. člena OZ.

Zaključimo torej lahko, da ima pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem pravno naravo asignacije,³⁷ pri tem pa akcept asignacije s strani asignata ni predviden oziroma ni obvezen, če se ta zgodi, pa razmerje med asignatom in asignatarjem postane neodvisno oziroma abstraktno glede na temeljno razmerje med asignantom in asignatarjem, kar pomeni, da asignat (naročnik) v tem primeru iz tega razmerja ne more uveljavljati nobenih ugovorov.

Pomen razlikovanja med institutoma je v tem, da institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev zaradi narave zakonite cesije podizvajalcem omogoča višjo raven pravne varnosti, zlasti če je nad glavnim izvajalcem začel stečajni postopek, saj ob njegovi uveljavitvi (če do nje pride pred začetkom stečaja nad glavnim izvajalcem) terjatev glavnega izvajalca do naročnika preide v premoženje podizvajalca in se ta iz te terjatve lahko poplača. Ker je pravna posledica

³⁶ Nina Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo (2004, IV. knjiga), str. 115.

³⁷ Tako tudi sodna praksa – prim. sodbo Višjega sodišča v Mariboru opr. št. I Cpg 331/2012 z dne 8. novembra 2012.

(uvedbe) stečajnega postopka nad glavnim izvajalcem (asignantom) med drugim tudi prenehanje asignacijskega razmerja (tretji odstavek 1046. člena OZ), če ni prišlo do asignatovega akcepta (kar je pri neposrednih plačilih podizvajalcem običajno), pa ta institut podizvajalcem v primeru stečaja nad glavnim izvajalcem ne zagotavlja pravne varnosti. Če se instituta izključujeta, je pravna posledica, da podizvajalci v okviru prava javnih naročil v primeru stečaja nad glavnim izvajalcem dejansko ostanejo brez zaščite. Razlika med institutoma torej ni le teoretična, ampak ima tudi povsem praktične posledice.

4. RAZMERJE MED PRAVNIMA INSTITUTOMA NEPOSREDNIH ZAHTEVKOV PODIZVAJALCEV IN NEPOSREDNIH PLAČIL PODIZVAJALCEM

Kot izhaja iz zgornjega prikaza, sta pravna instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev in neposrednih plačil podizvajalcem dva različna pravna instituta z različno pravno naravo. V zvezi z njima se kot pomembno nakazuje vprašanje njunega medsebojnega razmerja, zlasti ali se izključujeta ali pa dopolnjujeta. Ključnega pomena za razlago razmerja med njima je razlagalni argument vrste *argumentum a cohaerentia*, tj. *argument specialnosti*, ki izhaja iz izhodišča, da je treba enako obravnavati subjekte, ki spadajo v isto kategorijo.³⁸ V okviru omenjenega razlagalnega argumenta je pomembno opozoriti zlasti na derogacijsko klavzulo, ki določa, da mlajši specialnejši zakon razveljavlja starejšega splošnega (*Lex specialis posterior derogat legi generali priori*).³⁹ V primeru obravnavanih institutov in zakonov, ki ju urejajo, se zastavlja vprašanje, ali sta OZ in ZJN-2⁴⁰ v razmerju splošnega in posebnega zakona oziroma ali sta v podobnem pravnem razmerju splošnega in posebnega zakona tudi pravna instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev in neposrednih plačil podizvajalcem. Pri opredelitvi omenjenega razmerja je ključno vprašanje, kateri je splošni (generalni), kateri pa posebni (specialni) zakon. Prof. Pavčnik⁴¹ s splošnim zakonom razume tista tipska pravna pravila, ki se nanašajo na širši krog pravnih subjektov in (ali) širši krog vedenj in ravnanj, medtem ko posebni zakon meri na pravne subjekte in (ali) tipe vedenj in ravnanj, ki so ožji v primerjavi s širšo skupino subjektov in (ali) širšim tipom vedenj in ravnanj. Ključno je ugotoviti, katero pravno določilo je širše oziroma ožje, in glede na to uporabiti ustrezno derogacijsko klavzulo.

³⁸ M. Pavčnik, nav. delo (2004), str. 114–115.

³⁹ Prav tam, str. 116.

⁴⁰ Enaki zaključki veljajo tudi za pravna razmerja, ki jih ureja ZJNVETPS.

⁴¹ M. Pavčnik, nav. delo (2004), str. 116–117.

Na vprašanje, kateri zakon je splošni (generalni) in kateri posebni (specialni), je mogoče odgovoriti ob upoštevanju dveh osnovnih kriterijev, subjektivnega (v smislu pravnih naslovljencev) in objektivnega (glede vedenj in ravnanj, ki jih določeni zakon oziroma določeno pravno pravilo ureja). Ob uporabi obeh kriterijev v primeru obeh institutov težko pridemo do jasnih zaključkov oziroma je glede tega več možnih interpretacij. Če obravnavamo zakona kot celoti, je odgovor na vprašanje, kateri zakon je glede vprašanj, ki jih ureja, splošen (generalen), kateri pa poseben (specialen), relativno jasen. Na področju, ki ga ureja ZJN-2 (pravni posli javnih naročnikov, pri čemer je zlasti v sklenitveni fazi treba upoštevati posebna postopkovna pravila), ima omenjeni zakon glede na OZ, ki se uporablja za vse oblike obligacijskih razmerij, položaj posebnega (specialnega) zakona, OZ pa položaj splošnega zakona. Do podobnega zaključka pridemo tudi, če omenjena zakona primerjamo po subjektivnem kriteriju. Če je OZ splošni zakon, ki velja za kar najširši krog pravnih naslovljencev, pa je ZJN-2 posebni (specialni) zakon, saj je krog njegovih pravnih naslovljencev bistveno ožji in velja za v zakonu točno določene subjekte (4. člen ZJN-2).

Tudi po objektivnem kriteriju (glede pravnih razmerij, ki jih urejata) lahko pridemo do zaključka, da je ZJN-2 glede razmerij, ki jih ureja, poseben (specialen) zakon glede na splošnega (generalnega) – OZ. Sklop pravnih razmerij, ki jih ureja ZJN-2, spada predvsem v sklenitveno fazo sklepanja pravnih poslov, torej fazo, pri kateri se lahko najbolj uveljavi poglobitni namen pravil o javnem naročanju, tj. zagotoviti konkurenco pri poslovanju z javnim sektorjem oziroma naročniki ter zagotoviti gospodarno rabo javnih sredstev.⁴²

Če bi bil ZJN-2 koherenten in sistematičen zakon, bi morali biti vsi v njem vsebovani instituti v skladu s cilji pravil javnega naročanja, predvsem pa v skladu z načeli, ki jih zakon navaja. Pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem v kategorijo teh pravnih institutov zanesljivo ne spada, saj ne izkazuje namena zaščite konkurence ali gospodarne rabe javnih sredstev, ampak gre (takšen je bil vsaj namen njegove uzakonitve v ZJN-2, ki izhaja iz gradiva predloga novele) za institut, namenjen zagotavljanju finančne (plačilne) discipline.⁴³ Pri obravnavanem pravnem institutu bi kot namen lahko označili tudi namen za-

⁴² V. Kranjc, nav. delo (2007), str. 27–28.

⁴³ Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o javnem naročanju (Prva obravnava, EVA 2009-1611-0142), št. 00712-67/2009/13, z dne 19. novembra 2009, v: Poročevalec Državnega zbora RS, letnik XXXV, št. 151/2009, z dne 24. novembra 2009 <<http://imss.dz-rs.si/IMiS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/ca20e005be98906c2a7abf3ed5cd36c0a66e242869269194510819691382f8c8>> (19. 7. 2014); Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o javnem naročanju na vodnem, energetskem, transportnem področju in področju poštinih storitev (Prva obravnava, EVA 2009-1611-0143), št. 00712-68/2009/9, z dne 19. novembra 2009 v: Poročevalec Državnega zbora RS, letnik XXXV, št. 151/2009, z dne 24. novembra 2009 <<http://imss.dz-rs.si/IMiS/>

ščite naročnika, saj je naročniku brez dvoma v interesu, da je soočen z jasnimi pravili, komu in pod katerimi pogoji naj opravi svojo izpolnitev.

Zaradi opisanih specifičnih lastnosti instituta, ki v sistem pravil o oddaji javnih naročil sistemsko ne spada, pri razlagi razmerja omenjenega instituta do instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev nastopi težava oziroma se pojavlja težnja po njegovi interpretaciji v nasprotju z namenom, zaradi katerega naj bi bil institut uzakonjen. Če bi institut neposrednih plačil podizvajalcem (zlasti glede razmerja do instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev) interpretirali z uporabo sistemske razlage, torej tako, da bi ga obravnavali kot institut prava javnih naročil, kamor ga je zakonodajalec uvrstil, potem bi pomenil *lex specialis* oziroma poseben zakon v razmerju do splošnega instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev iz 631. člena OZ. Sistemska razlaga torej napotuje na sklep, da institut neposrednih plačil podizvajalcem izključuje institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev, kar bi se kot pomembno pokazalo zlasti v primeru stečaja nad glavnim izvajalcem, kjer institut neposrednih plačil podizvajalcem zaradi drugačne pravne narave podizvajalcem zagotavlja bistveno nižjo kakovost zaščite kot institut neposrednih zahtevkov. Uveljavljeni neposredni zahtevek podizvajalca bi se namreč štel za neposredni zahtevek v okviru pravnega instituta neposrednih plačil podizvajalcem v okviru asignacije na dolg, zaradi tega pa ne bi moglo priti do učinka zakonite cesije, do katere bi prišlo, če bi bil zahtevek uveljavljen na podlagi 631. člena OZ. Po drugi strani nas namenska razlaga napotuje na sklep, da se pravna instituta ne bi smela izključevati, saj imata podoben namen – poplačilo podizvajalcev v primeru, da jih glavni izvajalec ne poplača. Drugi razlagalni argumenti, ki so uveljavljeni v pravni teoriji,⁴⁴ nam jasnega odgovora na vprašanje razmerja med institutoma ne dajejo. In končno, ni odveč opozoriti na izkušnje iz nekaterih primerjalnih pravnih sistemov, npr. Francije, ki poznajo oba instituta in se ta po posebni zakonski določbi izključujeta (11. člen Zakona (št. 75-1334, z dne 31. decembra 1975) o podizvajalskih razmerjih).⁴⁵

Če obravnavana instituta izločimo iz sistemskega okvira, v katerega spadata, in ju primerjamo z vidika pravnih naslovljencev, v korist katerih naj bi bila uzakonjena, pa bi lahko prišli do zaključka, da je pravni institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev specialnejši, saj med pravne naslovljence (podizvajalce) v okviru pravnega instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev spadajo zgolj podjemniki, med pravne naslovljence neposrednih plačil podizvajalcev

ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/ca20e005eb575e0d293b3d-7a25d8c2fd8bf36a2f3cda42a10d4ee1afcd5f577> (19. 7. 2014).

⁴⁴ M. Pavčnik, nav. delo (2004), str. 56–82.

⁴⁵ Loi n° 75-1334 du 31 decembre 1975, Relative à sous-traitance (JORF du 3 janvier 1976, str. 148).

pa poleg podjemnikov tudi dobavitelji blaga. Ob takšnem izhodišču bi institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev (kadar so zanj podani pogoji) izključil možnost uveljavljanja zahtevka za neposredno plačilo v okviru instituta neposrednih plačil podizvajalcem. Takšna interpretacija bi podizvajalcem ponudila višjo raven zaščite v primeru stečaja nad glavnim izvajalcem, saj pride z uveljavitvijo neposrednega zahtevka podizvajalca do pravnega učinka zakonite cesije, torej terjatev glavnega izvajalca do naročnika z uveljavitvijo neposrednega zahtevka preide v premoženje podizvajalca, in če pred plačilom podizvajalcu pride do stečaja nad glavnim izvajalcem, ta na tako pridobljeno terjatev ne vpliva in se podizvajalec iz tako pridobljene terjatve lahko poplača. Kljub vsemu pa je ob predstavljenem razumevanju specialnosti in generalnosti predpisov treba omeniti pomislek, da je zaradi nejasne določitve podizvajalčeve pravice, da uveljavi neposreden zahtevek tudi v okviru instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev, nekoliko nezanesljiv zaključek, kdo je pravzaprav pravni naslovljenec omenjenega pravnega instituta. Ker je težišče omenjenega instituta pri naročniku posla in pri njegovem neposrednem poplačevanju podizvajalcev (pri čemer tudi obveznost neposrednih plačil ni nedvoumno določena), je možni naslovljenec tega instituta naročnik. Ker je krog naročnikov v okviru sistema javnih naročil bistveno ožji, kot je krog možnih naročnikov v okviru podjemne pogodbe po splošnih pravilih obligacijskega prava, zlahka pridemo tudi do povsem nasprotnega zaključka, da je namreč pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem glede na institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev poseben.

Ob vsem navedenem ne kaže prezreti, da je institut neposrednih plačil podizvajalcem nedodelan, saj obveznost plačila podizvajalcem ni natančno določena, poleg tega pa šele prek (ene od možnih) interpretacij lahko pridemo do zaključka, da imajo podizvajalci tudi v okviru instituta neposrednih plačil možnost uveljavljati neposredne zahtevke. Pri takšni relativni nedodelanosti instituta, njegovi neustrezni umeščenosti v sistem prava javnih naročil in ob popolni odsotnosti pravil, ki bi institut razmejevala od instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev, je edini in najbolj zanesljiv zaključek, ki ga je glede tega razmerja mogoče zapisati, da pozitivna ureditev prav gotovo ne prispeva k pravni varnosti in da je precej dvoumna. Kljub predstavljenima alternativnima interpretacijama glede razmerja splošnosti in posebnosti institutov pa se ob trenutni normativni podlagi nekoliko bolj verjetna zdi razlaga, da je institut neposrednih plačil podizvajalcem glede na institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev specialen in njegovo uporabo izključuje.⁴⁶ Takšno razlago podpira več argumentov, ki so bili predstavljeni, medtem ko k nasprotnemu

⁴⁶ Drugače V. Kranjc, nav. delo (2012), str. 255, in tudi posamezna stališča v sodni praksi – prim. sklep Višjega sodišča v Celju opr. št. Cpg 232/2013 z dne 9. oktobra 2013.

razumevanju napotuje le namenska razlaga, pri čemer pa je tudi ta zrelativizirana z namenom, ki ga iz instituta ni mogoče natančno razbrati. Če bi zakonodajalec želel doseči drugačen rezultat, bi moral pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem določiti v posebnem pravnem aktu zunaj sistema pravil javnih naročil, nadalje bi moral jasneje opredeliti namen, ki ga institut neposrednih plačil podizvajalcem sploh ima, in končno, sprejeti bi moral pravilo, ki bi uredilo pravno razmerje med institutom, da bi bilo na njegovi podlagi mogoče določeni institut pravilno uporabljati. Le takšen pristop bi zadostno prispeval k pravni varnosti, ki bi morala biti zakonodajalcu temeljno vodilo pri normativni aktivnosti.

5. SKLEP

Zakonodajalec je v želji po ureditvi podizvajalskih razmerij na področju javnih naročil ter v prizadevanju za zagotovitev plačilne discipline ravnal precej nepremišljeno in brez upoštevanja dejstva, da je pravni red že pred tem urejal pravni institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev, vpeljal institut neposrednih plačil podizvajalcem. Pri tem pa je institut nomotehnično slabo izdelal in popolnoma prezrl daljnosežnost posledic, ki iz urejanja takšnega instituta izhajajo. Ker hkrati ni ustrezno uredil razmerij z že urejenim institutom neposrednih zahtevkov podizvajalcev, je odprl široko polje različnih, alternativnih interpretacij, ki ustvarjajo pravno negotovost. S tem se mu je cilj, ki naj bi ga dosegel z ureditvijo instituta neposrednih plačil podizvajalcem, izjalovil, po drugi strani pa se je ob tem v veliki meri zrelativiziral tudi v izhodišču povsem korektno urejeni institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev.

Vzporedno z institutom neposrednih zahtevkov podizvajalcev je zakonodajalec v okviru sistema prava javnih naročil torej uredil pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem, ki je rezultat večletnih bolj ali manj uspešnih zakonodajalčevih poskusov, da bi ustrezno uredil položaj podizvajalcev (vsaj) v okviru sistema javnih naročil. Institut je (milo rečeno) neposrečeno urejen na način, ki postavlja več vprašanj, kot daje odgovorov. Izhodiščna težava je dejstvo, da je bil institut v sistem prava javnih naročil umeščen povsem nedomišljeno in ne oziraje se na pravne posledice, ki jih takšna uzakonitev prinaša. Institut je urejen v ZJN-2 in ZJNVETPS, kamor že sistemsko ne spada, saj omenjena zakona urejata postopek oddaje javnih naročil v sklenitveni fazi, medtem ko pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem spada v fazo izpolnjevanja pogodbenih obveznosti po oddaji javnega naročila in bi ga že zato moral vsebovati poseben zakon. Če je zakonodajalec že ocenil, da bi institut spadal v sistem prava javnih naročil, bi mu bilo treba nameniti vsaj poseben člen v zakonu, če ne že kar posebnega poglavja, tako pa je uvrščen med določ-

be zakona, ki urejajo pripravo razpisne dokumentacije in osnutka pogodbe o oddaji javnega naročila. Zakonodajalec je pri ureditvi instituta očitno izhajal iz pomanjkljivega dojetja obsega problema, ki ga je z institutom želel urediti (razrešiti problem neplačil podizvajalcem), v sklopu česar bi bil moral izhajati iz pravnih možnosti podizvajalcev, ki jim jih daje pozitivnopravna ureditev zlasti v okviru instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev v 631. členu OZ. Zakonodajalec bi torej moral najprej opraviti analizo obstoječega stanja in oceniti, ali je potrebna dopolnitev, in ko bi bila pravilna ocena postavljena ter bi padla odločitev o tem, da je potrebna posebna ureditev v sklopu javnega naročanja, bi moral biti prvi korak ustrezna razmejitev obeh pravnih režimov. V tem okviru bi bilo treba nedvoumno določiti, ali se obstoječa instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev izključujeta (kakor je to denimo določil francoski zakonodajalec) ali pa se dopolnjujeta in je v tem primeru treba urediti, kako in kdaj ju je mogoče uporabljati. Namesto tega je zakonodajalec poleg že urejenega pravnega instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev uredil še en institut – institut neposrednih plačil podizvajalcev, ki se v pomembnih značilnostih razlikuje od instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev, vprašanje njunih medsebojnih razmerij pa je ostalo neurejeno. Na podlagi takšne ureditve sta možna dva enakovredna sklepa: da je mogoče instituta uporabljati hkrati (da se torej ne izključujeta), kar je mogoče opaziti v sodni praksi, k temu pa se nagiba tudi del pravne teorije, ali da se instituta izključujeta (takšno stališče zavzema tudi ta prispevek).

Opozoriti je treba, da vprašanje, kateri ob obeh sklepih je pravilen, sploh ni osrednji problem, ampak je bistveno, da se takšno vprašanje v urejenem pravnem sistemu sploh ne bi smelo zastaviti. Cilj tega prispevka ni, da bi našel absoluten odgovor za pravno negotovost, ki jo je ustvaril zakonodajalec, ampak da opozori na probleme in prispeva k odpravi negotovosti, ki v pravnih razmerjih obstajajo. Na tem mestu je edina pravno korektna rešitev nastalega problema sprejem posebnega zakona, ki bi natančneje uredil tako institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev kakor tudi institut neposrednih plačil podizvajalcem, natančno določil razmerja med institutoma in natančno uredil tudi pogoje za njuno uveljavitev. Šele na podlagi takšne jasne razmejitve med institutoma bo praksa, ki se vzpostavlja v zadnjih letih in se srečuje s hudimi ovirami, ki ji jih je postavil zakonodajalec, lahko uveljavila rešitve, ki bodo čim bolj težile k cilju, ki bi moral biti v podstati vsakega zakona, tj. pravni varnosti.

Literatura

- Jean Pierre Babando: *La sous-traitance dans la construction (Marchés publics, marchés privés)*. LexisNexis, Pariz 2005.
- Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Savremena administracija, Beograd 1980.
- Ivan Bukljaš, Boris Vizner: *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima: opći i posebni dio obligacija*. Progres, Zagreb 1979.
- Stojan Cigoj: *Komentar obligacijskih razmerij: veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerijh dr. Stojana Cigoja (III. knjiga)*. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1985.
- Stojan Cigoj: *Komentar obligacijskih razmerij: veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerijh dr. Stojana Cigoja (IV. knjiga)*. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1986.
- Stojan Cigoj: *Teorija obligacij: splošni del obligacijskega prava*. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1981.
- Miha Juhart (ur.) in Nina Plavšak (ur.): *Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem (3. knjiga)*. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Miha Juhart (ur.) in Nina Plavšak (ur.): *Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem (4. knjiga)*. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Vesna Kranjc: Ali ZJN-2 določa obvezna neposredna plačila podizvajalcem, v: *Podjetje in delo*, 38 (2012) 2, str. 239–258.
- Vesna Kranjc: *Neposredna zahteva podizvajalcev do naročnika pri razmerjih, ki izhajajo iz javnih naročil*, v: *Pravosodni bilten*, 35 (2014) 1, str. 95–118.
- Vesna Kranjc: *Zakon o javnem naročanju (ZJN-2), Zakon o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštne storitve (ZJNVETPS) (uvodna pojasnila)*. GV Založba, Ljubljana 2007.
- Marijan Pavčnik: *Argumentacija v pravu*, 2. izdaja. Cankarjeva založba, Ljubljana 2004.
- Marijan Pavčnik: *Teorija prava – prispevek k razumevanju prava*. Cankarjeva založba, Ljubljana 2001.
- Lojze Ude (ur.) in Aleš Galič (ur.): *Pravdni postopek – zakon s komentarjem (2. knjiga)*. GV Založba, Ljubljana 2010.

ALI JE SODNA PRAKSA GLEDE 1. ČLENA EKČP KONSISTENTNA?*

Aleš Žiher,

univerzitetni diplomirani pravnik, odvetniški pripravnik pri Odvetniški družbi Podjed, o. p. – d. o. o., doktorski študent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

1. UVOD

V času globalizacije in boja proti terorizmu države vse bolj vplivajo na življenja ljudi zunaj lastnih meja. Pri tem ne gre le za posreden vpliv, ampak pogosto za neposreden poseg v temeljne človekove pravice, ki jih varuje tudi Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin.¹ Tožbe pred Evropskim sodiščem za človekove pravice so tako že sprožili sorodniki umrlih v bombnem napadu zveze NATO na ozemlju Srbije² in britanskih vojaških akcij v Iraku,³ begunci, ki jih je Italija zajela v mednarodnih vodah in jih prisilno vrnila v Libijo,⁴ žrtve turške vojaške okupacije Severnega Cipra,⁵ družina nekdanjega ruskega agenta KGB, ki je bil žrtev domnevno ruske eliminacije z radioaktivno snovjo v Londonu.⁶ Kaj hitro pa bi se v podobnem položaju lahko

* Članek je pripravljen na podlagi diplomske naloge z naslovom Ekstrateritorialna uporaba Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki jo je avtor pod mentorstvom doc. dr. Saše Zagorca uspešno zagovarjal februarja 2013.

¹ Ur. l. RS, št. 33/94.

² *Banković and Others v. Belgium and 16 Others Contracting States*, št. 52207/99, 19. december 2001.

³ *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, št. 55721/07, 7. julij 2011.

⁴ *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, št. 27765/09, 23. februar 2012.

⁵ Na primer *Loizidou v. Turkey*, št. 15318/89, 23. marec 1995, *Solomou and Others v. Turkey*, št. 36832/97, 24. junij 2008, in *Andreou v. Turkey*, št. 45653/99, 27. oktober 2009.

⁶ Sodišče o primeru še ni odločilo, glej <www.reuters.com/article/2007/05/22/us-britain-russia-litvinenko-court-idUSL2264003120070522> (28. 8. 2014), <<http://en.rian.ru/russia/20101214/161776598.html>> (28. 8. 2014).

znašla tudi Slovenija, če bi tožbo proti njej vložil na primer prebivalec Kosova ali Afganistana, ki bi ga med mirovno misijo ranil slovenski vojak.

Temeljno vprašanje pri vseh naštetih primerih je, ali so države pogodbenice dolžne spoštovati Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju Konvencija) tudi, kadar delujejo zunaj svojega ozemlja. V članku bomo analizirali in kritično prikazali sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (in tudi Komisije) v zvezi z ekstrateritorialno uporabo Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter opozorili na nekatera odprta vprašanja in pomanjkljivosti.⁷ Lord Roger, član Lordske zbornice, je pri odločanju v primeru *Al-Skeini*, enem najpomembnejših primerov na tem področju, zapisal, da se zdi, kot da »sodbe in odločitve Evropskega sodišča [za človekove pravice] ne govorijo z istim glasom«.⁸ Izhodiščna hipoteza prispevka je, da je sodna praksa Sodišča in Komisije, v nasprotju z izjavo lorda Rogerja in večine mednarodnopravnih avtorjev, konsistentna, tako da ni nasprotij med posameznimi sodbami. Ob strnjenem prikazu glavnih značilnosti sodne prakse bomo to preverili z iskanjem odgovora na vprašanje, kaj je *ratio decidendi* posameznih odločitev. Posebno pozornost bomo namenili primeroma *Banković* in *Al-Skeini*, ki sta pomembna mejnika pri razlagi 1. člena EKČP. Da bi lahko vsebinsko ocenili sodno prakso Sodišča in Komisije, bomo najprej definirali pojem jurisdikcije v mednarodnem pravu in v pogodbah o človekovih pravicah, saj je ta razlaga odločilna pri ugotavljanju, ali se Konvencija v konkretnem primeru lahko uporabi.

2. RAZLAGA POJMA JURISDIKCIJA

Ključnega pomena za odločitve, ali je država dolžna posamezniku zagotoviti konvencijske pravice ali ne, je razlaga 1. člena Konvencije, ki določa: »Visoke pogodbene stranke priznavajo vsakomur, ki sodi v njihovo prisojnost,⁹ pravice in svoboščine, ki so opredeljene v prvem delu te Konvencije.«¹⁰ Ni torej pomembno, na čigavem ozemlju se posameznik nahaja ali kje ima stalno prebivališče, bistveno je, ali je pod *jurisdikcijo* države pogodbenice. Naj opozorimo,

⁷ Analizirali bomo le odločitve glede 1. člena EKČP. Za analizo odločitev glede 56. člena, ki vsebuje t. i. kolonijsko klavzulo, in medsebojnega odnosa teh dveh določb glej A. Žiher, nav. delo. Obravnavane sodbe si bodo sledile kronološko, izjemo bomo naredili le tam, kjer bo zaradi vsebinskih razlogov bolj smiselna drugačna sistematika.

⁸ Glej pritrdilno ločeno mnenje sodnika Bonella v primeru *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, št. 55721/07, 7. julij 2011, § 6.

⁹ Ker ima beseda pristojnost več pomenov, bomo za pomen, ki ga ima v 1. členu Konvencije, uporabljali besedo jurisdikcija.

¹⁰ Angl. The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.

da gre za jurisdikcijo držav pogodbenic, in ne jurisdikcijo ESČP,¹¹ kar izhaja že iz jezikovne razlage 1. člena Konvencije, ki določa prag uporabljivosti Konvencije – če posameznik ni pod jurisdikcijo *države pogodbenice*, mu ne pripadajo konvencijske pravice. Posledično pa tudi ESČP ni pristojno *ratione materiae*, saj je v skladu z 32. členom Konvencije pristojno za vse zadeve v zvezi z razlago in uporabo Konvencije in njenih protokolov, vendar se v primeru, da posameznik ni pod jurisdikcijo države pogodbenice, vprašanje razlage in uporabe Konvencije sploh ne pojavi.

Konvencija se mora, kolikor je to mogoče, razlagati v skladu s pravili mednarodnega prava, katerega del je tudi sama.¹² Zato je logično, da na razlago pojma jurisdikcija iz 1. člena Konvencije vpliva pomen tega pojma v mednarodnem pravu.

2.1. Jurisdikcija v mednarodnem pravu

Jurisdikcija je podoba suverenosti države in se nanaša na njeno sodno, zakonodajno in izvršilno pristojnost.¹³ Beseda jurisdikcija se mora uporabljati z veliko previdnostjo, saj ni enoten pojem, ampak ima lahko veliko pomenov.¹⁴ Včasih je sinonim za teritorij, sodno pristojnost ali pravni sistem države,¹⁵ najpogosteje pa se nanaša na oblast, ki jo država izvaja nad posamezniki.¹⁶ Najprej gre za oblast predpisati oziroma za zakonodajno jurisdikcijo, ki zajema oblast države sprejemati pravna pravila. Nato gre za oblast izvršiti oziroma za izvršilno jurisdikcijo, ki pomeni moč države izvršiti predpise, ki jih je sprejela. Še zadnji tradicionalno razlikovalen tip je sodna jurisdikcija, ki se nanaša na oblast sodišč reševati pravne spore z zavezujočimi odločitvami.¹⁷

Ko država razglasi kazenski zakonik, izvaja zakonodajno jurisdikcijo. Ko državni organi aretirajo osumljenca, izvajajo izvršilno, in ko mu sodijo, sodno jurisdikcijo. Vendar delitev ni zgolj teoretična. Izvršilne jurisdikcije namreč država ne more izvajati na ozemlju druge države brez njenega soglasja. Če torej nekdo zagreši umor v Veliki Britaniji in pobegne na Nizozemsko, mu

¹¹ O tem več M. Milanović, nav. delo (2011), str. 19 in 20. Za napačno razumevanje glej M. Happold, nav. delo, str. 82–84, in T. Peterlić, nav. delo.

¹² *Banković and Others v. Belgium* and 16 Others Contracting States, št. 52207/99, 19. December 2001, § 57, glej tudi člen 31/III(c) Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb, Ur. l. RS, št. 87/11.

¹³ I. Brownlie, nav. delo, str. 299.

¹⁴ P. Malanczuk, nav. delo, str. 109, in R. O'Keefe, nav. delo, str. 736.

¹⁵ M. Gondek, nav. delo, str. 47.

¹⁶ P. Malanczuk, nav. delo, str. 109.

¹⁷ M. Milanović, nav. delo (2011), str. 23, in A. Cassese, str. 49–50.

sicer lahko sodijo v Veliki Britaniji, ne morejo pa mu britanski policisti odvzeti prostosti na Nizozemskem.¹⁸ Izvršilna jurisdikcija je tako primarno teritorialna.¹⁹ Zakonodajna (in tudi sodna) jurisdikcija države prav tako učinkuje na njenem teritoriju, vendar jo ima država tudi zunaj svojih meja in to ni nič nenavadnega. Še več, pravzaprav je celotno pravilo o zakonodajni (in sodni) jurisdikciji pravilo o izjemah od načela teritorialnosti.²⁰ Obstaja namreč kar nekaj splošno priznanih načel v mednarodnem pravu, po katerih lahko država ureja ravnanja tudi zunaj svojih meja, na primer načelo nacionalnosti, načelo pasivne personalitete, realno načelo in načelo univerzalne jurisdikcije.²¹ Te izjeme vse države izvajajo vsak dan, zato težko rečemo, da so res izjeme.²² Izvršilna jurisdikcija je tako res primarno teritorialna, za zakonodajno in sodno pa to trdimo precej težje.

2.2. Jurisdikcija v pogodbah o človekovih pravicah

Postavlja se vprašanje, ali in kako pomen pojma jurisdikcija v mednarodnem pravu vpliva na njegovo razlago v pogodbah o človekovih pravicah, posebno v Konvenciji. Sodišče je namreč v primeru *Banković* odločilo, da mora 1. člen Konvencije odsevati običajni pomen pojma jurisdikcija v mednarodnem pravu.²³

Najprej je treba upoštevati, da ne obstaja le en običajni pomen besede jurisdikcija v mednarodnem pravu, ampak jih je precej, kar smo pokazali v prejšnji točki. Ključno pa je, da ima jurisdikcija v mednarodnem pravu popolnoma drugačen namen kot sicer isti pojem v Konvenciji. Klasični koncept jurisdikcije iz mednarodnega prava odgovarja na vprašanje, kje so meje posega ene države v suverenost drugih držav, in omogoča ugotovitev zakonitosti ravnanja posamezne države²⁴ – gre torej za vprašanje, ali je država ravnala zakonito ali nezakonito. Na drugi strani pa koncept jurisdikcije iz Konvencije (in drugih pogodb o človekovih pravicah) zadeva vprašanje, ali se bo Konvencija v določenih primerih ravnanja države podpisnice uporabila ali ne. Ali je oseba pod

¹⁸ M. Shaw, nav. delo, str. 646.

¹⁹ To je tudi jasno povedalo Meddržavno sodišče v primeru *S. S. Lotus*, 7. september 1927, str. 18–19.

²⁰ M. Milanović, nav. delo (2011), str. 24.

²¹ M. Shaw, nav. delo (2008), str. 651–673, in P. Malanczuk, nav. delo, str. 110–115, tudi I. Brownlie, nav. delo, str. 301–306, celovito o jurisdikciji v mednarodnem pravu in izjemah pa C. Ryngaert, nav. delo.

²² M. Milanović, nav. delo (2011), str. 25.

²³ *Banković and Others v. Belgium and 16 Others Contracting States*, št. 52207/99, 19. december 2001, § 59–61.

²⁴ M. Milanović, nav. delo, str. 27.

jurisdikcijo države v smislu 1. člena Konvencije, je popolnoma drugačno vprašanje kot vprašanje zakonitosti ravnanja države v smislu jurisdikcije iz mednarodnega prava.²⁵ Če namreč država ugrabi posameznika na ozemlju druge države, poseže v njeno suverenost in krši pravila mednarodnega prava. Čeprav država v tem primeru nima pravice tako ravnati (nima jurisdikcije po mednarodnem pravu), to še ne pomeni, da posameznik ni bil pod njeno jurisdikcijo v smislu 1. člena Konvencije in se Konvencija ne bo mogla uporabiti.²⁶

Jurisdikcija iz 1. člena Konvencije pomeni določeno stopnjo oblasti in kontrole nad teritorijem ali posameznikom.²⁷ Ali se bo Konvencija uporabila v določenem primeru, je odvisno od stopnje oblasti države, torej *dejstev* primera, in ni povezano s *pravnim vprašanjem* zakonitosti delovanja države.²⁸ Koncept jurisdikcije iz pogodb o človekovih pravicah je tako popolnoma drugačen od klasičnega koncepta iz mednarodnega prava,²⁹ zato si ne smemo privoščiti, da bi ju zamešali.

3. RAZLAGA 1. ČLENA EKČP

3.1. Personalni model

3.1.1. Sodna praksa Komisije

Že precej zgodaj, le dobrih deset let po uveljavitvi EKČP, se je pojavilo vprašanje, ali so države podpisnice dolžne zagotavljati konvencijske pravice tudi zunaj svojega ozemlja. Prvi v vrsti primerov, ki so odprli vprašanje razlage 1. člena Konvencije, je primer *X. proti Zvezni republiki Nemčiji*.³⁰ Pritožnik je zahteval, da so nemški konzularni predstavniki v Maroku od tamkajšnjih oblasti zahtevali njegov izgon, s čimer so mu bile kršene konvencijske pravice. Komisija je sicer njegovo pritožbo kot očitno neutemeljeno zavrgla, vendar je nakazala, da bi pritožnik lahko bil pod jurisdikcijo Nemčije.³¹ Čeprav je bilo to povedano le kot *obiter dictum*, strogo omejeno na delovanje diplomatskih in konzularnih predstavnikov v tujini, zelo splošno in brez namena vzpostavitve sistematičnega pristopa, pomeni prvo potrditev, da se lahko Konvencija uporablja tudi ekstrateritorialno.

²⁵ M. Gondek, nav. delo, str. 56.

²⁶ Prav tam, str. 57.

²⁷ M. Milanović, nav. delo (2011), str. 39.

²⁸ Prav tam, str. 27.

²⁹ R. Wilde, nav. delo, str. 514.

³⁰ *X v. the Federal Republic of Germany*, št. 1611/62, 25. september 1965.

³¹ Prav tam, str. 168.

Že v naslednji odločitvi pa je Komisija podala celovitejšo razlago pojma jurisdikcija iz 1. člena Konvencije. Primer *Ciper proti Turčiji*³² iz leta 1975 je prvi izmed štirih, ki jih je Ciper sprožil proti Turčiji zaradi okupacije severnega Cipra.³³ Komisija, ki je morala najprej odločiti o sprejemljivosti pritožbe, je glede ugovora Turčije o nepristojnosti *ratione loci* zapisala:

»Komisija ugotavlja, da izraz [pod njihovo jurisdikcijo] ni, kot zatrjuje tožena vlada, izenačen ali omejen na nacionalno ozemlje države pogodbenice. Iz besedila, še posebno iz francoske verzije, predmeta tega člena in namena Konvencije kot celote jasno izhaja, da so države pogodbenice zavezane priznati te pravice in svoboščine vsem osebam pod njihovo dejansko oblastjo in odgovornostjo, naj to oblast izvajajo na svojem ozemlju ali v tujini.«³⁴

Komisija je vzpostavila test, s katerim se ugotovi, kateri posamezniki so pod jurisdikcijo države pogodbenice – tisti, ki so pod njeno oblastjo in odgovornostjo, ne glede na to, kje se nahajajo. To bomo v nadaljevanju imenovali personalni model.³⁵ Po tem modelu je Konvencijo mogoče uporabljati kjerkoli na svetu, pomembni sta le oblast države pogodbenice nad posameznikom in njena odgovornost zanj. Agentov države, ki izvajajo oblast nad posamezniki, Komisija ni omejila na določene osebe, ampak je to lahko katerikoli državni agent.³⁶ Vendar je zagrešila kategorično napako, ko je zapisala, da »[agenti države] niso le pod njeno jurisdikcijo, ko so v tujini, ampak tudi pripeljejo«,³⁷ saj je odločila, da so agenti države vedno, ne glede na to, kje se nahajajo, pod jurisdikcijo države. Pod jurisdikcijo države so, ko so pod njeno oblastjo, pri tem pa ni pomembno, da država predpisuje njihovo ravnanje tudi, ko so v tujini in so njihova dejanja pripisljiva državi. Komisija je zamešala zakonodajno pristojnost iz mednarodnega prava in jurisdikcijo iz pogodb o človekovih pravicah.³⁸ Res so agenti države v tujini lahko pod jurisdikcijo države pošiljateljice, vendar to ne pomeni, da je tako v vseh primerih. To je namreč povsem odvisno od dejanskih okoliščin primera – oblasti države pogodbenice.³⁹

³² *Cyprus v. Turkey*, št. 6780/74 in 6950/75, 26. maj 1975.

³³ Več o teh primerih glej A. Žiher, nav. delo, str. 29.

³⁴ *Cyprus v. Turkey*, št. 6780/74 in 6950/75, 26. maj 1975, str. 136, § 8.

³⁵ Enako poimenovanje uporablja Milanović, glej M. Milanović, nav. delo (2012), str. 122.

³⁶ M. Milanović, nav. delo, str. 182.

³⁷ *Cyprus v. Turkey*, št. 6780/74 in 6950/75, 26. maj 1975, str. 136, § 8.

³⁸ M. Milanović, nav. delo, str. 197–198.

³⁹ Po tem se tudi razlikujejo različni državni agenti – diplomatski predstavniki na primer niso pod enako oblastjo države kot vojaki. Več o tem glej <www.ejiltalk.org/uk-supreme-court-decides-r-smith-v-ssd> (28. 8. 2014).

Najbolj očitno ima država oblast nad posameznikom takrat, ko mu odvzame prostost. Jasno je, da je posameznik v takšnem primeru pod jurisdikcijo države pogodbenice, kar je potrdila Komisija v primeru *Freda proti Italiji*.⁴⁰ Pritožniku je lokalna policija v Kostariki odvzela prostost in ga predala italijanskim policistom, ki so imeli nalog za njegovo aretacijo. Ti so ga vklenjenega vkrcali na letalo in odpeljali v Rim. Pritožnik je bil prepričan, da mu je bila s predajo italijanskim policistom in prisilnim prevozom kršena pravica iz 5. člena Konvencije.⁴¹ Komisija je raziskala vprašanje pristojnosti in ob naslonitvi na odločitev v primeru *Ciper proti Turčiji*⁴² brez težav ugotovila, da je bil pritožnik pod italijansko jurisdikcijo od trenutka, ko so ga kostariški policisti predali italijanskim.⁴³ Pomemben je bil torej trenutek prehoda pod oblast italijanskih policistov, in ne dejstvo, da je bil med poletom na italijanskem letalu. Po mednarodnem pravu ima država lahko zakonodajno jurisdikcijo nad registriranimi letali in ladjami, vendar to nima nobenega vpliva na pojem jurisdikcije iz 1. člena EKČP. Pod katero zastavo bi letalo letelo, je tako popolnoma nepomembno, šteje namreč le oblast nad posameznikom.

3.1.2. Osnovne značilnosti sodne prakse Komisije

Komisija je odigrala pomembno vlogo pri razlagi 1. člena Konvencije.⁴⁴ Ni le postavila temeljev, na katerih je Sodišče razvilo doktrino o ekstrateritorialni uporabi Konvencije, temveč je prva začela prakso ekstrateritorialne uporabe katere izmed pogodb o človekovih pravicah.⁴⁵ V prvih dveh primerih – *X. proti Zvezni republiki Nemčiji* in *Ciper proti Turčiji* – je vzpostavila personalni model in ga v nadaljnjih odločitvah dograjevala. Odločila je, da je treba 1. člen Konvencije razumeti tako, da so pod jurisdikcijo države pogodbenice posamezniki, ki so pod njeno oblastjo. Ponujeni test je precej splošen in vsaj na abstraktni ravni daje malo opore za odločitev v konkretnem primeru. Komisija odločitve pogosto tudi ni podrobno razložila in je tako pustila več odprtih vprašanj. Kljub temu pa lahko ugotovimo osnovne značilnosti njene sodne

⁴⁰ *Freda v. Italy*, št. 8916/80, 7. oktober 1980.

⁴¹ Prav tam, str. 255–256.

⁴² *Cyprus v. Turkey*, št. 6780/74 in 6950/75, 26. maj 1975.

⁴³ *Freda v. Italy*, št. 8916/80, 7. oktober 1980, str. 255–256. Na podlagi zelo podobnega dejanskega stanja je Komisija enako odločila v primeru *Stocké v. The Federal Republic of Germany*, št. 11755/85, 12. oktober 1989, in *Illich Sanchez Ramirez v. France*, št. 28780/95, 24. junij 1996.

⁴⁴ Obravnavali smo le najpomembnejše odločitve Komisije, za celovitejšo analizo glej A. Žiher, nav. delo, str. 28–35. Tu so analizirane tudi odločitve, ki jih omenjamo v tem poglavju.

⁴⁵ M. Milanović, nav. delo, str. 181.

prakse. Oblast lahko izvaja katerikoli državni agent – diplomatski in konzularni predstavniki (*X. proti Zvezni republiki Nemčiji*, *X. proti Združenemu kraljestvu*⁴⁶ in *M. proti Danski*⁴⁷), vojaki (*Ciper proti Turčiji*), pazniki v zaporu (*Hess proti Združenemu kraljestvu*)⁴⁸ in policisti (*Freda proti Italiji*). Ni pomembno, ali je do kršitve prišlo v drugi državi pogodbenici (Ciper, Zvezna republika Nemčija) ali drugje (Kostarika). Bolj odprto je vprašanje, kolikšna oblast je potrebna za vzpostavitev jurisdikcije. Nanj bomo lažje odgovorili po analizi sodne prakse Sodišča, zdaj lahko le ugotovimo, da je zadostna oblast nesporno podana, ko je posamezniku odvzeta prostost (*Freda proti Italiji*, *Hess proti Združenemu kraljestvu*), ni pa to nujen pogoj (*X. in Y. proti Švici*⁴⁹ in *Ciper proti Turčiji*). Kljub temu je bila vselej podana tesna zveza med državo pogodbenico in posameznikom.

3.2. Teritorialni model

Velik preobrat pri razlagi 1. člena Konvencije pomeni primer *Loizidou proti Turčiji*. Komisija je po ugotovitvi, da je pritožba sprejemljiva,⁵⁰ sprejela poročilo o zatrjevanih kršitvah.⁵¹ Oprla se je na svoje prejšnje odločitve in potrdila personalni model. Tokrat je drugače kot v prejšnjih primerih tudi Sodišče dobilo priložnost odločiti o ekstrateritorialni uporabi Konvencije. Zgrabilo jo je z obema rokama in že v odločbi o sprejemljivosti tožbe sprejelo odločitev, s katero je dalo 1. členu Konvencije nov pomen:

»Odgovornost države pogodbenice se lahko glede na pomen in namen Konvencije vzpostavi tudi tedaj, ko ima na podlagi vojaške akcije – zakonite ali nezakonite – učinkovit nadzor nad območjem zunaj svojega ozemlja. Obveznost zavarovati konvencijske pravice in svoboščine na takem ozemlju izhaja iz dejanskega nadzora, ki ga izvaja država, ne glede na to, ali ga izvaja prek svojih vojaških sil ali prek podrejene lokalne oblasti.«⁵²

S to odločitvijo je Sodišče razvilo teritorialni model, po katerem država pogodbenica izvaja jurisdikcijo nad *ozemljem*, nad katerim ima učinkovit nadzor (angl. *effective control*). Sodišče ni razveljavilo sodne prakse Komisije, ampak je ob bok personalnemu modelu postavilo teritorialnega. Personalni in teri-

⁴⁶ *X. v. The United Kingdom*, št. 7547/76, 15. december 1977.

⁴⁷ *M. v. Denmark*, št. 17392/90, 14. oktober 1992.

⁴⁸ *Hess v. The United Kingdom*, št. 6231/73, 28. maj 1975.

⁴⁹ *X. and Y. v. Switzerland*, št. 7289/75 in 7349/76, 14. julij 1977.

⁵⁰ *Chrysostomos, Papachrysostomou and Loizidou v. Turkey*, št. 15299/89, 15300/89 in 15318/89, 4. marec 1991.

⁵¹ *Loizidou v. Turkey*, št. 15318/89, 8. julij 1993.

⁵² Prav tam, § 62.

torialni model se tako ne izključujeta.⁵³ S tem je pritožnikom znatno olajšalo dokazovanje – ni jim več treba dokazovati učinkovite oblasti vojakov (oziroma drugih agentov) države pogodbenice pri vsaki kršitvi Konvencije, ampak zadošča že splošna ugotovitev, da je imela država pogodbenica učinkovit nadzor nad relevantnim ozemljem.⁵⁴ Na podlagi citiranega odstavka in dejstva, da je turška vojska okupirala Severni Ciper in tam ustanovila Turško republiko Severni Ciper (v nadaljevanju tudi TRNC), je Sodišče ugotovilo, da je pritožba sprejemljiva. Njegova odločitev tako ni bila odvisna od ugotovitve, da je Turčija izvajala oblast nad *pritožnico*, ampak je bilo pomembno, da je imela Turčija učinkovit nadzor nad relevantnim *ozemljem*. Pri tem je Sodišče posebej opozorilo, da bo vprašanje, ali so zatrjevane kršitve Turčiji tudi pripisljive, raziskalo ob vsebinskem odločanju v zadevi.⁵⁵ Da bi lahko natančneje analizirali njegovo vsebinsko odločitev, moramo najprej razjasniti in ločiti pojma pripisljivost in jurisdikcija.

3.3. Pripisljivost ravnanja

Koncept jurisdikcije, o katerem smo govorili do zdaj, moramo ločiti od koncepta mednarodne odgovornosti države. Mednarodna odgovornost države ima dva elementa: dejanje oziroma opustitev morata biti državi *pripisljiva* in morata pomeniti *kršitev mednarodne obveznosti*.⁵⁶ Jurisdikcija pomeni prag uporabljivosti Konvencije – država pogodbenica je dolžna zagotoviti konvencijske pravice le posameznikom pod njeno jurisdikcijo, zato jo sistematično gledano lahko uvrstimo v sklop ugotavljanja *kršitve mednarodne obveznosti*.⁵⁷ Obstoje jurisdikcije je namreč predhodno vprašanje pri ugotavljanju, ali je država pogodbenica kršila Konvencijo (mednarodno obveznost). Jurisdikcija in pripisljivost sta torej elementa mednarodne odgovornosti.⁵⁸ Včasih ju je težko ločiti, ker jima je skupen zelo podoben test – stopnja kontrole (oblasti) je namreč bistvena tako za ugotovitev pripisljivosti⁵⁹ kot jurisdikcije. Vendar imata elementa popolnoma

⁵³ M. Gondek, nav. delo, str. 161.

⁵⁴ Prav tam, str. 160–161.

⁵⁵ *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, št. 15318/89, 23. marec 1995, § 64.

⁵⁶ ILC: Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, <legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> (28. 8. 2014), Article 2.

⁵⁷ M. Milanović, T. Papić, nav. delo, str. 273.

⁵⁸ M. Milanović, nav. delo (2011), str. 51.

⁵⁹ ICJ je odločilo, da bi morale imeti ZDA učinkovit nadzor (angl. *effective control*) nad uporniki (angl. *contras*), da bi jim bila dejanja upornikov pripisljiva. Glej *Nicaragua v. United States of America*, Merits, 27. junij 1986, § 115. Ta pristop je ICJ potrdilo v primeru *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, 26. februar 2007. Več o tem v

drugačna namena: s pripisljivostjo se ugotavlja, ali gre pri konkretnem dejanju za akt države,⁶⁰ jurisdikcija pa služi ugotovitvi, ali je država pogodbenica dolžna zagotoviti konvencijske pravice.⁶¹ Z Milanovićevimi besedami: »Pripisljivost je vprašanje nadzora države nad *izvrševalci* kršitev človekovih pravic, medtem ko je jurisdikcija vprašanje nadzora države prek njenih agentov nad *žrtvami* teh kršitev oziroma nad ozemljem, na katerem se nahajajo.«⁶²

V mednarodnem pravu načeloma velja, da se je v sklopu ugotavljanja odgovornosti države treba najprej prepričati o pripisljivosti dejanja državi, nato pa odločiti o vprašanju kršitve mednarodne obveznosti.⁶³ Vendar pa je zaradi posebnosti Konvencije, ki sama določa svoj prag uporabljivosti, treba najprej razrešiti vprašanje jurisdikcije – ugotoviti, ali se Konvencija sploh lahko uporabi in ali je Sodišče pristojno za odločanje. Kljub temu pa je v nekaterih primerih vprašanje pripisljivosti predhodno.⁶⁴ Država namreč lahko izvaja jurisdikcijo (oblast nad posameznikom oziroma ozemljem) le prek svojih agentov – oseb, katerih dejanja so ji pripisljiva. Sodišče tako ne bi moglo ugotoviti, da je imela Turčija v primeru *Loizidou*⁶⁵ zadostno stopnjo nadzora nad Severnim Ciprom, če se prej ne bi prepričalo, da so *turški* vojaki okupirali to ozemlje. V tem smislu je moralo Sodišče vprašanje pripisljivosti ravnanja turških vojakov razrešiti pred vprašanjem jurisdikcije Turčije. Vendar to še ne pomeni, da ta, Turčiji pripisljiva dejanja tudi kršijo Konvencijo. Sodišče je namreč relevantna dejstva ugotavljalo skozi prizmo teritorialnega modela. Dejstvo, da je Turčija izvajala jurisdikcijo nad Severnim Ciprom, tako ne vsebuje ugotovitve, da so vsa dejanja, ki bi se lahko zgodila na tem območju, Turčiji tudi pripisljiva. To je povsem odvisno od okoliščin posameznega primera,⁶⁶ zato je odločilo, da se bo z vprašanjem pripisljivosti ukvarjalo skupaj z vsebinsko presojo primera.⁶⁷

M. Milanović, nav. delo (2011), str. 43–45, in A. Cassese, nav. delo (2007), 4, str. 649–668, ter V. Sancin, nav. delo, str. 501–521.

⁶⁰ ILC, nav. delo, str. 35.

⁶¹ M. Gondek, nav. delo, str. 168.

⁶² M. Milanović, nav. delo, str. 51.

⁶³ ILC, nav. delo, str. 35, § 5, in D. Türk, nav. delo, str. 284. Vendar pa med elementoma mednarodne odgovornosti države ni hierarhije in je zato povsem odvisno od konkretnih okoliščin primera, kateri izmed elementov bo prvi deležen obravnave.

⁶⁴ Enako J. Cerone, nav. delo, str. 117. *A contrario* so nekateri avtorji zavzeli stališče, da je treba vprašanje jurisdikcije vedno razrešiti pred ugotavljanjem pripisljivosti. Glej na primer M. O'Boyle, nav. delo, str. 131.

⁶⁵ *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, št. 15318/89, 23. marec 1995.

⁶⁶ Brez težav si lahko zamislimo primer, ko ne bi bilo tako – če bi na primer specialna enota ciprske vojske vdrla na območje Severnega Cipra, ki je bilo pod *jurisdikcijo Turčije*, ugrabila in mučila posameznika, to dejanje ne bi moglo biti pripisljivo Turčiji (pri tem zanemarimo vprašanje pozitivnih obveznosti Turčije).

⁶⁷ *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, št. 15318/89, 23. marec 1995, § 64.

Drugače pa je, če Sodišče uporabi personalni model jurisdikcije. V tem primeru se namreč dejanje države pogodbenice, ki pomeni izvajanje oblasti nad posameznikom (v smislu personalnega modela jurisdikcije) v veliki meri ali popolnoma prekriva z dejanjem, ki pomeni kršitev Konvencije.⁶⁸

Tako kot ima beseda jurisdikcija več pomenov, tudi test učinkovitega nadzora služi različnim namenom – ugotovitvi pripisljivosti, jurisdikcije, v humanitarnem pravu se z njim označuje začetek vojaške okupacije, v mednarodnem kazenskem pravu pa opisuje razmerje med nadrejenim in podrejenim pri vzpostavljanju poveljniške odgovornosti.⁶⁹ Pri tem je treba omeniti, da test učinkovitega nadzora v vseh naštetih primerih kljub enakemu poimenovanju ne zahteva enake stopnje nadzora (oblasti).⁷⁰ Za ustaljeno in jasno sodno prakso je zato zelo pomembno, da Sodišče omenjene pojme uporablja natančno, sistematično in premišljeno.

3.4. Nadaljevanje teritorialnega modela

Sodišče je v obrazložitvi vsebinske odločitve v primeru *Loizidou* zapisalo:

»Ni treba ugotoviti, kot sta to predlagali pritožnica in ciprska vlada, ali je Turčija dejansko izvajala izčrpen nadzor (*detailed control*) nad politiko in akcijami oblasti TRNC. Iz velikega števila vojakov, ki so aktivni na Severnem Cipru, jasno izhaja, da turška vojska izvaja učinkovit splošni nadzor (*effective overall control*) nad tem delom otoka. Takšen nadzor, glede na relevanten test in okoliščine primera, vzpostavlja turško odgovornost za dejanja in politiko TRNC. Tisti, ki jih ta politika ali dejanja prizadenejo, so pod jurisdikcijo Turčije v smislu 1. člena Konvencije. Turška obveznost, da pritožnici zagotovi pravice in svoboščine iz Konvencije, se tako razširi na območje Severnega Cipra.«⁷¹

Najprej se seveda postavi vprašanje, kakšen mora biti nadzor nad ozemljem, da je dovolj učinkovit in da država pogodbenica izvaja jurisdikcijo. Razen omembe velikega števila vojakov Sodišče tega žal ni podrobneje razčlenilo.⁷² Zanimivo pa je, da je pri vsebinskem odločanju o zadevi teritorialnemu mode-

⁶⁸ Značilen primer takšnega dejanja je odvzem prostosti. M. Milanović, nav. delo (2011), str. 51–52.

⁶⁹ Prav tam, str. 53.

⁷⁰ Na splošno lahko rečemo, da je za ugotovitev jurisdikcije potrebna manjša stopnja nadzora kot za ugotovitev pripisljivosti.

⁷¹ *Loizidou v. Turkey*, št. 15318/89, 18. december 1996, § 56.

⁷² Turčija je imela na Severnem Cipru več kot 30.000 vojakov, ki so nenehno patrolirali in imeli nadzorne točke na vseh glavnih komunikacijskih linijah. *Loizidou v. Turkey*, št. 15318/89, 18. december 1996, § 16.

lu dodalo besedo splošni (*učinkovit splošni nadzor*).⁷³ To je potrdilo v primeru *Ciper proti Turčiji*,⁷⁴ ni pa temu sledilo v nadaljnjih primerih.

Sodišče je v citiranem odstavku potrdilo teritorialni model, vendar hkrati ni jasno razmejilo pojmov jurisdikcija in pripisljivost. Na princip vzpostavljanja jurisdikcije je namreč apliciralo ugotovitev pripisljivosti.⁷⁵ Zato se je pojavilo vprašanje, kako razumeti citirani odstavek. Je Sodišče odločilo, da so vsa dejanja TRNC pripisljiva Turčiji ali da ima Turčija zaradi učinkovitega splošnega nadzora Severnega Cipra pozitivno obveznost preprečiti kršitve človekovih pravic ne glede na to, kdo jih zagreši?⁷⁶ Bolj prepričljiva se zdi prva možnost – tako je odločitev razumela tudi Komisija, ki je pred tem vztrajno ločevala dejanja turških vojakov in TRNC ter posledično vprašanje pripisljivosti reševala za vsak primer posebej.⁷⁷ Od te odločitve Sodišča naprej pa za takšen pristop ni več videla podlage.⁷⁸

Sodišče je pritrdilo Komisiji in dilemo razrešilo v sodbi *Ciper proti Turčiji*, s katero je odločilo o zadnji (četrti) ciprski tožbi zaradi turške okupacije severnega dela otoka. Zapisalo je:

»Ker je [Turčija] imela učinkovit splošni nadzor nad Severnim Ciprom, njena odgovornost ne more biti omejena na dejanja njenih vojakov oziroma uradnikov na Severnem Cipru, ampak mora biti odgovorna tudi za dejanja lokalne administracije, ki je obstala (preživela) le zaradi turške vojaške in druge pomoči.«⁷⁹

Ker je Turčija zagotovila obstanek lokalne administracije, je odgovorna za njena dejanja (kršitve) – ta dejanja so ji pripisljiva. Postal je torej jasno, da se ne more rešiti odgovornosti z izgovorom, da so kršitve zagrešile lokalne oblasti, in ne turški vojaki. Sodišče je tudi poudarilo, da mora Turčija na ozemlju pod njeno učinkovito oblastjo zagotavljati celoten obseg konvencijskih pravic – tako pozitivne kot negativne obveznosti.⁸⁰ Sklenemo lahko, da ni razlike med

⁷³ Glej *Loizidou v. Turkey*, št. 15318/89, 18. december 1996, § 56.

⁷⁴ *Cyprus v. Turkey*, št. 25781/94, 10. maj 2001, § 77.

⁷⁵ Sodišče je zapisalo, da učinkovit splošni nadzor na Severnem Cipru (*teritorialni model jurisdikcije*) vzpostavlja turško odgovornost za dejanja TRNC (*sklep o pripisljivosti*).

⁷⁶ O obeh možnih razumevanjih te odločitve Sodišča glej M. Milanović, nav. delo (2011), str. 42–51.

⁷⁷ *Cyprus v. Turkey*, Report of the Commission, št. 25781/94, 4. junij 1999, § 96–97.

⁷⁸ Prav tam, § 98–102.

⁷⁹ *Cyprus v. Turkey*, št. 25781/94, 10. maj 2001, § 77.

⁸⁰ Prav tam.

uporabo Konvencije na ozemlju države pogodbenice in na ozemlju, ki je pod njenim učinkovitim nadzorom.⁸¹

3.5. Primer *Banković*

Primer *Banković in drugi proti Belgiji in ostalim 16 državam pogodbenicam*⁸² je gotovo najbolj znan primer, ki govori o ekstrateritorialni uporabi Konvencije. Nanj se je Sodišče sklicevalo v vseh kasnejših sodbah, ki zadevajo obravnavano problematiko. Sodba je v strokovni javnosti naletela na velik odziv, večinoma zelo kritičen,⁸³ nekateri avtorji pa so do odločitve pokazali več razumevanja.⁸⁴ Sodišče se je, kot da bi predvidelo burne odzive, vprašanja razlage 1. člena Konvencije lotilo precej bolj obsežno in sistematično, kot je to do tedaj storila Komisija (in tudi samo v primerih *Loizidou* in *Ciper proti Turčiji*). Pri tem posebno trdnost odločitvi daje dejstvo, da je bil veliki senat soglasen.⁸⁵

NATO je zaradi krize na Kosovu leta 1999 začel vojaško akcijo proti ZR Jugoslaviji. Med zračnim napadom 23. aprila 1999 so letala zveze NATO bombardirala stavbo Radiotelevizije Srbije, pri čemer je umrlo 16 ljudi, 16 pa je bilo ranjenih. Sorodniki umrlih in ranjeni v napadu so vložili tožbo pred Sodiščem proti tistim članicam NATO, ki so bile hkrati podpisnice Konvencije.

Sodišče je obrazložitev začelo s trditvijo, da se mora EKČP razlagati v skladu z Dunajsko konvencijo o pravu mednarodnih pogodb.⁸⁶ V nadaljevanju pa je ugotovitev, da je z *vidika mednarodnega prava jurisdikcija države primarno teritorialna*,⁸⁷ apliciralo na pojem jurisdikcije iz 1. člena Konvencije,⁸⁸ pri čemer ni upoštevalo popolnoma drugačnih konceptov jurisdikcije iz klasičnega mednarodnega prava in pogodb o človekovih pravicah. Vendar to ni edino, kar bi pričakovali, da bo Sodišče storilo bolje. V nadaljevanju je namreč povzelo do-

⁸¹ Prav tam, § 77 in 81. Več o tem v E. Roxstrom, M. Gibney, T. Einarsen, nav. delo, str. 85.

⁸² *Banković and Others v. Belgium and 16 Others Contracting States*, št. 52207/99, 19. december 2001.

⁸³ Glej na primer R. Lawson, nav. delo, str. 83–123. Obširnejši seznam avtorjev, ki so se na sodbo kritično odzvali, glej v A. Žiher, nav. delo, str. 41.

⁸⁴ C. Greenwood, nav. delo, str. 100–104. Obširnejši seznam avtorjev glej v A. Žiher, nav. delo, str. 42.

⁸⁵ Ne daje pa nujno trdnosti tudi obrazložitvi, saj sodniki ne morejo pisati ločenih mnenj k odločitvi o sprejemljivosti tožbe.

⁸⁶ *Banković and Others v. Belgium and 16 Others Contracting States*, št. 52207/99, 19. december 2001, § 55–58.

⁸⁷ Prav tam, § 59.

⁸⁸ Jurisdikcija v smislu 1. člena Konvencije je tako primarno teritorialna, države jo lahko izvajajo zunaj svojih meja le v izjemnih primerih, prav tam, § 61.

tedanjo sodno prakso, pri tem pa že na prvi pogled opazimo, da ni niti z besedo omenilo personalnega modela.⁸⁹ Zelo nenavadno je, da med relevantno sodno prakso ni navedlo na primer sodbe Komisije v primerih *Ciper proti Turčiji*⁹⁰ ali *Freda proti Italiji*. Sklepamo lahko, da se je želelo izogniti razlagi, zakaj bombni napad z letali ne pomeni dovolj velike oblasti nad sorodniki pritožnikov, da bi jih pripeljal pod jurisdikcijo toženih držav. Vendar pa bi od Sodišča pričakovali, da bo svojo odločitev umestilo v že obstoječo prakso, ne pa, da bo zamolčalo tako pomemben koncept, kot je personalni model. Ne nazadnje bi bilo glede na okoliščine primera precej bolj naravno pomisliti na možnost, da so države izvajale oblast nad pritožniki, in ne nad relevantnim ozemljem. Še več, Sodišče je pri *povzemanju* odločitev glede teritorialnega modela *dodalo* nov pogoj. Dotedanja sodna praksa naj bi namreč pokazala, da mora država pri teritorialnem modelu »izvajati vse ali nekatere javne funkcije (angl. public powers), ki jih navadno [na tistem ozemlju] izvaja vlada«.⁹¹ Vendar je to izmišljena trditev, saj navedenega pogoja v sodbah *Loizidou* in *Ciper proti Turčiji*⁹² ni bilo.⁹³ Sodišče je torej pri navajanju relevantne sodne prakse najprej izpustilo omembo personalnega modela, nato pa še zaostriло pogoje za uporabno teritorialnega modela. Očitno vse z namenom, da si olajša obrazložitev končnega rezultata – odločitve, da pritožniki niso bili pod jurisdikcijo toženih držav.

Ostre kritike je požel tudi argument Sodišča glede »pravnega prostora Konvencije« (fr. *espace juridique*),⁹⁴ vendar menimo, da vsaj deloma neupravičeno. Pritožniki so v pritožbi zatrjevali, da bi odločitev, da se niso nahajali pod jurisdikcijo toženih držav pogodbenic, porušila evropski javni red in ustvarila vakuum v konvencijski zaščiti. Ta argument izvira iz primerov, ki se nanašajo na Severni Ciper.⁹⁵ Na Cipru so namreč ljudem pripadale konvencijske pravice že pred turško invazijo,⁹⁶ vendar ciprska vlada zaradi okupacije druge države pogodbenice, Turčije, ni mogla zagotavljati konvencijske zaščite na okupiranem ozemlju. Zato bi, če Sodišče ne bi odločilo, da Turčija izvaja jurisdikcijo na Severnem Cipru, prišlo do nevzdržne situacije – vakuuma v varstvu

⁸⁹ Glej prav tam, § 67–73.

⁹⁰ *Cyprus v. Turkey*, št. 6780/74 in 6950/75, 26. maj 1975.

⁹¹ *Banković and Others v. Belgium and 16 Others Contracting States*, št. 52207/99, 19. december 2001, § 71.

⁹² *Cyprus v. Turkey*, št. 25781/94, 10. maj 2001.

⁹³ Tega pogoja Sodišče niti ni zahtevalo v nadaljnji sodni praksi – glej npr. *Issa and Others v. Turkey*, št. 31821/96, 16. november 2004. Enako K. da Costa, nav. delo, str. 161.

⁹⁴ *Banković and Others v. Belgium and 16 Others Contracting States*, št. 52207/99, 19. december 2001, § 80.

⁹⁵ Glej *Cyprus v. Turkey*, št. 25781/94, 10. maj 2001, § 78.

⁹⁶ Ciper je namreč podpisal in ratificiral Konvencijo leta 1962.

človekovih pravic. Ljudje na Severnem Cipru bi se tako nahajali na ozemlju, na katerem Konvencija sicer velja, vendar bi zaradi okupacije druge države pogodbenice ostali brez konvencijske zaščite – znašli bi se v vakuumu znotraj pravnega prostora Konvencije.⁹⁷ Sodišče je pritožnikom pojasnilo, da ZR Jugoslavija⁹⁸ ni ratificirala Konvencije, zato se *Banković* v tem elementu bistveno razlikuje od primerov s Severnega Cipra. Poleg tega pa je zapisalo tudi, da je »Konvencija večstranska mednarodna pogodba /.../, ki prvotno deluje v regionalnem kontekstu, sicer pa tudi znotraj pravnega prostora (*espace juridique*) držav pogodbenic. /.../ Konvencija tudi v zvezi z ravnanjem držav pogodbenic ni bila ustvarjena, da bi se uporabljala povsod po svetu.«⁹⁹ Citirani del je resda zapisalo dvoumno, vendar ga je po našem mnenju treba razlagati ozko – argument vakuuma pride v poštev le v primerih, ko gre za ozemlje ene izmed držav pogodbenic, ki ga okupira druga država pogodbenica. V drugih primerih pa se jurisdikcija vzpostavi na podlagi teritorialnega oziroma personalnega modela in ju argument vakuuma ne omejuje.¹⁰⁰ To je Sodišče potrdilo v nadaljnjih primerih, v katerih koncept *espace juridique* ni v nobenem pogledu vplival na odločitev.¹⁰¹

Ne glede na vse te nedoslednosti pri argumentaciji, s katerimi je Sodišče očitno želelo le pripraviti podlago za končno odločitev, glavno vprašanje še vedno ostaja neodgovorjeno. Je odločitev Sodišča vendarle pravilna? Povedano drugače: ali letalo, ki odvrže bombo in pri tem ubije posameznike, izvaja nad njimi zadostno stopnjo oblasti, da jih pripelje pod jurisdikcijo države pogodbenice? Logično je, da so se mnenja glede razlage 1. člena začela najbolj kresati ravno v primeru *Banković*, saj je na neki način skrajni primer. Si lahko zamislimo primer, v katerem država izvaja *manj* oblasti nad posameznikom kot v konkretnem primeru? Mislimo, da težko. Čeprav ostaja grenak priokus nepravčnosti – države pogodbenice¹⁰² so vendarle ubile nedolžne civiliste, nato pa se skrile

⁹⁷ Milanović zelo dobro opozori, da bi vakuum vseeno nastal, če bi Ciper okupirala država, ki ni podpisnica Konvencije, ali pa Turčija na tem ozemlju ne bi izvajala jurisdikcije (učinkovitega nadzora). Ljudje na Severnem Cipru v tem primeru ne bi bili zaščiteni s Konvencijo. M. Milanović, nav. delo (2011), str. 86.

⁹⁸ To sta storili Srbija in Črna gora leta 2004.

⁹⁹ *Banković and Others v. Belgium and 16 Others Contracting States*, št. 52207/99, 19. december 2001, § 80.

¹⁰⁰ Enako stališče glej v M. Milanović, nav. delo (2011), str. 85, in M. Gondek, nav. delo, str. 176.

¹⁰¹ Npr. *Öcalan v. Turkey*, št. 46221/99, 12. marec 2003, in *Issa and Others v. Turkey*, št. 31821/96, 16. november 2004, ter *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, št. 61498/08, 2. marec 2010.

¹⁰² Pri tem puščamo ob strani dejstvo, da je bombardiranje izvedla zveza NATO, in ne države pogodbenice. Tudi če bi Sodišče odločilo, da je jurisdikcija podana, bi moralo ugo-

za varen plašč 1. člena Konvencije –, je dejstvo, da bi vzpostavitev jurisdikcije v tem primeru pomenila, da bi bilo tako v vsakem naslednjem primeru, ko bi posameznik trdil, da mu je država pogodbenica kršila konvencijske pravice. Nastal bi »*cause-and-effect*« pojem jurisdikcije,¹⁰³ s čimer bi se jurisdikcija kot prag uporabnosti Konvencije sesula sama vase. S tem bi Sodišče pravzaprav izničilo pomen 1. člena – Konvencija bi bila uporabna v vseh primerih kršitev konvencijskih pravic. Druga možnost pa je, da je koncept, s katerim Sodišče ugotavlja jurisdikcijo (personalni in teritorialni model), napačen – vendar več o tem v sklepnem delu članka.

3.6. Sodna praksa po *Bankoviću*

3.6.1. Teritorialni model po *Bankoviću*

Naslednji primer, v katerem je Sodišče uporabilo teritorialni model, je *Ilaşcu in drugi proti Moldaviji in Rusiji*.¹⁰⁴ Konvencijske pravice naj bi bile kršene na območju znotraj moldavskih meja, ki se je razglasilo za neodvisno Moldavsko republiko Transdnestrijo (v nadaljevanju tudi MRT), vendar je mednarodna skupnost ni priznala.¹⁰⁵ Sodišče je odločilo, da so bili pritožniki pod rusko jurisdikcijo pred rusko ratifikacijo Konvencije in po njej.¹⁰⁶

»MRT, ustanovljena v letih 1991–1992 ob podpori Ruske federacije in s svojimi oblastnimi organi in administracijo, ostaja pod učinkovito oblastjo oziroma vsaj odločilnim vplivom Ruske federacije, saj je obstala zaradi njene vojaške, ekonomske, finančne in politične podpore. Glede na to Sodišče meni, da obstaja trajna in nepretrgana vez odgovornosti Ruske federacije za usodo pritožnikov /.../ zato so pritožniki prišli pod rusko jurisdikcijo v smislu 1. člena Konvencije.«¹⁰⁷

tavljati še, komu je dejanje pripisljivo – toženim državam pogodbenicam ali zvezi NATO. To pa bi pomenilo vnovično oviro za pritožnike, glej na primer *Behrami and Behrami v. France*, št. 71412/01, 2. maj 2007, in *Saramati v. France, Germany and Norway*, št. 78166/01, 2. maj 2007, ter *Drozd and Janousek v. France and Spain*, št. 12747/87, 26. junij 1992, tudi M. Szydło, nav. delo, str. 280. A contrario M. Kearney, nav. delo, str. 139–142.

¹⁰³ Ravno to je Sodišče želelo preprečiti z odločitvijo v primeru *Banković*. Glej *Banković and Others v. Belgium and 16 Others Contracting States*, št. 52207/99, 19. december 2001, § 75.

¹⁰⁴ *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, št. 48787/99, 8. julij 2004.

¹⁰⁵ Prav tam, § 2.

¹⁰⁶ Rusija je Konvencijo ratificirala 5. maja 1998, zato je bila za njene kršitve lahko odgovorna le od tega dne naprej. Glej odločitev Sodišča glede ugovora *ratione temporis*, prav tam, § 395–408.

¹⁰⁷ Prav tam, § 392–394.

Sodišču lahko znova očitamo pomanjkanje jasnosti v obrazložitvi. Na prvi pogled se namreč zdi, kot da Sodišče sploh ni ugotavljalo, ali je imela Rusija učinkovit nadzor nad relevantnim delom Moldavije, ampak je ugotovilo le, da so dejanja MRT pripisljiva Rusiji.¹⁰⁸ Kljub temu je še pred citiranim odstavkom zapisalo, da je bilo relevantno ozemlje pod učinkovitim nadzorom MRT.¹⁰⁹ Njegovo odločitev je zato treba razumeti tako, da je ruska jurisdikcija podana, ker je Rusija imela učinkovit nadzor nad relevantnim ozemljem prek MRT, katere dejanja so ji pripisljiva.¹¹⁰ Zanimivo je, da Sodišče pri ugotavljanju ruske jurisdikcije kljub pomembnim razlikam ni razlikovalo med položajem Turčije na Severnem Cipru in položajem Rusije v Transdnestriji.¹¹¹ Ubralo je tudi obrnjeno pot vzpostavljanja jurisdikcije – ker je imela MRT učinkovit nadzor nad Transdnestrijo, njena dejanja pa so pripisljiva Rusiji, je zaključilo, da je podana ruska jurisdikcija.¹¹² Nasprotno je v primerih *Loizidou* in *Ciper proti Turčiji* na podlagi ugotovitve, da je Turčija imela učinkovit nadzor nad Severnim Ciprom, sklenilo, da so dejanja TRNC pripisljiva Turčiji.¹¹³

Sodišče je uporabilo teritorialni model tudi v primeru *Issa in drugi proti Turčiji*.¹¹⁴ Pritožniki so zatrjevali, da so turški vojaki med dvomesečno ofenzivo na severu Iraka leta 1995¹¹⁵ njihovim sorodnikom odvzeli prostost, jih mučili in ubili. Drugače kot v primeru *Banković* je Sodišče povzelo prejšnjo sodno

¹⁰⁸ Postavlja se vprašanje, ali za pripisljivost zadostuje že »odločilen vpliv«. Kljub po našem mnenju nerodni dikciji se glede na vsa dejstva, ki jih je Sodišče navedlo v obrazložitvi, zaključek glede pripisljivosti dejanj MRT Rusiji zdi pravilen. Enako o zaključku E. Roxstrom, M. Gibney, T. Einarsen, nav. delo, str. 126. Ponovno bega nekonsistentnost Sodišča glede uporabe terminov odgovornost in jurisdikcija, ki je opazna skozi celotno obrazložitev.

¹⁰⁹ To je Sodišče storilo v okviru odločanja o moldavski jurisdikciji, žal pa tega ni poudarilo v delu, v katerem je ugotavljalo rusko jurisdikcijo. Glej *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, št. 48787/99, 8. julij 2004, § 330.

¹¹⁰ J. Cerone: Jurisdiction and Power: The Intersection of Human Rights Law & the Law of Non-International Armed Conflict in an Extraterritorial Context, <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1006833#> (28. 8. 2014), str. 39. Drugačen sklep bi namreč pomenil, da za izvajanje jurisdikcije zadostuje že »odločilen vpliv«, kar pa bi bilo precejšnje znižanje standarda, ki ga je Sodišče vzpostavilo v primeru Severnega Cipra. Glej M. Milanović, nav. delo (2011), str. 140.

¹¹¹ Rusija ni okupirala Transdnestrije, ampak so njeni vojaki na tem ozemlju ostali po razpadu Sovjetske zveze, njihovo število pa je bilo tudi precej manjše kot v primeru Severnega Cipra. Glej M. Gondek, nav. delo, str. 186–187.

¹¹² Sodišče tega žal ni eksplicitno zapisalo.

¹¹³ J. Cerone, nav. delo, <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1006833#> (28. 8. 2014), str. 39.

¹¹⁴ *Issa and Others v. Turkey*, št. 31821/96, 16. november 2004.

¹¹⁵ Turčija je uporabila več kot 35.000 vojakov ob podpori tankov, helikopterjev in bojnih letal. Prav tam, § 63.

prakso tako glede teritorialnega kot personalnega modela,¹¹⁶ pri tem pa med splošna načela zapisalo, da *1. člena Konvencije ni mogoče interpretirati tako, da bi omogočal državi pogodbenici na ozemlju druge države izvršiti kršitve Konvencije, ki jih ne sme izvršiti na lastnem ozemlju.*¹¹⁷ To kaže na povsem drugačno perspektivo Sodišča v primerjavi s primerom *Banković*, v katerem je skozi celotno argumentacijo poudarjalo le, da je jurisdikcija primarno teritorialna, ekstrateritorialna pa je lahko samo v izjemnih okoliščinah. Vendar je tožbo zavrglo, ker pritožnikom ni uspelo onkraj razumnega dvoma dokazati, da so bili turški vojaki prisotni na območju, na katerem so bili ubiti njihovi sorodniki.¹¹⁸ Če bi to dokazali, bi bil rezultat drugačen. Sklenemo lahko, da je turška vojaška akcija zadostila standardu učinkovitega nadzora in vzpostavila turško jurisdikcijo na napadenem območju, vendar pritožnikom ni uspelo dokazati, da so bile žrtve ubite na tem območju.

Primer *Al-Saadoon in Mufdhi proti Združenemu kraljestvu*¹¹⁹ se navezuje na območje okupiranega Iraka. Pritožnikoma so sile Združenega kraljestva odvzele prostost in ju pridržale. Ko se je bližal predvideni datum za umik iz Iraka, so iraške oblasti zaprosile za njuno izročitev. Pritožnika sta pred britanskimi sodišči izpodbijala nameravano izročitev med drugim zato, ker bi jima v tem primeru grozila smrtna kazen z obešenjem, ampak nista bila uspešna. Sodišče je izdalo začasno odredbo, s katero je prepovedalo izročitev, vendar je Združeno kraljestvo (v nadaljevanju tudi ZK) ni upoštevalo.¹²⁰ Pred vsebinskim reševanjem zadeve se je najprej postavilo vprašanje, ali sta bila pritožnika pod jurisdikcijo tožene države. Odločitev ni bila težka, saj sta bila priprta v britanskem pripornem centru, vendar ni povsem jasno, katerega izmed modelov je Sodišče uporabilo:

»Sodišče ugotavlja, da je Združeno kraljestvo glede na totalno in ekskluzivno *de facto* in naknadno tudi *de jure* oblast nad zadevnimi prostori (*premises*) imelo jurisdikcijo nad tam pridržanimi posamezniki, vključno s pritožnikoma.«¹²¹

¹¹⁶ Prav tam, § 65–71. Sodišče je tako nakazalo, da je pripravljeno uporabiti katerikoli model, vendar se je v obrazložitvi skoncentriralo na teritorialnega, kar je bilo za pritožnike ugodneje, saj so tako morali dokazati le, da so se njihovi sorodniki nahajali na relevantnem ozemlju.

¹¹⁷ Prav tam, § 71. Stališče je Sodišče povzelo iz primera *Lopez Burgos* Odbora za človekove pravice. Glej HRC: *López Burgos v. Uruguay*, št. 52/1979, 29. julij 1981, § 12.3.

¹¹⁸ *Issa and Others v. Turkey*, št. 31821/96, 16. november 2004, § 81. Ker jim ni uspelo dokazati niti tega, je toliko bolj nedokazana ostala trditev, da so jim vojaki pred ubojem odvzeli prostost.

¹¹⁹ *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, št. 61498/08, 2. marec 2010.

¹²⁰ Prav tam, § 78–81.

¹²¹ *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, št. 61498/08, 30. junij 2009, § 88.

Pritožnika sta ostala pod jurisdikcijo tožene države, dokler nista bila izročena iraškim oblastem.¹²² Sodišče ni zapisalo, da je imelo ZK oblast nad teritorijem, ampak oblast nad prostori – ni jasno, ali je uporabilo teritorialni model. Zdi se, da je v konkretnem primeru tako, čeprav bolj ko se ozemlje zmanjšuje, bolj nenaravna se zdi uporaba teritorialnega modela. Oblast nad ozemljem (teritorialni model) se namreč zruši v oblast nad osebami (personalni model).¹²³

3.6.2. Personalni model po *Bankoviću*

V primeru *Öcalan proti Turčiji*¹²⁴ so turške oblasti odvzele prostost pritožniku na letališču v Keniji in ga prisilno odpeljale v Turčijo, tam pa je bil v nepoštenem sodnem postopku obsojen na smrtno kazen. Sodišče je povsem primerljivo s primeroma *Freda in Illich Sánchez Ramirez* odločilo, da je pritožnik prišel pod turško jurisdikcijo v trenutku, ko so ga kenijske oblasti predale turškim. Stališče Sodišča se tako kljub primeru *Banković* ni v ničemer spremenilo – niti se ne bi moglo, saj je ob odvzemu prostosti oblast nad posameznikom tako rekoč popolna.

Posameznik ne pride pod jurisdikcijo države pogodbenice le ob odvzemu prostosti. To jasno kaže primer *Isaak in drugi proti Turčiji*,¹²⁵ še eden v vrsti primerov, povezanih s turško okupacijo Severnega Cipra. Anastassios Isaak je bil med demonstracijami v nevtralnem varovalnem pasu OZN (angl. *UN buffer zone*) pretepen do smrti. Neodvisni očividci, videoposnetek in fotografije so potrdili, da so ga pretepali policisti TRNC skupaj z demonstranti. Sodišče je pri tem poudarilo, da turški vojaki in policisti TRNC, čeprav so bili prisotni, niso ničesar naredili, da bi preprečili napad in pomagali žrtvi.¹²⁶ Čeprav je do pretepa prišlo na ozemlju, ki ni bil pod učinkovitim nadzorom Turčije, je Sodišče sklenilo, da je bil ubiti pod oblastjo agentov tožene države.¹²⁷

V primeru *Pad in drugi proti Turčiji*¹²⁸ so pritožniki zatrjevali, da so njihovi sorodniki na iranskem ozemlju blizu turške meje nabirali gobe in rabarbaro. Priletela sta turška vojaška helikopterja, streljala na njih in jim ubila konja. Nato so se iz njiju izkrcali turški vojaki in jih vklenjene odpeljali na turško

¹²² Prav tam, § 89.

¹²³ M. Milanović, nav. delo (2011), str. 134. Več o tem glej prav tam, str. 151–154.

¹²⁴ *Öcalan v. Turkey*, št. 46221/99, 12. marec 2003.

¹²⁵ *Isaak and Others v. Turkey*, št. 44587/98, 28. september 2006.

¹²⁶ Prav tam, str. 21.

¹²⁷ Pri odločitvi se je Sodišče pomembno oprlo na prejšnje primere, ki izvirajo s tega območja in v katerih je med drugim odločilo, da so dejanja TRNC pripisljiva Turčiji.

¹²⁸ *Pad and Others v. Turkey*, št. 60167/00, 28. junij 2007.

ozemlje, tam pa so jih mučili in ubili.¹²⁹ Turška vlada je trdila, da je oborožena skupina z mulami, ki so nosile orožje in drugo opremo, prestopila turško-iransko mejo in se je, ko je zagledala helikopterja, želela razbežati brez odziva na opozorila turških vojakov. Zaradi možnosti, da bi bilo ozemlje minirano in bi bil teren težko prehodan, sta helikopterja streljala na skupino. Naslednji dan so varnostne sile preiskale območje, našle nekaj poginulih živali, orožje, opremo in sledove krvi, vendar trupel ni bilo več na kraju dogodka.¹³⁰ Dejstva glede omenjenih dogodkov so bila torej sporna, vendar so bile žrtve po izjavah obeh strani ubite na turškem ozemlju.¹³¹ Glede na to je precej logično, da je Sodišče zelo na hitro obrazložilo odločitev, da so bili ubiti pod jurisdikcijo Turčije. Med drugim je zapisalo: »... ni treba ugotoviti točne lokacije očitanih dogodkov, saj je [turška] vlada že priznala, da so njeni helikopterji streljali in ubili sorodnike pritožnikov, ki so bili osumljeni terorizma (a contrario Issa in drugi). Potemtakem Sodišče ugotavlja, da so bile žrtve očitanih dejanj v relevantnem času pod jurisdikcijo Turčije.«¹³² Žal pa ni zapisalo tistega, kar je bilo za odločitev o jurisdikciji v konkretnem primeru najpomembnejše – da so bile žrtve ubite na turški strani meje. Da ni bilo treba ugotoviti točne lokacije uboja, drži samo, ker je nesporno, da so bili sorodniki pritožnikov ubiti v Turčiji. Dejstvo, da sta jih ubila turška helikopterja, tako ni bistveno, to bi namreč prišlo do izraza šele pri vsebinskem reševanju zadeve.¹³³ Sodišču lahko očitamo slabo argumentacijo stališča, ki pa je sicer pravilno.¹³⁴ Pravzaprav ne bi zgrešilo, če bi napisalo, da se v konkretnem primeru vprašanje ekstrateritorialne uporabe Konvencije sploh ne postavlja.

Tako je Milanovićev sklep, da je *Pad* v neposrednem nasprotju z *Bankovićem*, popolnoma napačen – Sodišče naj bi odločilo, da so bile žrtve pod turško jurisdikcijo, ker so jih ubili turški vojaki, ne glede na to, ali se je to zgodilo v Iranu ali Turčiji.¹³⁵ Res bi od Sodišča pričakovali bolj jasno izraženo stališče, vendar ne smemo prezreti dejstev konkretnega primera.¹³⁶ Sodišče nikakor ni odločilo, da je vseeno, na kateri strani meje so bili ubiti sorodniki pritožnikov – tega

¹²⁹ Prav tam, § 5–8.

¹³⁰ Prav tam, § 21–25.

¹³¹ Enako tudi M. Schaefer, nav. delo, str. 577.

¹³² Prav tam, § 54–55.

¹³³ Tožba je bila zavržena zaradi neizčrpanja domačih pravnih sredstev. Glej prav tam, § 64–72.

¹³⁴ Sodišče je bilo v primeru *Solomou and Others v. Turkey*, št. 36832/97, 24. junij 2008, podobno površno kot v primeru *Pad*. Več o tem primeru v A. Žiher, nav. delo, str. 52–53.

¹³⁵ M. Milanović, nav. delo (2011), str. 185.

¹³⁶ Podobno je bistvo primera zgrešilo še kar nekaj avtorjev, glej A. Žiher, nav. delo, str. 52.

niti ni moglo, ker je povsem jasno in nesporno, da so bili ubiti na turškem ozemlju. Zaradi tega tudi kakršnakoli primerjava z *Bankovićem* ni ustrezna. Drugače pa bi bilo, če bi pritožniki zatrjevali, da je Turčija kršila na primer tudi 1. člen 1. Protokola s tem, ko je ubila konja. Po verziji pritožnikov ga je namreč ubila z raketo, izstreljeno s helikopterja, na iranski strani meje.¹³⁷

Georgia Andreou je bila med demonstranti, ki so se prebili v nevtralni varnostni pas ZN po pogrebu Anastassiosa Isaaka. Ko so vojaki TRNC začeli iz bližine streljati v množico, so poleg drugih zadeli tudi gospo Andreou. Zaradi ogrožanja življenja je vložila tožbo proti Turčiji. Ker se je Turčija branila, da pritožnica ni bila pod njeno jurisdikcijo, je moralo Sodišče predhodno odločiti o tem ugovoru. Pri tem je pomembno, da se je pritožnica v času, ko je bila ustreljena, nahajala v nevtralnem varnostnem pasu ZN, in ne na ozemlju pod turško jurisdikcijo.¹³⁸ Vendar pa je bila ustreljena na območju, na katerem Konvencija sicer velja, zato je odločilo, da je bila pod turško jurisdikcijo. Za takšen sklep je bil tako odločilen argument vakuuma, ki bi sicer nastal. To je Sodišče priznalo tudi samo, saj je jasno zapisalo, da se ravno v tem primer *Andreou* razlikuje od primera *Banković*.¹³⁹ Postavlja se vprašanje, ali bi enako odločilo, če bi do takšnih dogodkov prišlo na ozemlju, ki ga Konvencija ne pokriva.

Enako kot v primeru *Al-Saadoon* je bilo vprašanje jurisdikcije nesporno tudi v primeru *Medvedyev in drugi proti Franciji*. Pritožniki so bili člani posadke na trgovski ladji Winner, ki je plula pod kamboško zastavo. Francoske sile so v okviru boja proti tihotapljenju prepovedanih drog prestregle Winner v mednarodnih vodah, se vkrcale nanj in ga odpeljale v francosko пристanišče Brest. Senat je glede 1. člena zelo hitro zaključil, da je nesporno, da sta bila Winner in njegova posadka od dneva, ko so ju prestregle francoske oblasti, do prihoda v pristanišče pod oblastjo francoskih vojaških sil in zato tudi pod francosko jurisdikcijo.¹⁴⁰ Veliki senat je precej bolj obrazložil svoje stališče glede jurisdikcije, zaključil pa povsem enako.¹⁴¹ Vendar je tudi v tem primeru nejasno, ali je Sodišče uporabilo teritorialni ali personalni model, saj je zapisalo, da je Francija izvajala »popolno in ekskluzivno oblast nad Winnerjem in njegovo posadko«. ¹⁴² Kljub temu smo primer umestili v okvir personalnega modela, ker se to zdi v konkretnem primeru bolj naravno. Tudi dikcija se razlikuje od pri-

¹³⁷ Sodišče bi moralo v tem primeru po pravilih o dokaznem bremenu najprej ugotoviti, katera različica dogodkov je resnična.

¹³⁸ *Andreou v. Turkey*, št. 45653/99, 3. junij 2008, str. 11.

¹³⁹ Prav tam.

¹⁴⁰ *Medvedyev and Others v. France*, št. 3394/03, 10. julij 2008, § 50.

¹⁴¹ *Medvedyev and Others v. France*, št. 3394/03, 29. marec 2010, § 62–67.

¹⁴² Prav tam.

mera *Al-Saadoon*, saj Sodišče ni odločilo, da je imela Francija popolno oblast nad ladjo in posledično nad posadko.¹⁴³ Zanimivo pa je, da je Veliki senat spet zamešal različna koncepta jurisdikcije z omembo, da ima po mednarodnem pravu država jurisdikcijo nad letalom oziroma ladjo, ki sta registrirana na njenem ozemlju.¹⁴⁴ Ne le da to nima nobene povezave s primerom *Medvedyev*, saj je Winner plul pod kamboško zastavo, s tem je Sodišče tudi pokazalo, da ni imelo posluha za vse kritike in pojasnjevanja različnih konceptov pojma jurisdikcija, ki so sledili primeru *Banković*.

3.7. *Al-Skeini* – nov model

V primeru *Al-Skeini in drugi proti Združenemu kraljestvu* je Sodišče odgovorilo na že dalj časa porajajoče se vprašanje,¹⁴⁵ ali je ZK dolžno spoštovati Konvencijo tudi v Iraku. Odgovorilo je pritrdilno, svojo odločitev pa je oprlo na povsem nov model. V primeru *Al-Skeini* je želelo utrditi sodno prakso glede 1. člena Konvencije, vendar mu je to, podobno kot v primeru *Banković*, spodletelo. Kljub temu pa primer *Al-Skeini* pomeni nov mejnik glede ekstrateritorialne uporabe Konvencije.

Tožbo so vložili sorodniki šestih iraških državljanov, ubitih med varnostnimi operacijami vojakov ZK v Iraku, in zatrjevali, da ni bilo učinkovite preiskave njihovih smrti, s čimer je prišlo do kršitve 2. člena Konvencije. Medtem ko je bil sin šestega pritožnika mučen do smrti v britanski vojaški bazi in vprašanje jurisdikcije ni bilo sporno, so sorodniki drugih pritožnikov umrli na ulicah Basre in je tožena država zanikala, da bi bili pod njeno jurisdikcijo.

Sodišče je na začetku analize potrdilo izhodišče iz primera *Banković*, da države izvajajo jurisdikcijo v smislu 1. člena Konvencije primarno teritorialno, zunaj svojega ozemlja pa le v izjemnih primerih.¹⁴⁶ V nadaljnjih paragrafih je na dolgo predstavilo dotedanjo sodno prakso (tudi Komisije) ter vse odločitve razvrstilo v personalni oziroma teritorialni model.¹⁴⁷ Pri tem je zapisalo, da država izvaja jurisdikcijo ekstrateritorialno, »kadar z odobritvijo, povabilom ali privolitvijo vlade ozemlja izvaja vse ali nekatere javne funkcije, ki jih običajno

¹⁴³ Kljub nejasni uporabi modelov jurisdikcije v primerih *Al-Saadoon* in *Medvedyev* je Sodišče v primeru *Al-Skeini* pojasnilo, da sta bili v obeh primerih bistvena oblast in kontrola nad posameznikom (personalni model). Glej *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, št. 55721/07, 7. julij 2011, § 136.

¹⁴⁴ Prav tam, § 65.

¹⁴⁵ Vprašanje se je pojavljalo vse od invazije na Irak leta 2003, posebno pozornost pa je dobilo, ko se je pred britanskimi sodišči pojavil primer *R (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*. Glej npr. P. Leach, nav. delo, str. 448–458.

¹⁴⁶ *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, št. 55721/07, 7. julij 2011, § 131.

¹⁴⁷ Prav tam, § 133–140.

izvaja ta vlada«. ¹⁴⁸ To trditev, ki naj bi jo le povzelo iz primera *Banković*, je zapisalo v okviru personalnega modela, čeprav jo je v primeru *Banković* zapisalo kot sintezo teritorialnega modela. Sodišče je tako skušalo spremeniti njen kontekst, ¹⁴⁹ vendar je že na prvi pogled očitno, da je bila poved napisana v smislu teritorialnega modela – nanaša se namreč na ozemlje in nima nobene povezave s posamezniki. ¹⁵⁰ Vendar pa ni spremenilo le konteksta trditve, ampak tudi samo trditev in tako popolnoma spremenilo njen smisel. V primeru *Banković* je bil namreč pogoj izvajanja javnih funkcij dodan teritorialnemu modelu, torej primeru, ko država izvaja oblast nad ozemljem. V konkretnem primeru pa Sodišče sploh ni omenilo nobene oblasti. ¹⁵¹ Iz povedi tako izhaja, kot da šteje le izvajanje javnih funkcij, kar se ne sklada z logiko testa učinkovite oblasti oziroma nadzora, kot sta ga skozi desetletja razvila Komisija in Sodišče – izvajanje javnih funkcij vlade namreč pomeni pravni vidik oblasti, ki ne bi smel igrati nobene vloge pri dejanskem vprašanju učinkovite oblasti (nad posameznikom oziroma ozemljem). To si je Sodišče privoščilo pod krinko navedenja obstoječe sodne prakse in se izognilo kakršnemukoli pojasnjevanju tega stališča. V obrazložitvi pa je, kot bomo videli, ravno argument izvajanja javnih funkcij ponudilo kot *ratio decidendi* odločitve, da je ZK izvajalo jurisdikcijo.

Po opisu personalnega in teritorialnega modela je Sodišče dokončno odpravilo vse dvome glede argumenta pravnega prostora Konvencije in potrdilo, kar je sicer implicitno že izhajalo iz primerov po *Bankoviću* – 1. člena Konvencije ni mogoče interpretirati tako, da lahko države pogodbenice izvajajo jurisdikcijo le na ozemlju članic Sveta Evrope. ¹⁵²

Glede na dejstvo, da je bilo ZK v Iraku okupacijska sila z več kot 8000 vojaki, ki so patrolirali, izvajali protiteroristične akcije, odvzeme prostosti, nadzorovali demonstracije, varovali pomembnejše zgradbe in tudi pomembno podpirali civilno administracijo, ¹⁵³ bi pričakovali, da bo Sodišče uporabilo teritorialni model. Vendar se je vprašanju učinkovitega nadzora relevantnega dela Iraka povsem izognilo in zapisalo:

»Združeno kraljestvo je (skupaj z ZDA) v Iraku prevzelo izvajanje nekaterih javnih funkcij, ki jih običajno izvaja suverena vlada. Prevzelo je oblast in

¹⁴⁸ Prav tam, § 135.

¹⁴⁹ Enako M. Milanović, nav. delo (2012), str. 128.

¹⁵⁰ Popolnoma zgrešena je tako njena umestitev v poglavje Oblast in kontrola državnih agentov, kot je Sodišče poimenovalo personalni model.

¹⁵¹ Ne oblasti nad ozemljem in ne nad posamezniki – ker je Sodišče poved umestilo v personalni model, bi moralo, če bi želelo biti konsistentno, omeniti slednjo.

¹⁵² *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, št. 55721/07, 7. julij 2011, § 141–142.

¹⁵³ Prav tam, § 20–21.

odgovornost zlasti za vzdrževanje varnosti v jugovzhodnem Iraku. Sodišče meni, da je v teh izjemnih okoliščinah s svojimi vojaki, ki so sodelovali v varnostnih operacijah v Basri v relevantnem času, izvajalo oblast in nadzor nad ubitimi posamezniki v teh operacijah in vzpostavilo jurisdikcijsko povezavo med umrlimi in Združenim kraljestvom v smislu 1. člena Konvencije.¹⁵⁴

Za sklep Sodišča je bistvena ugotovitev, da je ZK v Iraku izvajalo nekatere javne funkcije. Zapisalo je sicer, da so vojaki izvajali oblast nad ubitimi posamezniki, glede na dejansko stanje, predvsem tretjega pritožnika, pa od oblasti ni ostalo praktično nič. Med uličnim bojem med silami Združenega kraljestva in neznanimi strelci je namreč krogla priletela v hišo tretjega pritožnika in mu ubila ženo.¹⁵⁵ Čeprav sploh ni bilo jasno, čigava krogla jo je pravzaprav ubila, je Sodišče odločilo, da so vojaki ZK nad njo izvajali zadostno stopnjo oblasti in kontrole. Milanović meni, da je Sodišče v citiranem odstavku uporabilo »bizarno mešanico personalnega in teritorialnega modela«.¹⁵⁶ Morda se res zdi tako, vendar se z njim ne moremo strinjati. Poleg tega da je od personalnega modela pravzaprav ostalo samo še poimenovanje, se izvajanje javnih funkcij nanaša na jurisdikcijo po mednarodnem pravu, ki jo je imelo ZK v Iraku, in ni povezano z oblastjo nad ozemljem (teritorialnim modelom). Po zrušenju iraškega režima so okupacijske sile začasno ustanovile začasno koalicijsko upravo (*coalition provisional authority* – CPA), ki je imela izvršilno, zakonodajno in sodno oblast.¹⁵⁷ Razdeljena je bila na regije, pri čemer je bila regija na jugu, kjer je prišlo do očitanih kršitev Konvencije, pod britansko oblastjo in nadzorom.¹⁵⁸ Sodišče je posebej poudarilo, da je ZK prevzelo oblast in odgovornost za zagotavljanje varnosti¹⁵⁹ – izvršilno jurisdikcijo po mednarodnem pravu, pri čemer ni ugotavljalo, ali je ZK imelo učinkovit nadzor nad jugovzhodnim Irakom. Ključno vlogo pri ugotavljanju jurisdikcije v smislu 1. člena Konvencije je tako igrala jurisdikcija po mednarodnem pravu.¹⁶⁰

Ker je ZK izvajalo nekatere javne funkcije, je bila potrebna veliko manjša oblast nad posamezniki, da so bili pod njegovo jurisdikcijo¹⁶¹ – dejansko Sodi-

¹⁵⁴ Prav tam, § 149.

¹⁵⁵ Prav tam, § 43–45.

¹⁵⁶ M. Milanović, nav. delo (2012), 1, str. 131, podobno tudi nekateri drugi avtorji, o tem glej A. Žiher, nav. delo, str. 57.

¹⁵⁷ Glej 2. točko uredbe št. 1 CPA, *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, št. 55721/07, 7. julij 2011, § 11–12.

¹⁵⁸ Prav tam, § 13.

¹⁵⁹ Prav tam, § 145 in 149.

¹⁶⁰ O tem tudi C. Mallory, nav. delo, str. 309–310.

¹⁶¹ Zanimivo je, da Sodišče ni razlikovalo položaja sinov petega pritožnika, ki mu je bila odvzeta prostost, in šestega pritožnika, ki je umrl v vojaški bazi, ampak je na vse apliciralo nov, enak model, čeprav so bile stopnje oblasti nad njimi zelo različne.

šče sploh ni izpostavilo vprašanja oblasti. Britanski vojaki niso vedeli za ženo tretjega pritožnika, morda je niti niso ubili, pa je bila vseeno pod jurisdikcijo ZK. Nad njo niso izvajali nikakršne oblasti – zadostovalo je, da je bila ubita med izvajanjem javnih funkcij.¹⁶² Iz odločitve lahko tako sklepamo, da so bili pod jurisdikcijo ZK vsi posamezniki, ki so bili kakorkoli prizadeti med varnostnimi operacijami britanskih vojakov.¹⁶³ Seveda si takšne odločitve v okviru personalnega modela, kot sta ga razvila Sodišče in Komisija, ne moremo predstavljati. Vendar pa ZK drugače kot v primeru, da bi Sodišče uporabilo teritorialni model, posameznikom ni bilo dolžno zagotavljati vseh konvencijskih pravic, ampak le tiste, ki so bile glede na okoliščine relevantne. Sodišče je namreč odločilo, da so v primeru oblasti nad posameznikom pravice in svoboščine v tem smislu lahko »deljene in prilagojene« (pri teritorialnem modelu to ni mogoče).¹⁶⁴ Že samo je nakazalo, da je v tem delu odstopilo od primera *Banković*, v katerem je odločilo, da pravice ne morejo biti deljene in prilagojene konkretnim okoliščinam.¹⁶⁵ Dejansko pa je to storilo že v primeru *Ilaşcu*, saj je bila Moldavija dolžna izpolniti le pozitivne obveznosti.¹⁶⁶ Vendar ima *Al-Skeini* drugačen pomen – niso deljene le pozitivne in negativne obveznosti, ampak pravice kot take v celoti.¹⁶⁷ To je povsem razumljiva odločitev – ko so namreč turške oblasti *Öcalana* v Keniji vkrcale na letalo in odpeljale v Turčijo, ni imel na primer pravice do poroke, ker to v tistem času zanj ni bilo relevantno, brez dvoma pa je imel pravico do svobode in varnosti iz 5. člena Konvencije. Po *Bankoviću* se je zdelo, da kaj takega ni mogoče. Po drugi strani pa drži, da se pritožniki v nobenem izmed primerov niso sklicevali na pravice, ki zanje, glede na ravnanje države pogodbenice, ne bi bile relevantne. Tudi v primeru *Al-Skeini* je ta del obrazložitve *obiter dictum*.

Čeprav je primer *Al-Skeini* pomemben mejnik za uporabo Konvencije, je Sodišče izpustilo iz rok novo priložnost, da bi pojem jurisdikcija iz 1. člena Konvencije postavilo v trden okvir in na prave temelje. Namesto tega je namreč

¹⁶² Enako opozori Reynolds. Glej R. Reynolds, nav. delo, str. 403.

¹⁶³ Enako tudi Alastair Stewart, čeprav omeni le posameznike, ki so bili ubiti. Glej A. Stewart, nav. delo, str. 115. Če pa bi Sodišče uporabilo teritorialni model, bi bili pod jurisdikcijo ZK vsi posamezniki v Basri, in ne le tisti, ki so bili kakorkoli prizadeti med varnostnimi operacijami britanskih vojakov. Glej M. Szydło, nav. delo, str. 287.

¹⁶⁴ Angl. »divided and tailored«, *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, št. 55721/07, 7. julij 2011, § 137.

¹⁶⁵ *Banković and Others v. Belgium and 16 Others Contracting States*, št. 52207/99, 19. december 2001, § 75.

¹⁶⁶ O vprašanju jurisdikcije Moldavije, ki ga v tem prispevku nismo analizirali, glej A. Žiher, nav. delo, str. 47.

¹⁶⁷ Enako C. Mallory, nav. delo, str. 307.

pravilu, da države izvajajo jurisdikcijo primarno teritorialno, dodalo novo izjemo, ki jo lahko poimenujemo model javnih funkcij.

Po odločitvi v primeru *Al-Skeini* se je vprašanje razlage 1. člena Konvencije pojavilo še v nekaj primerih, vendar se pojmovanje jurisdikcije ni v ničemer spremenilo.¹⁶⁸ V primeru *Hirsi Jamaa in drugi proti Italiji* so bili pritožniki, 11 Somalcev in 13 Eritrejcev, del skupine približno dvestotih posameznikov, ki so z ladjami skušali pribežati iz Libije v Italijo. Italijanske oblasti so jih prestregle 35 milj južno od Lampeduze, vkrcale na vojaške ladje in odpeljale v Tripoli, kjer so jih predale libijskim oblastem. Že glede primera *Medvedyev* smo kritizirali Sodišče, da je dalo poudarek mednarodnemu pravu, po katerem ima država jurisdikcijo nad ladjo, ki pluje pod njeno zastavo. V primeru *Hirsi Jamaa* je temu žal posvetilo le še več pozornosti, saj so italijanske vojaške ladje plule pod italijansko zastavo.¹⁶⁹ Ker je ladja Winner v primeru *Medvedyev* plula pod kamboško zastavo, so bili pritožniki le pod *de facto* oblastjo francoskih vojakov. V konkretnem primeru pa je Sodišče odločilo, da so bili pritožniki od vkrcanja na vojaške ladje do predaje libijskim oblastem pod »ekskluzivno *de jure* in *de facto* oblastjo italijanskih oblasti.«¹⁷⁰ Težko je razumeti, da je Sodišče kljub številnim kritikam nadaljevalo takšnim pristopom, saj ustvarja napačen vtis, da je *de jure* oblast pomembna. V primeru *Medvedyev* se je namreč jasno pokazalo, da *de jure* oblast (ki so jo v resnici imele kamboške oblasti)¹⁷¹ ne igra vloge pri vzpostavljanju jurisdikcije. Ne nazadnje je tudi Sodišče v primeru *Al-Skeini* zapisalo, da je pri personalnem modelu »odločilnega pomena *izvajanje fizične oblasti in nadzora nad posameznikom*«. ¹⁷²

4. SKLEP

Analizirali smo najpomembnejše in najpogostejše komentirane odločitve Sodišča in Komisije, ki se dotikajo ekstrateritorialne uporabe Konvencije. Stališče sodne prakse je, da države pogodbenice izvajajo jurisdikcijo primarno teritorialno. Izjeme od tega pravila lahko razvrstimo v tri skupine – teritorialni model, personalni model in model javnih funkcij.

¹⁶⁸ Zato jih tudi podrobneje ne obravnavamo. Sodišče je na primer ponovno nejasno ločilo med konceptoma pripisljivosti in jurisdikcije v primerih *Djokaba Lambi Longa v. The Netherlands*, št. 33917/12, 9. oktober 2012, ter *Catan in drugi proti Moldaviji in Rusiji*, št. 43370/04, 8252/05 in 18454/06, 19. oktober 2012. Več o tem glej <www.ejiltalk.org/update-on-the-extraterritorial-application-of-human-rights-treaties/> (28. 8. 2014).

¹⁶⁹ *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, št. 27765/09, 23. februar 2012, § 76–78.

¹⁷⁰ Prav tam, § 81.

¹⁷¹ To dejstvo je Sodišče oportunistično zamolčalo.

¹⁷² *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, št. 55721/07, 7. julij 2011, § 137.

Po teritorialnem modelu, ki ga je Sodišče razvilo v primeru *Loizidou*, je država pogodbenica dolžna zavarovati konvencijske pravice in svoboščine na ozemlju, na katerem ima učinkovit nadzor. Sodišče ni podrobneje opredelilo pojma ozemlje, nedvomno pa sta to severni del Cipra, ki ga je okupirala Turčija, ali pa območje operacij turške vojske v Iraku. Sodišče tudi ni podrobneje pojasnilo, kako močan (efektiven) mora biti nadzor nad ozemljem, da država pogodbenica vzpostavi jurisdikcijo. V primeru *Loizidou* je imela Turčija na Cipru več kot 30.000 vojakov, ki so redno patroljirali in nadzirali vse glavne komunikacijske linije. V primeru *Issa* je invazijo izvedlo še več vojakov,¹⁷³ pehota pa je imela tudi podporo tankov, helikopterjev in lovcev F-16. Iz obravnavanih primerov lahko sklepamo, da je kriterij učinkovitega nadzora relativno visok, kar je razumljivo, saj morajo države v tem primeru, drugače kot po personalnem modelu, zagotavljati celoten spekter konvencijskih pravic.

V večini primerov države ne bodo dosegle standarda učinkovitega nadzora ozemlja. Zato je zelo pomembno, da je Komisija (Sodišče je prakso nadaljevalo) vzpostavila personalni model – pod jurisdikcijo države so tisti posamezniki, ki so pod njeno oblastjo. Oblast nad posameznikom lahko izvaja katerikoli državni agent, pri tem pa ni pomembno, ali jo izvaja v drugi državi pogodbenici ali zunaj pravnega prostora Konvencije. Pri tem je ključno vprašanje, kolikšna mora biti oblast, da pride posameznik pod jurisdikcijo države pogodbenice. Nesporno zadostuje odvzem prostosti, glede na izid primera *Banković* pa je jasno tudi, da zgolj dejstvo, da država ubije posameznika, ni dovolj. Vendar ni Sodišče v nobenem izmed primerov zapisalo, da je odvzem prostosti nujen pogoj za izvajanje zadostne oblasti nad posameznikom. Kaj takega bi bilo tudi v nasprotju z namenom in predmetom Konvencije, ker bi spodbujalo države pogodbenice, da posameznika raje ubijejo, kot pa mu odvzamejo prostost. Na končni odgovor, kdaj je oblast nad posameznikom zadostna, bomo tako morali še počakati. Do takrat pa analizirani primeri služijo kot vodilo, čeprav bi glede na pomembno vlogo, ki jo ima personalni model v sodni praksi, pričakovali, da bosta Komisija in Sodišče bolj pojasnila precej ohlapen in splošen test učinkovite oblasti nad posameznikom. Nedvomno je, v nasprotju s personalnim modelom, potrebna precej manjša oblast za vzpostavitev jurisdikcije v primeru, ko država na ozemlju izvaja nekatere javne funkcije.

Iz analize sodne prakse se jasno vidi, da sta Komisija in Sodišče razlago 1. člena Konvencije razvijala glede na potrebe posameznega primera, o katerem sta morala odločiti. Tako se lahko le strinjamo s sodnikom Bonellom, ki je v

¹⁷³ Po nekaterih navedbah več kot 35.000 vojakov (glej *Issa and Others v. Turkey*, št. 31821/96, 16. november 2004, § 63), po drugih pa 70.000 do 80.000, prav tam, § 45.

ločenem mnenju v primeru *Al-Skeini* Sodišču očital pomanjkanje volje vzpostaviti koherenten in jasen sistem.¹⁷⁴ Kot posledica takšnega načina odločanja se je v daljšem obdobju in v luči novih primerov pokazala potreba, da Komisija in Sodišče od določenih stališč odstopita oziroma jih dodatno pojasnita. Od Sodišča in Komisije bi tudi pričakovali, da bosta precej bolj jasno razmejevala med pomenoma jurisdikcije v mednarodnem pravu in Konvenciji ter pripisljivostjo. Še posebej se to zdi nerazumljivo po *Bankoviću*, ki je sprožil velik odziv strokovne javnosti. Sodišče ga je ignoriralo in različne koncepte jurisdikcije (ponovno) zamešalo v primerih *Medvedyev*, *Al-Skeini* in *Hirsi Jamaa*, čeprav se je precej povečalo število avtorjev, ki se poglobljeno ukvarjajo s to problematiko in opozarjajo na pomanjkljivosti sodne prakse Sodišča.¹⁷⁵ Poleg nesistematičnosti smo pri Sodišču ob analizi primerov *Pad* in *Solomou* pogrešali natančnost – pri obrazložitvi je namreč prezrlo ključna dejstva, ki jih je sicer ugotovilo tudi samo.

V smislu naštetih pomanjkljivosti lahko sklenemo, da sodna praksa Sodišča in Komisije ni konsistentna in ima lord Roger prav. Vendar je rezultat drugačen, če upoštevamo le končne odločitve glede 1. člena – te so namreč kljub vsemu skladne. Primer *Banković* je edini primer, v katerem je Sodišče ugotovilo, da tožene države niso izvajale jurisdikcije. Vsi drugi so ustrezali eni izmed izjem od pravila teritorialnosti (oziroma je Sodišče izjemo uvedlo na novo).¹⁷⁶ Zato je ključno vprašanje, ali je kateri izmed primerov neusklajen z *Bankovićem*. Že na prvi pogled opazimo, da ni *Banković* v ničemer podoben primerom, v katerih je Sodišče uporabilo teritorialni model.¹⁷⁷ Bombni napad je kvalitativno nepriemerljiv z vojaškimi akcijami (okupacijo), ki sta jih izvedli Turčija in Rusija. Po drugi strani pa se primer *Banković* razlikuje tudi od vseh primerov, v katerih sta Sodišče in Komisija uporabila personalni model. V večini teh primerov je bila namreč pritožnikom odvzeta prostost¹⁷⁸ in se po tem bistveno razlikujejo od primera *Banković*. Kot smo pokazali, primer *Pad* sploh ni ekstrateritorialen, primeri *Isaak*, *Solomou* in *Andreou* pa izvirajo z območja Severnega Cipra

¹⁷⁴ Pritrdilno ločeno mnenje sodnika Bonella v primeru *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, št. 55721/07, 7. julij 2011, § 4.

¹⁷⁵ Med literaturo so tako našteje tri obsežne monografije avtorjev Milanovića, Gondeka in da Coste, ki so v celoti posvečene prav problematiki ekstrateritorialne jurisdikcije.

¹⁷⁶ Pri tem se nam lahko – razumljivo – pojavi vprašanje, koliko so te izjeme res še izjemne.

¹⁷⁷ Glej primere *Loizidou v. Turkey*, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, *Cyprus v. Turkey* in *Issa and Others v. Turkey*.

¹⁷⁸ Glej primere *Freda v. Italy*, *Hess v. The United Kingdom*, *M. v. Denmark*, *Stocké v. The Federal Republic of Germany*, *Öcalan v. Turkey*, *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, *Medvedyev and Others v. France* in *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*.

in so zato od *Bankovića* v bistvenem drugačni zaradi argumenta vakuuma.¹⁷⁹ Ostane nam le še primerjava primerov *Banković* in *Al-Skeini*, ki pa sta si tako različna, da sploh ni lahko najti skupne točke. V primeru *Banković* je šlo za napad letal na stavbo Radiotelevizije Srbije, pri čemer NATO ni poslal svojih vojakov na ozemlje Srbije in ni izvajal nobenih javnih ali siceršnjih funkcij. Na drugi strani pa je ZK skupaj s koalicijskimi silami okupiralo Irak, zrušilo tedanji režim in vzpostavilo začasno koalicijsko upravo, ki je imela zakonodajno, izvršilno in sodno oblast. V Irak je poslalo več kot 8.000 vojakov, ki so redno patrolirali, izvajali protiteroristične akcije, odvzemali prostost, nadzorovali demonstracije, varovali pomembnejše zgradbe in pomembno podpirali civilno administracijo. Položaja sil zveze NATO v Srbiji in ZK v Iraku sta bila tako popolnoma različna. Edina skupna točka je, da so bile žrtve v obeh primerih naključne,¹⁸⁰ vendar to celotnega konteksta ne more spremeniti. Glede na to lahko sklenemo, da sta si tudi primera *Banković* in *Al-Skeini* v bistvenem različna in bi Sodišče v primeru *Banković*, četudi bi uporabilo test javnih funkcij, še vedno odločilo enako. Hipoteza, ki smo jo postavili na začetku, se je tako delno potrdila. Glede končnega rezultata je sodna praksa Komisije in Sodišča konsistentna, vendar je bila na drugi strani precej nepredvidljiva, nejasna in premalo natančna.

Pri vsem tem nismo odprli vprašanja, ali je pristop, ki sta ga glede razlage 1. člena ubrala Komisija in Sodišče, najustrežnejši. Narava vprašanja, kako razlagati jurisdikcijo iz 1. člena Konvencije, je namreč bolj politična in vrednostna kot pravna. Primer *Banković* se, kljub temu da je bil test učinkovite oblasti uporabljen pravilno, zdi nepravilen. Sodnik Loucaides je v ločenih mnenjih v primerih *Assanidze*¹⁸¹ in *Ilaşcu* izrazil svoje nestrinjanje z rezultatom v primeru *Banković*. Po njegovem bi morale biti države pogodbenice odgovorne za vsakogar, ki ga prizadene njihova oblast kjerkoli na svetu. Vendar predloga ni izpeljal do konca, saj je pojem oblasti popolnoma prekril s pripisljivostjo.¹⁸² Nasprotno, vendar s praktično enakim rezultatom, Milanović predlaga deli-

¹⁷⁹ Opozorili smo že, da je bila tudi sicer oblast nad pokojnim v primeru *Isaak* nepri-
merno večja kot v primeru *Banković*. Podobno velja za primer *Solomou*, saj je sorodnik
pritožnikov umrl na ozemlju pod učinkovitim nadzorom Turčije.

¹⁸⁰ V primeru *Al-Skeini* je bila to le žena tretjega pritožnika.

¹⁸¹ *Assanidze v. Georgia*, št. 71503/01, 8. april 2004.

¹⁸² Zapisal je namreč: »Pravi test bi moral biti, ali lahko posameznik, ki trdi, da je bil
pod jurisdikcijo države pogodbenice glede določenega dejanja, dokaže, da je bilo to de-
janje rezultat izvajanja oblasti te države pogodbenice.« Po njegovem predlogu tako oblast
dejansko nima več nobene vloge, saj je bistveno le, da je dejanje pripisljivo državi – oblast
je namreč podana v vseh primerih ravnanja države pogodbenice. Glej pritrdilno ločeno
mnenje sodnika Loucaidesa v primeru *Assanidze v. Georgia*, št. 71503/01, 8. april 2004.

tev na pozitivne in negativne obveznosti.¹⁸³ Negativne obveznosti bi morale države spoštovati enako kjerkoli na svetu – na svojem ozemlju in zunaj njega. Pozitivne obveznosti pa bi države imele le, če bi imele nad ozemljem učinkovit nadzor. Alternativni predlog – funkcionalni test – je podal tudi sodnik Bonello v primeru *Al-Skeini*. Ključni vprašanji funkcionalnega testa, ki bi se uporabil v vseh primerih, sta: »Ali je bila izvršitev kršitve odvisna od agentov države? Je imela država moč kaznovati storilce in kompenzirati žrtve? Če je odgovor da, je samoumevno, da dejstva spadajo pod jurisdikcijo države.«¹⁸⁴ Razprava o razlagi 1. člena Konvencije tako še zdaleč ni končana. Očitno je, da se mnenja o ekstrateritorialni uporabi Konvencije ne krešejo le med teoretiki, ampak tudi med sodniki. Kakšno pot bo ubrala sodna praksa, je seveda nemogoče napovedati, nedvomno pa imajo poglobljene razprave vpliv na sodno prakso, zato bo zanimivo opazovati njen razvoj in videti, ali bo kateri izmed zgoraj naštetih predlogov dobil večinsko podporo v katerem izmed senatov.

Literatura

Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, Oxford 2008.

Antonio Cassese: *International law*. Oxford University Press, Oxford 2005.

Antonio Cassese: *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, v: *The European Journal of International Law*, 18 (2007) 4, str. 649–668.

John Cerone: *Human Rights on the Battlefield*, v: Stéphanie Lagoutte, Hans-Otto Sano, Peter Scharff Smith (ur.): *Human Rights in Turmoil: Facing Threats, Consolidating Achievements*. Martinus Nijhoff Publishers, 2006, str. 97–132.

Karen da Costa: *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2013.

Michał Gondek: *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*. Intersentia, Antwerp 2009.

Christopher Greenwood: *Remarks*, v: Christina Cerna et al.: *Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights*, *American Society of International Law*, 96 (2002), str. 95–108.

¹⁸³ Več o tem Milanović, nav. delo (2011), str. 215–216.

¹⁸⁴ Pritrdilno ločeno mnenje sodnika Bonella v primeru *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, št. 55721/07, 7. julij 2011, § 16. Za več o predlaganem testu glej celotno pritrdilno ločeno mnenje.

- Matthew Happold: *Bankovic v Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights*, v: *Human Rights Law Review*, 3 (2003) 1, str. 77–90.
- Michael Kearney: *Extraterritorial Jurisdiction of the European Convention on Human Rights*, v: *Trinity College Law Review*, 5 (2002), str. 126–157.
- Rick Lawson: *Life after Bankovic: on the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights*, v: Fons Coomans, Menno T. Kamminga (ur.): *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*. Intersentia, Antwerp 2004, str. 83–123.
- Philip Leach: *The British military in Iraq - the applicability of the espace juridique doctrine under the European Convention on Human Rights*, v: *Public Law*, (2005), str. 448–458.
- Peter Malanczuk: *Akehurst's modern introduction to international law*. Routledge, London 1997.
- Conall Mallory: *European Court of Human Rights Al-Skeini and Others v United Kingdom (Application No 55721/07) Judgment of 7 July 2011*, v: *International and Comparative Law Quarterly*, 61 (2012), str. 301–312.
- Marko Milanović: *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, v: *The European Journal of International Law*, 23 (2012), 1, str. 121–139.
- Marko Milanović: *Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy*. Oxford University Press, Oxford 2011.
- Marko Milanović, Tatjana Papić: *As Bad as it Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law*, v: *International and Comparative Law Quarterly*, 58 (2009), str. 267–296.
- Michael O'Boyle: *The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on »Life After Bankovic«*, v: Fons Coomans, Menno T. Kamminga (ur.): *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*. Intersentia, Antwerp 2004, str. 125–139.
- Roger O'Keefe: *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept*, v: *Journal of International Criminal Justice*, 2 (2004), 3, str. 735–760.
- Tanja Peterlič: *Ekstrateritorialna pristojnost ESČP (s posebnim poudarkom na zadevi Banković)*. Diplomsko delo, Ljubljana 2013.
- Richard Reynolds: *Human Rights in the Line of Fire: Al-Skeini v. United Kingdom*, v: *Judicial Review*, 16 (2011), 4, str. 399–410.
- Erik Roxstrom, Mark Gibney, Terje Einarsen: *The Nato Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights*

- Protection, v: Boston University International Law Journal, 23 (2005), str. 55–136.
- Cedric Ryngaert: Jurisdiction in International Law. Oxford University Press, Oxford 2008.
- Vasilka Sancin: Odgovornost državnih organov za kršitve mednarodnega prava, v: Javna uprava, 43 (2007) 2, str. 501–521.
- Max Schaefer: Al-Skeini and the elusive parameters of extraterritorial jurisdiction, v: European Human Rights Law Review, 5 (2011), str. 566–581.
- Malcom Shaw: International law. Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- Alastair Stewart: Back to the Drawing Board: *Al-Skeini v. UK* and the Extra-territorial Application of the European Convention on Human Rights, v: UCL Human Rights Review, 4 (2011), str. 110–121.
- Marek Szydło: Extra-Territorial Application of the European Convention on Human Rights after Al-Skeini and Al-Jedda, v: International Criminal Law Review, 12 (2012) 2, str. 271–291.
- Danilo Türk: Temelji mednarodnega prava, GV: Založba, Ljubljana 2007.
- Ralph Wilde: Triggering State Obligations Extraterritoriality: the Spatial Test in Certain Human Rights Treaties, v: Israel Law Review, 40 (2007) 2, str. 503–526.
- Aleš Žiher: Ekstrateritorialna uporaba Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Diplomsko delo, Ljubljana 2013.



PРАВНА NARAVA ODVZEMA PO ZAKONU O ODVZEMU PREMOŽENJA NEZAKONITEGA IZVORA*

Petra Plešec,

univerzitetna diplomirana pravnica, magistrica pravnih znanosti,
okrajna državna tožilka, Okrožno državno tožilstvo v Ljubljani

1. UVOD

Nihče ne more obdržati premoženja, ki ga je pridobil na nezakonit način oziroma z nezakonito dejavnostjo. To je osnovno načelo izrekanja kazenskih sankcij¹ in civilnih pravovarstvenih zahtevkov.²⁻³ Premožanje, ki ni bilo pridobljeno na zakonit način, je mogoče odvzeti v različnih postopkih, med drugim v kazenskem postopku oziroma v posebnem postopku, ki ga določa Zakon o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI).⁴ Medtem ko je pravna narava odvzema premoženjske koristi (pridobljene s kaznivim dejanjem ali zaradi njega) in (civilnopravnih) obogatitvenih zahtevkov dokaj jasna, pa tega ne moremo reči za odvzem, ki ga določa ZOPNI. Ta namreč ureja (za slovensko

* Članek temelji na raziskavi v okviru priprave doktorske disertacije z naslovom Kazenskoprocenčni vidiki odvzema predmetov, protipravne premoženjske koristi in premoženja pod mentorstvom dr. Primoža Gorkiča.

¹ Kazenski zakonik Republike Slovenije (KZ-1, Ur. l. RS, št. 55/08 in nasl.) v prvem odstavku 74. člena kot razlog za odvzem premoženjske koristi navaja, da nihče ne more obdržati premoženjske koristi, ki je bila pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega.

² Predlog zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (PZOPNI), <imss.dz-rs.si/imis/21879193cb3b309d386a.pdf> (20. 11. 2014), str. 3.

³ Določbe 190. člena Obligacijskega zakonika (OZ, Ur. l. RS, št. 83/01 in nasl.) vsebujejo splošno pravilo v primeru neupravičene obogatitve, ki nalaga tistemu, ki je bil brez pravnega temelja obogaten na škodo drugega, da prejeta vrne, če je to mogoče, oziroma da nadomesti vrednost dosežene koristi. Kot obogatitev se šteje tudi pridobitev koristi s storitvijo. Na podlagi tretjega odstavka pa obveznost vrnitve oziroma nadomestitve vrednosti nastane tudi, če kolo nekaj prejme na podlagi, ki se ni uresničila ali je pozneje odpadla.

⁴ Ur. l. RS, št. 91/11 in 25/14.

pravno ureditev) novo obliko posega v lastninsko pravico posameznika. Namen tega posega, ki je jasno izražen v 2. členu, je zaščita gospodarske, socialne in ekološke funkcije lastnine. Ustava Republike Slovenije (URS)⁵ v drugem poglavju določa človekove pravice in temeljne svoboščine, ki gredo slehernemu posamezniku. Med te spada tudi pravica do zasebne lastnine (33. člen URS), na podlagi katere je posamezniku zagotovljena svoboda ravnanja na premoženjskem področju (zlasti na področju materialnih pogojev posameznikovega obstoja, varnosti in razvoja njegove osebnosti), bistven element te svobode pa je možnost razpolaganja s stvarmi in pravicami, ki so predmet lastnine. Lastninska svoboda zajema več elementov: svobodo pridobivanja lastnine, uživanja lastnine, pravico do prenašanja lastnine in zaupanje v pridobljene pravice.⁶ Vendar pa ta posameznikova pravica ni neomejena. Ne glede na to, da gre za ustavno varovano človekovo pravico, ki se uresničuje neposredno na podlagi ustave, jo je dopustno tudi omejiti. Iz tretjega odstavka 15. člena URS med drugim izhaja, da so človekove pravice in temeljne svoboščine omejene s pravicami drugih. Poleg tega URS v tretjem poglavju, v katerem ureja gospodarska in socialna razmerja, v 67. členu pooblašča zakonodajalca za določitev pridobivanja in uživanja lastnine, in sicer tako, da je zagotovljena njena gospodarska, socialna in ekološka funkcija. Navedena ustavna določba, skupaj z določbo tretjega odstavka 15. člena, da so človekove pravice in temeljne svoboščine omejene le s pravicami drugih, je podlaga za dopustnost odvzema premoženja. Zakonodajalec ima torej pooblastilo, da posameznikovo lastninsko pravico deloma omeji. Kje je ta meja, je odvisno od narave stvari, ki je predmet lastnine (oziroma lastninske pravice), ter od tega, kakšne obveznosti je zakonodajalec naložil lastniku v okviru načina uživanja lastnine.⁷ Omejitve lastninske pravice, potrebne za doseg gospodarske, socialne in ekološke funkcije, je zato treba presoјati glede na konkretne okoliščine. Vendar pa načelno velja, da bolj ko je pri določeni vrsti stvari poudarjen njen namen za skupnost, večji manevrski prostor ima na razpolago zakonodajalec pri urejanju vsebine lastninske pravice.⁸ Tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije je v eni izmed svojih odločb⁹ navedlo, da načelo pravne države, ki ga določa 2. člen URS, in številne človekove pravice in temeljne svoboščine človeku zagotavljajo svobodo in varnost pred samovoljnimi, nezakonitimi in čezmernimi posegi represivnega aparata države. Oboje je posamezniku zagotovljeno tako dolgo, dokler ta sam ne poseže v pravno zavarovane dobrine drugih posameznikov

⁵ Ur. l. RS, št. 33/91 in nasl.

⁶ L. Šturm, nav. delo, str. 451.

⁷ Odločba US RS, št. U-I-70/04 z dne 15. februarja 2007.

⁸ Prav tam.

⁹ Odločba US RS, št. U-I-296/02 z dne 20. novembra 2003.

ali družbe kot celote na način, ki je prepovedan in inkriminiran s kazenskim zakonom. Navedeno tako navaja na sklep, da je odvzem po ZOPNI legitimen in vsaj na prvi pogled v skladu z ustavo, saj iz 2. člena, ki opredeljuje namen zakona, izhaja, da je namenjen varovanju pridobivanja premoženja na zakonit način ter varovanju gospodarske, socialne in ekološke funkcije lastnine, kar se ustavnopravno gledano šteje za legitimen namen. Nadalje se postavlja vprašanje, pod kakšnimi pogoji je tovrsten poseg v lastninsko pravico legitimen. To pa je odvisno od pravne narave ukrepa, ki je predmet tega prispevka.

S procesom globalizacije in odpravljanjem meja ter vzpostavitvijo svoboščin notranjega trga na ravni Evropske unije so se pojavili tudi negativni vidiki te integracije, ki se med drugim kažejo v krepitvi čezmejnega kriminala¹⁰ in delovanju organiziranih hudodelskih združb, ki »svoje lovke« sočasno stegujejo v različne države z različnimi pravnimi kulturami. Zaradi tega so se klasični kazenskopравни mehanizmi (zlasti odvzem protipravne premoženjske koristi) pokazali za neučinkovite,¹¹ saj je bila onemogočena ali znatno otežena sledljivost »koristi oziroma dobička«, ki so ju storilci pridobili s kaznivim dejanjem, poleg tega pa je v veliki večini primerov (zlasti pri kaznivih dejanjih pranja denarja in neupravičene proizvodnje ali prometa s prepovedanimi drogami, pa tudi pri drugih hujših oblikah kaznivih dejanj, ki so se izvrševala v okviru oziroma pod okriljem hudodelske združbe) prihajalo tudi do t. i. mešanja umazanega (nezakonito oziroma s kaznivim dejanjem ali na njegovi podlagi pridobljenega) in čistega (zakonito pridobljenega) denarja. Ravno zaradi tega so nekatere evropske države (med njimi tudi Slovenija) po zgledu ZDA v svoj pravni red vnesle institut t. i. civilnega odvzema oziroma zasega premoženja, ki se opravi v civilnem (pravdnem) postopku, v katerem veljajo nižji dokazni standardi kot v kazenskem pravu. Prav tako v njem ne veljajo nekatere temeljne domneve, ki sicer v kazenskem postopku pomenijo temelj (poštenega) zakonitega postopka (zlasti domneva nedolžnosti), v zvezi z dokaznim bremenom pa velja obrnjeno dokazno breme, ki breme dokazovanja prelaga z organa pregona na (domnevnega) storilca oziroma drugega upravičenca do premoženja, ki je predmet postopka. Nekatere evropske države so v okviru kazenskih postopkov (zlasti za kazniva dejanja, storjena v hudodelski združbi) uvedle ureditev, ki omogoča odvzem »dobička« (premoženja oziroma premoženjske koristi) neodvisno od storilčeve krivde, kar pomeni, da ni potrebno, da je bil storilec za kaznivo dejanje, iz katerega naj bi izvirал predmet odvzema, tudi

¹⁰ K. Rejec Longar, B. Lobnikar: *Odvzem premoženja nezakonitega izvora v pravu EU*, <www.fvv.uni-mb.si/DV2012/zbornik/kriminalistica_dejavnost/longar_lobnikar.pdf> (20. 11. 2014), str. 1.

¹¹ Prav tam.

obsojen.¹² Posamezne države torej v boju zoper organizirano kriminaliteto oziroma v zvezi z izvrševanjem hujših gospodarskih kaznivih dejanj uporabljajo različne načine, njihov skupni cilj pa je, da se odvzame tisto, kar ni bilo pridobljeno legalno. Storilci tovrstnih kaznivih dejanj, zlasti tistih, pri katerih so »v igri« velike vsote denarja, so namreč postali »imuni« na izrek zapornih kazni, zato te niso več učinkovit mehanizem, ki bi tako storilce same (specialnoproventivni namen) kakor tudi potencialne storilce (generalnoproventivni namen) odvrčal od (ponovnega) izvrševanja kaznivih dejanj. Več jim namreč pomeni denar, do katerega pridejo z izvrševanjem kaznivih dejanj, zato so zanj pripravljeni žrtvovati tudi lastno svobodo, saj vedo, da bodo po prestani kazni lahko uživali »sadove« kaznivih dejanj in si privoščili lagodno in brezskrbno življenje. Zato je treba storilce z ustreznimi (represivnimi) mehanizmi udariti tam, kjer so najbolj občutljivi: po premoženju. Sredstva so namreč glavni motor ukvarjanja s kaznivimi dejanji in večinoma tudi cilj njihovega izvrševanja.¹³ Učinkovit odvzem (protipravno) pridobljenega premoženja je pomembna ovira za kriminalno dejavnost.¹⁴ Tako se storilec in potencialnim storilec pokaže, da se izvrševanje kaznivih dejanj ne izplača.

V tuji pravni literaturi se je že veliko razpravljalo o kazenskem in civilnem odvzemu premoženja. Opravljene so bile številne primerjave obeh po temelju različnih institutov, nasprotniki civilnega odvzema pa so izrekli številne kritike. Mnogi tuji pravni teoretiki namreč menijo, da naj bi bil tudi civilni odvzem po svoji pravni naravi kazenski. Slovenija je s sprejetjem ZOPNI kot ena redkih evropskih držav (če ne celo edina) s kontinentalnim pravnim sistemom v svoj pravni red vpeljala institut civilnega odvzema, ki ima temelje v anglo-ameriškem pravnem sistemu.

V prispevku bom najprej predstavila obe vrsti odvzema, v nadaljevanju pa se bom opredelila do pravne narave odvzema, ki ga ureja ZOPNI. Pri tem mi bodo v pomoč merila, ki so se izoblikovala v sodni praksi Vrhovnega sodišča ZDA in jih je mogoče uporabiti tudi v kontinentalnem pravnem sistemu, v katerega spada slovenska pravna ureditev, ter merila, ki jih je za razmejitev med kazensko in civilno zadevo izoblikovalo Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP). Ugotovitev resnične pravne narave ukrepa, ki ga ureja ZOPNI, je z vidika procesnega prava pomembna zlasti v zvezi z vprašanjem procesnih garancij prizadeti osebi; te so namreč v kazenskem postopku postavljene znatno višje kot v civilnem.

¹² Gre za ukrep, pri katerem se premoženje odvzame ne glede na krivdo storilca (*non-conviction based* ukrep).

¹³ Predlog Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (PZOPNI), <imss.dz-rs.si/imis/21879193cb3b309d386a.pdf> (20. 11. 2014), str. 3.

¹⁴ Prav tam.

2. KAZENSKI ODVZEM

2.1. Splošne značilnosti

Kazenski odvzem je ukrep *in personam* (medtem ko je civilni odvzem ukrep *in rem*, torej se izreče v postopku, ki teče zoper premoženje, in ni vezan na obsojbo storilca, za kar se v tuji pravni literaturi uporablja tudi izraz *non-conviction based* ukrep), osredotoča se na posameznika ali skupino posameznikov, za katere je bilo ugotovljeno, da so storili kaznivo dejanje.¹⁵ Njegova značilnost je tesna povezava s storjenim kaznivim dejanjem, ugotavlja se namreč v istem postopku kot kaznivo dejanje, ki je predmet obtožbe. Naša pravna ureditev pozna več vrst kazenskih odvzemov, ki imajo različno pravno podlago, nekateri so urejeni v kazenskem materialnem zakonu, drugi pa v kazenskem procesnem zakonu. Razlike med posameznimi vrstami se kažejo zlasti v njihovi umestitvi bodisi med kazenske sankcije (odvzem predmetov po določbah KZ-1) bodisi med ukrepe posebne vrste oziroma ukrepe *sui generis* (odvzem protipravne premoženjske koristi in odvzem predmetov po določbi 498. člena ZKP) ter v obligatornosti oziroma fakultativnosti njihovega izreka.

2.2. Vrste kazenskega odvzema

2.2.1. Odvzem predmetov po določbah KZ-1

Odvzem predmetov po določbi 73. člena KZ-1 je kazenski odvzem iz preventivnega razloga in se po svoji pravni naravi šteje za stvarni varnostni ukrep, torej za obliko kazenske sankcije. Ne glede na to pa se (enako kot personalni varnostni ukrepi) izreka zaradi nevarnosti, da storilec ponovno stori kaznivo dejanje, pri čemer nevarnost izhaja iz možnosti, da storilec še naprej razpolaga s tovrstnimi predmeti.¹⁶ Načeloma je ta odvzem fakultativen,¹⁷ kar bi utegnilo navesti na sklep, da je odločitev o njem podvržena izključno le presoji sodnika, ki o zadevi odloča. Da pri njegovi uporabi ne bi bilo prevelikih odstopanj, mora sodišče oblikovati neka merila za odločanje, ali ga izreče ali ne, pri čemer se lahko uporabijo le ugotovitve o večji ali manjši nevarnosti za storilčevo ponavljanje kaznivega dejanja.¹⁸

¹⁵ A. W. Leach, J. G. Malcolm, nav. delo, str. 264.

¹⁶ I. Bele, nav. delo, str. 404–405.

¹⁷ Zakon uporablja besedno zvezo »smejo odvzeti«, kar kaže na fakultativnost tovrstnega odvzema.

¹⁸ I. Bele, nav. delo, str. 405.

2.2.2. Odvzem premoženjske koristi

Institut odvzema protipravne premoženjske koristi je urejen v sedmem poglavju KZ-1. Določba prvega odstavka 74. člena KZ-1 kot razlog za odvzem premoženjske koristi navaja, da nihče ne more obdržati premoženjske koristi, ki je bila pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega. Gre za odziv kazenskega prava na kaznivo dejanje, cilj katerega je med drugim tudi sanirati premoženjsko stanje, ki je nastalo s storitvijo kaznivega dejanja, ter vzpostaviti stanje, kakršno je bilo pred storitvijo kaznivega dejanja.¹⁹ Protipravna premoženjska korist je namreč vsako povečanje storilčevega premoženja, ki ima vzrok v storitvi kaznivega dejanja.²⁰ Tega ukrepa glede na njegovo pravno naravo ni mogoče uvrstiti med kazenske sankcije, saj ne izpolnjuje niti njihovega namena niti njihovih funkcij, temveč se šteje za kazenskopravni ukrep *sui generis*.²¹ Zakon predvideva obvezen odvzem protipravne premoženjske koristi in ga sodišče mora izreči, če ugotovi, da je bila s kaznivim dejanjem pridobljena premoženjska korist, oškodovanec pa ni podal premoženjskopravnega zahtevka. Navedeno kaže na subsidiarno uporabo te vrste kazenskega odvzema, saj je njegova primarna funkcija restitucija škode oškodovancu, ki mu je bila povzročena s kaznivim dejanjem.

2.2.3. Odvzem premoženja po 77.a in 77.b členu KZ-1

Novela KZ-1B²² je uvedla še dve vrsti kazenskega odvzema, in sicer odvzem premoženja zaradi dejanj, storjenih v hudodelski združbi (77.a člen KZ-1), ter odvzem premoženja, pridobljenega v zvezi s kaznivim dejanjem (77.b člen KZ-1). V obeh primerih gre za t. i. razširjeni odvzem, saj je na njegovi podlagi mogoče poseči tudi na premoženjsko korist ali premoženje, ki ne pomeni premoženjske koristi, pridobljene s storitvijo kaznivega dejanja ali zaradi njega, glede kaznivega dejanja, ki je predmet obtožbe, in sicer:

- če se ugotovi, da je pridobljena v okviru kriminalne združbe oziroma da ta s to protipravno pridobljeno premoženjsko koristjo razpolaga (prvi odstavek 77.a člena KZ-1),
- če je storilec storil kaznivo dejanje v hudodelski združbi in sodišče ugotovi, da njegovo premoženje izhaja iz kriminalnih dejavnosti v tej družbi (drugi odstavek 77.a člena KZ-1), oziroma

¹⁹ D. Florjančič, nav. delo, str. 216.

²⁰ I. Bele, nav. delo, str. 512.

²¹ L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 465.

²² Ur. l. RS, št. 50/12.

- če gre za prikrito razpolaganje s premoženjem, pridobljenim v zvezi s kaznivim dejanjem, ki je formalno v lasti druge osebe, ki pa ve oziroma bi morala vedeti, da gre za premoženje s tako lastnostjo (77.b člen KZ-1).

Glede na jezikovno razlago zakonskih določb v zvezi s temi vrstami odvzema je mogoče sklepati, da je tudi v teh primerih odvzem obvezen, saj iz zakonskega besedila izhaja, da se protipravno pridobljena premoženjska korist oziroma premoženje »odvzame«, in ne, da se »sme odvzeti«, kar velja v primeru fakultativnega odvzema.

2.2.4. Odvzem predmetov po določbah 498. člena Zakona o kazenskem postopku (ZKP)²³

Določba 498. člena ZKP ureja naknaden odvzem predmetov (po pravnomočno končanem kazenskem postopku, v katerem obdolženi ni bil spoznan za krivega, po pravnomočno končanem kazenskem postopku, v katerem je obdolženi sicer bil spoznan za krivega, vendar pa v sodbi manjka odločba o odvzemu, oziroma v primerih, ko do kazenskega postopka sploh ni prišlo), ki so bili uporabljeni ali namenjeni za kaznivo dejanje ali so s kaznivim dejanjem nastali (odvzem predmetov po določbah KZ-1). Tudi to je preventivni ukrep, saj je pomembno le, ali gre za predmet, glede katerega je podana nevarnost, da bo ponovno uporabljen za kaznivo dejanje, oziroma njegov odvzem zahtevajo razlogi splošne varnosti ali morale. Vendar pa ta ukrep ni (stvarni) varnostni ukrep, temveč kazenskopravni ukrep posebne vrste. Ker se o odvzemu predmetov na podlagi določbe 498. člena odloča v kazenskem postopku (sicer ne na glavni obravnavi, pa vendarle o njem odloča predsednik senata oziroma sodnik posameznik, ki je kazensko zadevo obravnaval) in ker mora biti za dopustnost tovrstnega odvzema predhodno ugotovljeno, da je bilo storjeno dejanje, ki ima znake kaznivega dejanja (se pravi, da morajo biti ugotovljeni objektivni znaki kaznivega dejanja), ter ker gre za kazenskopravni ukrep posebne vrste, lahko ta ukrep označimo za odvzem *in personam*. Odvzem predmetov se namreč opravi v postopku, ki je tekel zoper določeno osebo, ne glede na to, da do odvzema predmetov pride naknadno in ne z odločbo, s katero sodišče odloča o glavni stvari. Kljub temu pa bi ga lahko šteli v skupino *non-conviction based* ukrepov, saj se za njegovo uporabo ne zahteva, da bi bil storilec obsojen. Ta ugotovitev pa ne daje podlage za izločitev tega ukrepa s področja kazenskopravnih ukrepov, saj zaradi svoje umeščenosti v ZKP in s sklicevanjem na določbe KZ-1 pomeni ukrep kazenskopravne narave, kot je bilo v kazensko-pravni teoriji že večkrat poudarjeno.

²³ Ur. l. RS, št. 63/94 in nasl.

2.2.5. Odvzem denarja in premoženja po določbah 498.a člena ZKP

V skupino kazenskih odvzemov spada tudi odvzem t. i. umazanega denarja oziroma premoženja po določbi 498.a člena ZKP v primerih, ko se kazenski postopek zoper obdolženca ne konča z obsodilno sodbo.²⁴ Ta denar oziroma premoženje nezakonitega izvora izvira iz kaznivih dejanj, ki so izrecno določena v prvem odstavku in spadajo v skupino kaznivih dejanj s področja korupcije in pranja denarja, ki se štejejo za enega najhujših problemov v zadnjih nekaj desetletjih. (Kazensko)pravno naravo tega ukrepa utemeljuje navezava na eno (ali več) prej navedenih kaznivih dejanj, saj je izrecno določeno, da morajo biti dokazani tisti znaki teh kaznivih dejanj, ki kažejo na to, da denar oziroma premoženje izvira iz teh kaznivih dejanj, oziroma na to, da je bila dana ali sprejeta nagrada, darilo, podkupnina oziroma druga premoženjska korist. Ravno ta okoliščina dokazovanja znakov kaznivih dejanj, izrecno določenih v prvem odstavku tega člena, navedeni odvzem uvršča med ukrepe *in personam*. Prav tako pa je mogoče tudi ta ukrep (kot je bilo navedeno že za odvzem predmetov po 498. členu ZKP) iz razloga, ker ni vezan na obsodbo v kazenskem postopku, šteti v skupino *non-conviction based* ukrepov. Pri tem je treba znova opozoriti, da ima kljub tej ugotovitvi še vedno naravo kazenskega ukrepa, čeprav je ukrep *sui generis*.

3. CIVILNI ODVZEM

3.1. Značilnosti

Civilni odvzem je opredeljen kot ukrep *in rem*. Omogoča civilno povračilo sredstev, pridobljenih iz izvrševanja kaznivih dejanj, in odvzem ne glede na obsodbo v kazenskem postopku. Učinkovit je zlasti proti hujšim oblikam kaznivih dejanj in financiranju terorizma. Tu se represija države usmeri na premoženje (*in rem*), in ne na osebo (*in personam*); postopek se torej vodi zoper premoženje (in ne zoper osebo), in to na podlagi pravil civilnega postopka, za katerega veljajo nižji dokazni standardi kot za kazenski postopek.²⁵ Ena njegovih osnovnih značilnosti je, da ni v tako tesni povezavi s storjenim kaznivim dejanjem kot kazenski odvzem, saj se ne zahteva, da bi bila oseba v kazenskem postopku obsojena. Ni namreč treba s stopnjo gotovosti dokazati povezave med nedovoljeno dejavnostjo in premoženjem, ki je predmet odvzema (kar sicer velja za kazenski postopek), da je premoženje dopustno odvzeti kot protipravno premoženjsko korist, temveč zadostuje, da se obstoj take povezave

²⁴ Š. Horvat, nav. delo, str. 1052.

²⁵ Predlog Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (PZOPNI), <imss.dz-rs.si/imis/21879193cb3b309d386a.pdf> (20. 11. 2014), str. 37.

dokaže z nižjo stopnjo verjetnosti, kot se zahteva za obsodbo v kazenskem postopku (preko razumnega dvoma). Civilni odvzem torej predvideva odvzem na podlagi nižjega (civilnega) dokaznega standarda, po pravilih civilnega postopka, v katerem ne veljajo nekatere procesne varovalke, ki so sicer značilne za kazenski postopek in pomenijo temeljne procesne pravice obdolženega, varovane že na podlagi ustave. Med temi je treba omeniti zlasti domnevo nedolžnosti, iz katere izhaja tudi zahteva, da trditveno in dokazno breme v postopku nosi državni tožilec. V postopku, v katerem se odloča o civilnem odvzemu, pa se uporablja civilnopravni institut obrnjenega dokaznega bremena.²⁶ Tega so zaradi uporabe pri dokazovanju obstoja nezakonito pridobljenega premoženja pravni strokovnjaki večkrat kritizirali, prav tako pa je bil tudi že predmet odločanja Evropskega sodišča za človekove pravice,²⁷ ki pa v zvezi z uporabo zakonskih domnev v kazenskem postopku kršitve Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP)²⁸ ni ugotovilo.

3.2. Primerjalnopravna ureditev civilnega odvzema

Navedeni institut v kazenskih zadevah, v katerih se obravnavajo hujša kazniva dejanja, uporabljajo tudi v več evropskih državah s kontinentalnim pravnim redom (npr. v Avstriji, Franciji, Italiji, Švici), v katerih instituta civilnega odvzema, ki bi se opravi na podlagi pravil civilnega postopka in ob uporabi civilnega dokaznega standarda, sicer ne poznajo, temveč se premoženje odvzame v okviru kazenskega postopka na podlagi dokaznega standarda, ki velja v tem postopku. Vendar pa se tudi v teh državah za odvzem ne zahteva, da bi bil storilec za obravnavano kaznivo dejanje obsojen, zato prav tako ne velja, da mora biti premoženje povezano z obsodbo.

Institut civilnega odvzema izvira iz anglo-ameriškega pravnega sistema. Razvil se je v pomorskem pravu na podlagi spoznanja, da v veliko zadevah ni bilo mogoče najti vseh lastnikov določene ladje ali pa je šlo za primere, za katere domače sodišče ni moglo biti pristojno. Na podlagi pomorskih zakonov je bilo

²⁶ Tu se obstoj določenega dejstva, ki ga zatrjuje tožeča stranka, domneva, na toženi stranki pa je, da dokaže dejstva, ki to domnevo izpodbijajo. Uporabo tega instituta predvideva tudi ZOPNI. Določa namreč, da se, potem ko državni tožilec (oziroma tožeča stranka v postopku odločanja o civilnem odvzemu) z določeno stopnjo verjetnosti dokaže obstoj nezakonito pridobljenega premoženja, dokazno breme prevale na obdolženega (oziroma natančneje na toženo stranko). Ta pa mora, če želi, da mu premoženje ne bo odvzeto, dokazati, da je bilo pridobljeno na zakonit način (dokazati mora torej, da je premoženje »nedolžno«).

²⁷ Glej npr. sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v zadevi *Phillips proti Združenemu kraljestvu*.

²⁸ Ur. l. RS, MP, št. 7/94, 33/94.

dovoljeno uvesti postopek zoper ladjo samo in ni bila potrebna obsodba njenega lastnika.²⁹ Tako je bil olajšan odvzem premoženja v primerih, ko lastnik ni bil znan ali ga ni bilo mogoče kazensko preganjati, ker ni bilo znano, kje je. V sodobnem pravu držav, ki poznajo civilni odvzem, obstajajo še druge okoliščine, na podlagi katerih je mogoča uporaba tega instituta.³⁰ Načeloma je v kazenskem postopku mogoče odvzeti premoženjsko korist oziroma premoženje, če se je v postopku ugotovilo, da je bilo storjeno kaznivo dejanje in sta bila premoženjska korist oziroma premoženje v povezavi s storitvijo kaznivega dejanja ter da je storilec kriv.³¹ Če storilec umre pred zaključkom kazenskega postopka, se kazenski postopek, ker gre za postopek *in personam*, s sklepom ustavi in protipravno pridobljene koristi ni mogoče odvzeti, saj je ta povezana z ugotovitvijo obstoja kaznivega dejanja oziroma njegovih objektivnih znakov. Po smrti je mogoč civilni odvzem, ki ni odvisen od obsodbe v kazenskem postopku, ker poteka proti premoženju, in ne proti osebi. Prav tako je mogoč civilni odvzem v primerih, ko je storilec na begu, zato kazenski pregon v njegovi nenavzočnosti ni mogoč, vendar ima premoženje, za katero se domneva, da ni bilo pridobljeno na zakonit način. Storilec lahko odvzem premoženja v takem primeru prepreči le, če se je pripravljen soočiti s kazenskim pregonom, saj mora v postopku civilnega odvzema na podlagi obrnjenega dokaznega bremena navajati dejstva in predlagati dokaze, da je bilo premoženje pridobljeno na zakonit način, s tem pa organom kazenskega pregona omogoči prijetje in izvedbo kazenskega postopka.

Ne glede na vse opisane prednosti postopka civilnega odvzema se večina evropskih držav še vedno trdno oklepa kazenskega odvzema in v njegovem okviru širi nabor ukrepov, na podlagi katerih je mogoče poseči na premoženje, ki izvira iz storitve hujših kaznivih dejanj, zlasti tistih s področja organizirane in gospodarske kriminalitete. Tako Slovenija v Evropi glede uporabe instituta civilnega odvzema (za zdaj) ostaja v osami.

²⁹ Glej odločbo Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Palmyra* (1827).

³⁰ Tu navajam zgolj tiste okoliščine, na katere je mogoče navezovati ta civilni institut v slovenskem pravnem redu oziroma v kontinentalnem pravnem redu; več o okoliščinah oziroma o prednostih civilnega odvzema v ameriškem zveznem pravu v S. Cassella, nav. delo, str. 100–101.

³¹ To v zvezi z odvzemom premoženjske koristi velja le za tistega storilca, ki mu je bila izrečena obsodilna sodba, ne pa tudi za neprištevne storilce, ki se jim se izreče varnostni ukrep; premoženjska korist se skladno s 503. členom ZKP odvzame tudi s sklepom, v katerem se izreče varnostni ukrep, oziroma s sklepom, v katerem se izreče vzgojni ukrep, saj je njen odvzem obligatoren.

4. KAZENSKI ALI CIVILNI ODVZEM?

V prejšnjih dveh poglavjih so bile predstavljene bistvene značilnosti obeh vrst odvzema. Ker se za kazenski odvzem zahtevata povezava s kaznivim dejanjem in uporaba kazenskega dokaznega standarda, civilni odvzem pa je manj strog – glede ugotovitve obstoja premoženja, ki ni bilo pridobljeno na zakonit način, dopušča uporabo nižjega dokaznega standarda, poleg tega mora v postopku civilnega odvzema obdolženi dokazati (če se želi izogniti odvzemu), da je svoje premoženje pridobil zakonito –, bi lahko prišli do zaključka, da ukrepa nimata nič skupnega. Ne glede na njuni različni pravni naravi pa je vseeno mogoče najti stične točke oziroma podobnosti.

V nadaljevanju bodo predstavljena merila, izoblikovana v ameriški sodni praksi in v praksi ESČP, ki se uporabljajo za razmejitve kazenskopravnih od civilnopravnih zadev. Navedena merila mi bodo omogočila ugotovitev podobnosti in razlik med kazenskim in civilnim odvzemom ter analizo pravne narave odvzema po ZOPNI, glede katere so mnenja v pravni stroki različna.

4.1. Merila za razmejitve kazenskega in civilnega odvzema

Pravo mora velikokrat potegniti črto med ravnanjem, ki pomeni civilno kršitev, in ravnanjem, ki pomeni kršitev v kazenskem pomenu. Ta črta pa lahko postane nejasna in lahko pride do tega, da ima določeno ravnanje tako kazenske kakor tudi civilne posledice.³²

Kako je torej mogoče ugotoviti, ali ima odvzem premoženja ob odsotnosti obsojbe za kaznivo dejanje naravo kazenskega ali civilnega odvzema? Odgovore na to je dalo Vrhovno sodišče ZDA v zadevah *Kennedy proti Mendoza-Martinez*³³ in *ZDA proti Ward*.³⁴ Obe določata razmejitvene kriterije, na podlagi katerih je mogoče ugotoviti, ali je določen zakonski ukrep po svoji naravi kazenski ali civilni.³⁵

S tem vprašanjem se je ukvarjalo tudi ESČP v zadevi *Engel in drugi proti Nizozemski*.³⁶ V njej je opisalo tristopenjski test, ki ga sodišče uporabi pri odloča-

³² A. Davidson Gray, nav. delo, str. 50.

³³ Sodba Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Kennedy proti Mendoza-Martinez* (1963).

³⁴ Sodba Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *ZDA proti Ward* (1980).

³⁵ Navedena merila so kljub dejstvu, da imata pravna sistema popolnoma različna temelja, uporabna tudi v slovenski pravni ureditvi, saj je civilni odvzem, kot ga pozna ZOPNI, po bistvenih značilnostih zelo podoben civilnemu odvzemu v ZDA, poleg tega pa od tam segajo tudi korenine tovrstnega odvzema (če zanemarimo institut deodanda, ki ga v pravni literaturi radi navajajo kot najstarejšo obliko odvzema po *common law*, vendar ga ameriško pravo ni nikoli prevzelo).

³⁶ Sodba ESČP v zadevi *Engel in drugi proti Nizozemski* z dne 8. junija 1976.

nju o tem, ali gre za kazensko ali civilno zadevo. Navedena zadeva je postala mejnik za razmejitev med civilnim in kazenskim postopkom. ESČP se na tri-stopenjski test iz te zadeve sklicuje v večini primerov, ko gre za uporabo zadeve kazenske narave.³⁷ Nanj se je v eni svojih nedavnih odločb sklicevalo tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije.³⁸

4.1.1. Merila za razmejitev kazenskopravnih od civilnopravnih ukrepov, ki so se izoblikovala v zadevi *ZDA proti Ward* (t. i. Wardov test)

V zadevi *ZDA proti Ward* je Vrhovno sodišče ZDA opisalo dvostopenjski test, na podlagi katerega se ukrepi civilne narave razmejujejo od ukrepov kazenske narave. Navedene kriterije so nato pri odločanju v zvezi s pravno naravo ukrepa uporabila številna ameriška zvezna sodišča.

4.1.1.1. Prva stopnja Wardovega testa: ugotovitev namena zakonodajalca glede pravne narave ukrepa

Na tej stopnji mora sodišče ugotoviti, kakšen je bil zakonodajalčev namen glede pravne narave ukrepa. Ta je lahko razviden že iz naslova zakona. Če v njem ni izrecno navedena beseda oziroma besedna zveza, ki bi kazala na kazensko naravo ukrepa, je mogoče sklepati, da je v zakonu urejen ukrep civilnopravne narave. Vendar pa sam naslov zakona še ni zanesljiv kazalnik resnične pravne narave; treba je namreč tudi preveriti, ali je v zakonu uporabljena terminologija, značilna za kazenski postopek,³⁹ ali pa gre za pravne termine, ki se uporabljajo v civilnem postopku. Ne nazadnje je na pravno naravo ukrepa mogoče sklepati tudi na podlagi tega, ali je urejen v kazenskopravnem zakonu (v tem primeru bi ukrepu lažje pripisali kazenskopravno naravo) ali ločeno v posebnem zakonu (v tem primeru bi morali k presoji pravne narave ukrepa pritegniti prej navedena dejavnika, in sicer naslov zakona ter pravno terminologijo, ki je v njem uporabljena). Če se na tej stopnji ugotovi, da je bil zakonodajalčev namen uveljaviti ukrep civilnopravne narave, je mogoče preiti na drugo stopnjo Wardovega testa, na kateri se ugotavlja, ali je zakonska ureditev ukrepa tako po namenu kot po učinku kazenskopravne narave, tako da s tem zanika zakonodajalčev namen glede pravne narave ukrepa.

³⁷ Predlog Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (PZOPNI), <imss.dz-rs.si/imis/21879193cb3b309d386a.pdf> (20. 11. 2014), str. 13.

³⁸ Odločba US RS, št. U-I-24/10 z dne 19. aprila 2012.

³⁹ Besede, kot so npr. »kriv«, »kaznivo dejanje«, »obsodba« itd. v povezavi z ukrepom, katerega pravna narava se presoja, lahko kažejo na njegovo kazenskopravno naravo.

4.1.1.2. Druga stopnja Wardovega testa: ugotovitev namena in učinka ukrepa

Druga stopnja Wardovega testa,⁴⁰ do katere pride, če se na prvi stopnji ugotovi, da je ukrep civilne narave, se osredotoča na namen in učinek ukrepa, katerega pravna narava se presoja. Na tej stopnji sodišče na podlagi sedmih meril, ki bodo predstavljena v nadaljevanju, ugotavlja, ali ima ukrep kaznovalno ali regulativno (civilno) naravo.

4.1.1.2.1. Sankcija/ukrep vsebuje pozitivno nezmožnost ali prisilo oziroma omejevanje

Na podlagi tega kriterija je mogoče ukrep šteti za kazenskopравни, če na posameznika učinkuje kot prisila oziroma omejevanje katere izmed njegovih pravic. Kljub temu pa resne socialne in ekonomske okoliščine za posameznika, ki ga zadeva ukrep, ne pomenijo nujno, da je na ukrep treba gledati kot na kazen.⁴¹ V zvezi s tem kriterijem so sodišča že odločila, da je dejstvo, da se ukrep šteje oziroma doživlja kot kazen, nepomembno za določitev njegove pravne narave.⁴² Ne glede na to, da učinek ukrepa na posameznika pri določitvi njegove pravne narave ni odločilen, pa je vendarle pomemben kriterij v povezavi z drugimi kriteriji in lahko pripelje do tega, da pravna narava ukrepa ni več civilna, temveč kazenska.

4.1.1.2.2. Sankcija/ukrep se je že zgodovinsko gledano štela za kazen

To merilo omogoča ugotovitev pravne narave ukrepa na podlagi zgodovinskega pristopa. Pri tem je treba presojati njegovo uporabo v preteklosti, kar pomeni, da je treba ugotoviti, ali se je že tedaj uporabljal kot kazenskopravno sredstvo.

4.1.1.2.3. Sankcija/ukrep je odvisna od ugotovitve namena oziroma zavesti o protipravnosti

Krivda posameznika je eden temeljnih elementov kaznivega dejanja. Za obstoj kaznivega dejanja in s tem za izrek kazenske sankcije je treba ugotoviti, da je posameznik ravnal krivdno; ugotoviti je torej treba njegovo krivdo. Navedeni kriterij kazenskopravno naravo ukrepa utemeljuje na ugotovitvi namena ozi-

⁴⁰ Ta stopnja predstavlja zgoščeno različico faktorjev, ki določajo, ali ima ukrep kazensko ali civilno naravo, in jih je Vrhovno sodišče ZDA določilo v zadevi *Kennedy proti Mendoza-Martinez* (L. Cambell, nav. delo, str. 447).

⁴¹ Prav tam, str. 448.

⁴² Prav tam.

roma zavesti o protipravnosti. Če je za izrek ukrepa treba predhodno ugotoviti tudi krivdo posameznika, to kaže, da gre za ukrep kazenskopravne narave.

4.1.1.2.4. Sankcija/ukrep vsebuje tradicionalne cilje kaznovanja (retribucija in zastraševanje)

Retribucija oziroma povračilnost je eden temeljnih namenov kazni. S tem se zlo, ki ga je storilec povzročil s kaznivim dejanjem, izravna z zlom, ki ga pomeni kazen. Zastraševanje kot namen kazni pomeni grožnjo, ki jo vsebuje predpisana kazen, ter grožnjo, ki jo obsega izrečena kazen, in naj prispeva k temu, da ljudje ne bi izvrševali kaznivih dejanj.⁴³ Na podlagi tega merila se ugotavlja, ali ukrep vsebuje tradicionalne cilje kaznovanja, se pravi, ali pomeni povračilo za izvršeno kaznivo dejanje ter ali na druge vpliva zastraševalno, torej tako, da ne bi izvrševali kaznivih dejanj.

4.1.1.2.5. Dejanje, za katero se uporabi sankcija/ukrep, je kaznivo dejanje

Na pravno naravo ukrepa lahko kaže tudi sama narava dejanja, za katero se izreka. Če se izreka za kaznivo dejanje, bo najverjetneje šlo za kazenskopravni ukrep. To pa, kot bo razvidno iz analize v nadaljevanju, ne velja absolutno. Nekateri ukrepi ne glede na to, da za njihov izrek ni potrebna obsodba za kaznivo dejanje, zahtevajo vzpostavitev povezave s kaznivim dejanjem, vendar na ravni nižjega (civilnega) dokaznega standarda; zgolj zaradi povezave s kaznivim dejanjem (ki ni dokazano preko razumnega dvoma) pa jih ni mogoče apriorno šteti za kazenskopravne ukrepe. To merilo je lahko le kazalnik kazenskopravne narave ukrepa, pri presoji pa ne more biti odločilno.

4.1.1.2.6. Obstoj alternativnega (nekažnovalnega) namena, s katerim je lahko sankcija/ukrep razumno povezana

Ukrep ima lahko poleg morebitnega kažnovalnega tudi nekažnovalni namen. Na podlagi tega kriterija je mogoče ukrep, ki ima sicer kažnovalni namen, kljub temu šteti za civilnopravne, če se ugotovi, da obstaja tudi alternativni namen, ki pa nima kažnovalne narave, s katerim je ta ukrep povezan.

4.1.1.2.7. Ali se sankcija/ukrep v zvezi s tem alternativnim (nekažnovalnim) namenom zdi pretirana

To merilo je logično povezano s predhodnim, saj se tu ob ugotovitvi morebitnega (nekažnovalnega) namena presoja, ali je ukrep pretiran glede na morebiten alternativni nekažnovalni namen.

⁴³ L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 384.

4.1.2. Merila za razmejitev kazenskih od civilnih zadev, ki so se izoblikovala v zadevi Engel in drugi proti Nizozemski (t. i. Englov test)

Evropska konvencija o človekovih pravicah (EKČP) ne definira pojma kazenskega postopka. Zato je ESČP v sodni praksi izoblikovalo smernice glede vsebine kazenskopravne zaščite konvencijskih določb. Izhodišče je osrednji, vendar abstraktni pojem obtožbe (angl. *criminal charge*).⁴⁴ Glede na abstraktno naravo tega pojma je zato treba ugotoviti, kaj obtožba zajema. Za ugotovitev, da gre za »obtožbo«, so odločilni trije kriteriji, ki jih je ESČP opisalo v okviru tristopenjskega testa v zadevi *Engel in drugi proti Nizozemski*, sodišče pa jih uporabi pri odločanju o tem, ali gre za kazensko ali civilno zadevo. Na podlagi tega testa je treba ugotoviti, kakšna je klasifikacija zadeve po nacionalnem pravu (kazenska ali civilna), naravo dejanja oziroma kršitve (pri tem teža dejanja ni odločilnega pomena) ter naravo in težo sankcije, ki bi bila lahko izrečena storilcu (zagrožena kazen), pri čemer ni nujno, da sta drugi in tretji kriterij izpolnjena kumulativno.⁴⁵ Za obtožbo gre, če je mogoče bodisi naravo kršitve bodisi predvideno sankcijo po naravi in teži uvrstiti v kazenskopravno sfero.

4.1.2.1. Klasifikacija zadeve po nacionalnem pravu

To merilo se nanaša na ugotovitev, ali nacionalno pravo uvršča določbo, ki ureja ukrep, na področje kazenskega prava. Vendar pa se ne šteje za odločilno, temveč pomeni zgolj izhodiščno točko presoje. Pri presoji kazenskopravne narave ukrepa je torej najprej treba preveriti, ali določba oziroma besedilo, ki opisuje obravnavano kršitev, v nacionalnem pravnem sistemu spada v kazensko pravo, kar je mogoče storiti na podlagi gramatične in sistematične pravne razlage.⁴⁶ Pri tem ima lahko vlogo tudi dejstvo, da je določba v posebnem »kazenskopravnem« delu zakonika oziroma pod naslovom s kazenskopravno vsebino.⁴⁷ Vendar pa je treba poudariti, da samo dejstvo, da je ukrep urejen v kazenskem zakoniku, za sklepanje o njegovi kazenskopravni naravi ne zadošča. Če zadeve (kršitve/postopka/ukrepa) na podlagi tega kriterija ni mogoče šteti za kazenskopravno, se njena pravna narava presoja na podlagi drugega in tretjega kriterija; za ugotovitev kazenskopravne narave pa, kot je že bilo navedeno, ni pomembno, da sta izpolnjena kumulativno.

⁴⁴ R. Esser, nav. delo, str. 52.

⁴⁵ Načeloma sta drugi in tretji kriterij podana alternativno. Kumulativen pristop obeh kriterijev se uporabi, če analiza vsakega izmed njiju sama zase ne omogoča jasnega zaključka glede obstoja obtožbe.

⁴⁶ R. Esser, nav. delo, str. 57.

⁴⁷ Prav tam.

4.1.2.2. Narava dejanja oziroma kršitve

V okviru tega merila se upoštevajo trije vidiki,⁴⁸ ki se presojujejo kot celota. Najprej je treba preučiti krog naslovnikov pravila, ki določa sankcijo za neko kršitev. Če se pri tem ugotovi, da se to pravilo nanaša na vsakogar, in ne le na omenjeno skupino s posebnim statusom, je to lahko znak, da ima sankcija kazenskopravno naravo.⁴⁹

Drugi vidik je namen zagrožene sankcije. Če je namen le povrnitev premoženjske škode, njena pravna narava ni kazenska.⁵⁰ Če sta namen sankcije represija in prevenција, pa gre za kazenskopravni ukrep. Iz sodne prakse ESČP ne izhaja, kaj se razume pod pojmom represija. Navadno se pod tem pojmom razume prisila, ki naj bi krivdno storjeno pravico odtehtala (medtem ko je namen restitucije vzpostavitev stanja, ki je obstajalo pred povzročitvijo škode).⁵¹ Prav tako tudi vsaka sankcija oziroma ukrep z zastraševalnim učinkom ni kazenskopravne narave. Splošno velja, da namen kazenske sankcije presega enostavno odvracanje in obsega družbeno neodobravanje oziroma negativno vrednostno sodbo.⁵² Nasprotno je pri sankcijah oziroma ukrepih, ki niso kazenskopravne narave, čeprav se izrečejo za naklepno ali malomarnostno ravnanje (krivdno ravnanje), očitek krivde lahko sicer potrebna predpostavka, vendar pa navadno ne pomeni končnega namena sankcije oziroma ukrepa.^{53, 54} Tako je torej represivni namen oziroma prevenčijo ukrepa treba presojati glede na to, ali dejanje oziroma kršitev obsega tudi negativno vrednostno sodbo. Če ta element ni izpolnjen, o kazenskopravni naravi sankcije oziroma ukrepa ne moremo govoriti.

⁴⁸ Te tri vidike je pri svoji odločitvi v zadevi *Bandeneoun proti Franciji*, z dne 24. februarja 1994, poudarilo tudi ESČP.

⁴⁹ Sodbi ESČP v zadevi *Öztürk proti Nemčiji*, z dne 21. februarja 1984, in *Lauko proti Slovaški*, z dne 2. septembra 1998.

⁵⁰ Sodba ESČP v zadevi *Jussila proti Finski*, z dne 23. novembra 2006.

⁵¹ Točka 58 sklepnih predlogov generalne pravobranilke Juliane Kokott, predstavljenih dne 15. decembra 2011, v zadevi *Lukasz Marcin Bonda*, <curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=116723&doclang=SL> (20. 11. 2014).

⁵² Točka 11 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Francisa G. Jacobsa, predstavljenih dne 3. junija 1992, v zadevi *Nemčija proti Komisiji*, <curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97447&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=382411> (20. 11. 2014).

⁵³ Prav tam.

⁵⁴ V primeru povračila škode za naklepno ali malomarnostno ravnanje je npr. namen sankcije oziroma ukrepa povrnitev škode oškodovancu, po možnosti pa tudi zastraševalni učinek na povzročitelja škode, ne pa, da se ta označi kot storilec kaznivega dejanja, čeprav je pred izrekom sankcije oziroma ukrepa morda treba ugotoviti krivdo. (Prav tam.)

Nato je treba ugotoviti, ali je sankcioniranje kršitve namenjeno pravnemu varstvu dobrin, katerih varstvo je navadno zagotovljeno z določbami kazenskega prava. Če je ukrep izrečen na podlagi splošnega pravnega pravila, namen katerega sta tako zastraševanje kakor tudi kaznovanje, gre za kazenskopravni ukrep.

4.1.2.3. Narava in teža zagrožene sankcije

Pri presoji na podlagi tega merila je bistveno, da se ugotovi, ali ima sankcija oziroma ukrep, ki grozi posamezniku v primeru kršitve, zanj zadosten pomen, da bi jo/ga bilo mogoče uvrstiti med sankcije oziroma ukrepe kazenskopravne narave. Pri tem se ne upošteva sankcija, ki bo v konkretnem primeru najverjetneje izrečena, temveč kazen, zagrožena v najslabšem primeru.⁵⁵ Med sankcije kazenskopravne narave se v okviru tega merila prištevajo zlasti prostostne kazni, razen če posameznik zaradi njihove narave ali trajanja oziroma narave in načina izvršitve ni na slabšem oziroma v bolj neugodnem položaju. Problemi v zvezi z ugotavljanjem obstoja »obtožbe« nastanejo zlasti pri ukrepih z ekonomskim učinkom za posameznika. Tudi ti imajo lahko kazenskopravno naravo, če je z njimi izpolnjen namen kaznovanja in so bili izrečeni z namenom preprečitve ponovne kršitve.

5. ALI IMA ODVZEM PO ZOPNI KAZENSKO ALI CIVILNO NARAVO

5.1. Analiza odvzema na podlagi kriterijev iz zadeve Ward

5.1.1. Ugotovitev namena zakonodajalca glede pravne narave ukrepa

Kot je bilo že navedeno, je test, ki ga je uporabilo ameriško Vrhovno sodišče v zadevi *ZDA proti Ward*, dvostopenjski. Prva stopnja obsega ugotovitev zakonodajalčevega namena glede pravne narave ukrepa. Naš zakonodajalec je z odločitvijo, da ukrep, ki ga je poimenoval odvzem premoženja nezakonitega izvora, uredi v posebnem zakonu, jasno izrazil namen, da se tovrsten ukrep ne šteje za kazenskega. Tudi iz naslova zakona ni razvidna kazenska narava, saj je zakonodajalec z nobeno besedo oziroma besedno zvezo ne razkrije. Nasprotno, ukrep opredeljuje kot odvzem premoženja nezakonitega izvora, kar pomeni, da gre za premoženje, ki ni bilo pridobljeno zakonito, torej v nasprotju z določbami zakona, ne navede pa, v nasprotju s katerim zakonom. Ne nazadnje pa kazenski namen ni zaznan niti v samem zakonskem jeziku oziroma besedilu, saj v delu, ki ureja postopek odvzema premoženja, ki sledi finančni preiskavi, ni besed, kot

⁵⁵ R. Esser, nav. delo, str. 61.

so kriv, kaznivo dejanje ali obsodba, temveč se uporablja terminologija, značilna za civilni postopek. Zato je na podlagi teh ugotovitev mogoče skleniti, da je odvzem, ki ga ureja ZOPNI, ukrep civilne narave, in nato preiti na naslednjo stopnjo ugotavljanja resnične pravne narave tega ukrepa.

5.1.2. Ugotavljanje pravne narave ukrepa na podlagi spodnjih kriterijev

5.1.2.1. Ukrep deluje kot prisila ali omejevanje

ZOPNI ureja ukrep, s katerim se osebi odvzame premoženje, za katero se na podlagi vložene tožbe v pravnem postopku ugotovi, da ni bilo pridobljeno na zakonit način. Ta ukrep že po definiciji vsebuje nezmožnost in omejevanje; osebi onemogoča razpolaganje s premoženjem, kar posameznika prizadene zlasti na ekonomskem področju. Vendar pa kljub temu ni nujno, da se zaradi tega šteje kot kazen, prav tako pa tudi ni nujno, da se šteje za kazenskopravni ukrep, čeprav ga posameznik doživlja kot kazen. Nedvomno tisti, ki se mu na podlagi ZOPNI odvzame premoženje, tak poseg v svojo lastninsko pravico dojema kot kazen. Toda pri tem ni pomembno, kako na ukrep gleda prizadeta oseba, temveč, kako na takšen ukrep gledajo drugi ljudje, ki premoženje pridobivajo na zakonit, pošten način. Tem se takšen ukrep zagotovo zdi zlasti restitucijski, saj odpravlja stanje, ki je obstajalo pred nezakonito pridobitvijo premoženja, in družbi vrača to, kar si je posameznik nezakonito pridobil. Če torej na obravnavano merilo gledamo zgolj z vidika jezikovne razlage, bi se odvzem po ZOPNI štel za kazenskopravnega. Menim pa, da je treba pravno naravo odvzema, ki ga ureja ZOPNI, v okviru tega merila presoјati širše, na podlagi logične razlage. Ker se s tem ukrepom odvzame premoženje, ki ni bilo pridobljeno na zakonit način, na njem posameznik ni mogel veljavno pridobiti lastninske pravice, zato ukrep nanj ne more delovati prisilno oziroma ne pomeni omejitve, kajti posamezniku ni mogoče omejiti nečesa, kar mu ne pripada.⁵⁶ Glede na navedeno menim, da ta kriterij pri odvzemu po ZOPNI ni izpolnjen, kar kaže na njegovo civilnopravno naravo.

5.1.2.2. Ukrep se je že zgodovinsko gledano štel za kazen

Slovenska pravna ureditev je do sprejema ZOPNI poznala zgolj odvzem predmetov in protipravne premoženjske koristi v okviru kazenskega postopka. Vendar pa, kot je že bilo povedano, navedenih ukrepov v nobenem primeru ni štela za kazen. Zlasti premoženjska korist, pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, se šteje kot kazenskopravni ukrep posebne vrste, katerega namen je v prvi vrsti restitucijski, saj se z njim skuša v največji možni meri vzpostaviti

⁵⁶ Več o tem, kdaj gre za represivno oziroma prisilno naravo ukrepa, glej v razdelkih 4.1.2.2 in 5.2.2.2.

stanje, kakršno je bilo pred storitvijo kaznivega dejanja. Že namen tega ukrepa kaže na povezavo s civilnim pravom, saj je restitucijski oziroma vrnitveni zahtevek eden izmed civilnopravnih zahtevkov. V zvezi z navedenim tako ni mogoče trditi, da se je odvzem po ZOPNI v preteklosti štel za kazen, kar zani-ka njegovo kazenskopravno naravo.

5.1.2.3. Ukrep je odvisen od ugotovitve namena oziroma zavesti o protipravnosti

Do odvzema premoženja na podlagi ZOPNI lahko pride, če se na podlagi postopka, ki ga ureja ta zakon, ugotovi, da oseba razpolaga s premoženjem, glede katerega ne more dokazati, da je bilo pridobljeno iz zakonitih dohodkov oziroma na zakonit način. Iz zakonskega besedila ni izrecno ali smiselno razvidno, da bi se odvzem pogojeval z ugotovitvijo namena osebe oziroma z njegovo zavestjo o protipravnosti (nezakonitosti). Če osebi, zoper katero je bila na podlagi izvedene finančne preiskave vložena tožba, ki temelji na dejstvih in dokazih, iz katerih izhaja domneva nezakonitosti izvora premoženja, ne uspe dokazati nasprotno, se to premoženje odvzame, ne da bi se pri tem ugotavljalo, ali je vedela, da to premoženje ni bilo pridobljeno na zakonit način. Ta okoliščina je zlasti pomembna v primeru, ko oseba, ki razpolaga s premoženjem, za katero se zatrjuje in dokazuje izvor, ni hkrati tudi storilec kataloškega kaznivega dejanja. Z novelo ZOPNI-A⁵⁷ je namreč odpadlo ugotavljanje subjektivne okoliščine, da je oseba vedela ali bi morala vedeti, da je bilo nanjo preneseno premoženje nezakonitega izvora, kar je izbrisalo še zadnji dvom o tem, ali se za odvzem po ZOPNI zahteva ugotavljanje namena osebe oziroma zavesti o protipravnosti.

5.1.2.4. Ukrep vsebuje tradicionalne cilje kaznovanja (retribucija in zastraševanje)

ZOPNI v prvem odstavku 2. člena določa namen tega ukrepa kot preprečevanje pridobivanja in uporabe premoženja nezakonitega izvora zaradi varstva pridobivanja premoženja na zakonit način ter zaradi zaščite gospodarske, socialne in ekološke funkcije lastnine, ki zagotavlja pridobivanje premoženja v skladu s predpisi. Navedena določba kaže na preventivno-regulativni namen zakona, in ne na represivni namen, ki je značilen za kazenske sankcije. V drugem odstavku pa je določeno, da se ta namen zagotavlja z odvzemom premoženja tistim, ki so ga pridobili na nezakonit način oziroma na katere je bilo preneseno brezplačno ali za plačilo, ki ne ustreza dejanski vrednosti. Ne glede na jasno izraženi namen ukrepa pa je mogoče reči, da vsebuje enega od tradicionalnih ciljev kaznovanja, saj odvzem »zaslužka« iz domnevne kriminalne aktivnosti služi kot generalna

⁵⁷ Ur. l. RS, št. 25/14.

prevencija: potencialne storilce odvrača od storitve kaznivih dejanj, ker vsebuje grožnjo, da bo premoženje, ki ni bilo pridobljeno na zakonit način, odvzeto. Prav tako ukrep služi tudi specialni prevenciji, saj tudi samega storilca zaradi dejstva, da mu je bilo nezakonito pridobljeno premoženje odvzeto, odvrača od ponovitve kaznivega dejanja. Vendar pa glede na jasno izraženi zakonodajalčev namen glede cilja tega zakona menim, da navedeni kriterij ni izpolnjen, ker kljub temu, da prikrito vsebuje tudi tradicionalne cilje kaznovanja, ti niso prevladujoči, temveč je v ospredju že navedeni preventivno-regulativni namen, to pa odvzemu, ki ga ureja ZOPNI, daje civilnopravno naravo.

5.1.2.5. Ravnanje, za katero se uporabi ukrep, je kaznivo dejanje

Postopek finančne preiskave, ki po ZOPNI pomeni začetek postopanja, se začne, če se v predkazenskem oziroma kazenskem postopku izkažejo razlogi za sum, da je bilo storjeno kataloško kaznivo dejanje ter da posamezne osebe razpolagajo s premoženjem nezakonitega izvora. Iz navedenega je mogoče sklepati, da mora biti ravnanje, na katero se nanaša postopek odvzema, kaznivo dejanje. Povod za odreditev finančne preiskave in s tem za začetek postopka je ravno ugotovitev storitve kataloškega kaznivega dejanja, ki pa je šele na ravni razlogov za sum, kar pomeni najnižji kazenski dokazni standard. Poleg tega je bil ZOPNI sprejet predvsem z namenom boja proti najhujšim kaznivim dejanjem v okviru organizirane in gospodarske kriminalitete, kar tudi kaže, da se odvzem uporabi zaradi ravnanja, ki je kaznivo dejanje. Navedeno bi utegnilo navesti na sklep, da je to merilo pri odvzemu po ZOPNI izpolnjeno. Vendar pa sama ta kriterij razmejitev razumem tako, da mora biti, da se ukrep šteje za kazenskopravni ukrep, v konkretnem primeru (v postopku, v katerem se odloča o uporabi oziroma izreku ukrepa) podano ravnanje (ob uporabi ustreznega kazenskega dokaznega standarda), ki je kaznivo dejanje. Ker se pri odvzemu premoženja po ZOPNI ne ugotavljata obstoj kaznivega dejanja in posameznikova krivda, temveč (ne)zakonitost izvora posameznikovega premoženja, in ker je storitev kataloškega kaznivega dejanja na stopnji najnižjega kazenskega dokaznega standarda zgolj povod za začetek finančne preiskave, v okviru katere se zbirajo podatki o posameznikovem dohodku in premoženju, ki državnemu tožilcu Specializiranega državnega tožilstva omogočajo vložitev tožbe za odvzem premoženja nezakonitega izvora (o katerem pa se odloča v pravnem postopku), menim, da odvzem po ZOPNI tega kriterija ne izpolnjuje in gre tako za civilnopravni ukrep.

5.1.2.6. Obstoj alternativnega (nekaznovalnega) namena

Kot je že bilo omenjeno, je v ZOPNI jasno izražen namen, za katerega je mogoče trditi, da je preventivno-regulativne narave. Odvzem premoženja se

opravi na podlagi predhodno izvedene finančne preiskave, v kateri se zberejo dokazi in podatki, potrebni za odločitev, ali in zoper katere osebe naj se začne postopek za odvzem premoženja nezakonitega izvora, in postopka pred pravnim sodiščem. V tem postopku tožeča stranka (državni tožilec Specializiranega državnega tožilstva) navaja dejstva in predlaga dokaze, s katerimi poskuša sodišče prepričati o utemeljenosti tožbenega zahtevka, se pravi, da gre za premoženje, ki ni bilo pridobljeno na zakonit način. Tožena stranka pa želi z navajanjem dejstev in predlaganjem dokazom izpodbiti pravno domnevo o nezakonitem izvoru premoženja, na katerem tožeča stranka gradi tožbeni zahtev, ter sodišče prepričati o njegovi neutemeljenosti. Tudi na podlagi smiselne razlage drugih določb zakona ni mogoče zaznati kaznovalnega namena. Glede na jasno izraženi namen odvzema premoženja po ZOPNI, kot izhaja iz 2. člena, ki je preventivno-regulativne, ne kaznovalne narave, je tako mogoče trditi, da obstaja alternativni (nekaznovalni) namen, zato je ta kriterij, ki kaže na civilnopravno naravo ukrepa, izpolnjen.

5.1.2.7. Ukrep je pretiran v zvezi z ugotovljenim alternativnim (nekaznovalnim) namenom

To merilo je logično povezano s prejšnjim merilom in presoja na njegovi podlagi pride v poštev le, če se predhodno ugotovi obstoj alternativnega (kaznovalnega) namena. Ker je bilo ugotovljeno, da pri odvzemu premoženja, ki ga ureja ZOPNI, obstaja alternativni (nekaznovalni) namen, se v okviru tega kriterija obravnava vprašanje, ali ni ta ukrep morebiti pretiran (oziroma bolje rečeno nesorazmeren). Ker ZOPNI odvzem premoženja predvideva v primerih kataloških kaznivih dejanj, ki se štejejo za najhujša kazniva dejanja z zagroženimi visokimi zapornimi kaznimi in katerih cilj je predvsem generiranje dobička, težko pa je v kazenskem postopku ugotoviti vse zakonske znake, ki se zahtevajo za obsodbo storilcev, poleg tega pa odvzem varuje gospodarsko, socialno in ekološko funkcijo lastnine, ki so tudi ustavno varovane, po mojem mnenju obravnavani ukrep ni pretiran (nesorazmeren) glede na cilj, ki ga zasleduje. Na podlagi tega je mogoče skleniti, da odvzem, kot je urejen v ZOPNI, tega kriterija ne izpolnjuje, s čimer je potrjena njegova civilnopravna narava.

5.1.2.8. Končna ugotovitev glede pravne narave odvzema, ki ga ureja ZOPNI, na podlagi kriterijev po Wardovem testu

Podrobna analiza ZOPNI na podlagi kriterijev, ki jih vsebuje Wardov test, je pokazala, da je pravna narava odvzema civilna, saj ni bil izpolnjen niti en kriterij, ki bi kazal na kazenskopravno naravo.

5.2. Analiza ZOPNI na podlagi kriterijev iz zadeve *Engel*

5.2.1. Klasifikacija zadeve po nacionalnem pravu

To merilo se, kot je bilo že navedeno, nanaša na ugotovitev, ali nacionalno pravo uvršča določbo v kazensko pravo. Ta ugotovitev pa ni odločilna, temveč pomeni zgolj izhodiščno točko presoje. Ker je zakonodajalec postopek odvzema premoženja nezakonitega izvora uredil zunaj kazenskega postopka, v posebnem zakonu, ki ne vključuje nobene obtožbe zoper obdolženega (oziroma natančneje zoper toženo stranko), je mogoče trditi, da določbe, ki urejajo odvzem po ZOPNI, niso kazenskopravne narave.

5.2.2. Narava dejanja oziroma kršitve

V okviru tega merila je treba presojati tri vidike, ki se presojujejo kot celota, in če dva izmed njih kažeta bodisi na kazenskopravno bodisi na civilnopravno naravo ukrepa, je mogoče zaključiti, da je odvzem premoženja po ZOPNI v okviru tega kriterija mogoče šteti za kazenskopravni oziroma za civilnopravni ukrep.

5.2.2.1. Krog naslovnikov pravila

Analiza ZOPNI glede prvega elementa tega kriterija pokaže, da njegove določbe veljajo za vsakogar, in ne zgolj za posebno skupino ljudi, kar kaže na kazenskopravno naravo ukrepa po ZOPNI.

5.2.2.2. Namen zagrožene sankcije

Določba 2. člena ZOPNI jasno opredeljuje namen odvzema, ki ga ureja obravnavani zakon, in sicer preprečevanje pridobivanja in uporabe premoženja nezakonitega izvora. Navedeno kaže, da namen tega ukrepa ni povračilo nastale škode. Nastala škoda se v obliki protipravno pridobljene premoženjske koristi ugotavlja v (morebitnem) kazenskem postopku zaradi kataloškega kaznivega dejanja, na kar kaže določba 3. točke prvega odstavka 10. člena ZOPNI, ki kot enega izmed pogojev za uvedbo finančne preiskave določa, da premoženje, ki je predmet postopka po ZOPNI, ne pomeni premoženjske koristi, pridobljene s kataloškim kaznivim dejanjem ali zaradi njega. V nadaljevanju se tako presoja preventijska in represivna narava obravnavanega ukrepa. Glede na jasno izraženi namen odvzema premoženja po ZOPNI v navedeni določbi 2. člena je mogoče ugotoviti njegov (že večkrat omenjeni) preventivno-regulativni namen, ki pa ne pomeni značilnosti kazenskih sankcij. Vendar pa je ne glede na to mogoče ugotoviti (tudi ob upoštevanju razlogov, ki so pripeljali do sprejetja ZOPNI, med drugim zlasti učinkovitejšega boja proti novodobni kriminali-

teti, ki obsega najhujša kazniva dejanja s področja organizirane kriminalitete, gospodarskih kaznivih dejanj in korupcije), da obravnavani ukrep prikrito izpolnjuje tudi namena generalne in specialne prevencije kot namena kazensko-pravnih ukrepov, saj se storilcu odvzame nezakonito pridobljeno premoženje, ki bi ga lahko reinvestiral v nadaljnjo kriminalno dejavnost (specialna prevencija), ukrep pa vpliva tudi na druge (potencialne) storilce, da ne bi izvrševali kaznivih dejanj in pridobivali premoženja na nezakonit način. Kljub temu pa sta po mojem mnenju glavni namen ukrepa zaščita pridobivanja lastninske pravice na zakonit način ter s tem varstvo gospodarske, socialne in ekološke funkcije lastnine, kar je zagotovljeno že na ravni Ustave RS, in to mu glede na preventivno-regulativni namen daje naravo civilnopravnega ukrepa. Ugotoviti je mogoče tudi represivni namen tega ukrepa. Odvzem namreč onemogoča nadaljnje razpolaganje s premoženjem in se šteje za prisilo, ki naj bi odtehtala posameznikovo nezakonito pridobivanje premoženja. Ukrepi za zagotovitev namena, izraženega v 2. členu ZOPNI, pa so nujno tudi omejevalni oziroma prisilni. Če se namreč v postopku finančne preiskave zberejo podatki o dohodkih oziroma premoženju, na podlagi katerih nato državni tožilec Specializiranega državnega tožilstva zoper lastnika vloži tožbo za odvzem premoženja nezakonitega izvora ter jo utemeljuje z dejstvi oziroma dokazi, iz katerih izhaja domneva o nezakonitem izvoru premoženja, toženi stranki (lastniku) pa v teku postopka te domneve ne uspe izpodbiti in dokazati, da je premoženje pridobila na zakonit način, se ji to s sodbo odvzame. Tak odvzem po mojem mnenju ne pomeni kazni oziroma nima kazenskopravne narave, saj je le tako mogoče doseči namen iz 2. člena ZOPNI (varstvo pridobivanja premoženja na zakonit način in zaščita gospodarske, socialne in ekološke funkcije lastnine), toženi stranki pa je v teku postopka za odvzem premoženja nezakonitega izvora omogočeno dokazovanje zakonitega izvora premoženja. Kot je že bilo poudarjeno, kazenska sankcija oziroma ukrep poleg povračilnega in preventivnega namena obsega tudi družbeno neodobravanje oziroma negativno vrednostno sodbo. Ker se v postopku za odvzem premoženja po ZOPNI odloča o odvzemu ne glede na krivdo tožene stranke (lastnika tega premoženja) in ta lahko z dejstvi in dokazi izpodbije domnevo nezakonitega izvora premoženja, ni mogoče govoriti o represivni naravi tega ukrepa. Za represivni ukrep, torej za izrek negativne vrednostne sodbe in odtehtanje krivdnega ravnanja, bi šlo, če bi bilo ukrep mogoče izreči ne glede na ravnanje tožene stranke, torej ne glede na to, da je tožena stranka v postopu pred pravnim sodiščem izpodbila domnevo tožeče stranke o nezakonitem izvoru premoženja.⁵⁸ Ker ima ukrep po ZOPNI

⁵⁸ Glede obstoja represivnega namena ukrepa smiselno enako ugotavlja generalna pravobranilka Juliane Kokott v 65. točki sklepnih predlogov z dne 15. decembra 2011 v zadevi *Lukasz Marcin Bonda*, <curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=116723&doclang=SL> (20. 11. 2014).

zgolj preventivno-regulativni namen, ki za kazenskopravne ukrepe ni značilen, temveč je bližje civilnopravnim ukrepom, represivnega namena pa nima, saj se ne izreče, če toženi stranki uspe dokazati, da je bilo odvzeto premoženje pridobljeno zakonito, in ker se poleg tega o njem odloča ne glede na krivdo tožene stranke, po mojem mnenju ta element drugega kriterija pri odvzemu premoženja po ZOPNI ni podan, kar kaže na civilnopravno naravo tega ukrepa.

5.2.2.3. Ugotovitev, ali gre za pravne dobrine, ki so običajno varovane s kazenskopравnimi določbami

V zvezi s tretjim elementom, tj. ali je sankcioniranje kršitve namenjeno varstvu pravnih dobrin, katerih varstvo je običajno zagotovljeno s kazenskopравnimi določbami, pa je mogoče ugotoviti, da gre za pravne dobrine, varovane tako v kazenskem pravu kakor tudi na drugih pravnih področjih (iz določbe 2. člena ZOPNI namreč izhaja, da so pravne dobrine, ki jih varuje ta ukrep, pridobivanja premoženja na zakonit način in gospodarska, socialna in ekološka funkcija lastnine). Zaradi takšne ugotovitve na podlagi tega elementa ni bilo mogoče ugotavljati pravne narave odvzema premoženja.

V zvezi s tem kriterijem Englovega testa ni mogoče z gotovostjo ugotoviti pravne narave odvzema po ZOPNI, saj prvi vidik kaže na njegovo kazenskopравno naravo, drugi na njegovo civilnopravno naravo, tretji element pa ne omogoča ugotavljanja pravne narave ukrepa. Ker na podlagi tega merila ni mogoče ugotoviti, ali ima odvzem po ZOPNI kazenskopравno ali civilnopravno naravo, je treba pri presoji pravne narave kumulativno presojati tudi tretji kriterij Englovega testa, namreč teža sankcije, ki bi lahko bila izrečena storilcu.

5.2.3. Teža sankcije, ki bi lahko bila izrečena storilcu (zagrožena kazen)

Glede na to, da ima ukrep po ZOPNI za posameznika le ekonomski učinek, je treba presojati, ali bi mu ta lahko dal kazenskopравno označbo. Vprašati se moramo, ali se z njim posega v interese prizadetih oseb, ki jih je vredno varovati.⁵⁹ Če je odgovor negativen, ne gre za hudo sankcijo, ki se na podlagi tega testa zahteva za opredelitev ukrepa kot ukrepa kazenskopравne narave.

Nedvomno ukrep posega v posameznikovo lastninsko pravico, ki predstavlja posameznikov interes, ki si zasluži varstvo. Ali je tako tudi, če se ugotovi, da posameznik svoje lastninske pravice ni pridobil zakonito? Menim, da lahko brez dvoma odgovorimo negativno, saj si lastninska pravica, ki je bila

⁵⁹ To v zvezi z razlago tega kriterija ugotavlja tudi generalna pravobranilka Juliane Kokott v sklepnih predlogih z dne 15. decembra 2011 v zadevi *Lukasz Marcin Bonda*, <curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=116723&doclang=SL> (20. 11. 2014), str. 7.

pridobljena na nezakonit način, ne zasluži pravnega varstva. Zato odvzem po ZOPNI na podlagi tretjega kriterija ni ukrep kazenskopravne narave.

5.2.4. Končna analiza pravne narave odvzema premoženja po ZOPNI na podlagi kriterijev v zadevi *Engel*

Na podlagi analize je mogoče utemeljeno zaključiti, da tudi po kriterijih, ki jih je v zadevi *Engel proti Nizozemski* razvilo ESČP, odvzem premoženja po ZOPNI ne pomeni ukrepa kazenskopravne narave, saj je presoja njegove pravne narave ob kumulativnem upoštevanju drugega in tretjega kriterija pokazala, da je civilnopravni ukrep. Na takšno pravno naravo kaže tudi prvi kriterij (klasifikacija zadeve po nacionalnem pravu), ki pa za samo presojo ni odločilen, saj je zgolj izhodišče pri presoji njegove pravne narave. Ta kriterij je tako le dodaten argument za ugotovitev, da je odvzem premoženja, kot ga ureja ZOPNI, civilnopravne (in ne kazenskopravne) narave.

6. SKLEPNO O PODOBNOSTIH IN RAZLIKAH MED KAZENSKIM IN CIVILNIM ODVZEMOM

V drugem in tretjem poglavju so bile predstavljene bistvene značilnosti obeh vrst odvzema, v četrtem poglavju pa merila za razmejitve zadev oziroma ukrepov glede na njihovo bodisi kazenskopravno bodisi civilnopravno naravo, ki so se izoblikovala v ameriški sodni praksi in v sodni praksi ESČP. Na podlagi navedenega prikaza značilnosti obeh institutov ter meril za njuno razmejitev je mogoče med njima ugotoviti razlike, ne glede na različno pravno naravo pa tudi nekatere podobnosti.

6.1. Podobnosti

Kljub njuni različni pravni naravi je pri kazenskem in civilnem odvzemu mogoče najti tudi določene stične točke.⁶⁰ Prvič, tako za kazenski kakor tudi za civilni odvzem se zahteva povezava s kaznivim dejanjem, ki pa pri civilnem odvzemu ni tako tesna kot pri kazenskem, saj se zanj ne zahteva, da bi bila oseba, ki je lastnik odvzetega premoženja, v kazenskem postopku obsojena. Drugič, odvzem v obeh primerih je namenjen generalni in specialni prevenciji

⁶⁰ S. Cassella, nav. delo, str. 100–101. Avtor v svojem prispevku navede le okoliščine, ki bi glede na prikazane značilnosti kazenskega in civilnega odvzema lahko veljale tudi v našem pravnem redu.

(čeprav pri civilnem odvzemu le prikrito).⁶¹ Če namreč storilec ne more obdržati tistega, kar je pridobil s kaznivim dejanjem, ima to lahko učinek na druge ljudi, da ne bodo šli po storilčevih stopinjah. Prav tako pa odvzem (v okviru specialne prevencije) omogoča, da država odvzame storilcem sredstva in ekonomske vire, ki bi jih uporabili za storitev podobnega ali hujšega kaznivega dejanja v prihodnosti. Tretjič, odvzem se uporablja za zaščito družbe in za to, da se ji pokaže, da pravni sistem deluje v njenem interesu.

Navedeno kaže, da imata kazenski in civilni odvzem stične točke zgolj v materialnopravnem smislu. Kaznivo dejanje ter generalna in specialna prevencija kot namena kazni so namreč pojmi materialnega prava.

6.2. Razlike

Primerjava splošnih značilnosti kazenskega in civilnega odvzema, podanih v drugem in tretjem poglavju, in ugotovitev iz prejšnjega razdelka, da imata stične točke v materialnopravnem smislu, kaže na to, da so razlike med njima predvsem procesne. Prvič, poglobljena razlika med institutoma je v tem, kam je usmerjena represija držav – zoper osebo (*in personam*) ali zoper premoženje (*in rem*). V okviru kazenskega odvzema je represija države usmerjena zoper osebo (*in personam*), kar pomeni, da se postopek osredotoča na osebo, za katero je bilo ugotovljeno, da je storila kaznivo dejanje. Pri civilnem odvzemu pa se postopek vodi zoper premoženje (*in rem*). Drugič, razlikujeta se tudi po sami naravi postopka. Kazenski odvzem poteka po pravilih kazenskega postopka, civilni odvzem pa po pravilih civilnega postopka.⁶² Tretjič, kazenski in civilni odvzem se razlikujeta v tem, ali se za njun izrek zahteva obsodba v kazenskem postopku.⁶³ Kazenski odvzem je del izreka sodbe v kazenskem postopku, ki

⁶¹ Več o tem, zakaj se kljub prikritemu obstoju generalno- in specialnopravne namena oziroma tradicionalnih namenov kaznovanja ne šteje za kazenskopravni ukrep, glej v razdelkih 4.1.2.2, 5.1.2.4 in 5.2.2.2.

⁶² Tudi odvzem po ZOPNI poteka na podlagi smiselne uporabe pravil civilnega postopka, kar izhaja iz drugega odstavka 9. člena. Zgolj okoliščina, da se v postopku finančne preiskave, začasnega zavarovanja in začasnega odvzema premoženja nezakonitega izvora smiselno uporabljajo določbe, ki urejajo kazenski postopek, če v ZOPNI ni drugače določeno, ne more biti argument za to, da odvzem premoženja po ZOPNI spada v skupino kazenskih odvzemov.

⁶³ Ta okoliščina sicer v slovenski pravni ureditvi ne pomeni temeljne razlike med institutoma. Obsodba za kaznivo dejanje se prav tako ne zahteva za odvzem denarja in premoženja po določbah 498.a člena ZKP, ki pa je, kot je že bilo navedeno, kazenskopravni ukrep *sui generis*, saj gre zaradi dokazovanja znakov kaznivih dejanj, ki so izrecno določena v prvem odstavku 498.a člena, za ukrep *in personam*, kar je značilnost kazenskopravnega odvzema.

je tekel zoper storilca in v katerem je bil ta spoznan za krivega.⁶⁴ Za civilni odvzem pa se ne zahteva obsodba v kazenskem postopku oziroma sodna preiskava.⁶⁵ Zadostuje namreč, da je podana določena stopnja verjetnosti (ta je nižja od stopnje verjetnosti v kazenskem postopku, da je bilo storjeno kaznivo dejanje in da je bilo premoženje pridobljeno z njegovo storitvijo, da je bilo uporabljeno za njegovo storitev ali pa da je v kakršnikoli drugi povezavi s storitvijo kaznivega dejanja). Četrto, pomembna razlika je tudi glede dokaznega bremena. Medtem ko mora pri kazenskem odvzemu tožilec dokazati, da je s kaznivim dejanjem ali zaradi njega nastala protipravna premoženjska korist, obdolženec pa je lahko popolnoma pasiven, saj ga varuje domneva nedolžnosti, je pri civilnem odvzemu dokazno breme na obdolžencu (toženi stranki): on je namreč tisti, ki mora dokazovati, da je bilo premoženje pridobljeno zakonito.

Na podlagi navedenega prikaza podobnosti in razlik med ukrepoma je mogoče ugotoviti, da imata kazenski in civilni odvzem skupne materialnopravne značilnosti, pri procesnih značilnostih pa se razlikujeta. Zastavlja se vprašanje, ali so za pravno naravo ukrepa odločilne njegove materialnopravne ali procesnopravne značilnosti. Odgovor je mogoče najti na podlagi meril iz zadev *Ward* in *Engel*, ki so bila predstavljena v četrtem poglavju tega prispevka in razmejujejo kazenske zadeve od civilnih. Na podlagi teh meril je mogoče ugotoviti, da gre v obeh primerih za materialnopravna merila, kar navaja na sklep, da so za odločitev o tem, ali gre za kazenski ali civilni odvzem, odločilna zlasti materialnopravna, in ne procesnopravna merila. Glede procesnopravnih meril pa je mogoče ugotoviti, da so odvisna od materialnopravnih, saj se uporabijo šele, ko se zadeva okvalificira bodisi kot kazenska bodisi kot civilna, in kažejo na bistvene postopkovne razlike med institutoma, pri sami presoji njune pravne narave pa ne igrajo nobene vloge.

7. SKLEP

Kazenski in civilni odvzem sta pravna instituta z različno pravno naravo. Postopek kazenskega odvzema teče zoper osebo (*in personam*), za katero je bilo

⁶⁴ Kazenski odvzem po slovenski pravni ureditvi pomeni tudi del izreka sklepa o sodnem opominu, vzgojnem ali varnostnem ukrepu na podlagi 70.a in 70.b člena KZ-1 v primerih, ko gre za stvarni varnostni ukrep odvzema predmetov po 73. členu KZ-1, v primerih odvzema premoženjske koristi (njen odvzem je obligatoren) ter na podlagi 498. člena ZKP, če v odločbi manjka odločba o odvzemu in gre za obligatoren odvzem.

⁶⁵ To velja tudi za slovensko pravno ureditev, saj finančne preiskave po ZOPNI ne moremo enačiti s sodno preiskavo, ker finančno preiskavo odredi državni tožilec, če so podani razlogi za sum, da je bilo storjeno kataloško kaznivo dejanje. Za sodno preiskavo mora biti podan utemeljen sum (torej višji dokazni standard kot pri finančni preiskavi), to preiskavo pa s sklepom uvede preiskovalni sodnik.

ugotovljeno, da je storila kaznivo dejanje. Zanj je značilna tesna povezava s storjenim kaznivim dejanjem, saj se njegova upravičenost ugotavlja v istem postopku kot kaznivo dejanje, ki je predmet obtožnega akta, prav tako pa zanj veljajo dokazni standardi kazenskega postopka. Nasprotno pa postopek civilnopravnega odvzema teče zoper premoženje (*in rem*). Ta vrsta odvzema ni v tako tesni povezavi s storjenim kaznivim dejanjem, saj se zanj ne zahteva obsodba osebe v kazenskem postopku. Tu gre za odvzem na podlagi nižjega (civilnega) dokaznega standarda, po pravilih civilnega postopka, v katerem ne veljajo nekatere procesne varovalke, ki sicer veljajo v kazenskem postopku.

Kljub različni pravni naravi pa imata instituta nekatere stične točke, za katere sem ugotovila, da imajo materialnopravno naravo. Ob analizi kriterijev, ki so se izoblikovali v sodni praksi Vrhovnega sodišča ZDA in ESČP in ki razmejujejo kazenske zadeve od civilnih, sem tudi ugotovila, da so ti večinoma materialnopravni. Na podlagi take ugotovitve je mogoče trditi, da so za razmejitve med kazenskimi in civilnimi zadevami odločilna materialnopravna merila, procesnopravna merila pa so od njih odvisna. Navedeno pomeni, da se procesnopravna merila uporabijo šele, ko se opravi razmejitev med kazenskimi in civilnimi zadevami na podlagi materialnopravnih meril in se zadeva okvalificira bodisi kot kazenska bodisi kot civilna.

Analiza odvzema premoženja nezakonitega izvora, urejenega v ZOPNI, ki sem jo opravila po kriterijih na podlagi zadev *Ward* in *Engel*, za katere sem ugotovila, da so pretežno materialnopravne narave, je pokazala, da odvzem po ZOPNI nima kazenskopravne, temveč civilnopravno naravo. Ta ugotovitev ima, kot je bilo povedano, pomembne posledice na področju kazenskega procesnega prava. Najpomembnejša je gotovo ta, da v postopkih civilnega odvzema ne velja domneva nedolžnosti, ki je sicer eno temeljnih procesnih jamstev v kazenskem postopku in iz katere izhaja tudi zahteva, da trditveno in dokazno breme nosi tožilec. Če za kazenski postopek torej velja, da je lahko obdolženi zaradi dokaznega bremena, ki je na strani državnega tožilca, popolnoma pasiven, pa se popolna pasivnost v postopku civilnega odvzema premoženja »kaznuje« s tem, da država premoženje, za katero je bilo ugotovljeno, da ni bilo pridobljeno na zakonit način, odvzame. Še več: breme dokazovanja, da je bilo premoženje pridobljeno na podlagi zakonitih prihodkov, nosi oseba, ki razpolaga s premoženjem, za katero velja domneva, da ni bilo pridobljeno zakonito. Poleg tega je občutno nižji tudi sam dokazni standard, saj se za uvedbo finančne preiskave (ki pomeni predhodno fazo v postopku odvzema premoženja po ZOPNI, v kateri se ugotavljajo dejstva in zbirajo dokazi, na podlagi katerih se vzpostavi domneva, da gre za nezakonito pridobljeno premoženje) zahtevajo zgolj razlogi za sum, da je bilo storjeno kataloško kaznivo dejanje, kar je najnižji dokazni standard v kazenskem postopku. V postopku pred pravnim sodiščem, ki sledi

postopku finančne preiskave, pa sodišče odloča o (ne)utemeljenosti tožbenega zahtevka na podlagi civilnega dokaznega standarda, ki je nižji od dokaznega standarda, kakršen se v kazenskem postopku zahteva za obsodilno sodbo (onkraj razumnega dvoma). Ena izmed posledic ugotovitve, da je odvzem premoženja po ZOPNI civilni odvzem, se kaže tudi v obdolženčevi pravici do zagovornika. V kazenskem postopku je namreč v določenih primerih predpisana obvezna obramba z zagovornikom (70. člen ZKP), in če si ga obdolženi ne vzame sam, mu je postavljen po uradni dolžnosti. Civilni postopek pa ne predvideva obveznega zastopanja; stranka lahko za zastopanje pooblasti odvetnika, lahko pa v postopku nastopa sama.

ZOPNI je v razmeroma kratkem obdobju, odkar velja, že doživel spremembo, s katero so bile odpravljene nekatere pomanjkljivosti, na katere je opozarjala strokovna javnost, in prestal tudi ustavnopravni preizkus.⁶⁶ Tudi analiza, ki sem jo opravila po kriterijih, izoblikovanih v sodni praksi ESČP, je pokazala, da ima ukrep po ZOPNI civilnopravno naravo. Vendar ta ukrep še vedno buri duhove. V fazi preizkusa so še ena zahteva in dve pobudi, s katerimi se zahteva presoja ustavnosti ZOPNI oziroma njegovih posameznih členov.⁶⁷ Glede na trenutno stanje v naši državi pa bo po mojem mnenju teh pobud še več, dokler sodna praksa (tako na domačih sodiščih kakor tudi na ESČP) ne bo dala jasnega odgovora, ali se odvzem po ZOPNI šteje za kazenskoopravni ali za civilnopravni ukrep.

Literatura

- Ljubo Bavcon in drugi: Kazensko pravo: Splošni del, šesta izdaja. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2012.
- Ivan Bele: Kazenski zakonik s komentarjem, splošni del. GV Založba, Ljubljana 2001.
- Liz Cambel: Theorising asset forfeiture in Ireland, v: *Journal of Criminal Law*, 71 (2007) 5, str. 441–460.
- Stefan G. Cassella: Civil asset recovery: The American experience, v: *European Criminal Law Association's Forum*, (2013) 3, str. 98–103.
- Anthony Davidson Gray: Forfeiture provisions and the criminal/civil divide, v: *New Criminal Law Review*, 15 (2012) 1, str. 32–67.

⁶⁶ Ustavno sodišče RS je z odločbo št. U-I-23/12 odločilo, da ZOPNI ni v neskladju z Ustavo.

⁶⁷ Podatek o tem sem našla na spletni strani Ustavnega sodišča RS, <www.us-rs.si/nere-sene-zadeve/vse-neresene-zadeve/?search=zopni&x=0&y=0> (20. 11. 2014).

- Robert Esser: Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg. De Gruyter Recht, Berlin 2002.
- Damijan Florjančič: Odvzem protipravne premoženjske koristi po veljavni kazenski zakonodaji in nekatera vprašanja o odvzemu premoženja nezakonitega izvora, v: *Pravosodni bilten*, (2011) 2, str. 215–222.
- Jon E. Gordon: Prosecutors who seize too much and the theories they love: Money laundering, facilitation and forfeiture, v: *Duke Law Journal*, 44 (1995) 4, str. 744–776.
- Štefan Horvat: *Zakon o kazenskem postopku s komentarjem*. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Arthur W. Leach, John G. Malcolm: Criminal forfeiture: An appropriate solution to the civil forfeiture debate, v: *Georgia State University Law Review*, 10 (1994) 2, str. 241–295.
- Marc B. Stahl: Asset Forfeiture, Burdens of Proof and the War on Drugs, v: *Journal of Criminal Law and Criminology*, 83 (1992) 2, str. 274–337.

LA CONDITION DES DOMESTIQUES : DE L'ÉPHÉMÈRE ÉMANCIPATION RÉVOLUTIONNAIRE AU RABAISSEMENT NAPOLÉONIEN

Didier Veillon,

*Professeur de la Faculté de Droit et Sciences Sociales,
Université de Poitiers, Université de Poitiers*

Dans son ouvrage *Recherches et considérations sur la population de la France*, publié en 1778, le démographe Jean-Baptiste Moheau écrit : « on peut conjecturer dans l'évaluation de la population de tout le royaume, qu'environ le douzième est dans l'état de domesticité »¹. S'il convient d'envisager cette proportion avec une certaine circonspection dans la mesure où il est très difficile de la vérifier à l'échelle du pays, elle n'en apparaît pas moins plausible au regard des travaux réalisés en certaines villes où les domestiques représentent près de 10 % des habitants. Ainsi à la fin du XVIII^e siècle en compte-t-on 40 à 50 000 à Paris pour peu plus d'un demi-million d'âmes².

Nombreux, les domestiques constituent un groupe social aux contours mal définis ne serait-ce qu'en raison de l'ambiguïté du vocable les désignant. Le mot domestique peut en effet revêtir diverses acceptions dans l'ancienne France. Selon le *Dictionnaire de Trévoux* : « Serviteur ne signifie que ceux qui servent à gages, comme les valets, les laquais, les portiers, etc. *Domestique* comprend tous ceux qui agissent sous un homme, qui composent sa maison, qui demeurent chez lui, ou qui sont censez y demeurer, comme intendants, secrétaires,

¹ P. 115.

² J.-P. Gutton, *Domestiques et serviteurs dans la France de l'ancien régime*, Paris, Aubier, 1981, p. 8.

commis, gens d'affaires ; quelque fois domestique dit encore plus, et s'étend jusqu'à la femme et aux enfans »³.

Au demeurant, l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert donne une définition très voisine quand elle mentionne sous l'article domestique : « Ce terme pris dans un sens très étendu, signifie ceux qui demeurent chez quelqu'un et en même maison ; ainsi dans ce sens tous les officiers du roi et des princes, qu'on appelle commensaux, et ceux des évêques, sont en quelque façon *domestiques* »⁴. Ainsi Jean-Jacques Rousseau qui fut un temps secrétaire de M. de Montaigu, ambassadeur de France à Venise, déclare-t-il à propos de celui-ci : « ... j'ai mangé son pain, comme ses gentilshommes étaient ses domestiques et mangeaient son pain... Mais, s'empresse-t-il de préciser, bien qu'eux et moi fussions ses domestiques, il ne s'ensuit point que nous fussions ses valets »⁵.

Sans occuper nécessairement des fonctions aussi importantes, d'autres personnes sont également susceptibles d'être considérées comme domestiques tout en exerçant des tâches ne possédant aucun caractère vil à l'enseigne d'un aumônier d'une grande maison ou le précepteur y assurant l'éducation des enfants. Pour autant, domestique peut aussi renvoyer à une signification plus étroite et moins prestigieuse comme en témoigne du reste l'*Encyclopédie* quand elle complète la définition citée précédemment en ajoutant : « Mais on n'entend ordinairement par le terme de *domestique*, que des serviteurs. Ceux-ci doivent à leur maître la soumission, le respect et une grande fidélité »⁶. De son côté, le *Répertoire universel* de Guyot, voit dans un domestique « quelqu'un qui reçoit des gages, et demeure dans la maison de la personne qui le paye ». Et de compléter : « Tels sont les valets, laquais, porteurs, etc. »⁷.

Cette énumération, si elle n'est pas exhaustive, n'en laisse pas moins percevoir que les domestiques remplissent des fonctions modestes dans la société du temps : celles dévolues aux personnes de basse extraction. Confinés à des travaux serviles, soumis à la volonté discrétionnaire de maîtres omnipotents, ces gens paraissent avoir de prime abord un sort peu enviable. « Il semble que la domesticité, ce sacrifice volontaire de la liberté par lequel un homme se met dans la dépendance d'un autre, et renonce à sa volonté pour se soumettre à

³ *Dictionnaire universel françois et latin...*, Paris, éd. 1721, t. II, v° *Domestique*, col. 876.

⁴ *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, 1^{ère} éd., Paris, 1751, t. V, v° *Domestique*, p. 29.

⁵ *Correspondance générale* de J.-J. Rousseau, éd. Th. Dufour, Paris, A. Colin, 1931, t. XVI, p. 200.

⁶ *Op. cit.*, p. 29.

⁷ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1784, t. VI, p. 99, v° *Domestique*.

une volonté étrangère, soit le pire de tous les états », constate Jean-Baptiste Moheau, avant de poursuivre : « cependant, dans la réalité, et dans l'ordre actuel, c'est un des plus heureux, des plus favorisés, et où l'homme est le plus assuré de tout ce qui constitue le bien-être physique »⁸.

De fait, sous l'Ancien Régime, la plupart des domestiques jouissent d'une situation relativement avantageuse. Ils ont tout d'abord « l'assurance du vivre et du couvert »⁹ et sont ainsi à l'abri de la disette qui menace régulièrement le petit peuple dont ils sont issus. De surcroît, il est pourvu à leur habillement, lequel peut par exemple prendre la forme d'une livrée. Or ce vêtement, s'il rappelle la dépendance de celui qui le porte vis-à-vis de son maître, atteste également de l'appartenance à une maison au rayonnement de laquelle il contribue¹⁰. Il confère en outre à son possesseur une certaine allure qui contraste singulièrement avec les étoffes grossières dont sont affublés la grande majorité des habitants des villes et des campagnes.

Par ailleurs, les domestiques bénéficient en pratique d'un statut fiscal très avantageux. Logeant chez leur employeur, ils n'ont pas de domicile propre et partant sont exonérés de la taille qui est prélevée par feu c'est-à-dire par foyer. Quant à la capitation, ils y sont certes en théorie assujettis. Mais ce sont les maîtres qui s'en acquittent pour leurs serviteurs, libres à eux d'en déduire le montant sur les gages ce que beaucoup négligent de faire.

Nourris, logés, blanchis, les domestiques possèdent divers avantages en nature. Aussi leurs émoluments, fort modestes il est vrai, permettent-ils cependant à certains d'entre eux d'épargner et de se constituer de la sorte un petit pécule voire un patrimoine sous la forme de quelques meubles ou objets de valeur comme l'attestent les contrats de mariage ou les inventaires après décès¹¹.

Quant à la soumission à l'égard du maître, elle est certes tout à fait réelle comme le confirme le *Répertoire* de Guyot quand il déclare « Si un domestique sort de chez son maître avant l'expiration du temps convenu ; le maître peut l'assigner pour le faire condamner à continuer ses services et aux dommages et intérêts

⁸ *Op. cit.*, p. 113.

⁹ J.-P. Gutton, *op. cit.*, p. 170.

¹⁰ Cf. Petitfrère, *L'oeil du maître. Maîtres et serviteurs de l'époque classique au romantisme*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1986, p. 91 : « D'ailleurs, oser porter la main sur un serviteur revêtu des couleurs d'un Grand est quasiment un acte sacrilège, la livrée faisant du valet le représentant du seigneur aux yeux du monde. L'intendant de Mme de Genlis, pris de querelle un jour avec un de ses laquais, n'osa frapper l'impertinent : « Je sais ce que je dois à la livrée de Mme la Comtesse, lui dit-il ; puisque vous la portez, je ne vous donnerai point de coups de bâton ... » ».

¹¹ J.-P. Gutton, *op. cit.*, p. 194 et s.

que sa sortie a pu occasionner »¹². Mais le même *Répertoire* envisage également une tout autre hypothèse : celle où « les domestiques ne quittent leur maître qu'à cause qu'ils sont maltraités ou qu'il leur refuse les choses nécessaires à la vie ». Or, dans un tel cas de figure, les serviteurs peuvent non seulement prétendre à des dommages et intérêts mais également se voir « payer leurs gages pour le temps qui reste à courir de l'engagement qu'ils ont contracté »¹³.

Les gens de maison s'ils ont des devoirs n'en possèdent pas moins des droits vis-à-vis de leurs employeurs dont ils partagent la vie quotidienne, les habitudes, parfois les confidences, les secrets, voire dans une certaine mesure les opinions. Cet état d'esprit ne sera pas sans conséquences sur l'attitude des révolutionnaires qui se montreront dans un premier temps pour le moins méfiants à l'égard des domestiques auxquels ils refuseront d'accorder des droits politiques. Ceux-ci leur seront seulement reconnus en 1793 et encore de manière éphémère, cette réforme étant abandonnée peu après la chute de Robespierre. Au-delà, la réaction thermidorienne et directoriale sera l'amorce d'un processus de mise en tutelle des domestiques auxquels sera niée pendant longtemps la qualité de citoyen. Quant à leurs droits civils, ils seront également difficilement reconnus tant par la Révolution que par les régimes qui se succéderont au XIX^e siècle.

1. DES DROITS POLITIQUES MÉCONNUS

Rappelons à titre liminaire qu'un tel débat ne concerne évidemment que les domestiques hommes, les femmes étant privées des droits civiques par le fait même de leur sexe et non de leur profession. Au demeurant, en 1789, la question du droit de vote des femmes n'est pas même évoquée à l'Assemblée constituante tant leur éviction de la sphère politique semble évidente¹⁴. Quelques rares voix s'en émeuvent cependant à l'image de Sieyès et de Condorcet. Selon eux, un tel état de choses ne se justifie aucunement par la nature mais par les préjugés attachés à la prétendue fragilité féminine.

Quant aux 800000 domestiques hommes, ils ne sauraient pas davantage prétendre avoir le droit de suffrage. Il y a sur ce point un consensus unanime : pas un seul député ne s'élevant contre une semblable exclusion¹⁵. Sieyès la justifie au contraire observant que le droit de vote ne peut être accordé à « ceux qu'une

¹² *Op. cit.*, p. 100.

¹³ *Ibid.*, p. 101.

¹⁴ P. Rosanvallon, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Éditions Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 1992, p. 130 et s.

¹⁵ *Ibid.*, p. 120 et s.

dépendance servile tient attachés, non à un travail quelconque, mais aux volontés arbitraires d'un maître »¹⁶. Condorcet adopte un point de vue similaire. Aussi, le 27 octobre 1789, l'Assemblée constituante exige-t-elle pour voter de « n'être pas dans un état de domesticité, c'est-à-dire de serviteur à gages ».

Une telle discrimination ne se veut aucunement vexatoire. Il ne s'agit pas pour les députés de fustiger une catégorie sociale, de l'accabler de mépris, de supputer chez ses membres une quelconque infériorité intellectuelle ou culturelle leur interdisant de prendre part à la vie de la cité. Au reste, les domestiques s'ils appartiennent aux couches populaires tant par leurs origines que leur niveau de vie s'en distinguent également sur certains points. Ainsi une proportion non négligeable possède-t-elle un minimum d'instruction : au milieu du XVIII^e siècle, 42 % savent lire et écrire¹⁷. À Lyon, à la fin de l'Ancien Régime, les deux tiers des domestiques de sexe masculin signent leur contrat de mariage¹⁸. Même s'il existe sans nul doute d'importantes disparités au sein de la domesticité, on peut affirmer que le taux d'alphabétisation de ce groupe est nettement supérieur à celui des milieux dont ses membres sont issus.

En vérité, l'exclusion des domestiques de la vie politique est liée à une tout autre considération : ils sont en effet jugés incapables de se forger et partant de formuler une opinion personnelle dans la mesure où la proximité avec leurs maîtres les en empêcherait. Ces derniers exerceraient une telle influence, une telle emprise sur leurs serviteurs qu'ils seraient à même d'avoir de la sorte une espèce de double-vote : exprimant non seulement leur suffrage en leur nom propre mais également par l'entremise de leurs gens.

Au demeurant, cette forme d'ostracisme frappant les domestiques n'est pas propre à la France. Elle possède notamment des précédents dans la pensée libérale et démocratique anglaise dont se réclament nombre de constituants en 1789. Déjà en 1647, les niveleurs ou *levellers*, face à Cromwell et ses partisans favorables à un système censitaire, avaient certes réclamé que le droit de vote fût étendu à tous les citoyens. Ils n'en écartaient pas moins les apprentis,

¹⁶ *Observations sur le rapport du comité de Constitution*, p. 22.

¹⁷ J.-P. Gutton, *op. cit.*, p. 180. – Si l'alphabétisation se développera au XIX^e siècle au sein de ce groupe social, elle n'en restera pas moins encore lacunaire : « On possède bien peu de renseignements sur le niveau réel d'instruction des domestiques : il est impossible d'avoir des certitudes en ce domaine. Vers 1900, on trouvait encore beaucoup d'illettrés, 9 % des hommes (soit 14 000), 13 % des femmes (soit 100 000) ; et encore ces statistiques doivent-elles être inférieures à la réalité... ». P. Guiral, G. Thuillier, *La vie quotidienne des domestiques en France au XIX^e siècle*, Paris, Hachette, 1978, p. 87.

¹⁸ *Ibid.*

les indigents et les domestiques, lesquels étaient par trop dépendants d'autres hommes pour prétendre être associés à la conduite du pays¹⁹.

Cette pensée est aussi celle des révolutionnaires français et les amène presque tout naturellement à priver du droit de vote 800000 domestiques masculins sans que cela ne soulève la moindre protestation, y compris des intéressés eux-mêmes²⁰ ! La chute de la monarchie ne modifie en rien un tel état de choses. 'Au lendemain du 10 août 1792, l'Assemblée législative abolit la distinction entre citoyens actifs et passifs, mais confirme l'exclusion des domestiques des assemblées primaires continuant ainsi à les priver du droit de cité. Toutefois, la constitution montagnarde du 24 juin 1793 se voulant profondément démocratique consacre le suffrage universel masculin dont elle n'entend exclure qu'un petit nombre d'individus : mendiants, vagabonds, faillis, délinquants.

Conformément à cette logique, les domestiques sont dès lors reconnus comme des citoyens à part entière. 'Au demeurant, la Déclaration des droits qui précède la Constitution de l'an I proclame en son article XVIII : « La loi ne reconnaît point de domesticité : il ne peut exister qu'un engagement de soins et de reconnaissance, entre l'homme qui travaille et celui qui l'emploie »²¹. Une telle formulation est très symptomatique de l'attachement des jacobins à l'égalité politique dont Robespierre se faisait déjà le chantre au sein de l'Assemblée constituante n'hésitant pas alors à dénoncer « les monstrueuses différences...

¹⁹ P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 122–123 ; J.-P. Gross, « L'émancipation des domestiques sous la Révolution française », *Républicanismes et droit naturel. Des humanistes aux révolutions des droits de l'homme et du citoyen. L'esprit des Lumières et de la Révolution*, Actes du colloque tenu à l'Université Paris VII Denis Diderot les 5 et 6 juin 2008, M. Belissa, Y. Bosc, Fl. Gauthier (s. dir.), Paris, Éditions Kimé, 2009, p. 177–178.

²⁰ En définitive, le seul sujet qui fait véritablement débat dans les travées de la Constituante concerne la définition du terme domestique dont nous savons qu'il peut à l'époque donner lieu à diverses interprétations. Afin d'en restreindre la portée, le décret du 27 octobre 1789 visait seulement les serviteurs à gages. Mais la notion restait encore trop imprécise. Aussi l'Assemblée constituante, par une instruction du 12 août 1790, voulut exclure nommément certaines professions de l'état de domesticité affirmant : « Les intendants ou régisseurs, les ci-devant feudistes, les secrétaires, les charretiers ou maîtres-valets de labour, employés par les propriétaires, fermiers ou métayers, ne sont point réputés domestiques ou serviteurs à gages, et sont actifs et éligibles, s'ils réunissent d'ailleurs les conditions prescrites. Il en est de même des bibliothécaires, des instituteurs, des compagnons ouvriers, des garçons marchands et des commis aux écritures ». Cette énumération est très révélatrice dans la mesure où y sont mentionnées des activités tant intellectuelles que manuelles laissant apparaître une grande diversité socioculturelle chez ceux qui s'y adonnent. A contrario, les gens de maison sont rangés parmi la domesticité. Ce sont eux que le législateur révolutionnaire entend en effet priver du droit de cité.

²¹ L. Jaume, *Les Déclarations des droits de l'homme (Du débat 1789–1793 au Préambule de 1946)*, Paris, Flammarion, 1989, p. 301.

qui rendent un citoyen actif ou passif [...] suivant les divers degrés de fortune »²².

Dominant dorénavant la Convention après l'élimination des girondins, « l'Incorruptible » et ses amis sont à même d'imposer leurs idées visant à créer une nouvelle société. Dans cette optique, Saint-Just écrit : « La loi ne reconnaît pas de maître entre citoyens »²³. À l'instar des niveleurs anglais du siècle précédent, les jacobins français souhaitent-ils à leur tour abolir le statut de serviteur pour conduire les ex-domestiques à bénéficier des droits politiques ? On pourrait le penser. Au vrai, il ne s'agit pas tant de supprimer la domesticité que d'en émanciper ses membres. À cette fin, le contrat liant les domestiques à leurs patrons s'il implique par essence la subordination des premiers aux seconds ne doit cependant pas traduire une forme d'aliénation mais constituer – selon Saint-Just – « un engagement égal et sacré de l'homme qui travaille et celui qui le paie » ou encore – pour reprendre les termes de la Déclaration des droits de 93 – « un engagement de soins et de reconnaissance » entre preneur et donneur d'emploi²⁴.

La Constitution de l'an I ainsi que la Déclaration qui la précédait devaient être appliquées au retour de la paix ; perspective lointaine pour une jeune République menacée de toutes parts et faisant face à la montée des périls par la Terreur. En définitive, ces textes n'entreront jamais en vigueur. La Constitution de l'an III, préparée par les thermidoriens, enleva de nouveau le droit de vote aux domestiques, ce que confirma celle de l'an VIII.

Finalement, les domestiques devront attendre la révolution de 1848 et la proclamation du suffrage universel pour se voir enfin reconnaître, à l'égal de tous les autres citoyens, la possibilité de participer pleinement à la vie politique de

²² *Œuvres de Maximilien Robespierre*, éd. M. Bouloiseau, G. Lefebvre et A. Soboul, t. VII, *Discours, (2^e partie) janvier-septembre 1791*, Paris, PUF, 1952, p. 162. – Dans ce discours prononcé en avril 1791 devant l'Assemblée nationale, Robespierre fustige ceux ayant établi des conditions de cens en ces termes : « Tous les hommes *nés et domiciliés* en France sont membres de la société politique, qu'on appelle la nation Française ; c'est-à-dire, citoyens Français. [...] Les partisans du système que j'attaque ont eux-mêmes senti cette vérité, puisque, n'osant contester la qualité de citoyen à ceux qu'ils condamnaient à l'exhérédation politique, ils se sont bornés à éluder le principe de l'égalité qu'elle suppose nécessairement, par la distinction de citoyens actifs et de citoyens passifs. Comptant sur la facilité avec laquelle on gouverne les hommes par les mots, ils ont essayé de nous donner le change en publiant, par cette expression nouvelle, la violation la plus manifeste des droits de l'homme ». *Ibid.*

²³ Louis Antoine de Saint-Just, *Œuvres complètes*, éd. critique de A. Kupiec et M. Abensour, Paris, Gallimard, 2004, p. 553–554.

²⁴ J.-P. Gross, *Egalitarisme jacobin et droits de l'homme 1793–1794 (La Grande famille et la Terreur)*, Paris, Arcantères, 2000, p. 329–330.

la nation. Le parti de l'ordre, quoique victorieux dans les urnes, ne tarde cependant pas à remettre en cause le suffrage universel tant il est inquiet des succès électoraux des « Rouges ». Majoritaires à l'Assemblée, les conservateurs font adopter la loi du 31 mai 1850 ayant pour effet de retrancher du corps électoral 30 % des Français : les plus modestes et partant réputés être sensibles aux sirènes du socialisme²⁵. Parmi eux figurent nombre de domestiques souvent incapables de répondre aux conditions de preuve du domicile exigées par le texte.

Le jour même du coup d'État du 2 décembre 1851, Louis-Napoléon Bonaparte, s'empresse d'abroger cette loi par trop impopulaire²⁶. Pour autant, les domestiques n'en continueront pas moins de faire l'objet de certaines discriminations. Ainsi une loi de 1855 empêche ceux « attachés à la personne » de devenir conseillers municipaux. Or une telle disposition sera reconduite dans la célèbre loi municipale du 5 avril 1884 votée par une Troisième République triomphante se faisant fort d'assurer l'égalité de ses citoyens.

Lors de la discussion du texte devant la chambre en juillet 1883, le député républicain Severiano de Hérédia s'offusque d'une telle discrimination à l'encontre des domestiques. « S'ils sont incapables, si vous croyez qu'ils peuvent être influencés, si vous pensez qu'ils sont dans les mains de leurs maîtres, n'en faites pas des électeurs », lance le parlementaire à ses collègues²⁷ ! De son côté, le rapporteur de la loi justifie l'exclusion des domestiques au motif qu'ils « n'ont pas dans leur personne même l'indépendance nécessaire et suffisante pour être reconnus éligibles »²⁸. Sans désapprouver une telle idée, le député Eugène Delattre s'étonne que l'article 32 du texte la formulant vise également les indigents et surtout les individus privés du droit électoral et ceux pourvus d'un casier judiciaire. Considérant un tel amalgame pour le moins choquant, il demande que les pauvres et les domestiques ne soient pas réunis dans la même disposition avec des délinquants²⁹. En vain !

Quelques mois plus tard, en mars 1884, le texte de loi est cette fois débattu devant le Sénat où les domestiques trouvent un nouveau défenseur en la personne du conservateur Dufaux de Gavardie. Après avoir observé que le Pape

²⁵ P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 302 et s.

²⁶ La résistance à la loi du 31 mai 1850 prit notamment la forme d'un vaste mouvement de pétitionnement : voir Fr. Jarrige, « Une »barricade de papiers« : le pétitionnement contre la restriction du suffrage universel masculin en mai 1850 », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 2004, p. 53-70.

²⁷ *Journal officiel, débats parlementaires*, 6 juillet 1883, p. 1600.

²⁸ *Ibid.*, p. 1601.

²⁹ *Ibid.*, p. 1602.

est appelé « *Servus servorum dei*, serviteur des serviteurs de Dieu, domestique des domestiques de Dieu », le sénateur souligne à son tour la contradiction consistant à accorder le droit de vote à des hommes et leur refuser celui d'être éligible³⁰. En outre, Dufaux de Gavardie souligne que la formule « domestique attaché à la personne » ne manquera pas de soulever des difficultés dans la pratique. Et de déclarer que certains maires prendront prétexte de ce motif pour radier un électeur dont le véritable tort serait de ne pas être républicain³¹ !

Est-ce pour se dédouaner par avance d'une telle accusation ? Toujours est-il que la Chambre haute, à majorité républicaine, votera finalement un amendement précisant que les domestiques écartés des conseils municipaux seraient uniquement ceux « exclusivement attachés à la personne ». Maigre consolation pour des gens de maison dont la condition peut être également désavantageuse au regard du droit privé.

2. DES DROITS CIVILS LIMITÉS

N'ayant pas le droit de vote jusqu'en 1848, les domestiques seront longtemps privés de certains droits civils y afférents. Ainsi ne peuvent-ils être jurés, ceux-ci étant tirés au sort sur les listes électorales. De même ne sont-ils pas autorisés à être témoins dans un acte authentique selon l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) dans la mesure où celle-ci implique non seulement d'être français, majeur et mâle mais aussi jouissant des droits civils et ayant l'exercice des droits politiques ou l'aptitude pour les exercer.

Or l'article 5 de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) porte précisément que l'exercice des droits de citoyen français est suspendu par l'état de domestique à gages attaché à la personne ou au ménage. Or une telle disposition n'est-elle pas incompatible avec la Charte du 4 juin 1814 octroyée par Louis XVIII dont l'article 1^{er} proclame tous les Français égaux devant la loi ? D'aucuns l'ont prétendu. Mais une telle interprétation ne sera pas retenue par la jurisprudence comme en témoigne un arrêt de la cour royale de Toulouse du 9 juin 1843 affirmant que l'exclusion frappant les domestiques aux termes de l'article 5 la Constitution de l'an VIII n'avait pas été implicitement abrogée par la Charte de 1814 révisée en 1830³².

La question s'est également posée de savoir si l'article 10 de la loi du 25 ventôse an XI, suivant lequel les domestiques des parties contractantes ne peuvent ser-

³⁰ *Journal officiel, débats parlementaires*, 2 mars 1884, p. 526.

³¹ *Ibid.*

³² D. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, 1860, t. XXXIII, v^o *Obligations*, n^o 3297, p. 740.

vir de témoins était applicable aux testaments et partant que les domestiques du testateur et des légataires étaient incapables ? Sur ce point, à l'exception de Duranton³³, la doctrine répond par la négative se conformant au demeurant à une tradition venant de l'ancien droit. Du reste, Troplong, après avoir invoqué ce précédent historique ne voit rien dans le Code civil écartant le témoignage des domestiques. « Si le Code, écrit-il, avait voulu les rendre incapables, il s'en serait expliqué, comme il l'a fait pour d'autres personnes, notamment pour les clercs de notaires, ou pour les parents et alliés des légataires. Mais comme il n'a rien dit à cet égard, il faut en conclure qu'il a entendu les laisser dans le droit commun »³⁴. Et de citer à l'appui de sa démonstration d'une part un arrêt particulièrement motivé de la cour d'appel de Caen du 4 décembre 1812 ayant consacré l'inapplicabilité de la loi de ventôse en la matière en autorisant un domestique du légataire à être témoin dans un testament public et d'autre part une décision de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 3 août 1841 statuant de même vis-à-vis d'un domestique du testateur.

Les domestiques appartenant à la *domus*, à la maisonnée, ils peuvent être rapprochés dans les enquêtes intéressant leurs maîtres, au même titre que les parents et alliés de ceux-ci. Ce principe, posé par l'article 283 du Code de procédure civile, souffre une exception en cas de séparation de corps, de divorce ou encore d'absence. Par ailleurs, le danger de subornation et de partialité dont peut être suspecté le domestique en raison de l'influence de celui au service duquel il se trouve disparaît dès l'instant où cette dépendance cesse. Aussi la jurisprudence a-t-elle admise la déposition d'un ancien domestique et ce avec l'assentiment de la doctrine³⁵.

En outre, même si l'article 283 du Code de procédure civile vise expressément « les serviteurs et domestiques », la quasi totalité des auteurs estime que ces termes sont équivalents et désignent seulement « les personnes à gages employées à des travaux manuels »³⁶. Dans cette optique, un précepteur ou un instituteur, quoique vivant sous le même toit, à la table et aux frais du père de famille, ne sauraient être considérés comme des domestiques dans la mesure où il ne s'agit pas de serviteurs à gages et dès lors ne peuvent être récusés au regard de l'article 283 du Code de procédure civile. Cette interprétation,

³³ Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, 1829, t. IX, n° 115, p. 141-144.

³⁴ Troplong, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et testaments, ou commentaire du titre II livre III du Code Napoléon*, t. II, Bruxelles, 1855, n° 1604, p. 57.

³⁵ Cour royale (d'appel) de Bourges, 30 novembre 1830 ; D. Dalloz, *Répertoire ...*, 1850, t. XX, v° *Enquête*, n° 495, p. 744.

³⁶ D. Dalloz, *ibid.*, n° 494, p. 744.

également retenue par les magistrats, montre une fois encore que c'est le petit personnel qui est l'objet de toutes les suspicions.

À cet égard, le décret du 3 octobre 1810 est particulièrement révélateur. « Concernant les individus de l'un et l'autre sexe qui sont ou voudront se mettre en service à Paris en qualité de domestiques », pour reprendre la formulation officielle³⁷, ce texte organise une surveillance draconienne des gens de maison dans la capitale. Ainsi chacun d'entre eux est-il tenu de se faire inscrire dans l'un des bureaux désignés à cet effet par le préfet de police où lui sera délivré un bulletin portant son nom, prénom, lieu de naissance, signalement, s'il est marié ou veuf, et l'indication du maître qu'il sert. Et l'article 3 de préciser : « Il n'est pas permis de recevoir ou de prendre à son service aucun domestique non pourvu d'un bulletin d'inscription : ledit bulletin restera entre les mains du maître ». Celui-ci, lorsque le domestique cessera ses fonctions, adressera le bulletin d'inscription à la préfecture de police en n'omettant pas d'y inscrire au préalable la date où son employé l'a quitté... ou a été chassé car il n'est pas exigé d'inscrire le motif ayant entraîné la fin du contrat. Dans les quarante-huit heures qui suivent, le domestique sera quant à lui contraint de se présenter à la préfecture de police pour y déclarer s'il souhaite « continuer à servir ou prendre une [autre] profession ». Faute d'accomplir cette formalité, il encourt un emprisonnement de un à quatre jours.

L'article 4 *in fine* ajoute : « Le bulletin lui sera rendu visé selon sa déclaration ; et, si le maître a négligé de l'envoyer, le bureau de la préfecture le requerra de l'adresser, ou y suppléera ». Quoi qu'il en soit, l'employeur ne s'expose pour sa part à aucune sanction. Il en va de même curieusement pour celui qui prendrait éventuellement à son service un domestique ne lui ayant pas présenté un bulletin d'inscription visé par la préfecture de police ; pratique formellement interdite par l'article 5 du décret. En revanche, il est expressément « défendu aux domestiques de louer aucunes chambres ou cabinets à l'insu de leurs maîtres, et sans en avoir prévenu le commissaire de police... » à peine d'une détention ne pouvant excéder trois mois ni être moindre de huit jours.

Tout domestique venant à perdre sa place et incapable de justifier de moyens d'existence pendant plus d'un mois sera tenu de quitter Paris sauf à « être arrêté et puni comme vagabond » ; état que le nouveau Code pénal (art. 271) – il entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1811 – punit au minimum d'un emprisonnement de trois à six mois.

Enfin, les bureaux de la préfecture de police où les gens de maison seront inscrits seront également chargés de recevoir toute plainte pour vol domestique et d'y donner suite sans délai.

³⁷ *Bulletin des lois de l'Empire français*, Paris, mars 1811, 4^e série, t. XIII, p. 294–296.

Cette infraction a au demeurant toujours fait l'objet d'une très sévère répression. Cela est particulièrement vrai sous l'Ancien Régime. « Ce crime, lit-on dans le dictionnaire de Ferrière, doit être d'autant plus sévèrement puni, qu'il est difficile de l'empêcher et de se précautionner contre ; attendu que la vie et les biens des maîtres sont nécessairement confiés aux domestiques »³⁸. Aussi ce vol qualifié était-il puni de mort par la déclaration du 4 mars 1724. Un tel châtiment n'en était pas moins fort peu appliqué. Et le *Répertoire universel* de Guyot d'expliquer : « La plupart des maîtres, soit par pitié naturelle, soit dans la crainte d'exciter contre eux les clameurs de la populace, aiment mieux chasser de leur maison le serviteur, dont la friponnerie est démontrée, au risque qu'il commette ailleurs de nouveaux vols, plutôt que de le dénoncer à la justice »³⁹.

Face à une telle impunité, le législateur révolutionnaire atténuera la peine de manière à la rendre effective. Le Code pénal de 1791, en son article 13 de la section 2 du titre 2 de la seconde partie, dispose à cet égard : « Lorsqu'un vol aura été commis dans l'intérieur d'une maison par une personne habitante ou commensale de ladite maison, ou reçue habituellement dans ladite maison pour y faire un service ou travail salarié, ou qui y soit admise à titre d'hospitalité, la peine sera de huit années de fers ».

Au début du Consulat, la loi du 25 frimaire an VIII (16 décembre 1799) opérera une distinction entre les vols commis par les commensaux d'une maison et ceux perpétrés par les domestiques, réduisant la peine seulement dans le premier cas à quatre ans d'emprisonnement si le vol avait été réalisé pendant le jour.

Le Code pénal de 1810, pour sa part, se distingue des textes précédents⁴⁰. Il diffère ainsi de la législation révolutionnaire dans la mesure où il écarte les simples habitants et commensaux de la maison, et les personnes y étant admises à titre d'hospitalité. Il diffère aussi de la loi de frimaire an VIII en ce qu'il associe les serviteurs à gages aux ouvriers et individus travaillant habituellement dans l'habitation où ils ont volé ; tous encourant la peine de la réclusion, soit de 5 à 10 ans d'incarcération dans une maison de force. Pour autant, ce sont bien évidemment les domestiques qui sont visés en premier lieu et ce de manière très large. En effet, le vol domestique concerne non seulement celui dont le maître est victime, mais également celui commis au détriment d'un tiers, dès l'instant où le méfait s'est produit dans la maison du maître ou dans une maison où le domestique indélicat l'accompagnait.

³⁸ Cl.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, éd. 1769, t. II, v° Vol, p. 711.

³⁹ T. XVII, 1784, v° Vol domestique, p. 667.

⁴⁰ A. Chauveau, F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, Paris, 6^e éd., 1887, t. V, n° 1972, p. 134-135.

En revanche, le Code pénal de 1810, à l'origine, n'envisageait pas expressément l'abus de confiance perpétré par un domestique et partant n'y attachait aucune circonstance aggravante. Dès lors son auteur encourait-il seulement des peines correctionnelles. Considérant un tel état de choses comme anormal, les magistrats étaient souvent enclins à requalifier les faits en vol afin de pouvoir leur appliquer la réclusion prévue pour le vol domestique. Ainsi en a-t-il été décidé pour un détournement effectué par un domestique d'une somme d'argent qui lui avait été confiée par un tiers pour être remise à son maître. Or, dans une telle espèce il n'y avait pas eu à proprement parler une soustraction frauduleuse constitutive du vol⁴¹. Pour mettre un terme à de tels errements jurisprudentiels, la loi du 28 avril 1832 modifiera l'article 408 du Code pénal en y introduisant un second paragraphe sanctionnant de la réclusion l'abus de confiance commis par un domestique.

Au demeurant, le législateur, s'il entend protéger les maîtres contre leurs gens de maison malhonnêtes, suspectent plus généralement les domestiques, à l'instar il est vrai des ouvriers, dès l'instant où ils entrent en conflit avec leurs employeurs. En témoigne le célèbre article 1781 du Code civil affirmant : « Le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue, et pour les acomptes donnés pour l'année courante ».

*
* *

« La loi ne reconnaît point de domesticité » affirmait l'article XVIII de la Déclaration des droits de l'homme de 1793. De fait, cette idée était véritablement révolutionnaire dans la mesure où elle constituait une avancée démocratique en mettant apparemment fin aux discriminations dont les serviteurs à gages faisaient l'objet. Trop empreinte de cet égalitarisme abhorré par la réaction thermidorienne, cette idée fut rapidement oubliée. Au contraire, les domestiques devaient rester longtemps encore en marge de la vie publique pour demeurer confinés dans la sphère privée où ils subissaient également une sorte de *capitis diminutio* du fait de leur état.

⁴¹ *Ibid.*, n° 1982, p. 147.

Bibliographie

- Dictionnaire universel françois et latin, vulgairement appelé dictionnaire de Trévoux*, Paris, éd. 1721, t. II, v° Domestique.
- Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, 1^{ère} éd., Paris, 1751, t. V, v° Domestique.
- Journal officiel, débats parlementaires*, 1883 et 1884.
- Œuvres de Maximilien Robespierre*, éd. Marc Bouloiseau, Georges Lefebvre et Albert Soboul, t. VII, *Discours, (2^e partie) janvier-septembre 1791*, Paris, PUF, 1952.
- Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1784, t. VI, v° Domestique ; t. XVII, v° Vol domestique.
- Adolphe Chauveau, Faustin Hélie: *Théorie du Code pénal*, Paris, 6^e éd., t. V, 1887.
- Désiré Dalloz: *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, 1850, t. XX, v° Enquête ; t. XXXIII, 1860, v° Obligations.
- Alexandre Duranton: *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. IX, Paris, 1829.
- Claude-Joseph de Ferrière: *Dictionnaire de droit et de pratique*, éd. 1769, t. II, v° Vol.
- Jean-Pierre Gross: *Égalitarisme jacobin et droits de l'homme 1793–1794 (La Grande famille et la Terreur)*, Paris, Arcantères, 2000.
- Id.*, « L'émancipation des domestiques sous la Révolution française », *Républicanismes et droit naturel. Des humanistes aux révolutions des droits de l'homme et du citoyen. L'esprit des Lumières et de la Révolution*, Actes du colloque tenu à l'Université Paris VII Denis Diderot les 5 et 6 juin 2008, Marc Belissa, Yann Bosc, Florence Gauthier (s. dir.), Paris, Éditions Kimé, 2009, p. 177–178.
- Pierre Guiral, Guy Thuillier: *La vie quotidienne des domestiques en France au XIX^e siècle*, Paris, Hachette, 1978.
- Jean-Pierre Gutton: *Domestiques et serviteurs dans la France de l'ancien régime*, Paris, Aubier, 1981.
- François Jarrige: « Une »barricade de papiers« : le pétitionnement contre la restriction du suffrage universel masculin en mai 1850 », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 2004, p. 53–70.
- Lucien Jaume: *Les Déclarations des droits de l'homme (Du débat 1789–1793 au Préambule de 1946)*, Paris, Flammarion, 1989.

- Jean-Baptiste Moheau: *Recherches et considérations sur la population de la France*, Paris, 1778.
- Claude Petitfrère: *L'œil du maître. Maîtres et serviteurs de l'époque classique au romantisme*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1986.
- Pierre Rosanvallon: *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Éditions Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 1992.
- Jean-Jacques Rousseau: *Correspondance générale*, éd. Th. Dufour, Paris, A. Colin, 1931, t. XVI.
- Louis Antoine de Saint-Just: *Œuvres complètes*, éd. critique de Anne Kupiec et Miguel Abensour, Paris, Gallimard, 2004.
- Raymond-Théodore Troplong: *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et testaments, ou commentaire du titre II livre III du Code Napoléon*, t. II, Bruxelles, 1855.

POLOŽAJ SLUŽINČADI – OD KRATKOTRAJNE REVOLUCIONARNE EMANCIPACIJE DO POSLABŠANJA POLOŽAJA V NAPOLEONOVEM ČASU*

Didier Veillon,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
profesor Univerze v Poitiersu, Francija*

Demograf Jean-Baptiste Moheau je leta 1778 ugotovil, da je imela skoraj dvanajstina francoskega prebivalstva status služabnika. Tega podatka ni mogoče preveriti za vso državo, gotovo pa je, da je imelo konec 18. stoletja v mestih status služabnikov približno 10 odstotkov prebivalcev, kar bi v Parizu pomenilo 40 do 50 tisoč od nekako pol milijona prebivalcev.

Pojem »služabnik« (fr. *domestique*) so razlagali različno. Slovar Trévoux je kot služinčad opredelil vse, ki so delovali pod nekom, skrbeli ali bi morali skrbeti za njegovo hišo, bivali pri njem kot tajniki, uradniki, pomočniki, poslovno osebje, včasih pa so šteli v to skupino tudi otroke in ženo.

Diderotova Enciklopedija je kot služinčad opredelila vse, ki so pri nekom bivali. Pri tem dodaja, da se kot služinčad običajno opredeljujejo le služabniki, ki so gospodarju podrejeni ter mu dolgujejo spoštovanje in zvestobo. Guyotov *Répertoire universel* je kot služabnike opredelil tiste, »ki dobivajo plačo in živijo v hiši tistega, ki jih plačuje, recimo služabniki, lakaji, nosači itd.«.

V starem redu predrevolucionarne Francije so šteli položaj služinčadi kljub naravi njenega dela za ugodnega in varnega, saj so imeli služabniki zagotovljen živež in bivališče, pogosto pa tudi obleko. Livreja hiš, v katerih so služili, jim je poleg tega dajala ugled in dodatno varnost. Ugoden pa je bil tudi njihov davč-

* Daljši povzetek v slovenščini je pripravil dr. Janez Kranjc.

ni položaj, saj so obveznosti služabnikov poravnali gospodarji. Čeprav so bile plače služinčadi skromne, je bilo mogoče tudi kaj prihraniti. Zato so služabniki zapuščali hiše, v katerih so služili, le če so z njimi slabo ravnali. V takih primerih so po Guyotovih navedbah lahko zahtevali povrnitev škode in plačo do konca obdobja, za katerega so bili najeti. Služinčad je imela poleg obveznosti v razmerju do svojih delodajalcev tudi pravice.

Z gospodarji je delila vsakdanje življenje, navade, zaupnosti, skrivnosti in v določenem obsegu tudi mnenja. Zato ni čudno, da služinčadi revolucionarji niso zaupali in služabnikom niso hoteli priznati političnih pravic. Te so jim bile za kratek čas priznane šele leta 1793. Kmalu po padcu Robespierrea pa so jim te pravice znova odvzeli in jim odrekli tudi status državljanov. Na splošno lahko rečemo, da so služabnikom le neradi priznavali pravice državljanov, tako v času revolucije kot pod poznejšimi vladami v teku 19. stoletja.

Ko govorimo o pravicah služinčadi, imamo lahko v mislih le moške, saj so ženskam ne glede na njihov družbeni položaj odrekli državljanske pravice. Po revoluciji nihče, z izjemo Sieyèsa in Condorceta, ni niti omenil drugačne možnosti.

Poslanci so bili tudi soglasni glede odvzema volilne pravice kakim 800.000 služabnikom. Sieyès je to utemeljeval s trditvijo, da volilne pravice ni mogoče dati tistim, ki jih služabniška odvisnost veže na samovoljo gospodarja. Ustavodajna skupščina je leta 1789 kot pogoj za volilno pravico postavila, da oseba ni služabnik, da torej ne služi za plačilo. Poslanci take diskriminacije niso dojemali kot moteče. Tega niso videli kot sramotenje določene družbene skupine, ki bi jo s prepovedjo udeležbe v javnem življenju države šteli za intelektualno ali kulturno manjvredno.

Po svoji izobrazbi so bili služabniki na precej višji ravni kot okolje, iz katerega so izhajali. Domneva se, da jih je konec 18. stoletja znalo pisati in brati okrog 42 odstotkov. V Lyonu sta npr. kar dve tretjini služabnikov sami podpisali svoj ženitni dogovor.

Glavni razlog za to, da so služabnikom odrekli politične pravice, je bil v prepričanju, da so v tolikšni meri odvisni od mnenja svojih gospodarjev, da bi ti z volilno pravico služabnikov na neki način pridobili dva volilna glasova – poleg svojega še glas svojih služabnikov.

Izključitev služabnikov iz političnega življenja ni bila francoska posebnost. Podobno stališče je bilo namreč mogoče srečati tudi v Angliji. Zato že omenjeni odvzem volilne pravice okrog 800.000 služabnikom ni povzročil nobenega razburjenja niti med samimi služabniki, saj se je zdelo to na neki način povsem običajno.

Služabniki so prvič dobili volilno pravico šele z ustavo leta 1793. Ta je volilno pravico splošno priznala vsem, z izjemo beračev, potepuhov in hudodelcev. To novo gledanje je bilo posledica jakobinskih prizadevanj za uvedbo politične enakosti. Skladno s tem je Deklaracija o pravicah človeka in državljana kot del ustave iz leta 1793 v 18. členu določala, da zakon ne priznava služabništva in da med delodajalcem in delavcem lahko obstaja le ena oblika razmerja. Določilo ni nikoli stopilo v veljavo. Termidorska Ustava leta III (1795) je služabnikom znova odvzela volilno pravico, kar je potrdila tudi ustava iz leta VIII (1799).

Služabniki so znova dobili volilno in druge politične pravice šele leta 1848. Vendar pa so konservativni poslanci že leta 1850 izglasovali zakon, s katerim je bila volilna pravica odvzeta okrog trideset odstotkom najbolj preprostih Francozov, za katere so menili, da bi bili lahko preveč dovzetni za socialistične ideje. Louis-Napoléon Bonaparte je leta 1851 ta zakon razveljavil. Kljub temu pa to ni pomenilo konca diskriminiranja služabnikov. Zakon iz leta 1855 jim je npr. odrekal pravico, da bi postali občinski svetniki. Enako določilo je vseboval tudi občinski zakon Tretje republike iz leta 1884. V razpravi ob sprejemanju tega zakona so se sicer med poslanci in senatorji pojavili tudi nasprotni glasovi, ki pa niso imeli odločilnega uspeha. Poseben amandma je le določil, da ne morejo postati občinski svetniki tisti služabniki, ki so »izključno vezani na osebo« (fr. *exclusivement attachés à la personne*).

Služabnikom so na splošno odrekli nekatere državljanske pravice. Tako jim je volilni zakon iz leta 1848 odrekal pravico, da bi postali porotniki, saj so te izbirali izmed volilnih upravičencev. Že po zakonu iz leta 1803 služabniki niso mogli biti priče pri napravi javne listine. Po 5. členu že omenjene ustave iz leta 1799 niso mogli izvrševati državljanskih pravic tisti, ki so bili za plačo vezani na določeno osebo ali hišo. Ko je kralj Ludvik XVIII leta 1814 razglasil ustavno listino, ki je v prvem členu vsebovala določilo, da so vsi Francozi pred zakonom enaki, se je postavilo vprašanje, ali to velja tudi za služabnike. Kraljevo sodišče v Toulouseu je leta 1843 odločilo, da ustavna listina iz leta 1814 ni razveljavila določila petega člena ustave iz leta 1799.

Podobno vprašanje se je postavilo tudi v zvezi s pravico služabnikov, da nastopajo kot oporočne priče. Zakon iz leta XI (1800) je namreč določal, da kot priče pogodbenih strank ne morejo sodelovati njihovi služabniki. Kljub temu je prevladalo mnenje, ki ga je podprla tudi sodna praksa, da služabniki lahko nastopajo kot oporočne priče.

Podobno kot starši in otroci so bili tudi služabniki lahko deležni očitkov v preiskavi proti svojim gospodarjem. Zaradi odvisnosti, ki bi lahko vplivala na objektivnost, so lahko pričali v zadevah, ki so zadevale njihove gospodarje, šele po koncu služabniškega odnosa.

Dekret je leta 1810 uvedel poseben nadzor nad služabniki v Parizu; to je bil drakonski poseg v njihove državljanske pravice. Služabniki so se morali vpisati v poseben seznam na policijski prefekturi, kjer so dobili izkaznico, ki so jo morali vrniti ob prenehanju svoje službe. Služabnik ni smel najeti prostora brez vednosti svojega gospodarja in ne da bi bil obvestil policijsko prefekturo. Služabnik, ki je izgubil svoje mesto in v enem mesecu ni mogel pojasniti, od kod ima sredstva za preživljanje, je moral zapustiti Pariz oziroma je bil prijet kot potepuh.

Služba za služabnike pri policijski prefekturi je bila pristojna tudi za obravnavo pritožb v zvezi z domačimi tatvinami, ki so jih zagrešili služabniki. V »starem redu« predrevolucionarne Francije so tatvine služabnikov skladno z razglasom iz leta 1724 kaznovali s smrtno kaznijo. Revolucionarni kazenski zakonik iz leta 1791 je za tatvino, ki jo je v hiši zagrešil stanovalec, gost, ki je tam redno obedel, ali služabnik, predpisoval kazen osmih let ječe v okovih. Zakon iz leta 1799 je zmanjšal kazen na štiri leta, če je tatvino zagrešil stalni gost, ohranil pa je kazen osmih let za tatvino služabnika.

Kazenski zakonik iz leta 1810 je izenačil služabnike z delavci in osebami, ki so običajno delale v stanovanju, v katerem je bilo nekaj ukradenega. Vsem je grozilo od pet do deset let odvzema prostosti v kaznilnici. Določilo je bilo v prvi vrsti uperjeno proti služabnikom. Pri tem se za domačo tatvino, ki jo je zagrešil služabnik, ni štela le tatvina, ki jo je storil gospodarju, temveč tudi tatvina, katere žrtev je bil nekdo tretji, če je bil v času tatvine v gospodarjevi hiši ali hiši, v katero ga je tatinski služabnik spremil.

Kazenski zakonik iz leta 1810 ni izrecno sankcioniral zlorabe zaupanja služabnikov. Zato so v praksi take primere preprosto prekvalificirali v domače tatvine. To je bila očitna zloraba, ki jo je šele leta 1832 odpravila novela kazenskega zakonika. Ta je uvedla posebno kazen zapora za zlorabo zaupanja gospodarja s strani služabnika.

Zakonodajalec, ki je želel zaščititi gospodarje pred nepoštenimi služabniki, je na splošno verjel gospodarjem. To se je zlasti videlo v primeru, ko so delavci prišli v spor z delodajalci. Znameniti 1781. člen Code civil je v zvezi s tem določal, da je treba glede količine plačil, izplačanih plač preteklega in predplačil tekočega leta verjeti trditvam gospodarja.

Določilo Deklaracije človekovih pravic iz leta 1793, po katerem zakon ne priznava služabništva, je bilo v resnici revolucionarno, saj je napravilo konec diskriminaciji služabnikov, ki so služili za denar. Termidorska reakcija se je zbal takega egalitarizma in mu je hitro napravila konec. Služabniki so morali kot žrtve dejanske *capitis deminutio* še dolgo živeti na družbenem obrobju.

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

* Celoten članek z naslovom *Legal Consequences for not Referring a Question for Preliminary Ruling* je bil objavljen v *Pravniku*, št. 9-10/2014, na straneh 603–624, tokrat pa objavljamo tudi povzetek članka v hrvaškem jeziku (865–870).

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. Pogoj pa je, da je ta določba dovolj jasna, nepogojna in samoizvršilna (angl. *self-executing*), torej da gre za prav-

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. To namreč, na podlagi člena 19(3)(b)⁷ Pogodbe o Evropski uniji (PEU)⁸ in člena 267⁹ Pogodbe o delovanju Evropske unije

no popolno normo (angl. *legally complete norm*). Vse norme niso sposobne neposredno učinkovati, odločanje o tem, katere so, pa je v izključni pristojnosti Sodišča EU.

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«. Z oznako 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:

(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 zadevo **dolžno** predložiti Sodišču EU v predhodno odločanje.¹² Iz navedenega sledi, da člen 267 PDEU sam izrecno

(a) razlage Pogodb;

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

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 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.

ločuje med sodnimi odločbami, zoper katere so dovoljena pravna sredstva, in tistimi, zoper katere pravna sredstva, s katerimi bi se lahko naknadno ponovno »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 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 podla-

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.)

gi posredne uporabe drugih določb ustanovitvenih pogodb) na treh različnih ravneh – tj. na nacionalni ravni, na ravni Unije in na mednarodni ravni – zaradi 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

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.

odločanje lahko bila tožba zoper državo članico pred Evropskim sodiščem za človekove pravice v Strasbourgu, zaradi kršitve 6. člena Evropske konvencije o 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.

PRAVNE POSLJEDICE POVREDE DUŽNOSTI PREDLOŽITI SUDU EU PITANJE U PRETHODNO ODLUČIVANJE*

Edita Turičnik,

*sveučilišna diplomirana pravnica, doktorska kandidatkinja
na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mariboru*

Pristup države k Europskoj uniji (nastavno: EU) ima i za državu samu i za njene državljane vrlo bitne institucionalne i normativne učinke, jer potpisom i ratifikacijom pristupnog ugovora nacionalni pravni red države članice istodobno postane dopunjen s autonomnim¹⁹, nadređenim²⁰, izravno upotrebljivim²¹ i izravno učinkovitim²² pravnim redom EU, koji je izvor prava i obveza i

* Prevod je delo Nikoline Krtinić, odvjetniške pripravnice v Odvetniški družbi Rojs, Peljhan, Prelesnik & partnerji o.p., d.o.o., Ljubljana. Prijevod je rad Nikoline Krtinić, odvjetničke vježbenice u Odvjetničkom društvu Rojs, Peljhan, Prelesnik & partneri o.p., d.o.o. Ljubljana.

¹⁹ Autonomnost znači da pravo EU nastaje, valjano je, tumači se i upotrebljava isključivo u skladu sa svojim vlastitim pravilima, neovisno od bilo kojeg nacionalnog ili međunarodnog pravnog sistema odnosno pravnih poredaka pojedinačnih država članica.

²⁰ Nadređenost znači da pravila usvojena na razini EU nadvladaju pravila koja sadrže pravni poredci država članica. U slučaju nesukladnosti između prava EU i pravila nacionalnog prava znači prevlada prvo.

²¹ Izravna primjenjivost znači da se pravila EU u državama članicama upotrebljavaju izravno, to je bez posredovanja zakonodavnih ili kojih drugih tijela; nije znači potreban nijedan akt između, koji bi ih tek pretvorio u pravna pravila unutrašnjih pravnih poredaka. Pristupom pojedinačne države u europsku integraciju, pravo EU postane dio njezinog nacionalnog pravnog poretka i sva nacionalna tijela ga moraju poštivati, a sudovi poznavati.

²² Izravna učinkovitost znači da se pojedinac može pred državnim tijelima i sudovima protiv države (vertikalni izravni učinak) ili u određenim slučajevima naprotiv pojedincu (horizontalni izravni učinak – u tom slučaju pravo EU pojedincima ne određuje samo prava, već im nalaže i dužnosti) referirati izravno na pojedinačnu odredbu iz određenog akta prava EU koji je izravno upotrebljiv. Ali uvjet je da je ta odredba dovoljno jasna, bezuvjetna i samo-ovršna (*self-executing*), znači da se radi o pravno potpunoj normi (*legally complete norm*). Sve norme nemaju sposobnost izravnog učinka, a odluka o tome koje su takve je u isključivoj nadležnosti Suda ES.

za državu članicu i EU, a i za pojedince (znači fizičke i pravne osobe privatnog i javnog prava).²³

Upravo izravna upotrebljivost prava EU u nacionalnom pravu i time povezano odlučivanje po pravu EU u upravnim i sudskim postupcima država članica, znači, da se zaštita prava EU prvenstveno osigurava pred nacionalnim sudovima koji moraju pravo EU u skladu s načelom *iuria novit curia* poznavati i upotrebljavati *ex officio*. Zbog decentraliziranog značaja pravnog poretka EU su naime svi nacionalni sudovi država članica ujedno redovni »europski« sudovi u predmetima prava EU i moraju kao takva osigurati učinkovitu pravnu zaštitu prava pojedinaca.

S obzirom da pri tom postoji mogućnost da bi zbog različitih pravnih tradicija, specifične terminologije, različite pravne svijesti i razlika u pravnim sistemima došlo do nejedinstvenog tumačenja i posljedično različite uporabe prava EU na području europske integracije i jer je na drugoj strani (i zbog načela pravne sigurnosti i povjerenja u pravo) ključno, da je pravni red EU u svih dvadeset osam država članica jedinstveno interpretiran i prvenstveno upotrebljivan, u okviru pravosudnog sustava EU nadležnost za autonomnu interpretaciju prava EU i odlučivanje o njegovoj valjanosti podijeljena je isključivo Sudu EU²⁴ sa sjedištem u Luksemburgu. Isti, naime, na temelju članka 19(3)(b)²⁵ Ugovora o Europskoj uniji (UEU)²⁶ i članka 267²⁷ Ugovora o funkcioniranju Europske

²³ Već 1963. godine je Sud EU u svojoj poznatoj presudi *Van Gend en Los* (C-26/62) istaknuo da Zajednica predstavlja novi pravi poredak međunarodnog prava, u korist kojeg su države članice ograničile, iako na ograničenim područjima, svoja suverena prava i da njeni subjekti nisu samo države članice, već i njihovi državljani.

²⁴ Članak 19(1) UEU određuje da »Sud Europske unije« obuhvaća »Sud« (koji se prije stupanja na snagu Lisabonskog ugovora imenovao Sud Europskih zajednica), »Opći sud« (prethodno imenovan Prvostupanjski sud Evropskih zajednica) i »specijalizirane sudove«. S obzirom da je inače predviđeno da bi mogao postupke prethodnog odlučivanja voditi i *Opći Sud* u određenim slučajevima koje bi predvidio Statut Suda EU, ali da do navedenih opredjeljenja u Statutu nije došlo, i s obzirom da u praksi zapravo sve postupke prethodnog odlučivanja vodi *Sud*, nastavno u djelu, zbog lakšeg razumijevanja, umjesto samo naziva *Sud* upotrebljavam skraćenicu *Sud EU*. Prosti navod Sud (iako je to službeni naziv) mi se naime čini preopćenit i moglo bi biti otežano razumijevanje teme koja se raspravlja jer se i nacionalna tijela, koji su dužna započinjati postupke prethodnog odlučivanja, imenuju »sud« ili »tribunali«. Sa skraćenicom Sud EU znači nemam u mislima zajedničko ime za *Sud*, *Opći sud* i *specijalizirane sudove*, već samo *Sud*, koji jedini i zaista vodi postupke prethodnog odlučivanja iz članka 267 UFEU.

²⁵ Članak 19(3)(b) UEU određuje da, sukladno s odredbama Ugovora, Sud EU na prijedlog nacionalnih sudova prethodno odlučuje o pitanjima vezanim na tumačenje prava EU ili valjanosti akata koje su usvojile institucije EU.

²⁶ Službeni list EU, C 115 od dana 9. Svibnja 2008, strana 13.

²⁷ Članak 267 UFEU određuje: »Sud Europske unije je nadležan odlučivati o prethodnim pitanjima koja se tiču:

unije (UFEU)²⁸ odlučuje o prethodnim pitanjima vezanim za tumačenje prava EU i valjanost akata institucija, organa, ureda ili agencija Unije.²⁹

Ne možemo zanemariti bitnost navedenog postupka jer je bila većina temeljnih načela europskog prava i drugih bitnih tumačenja prava EU određena upravo u okviru prethodnog odlučivanja, a i spomenuti postupak predstavlja više od 50 postotaka svih slučajeva koji se odvijaju pred Sudom EU. Unatoč tome, praksa pokazuje da su neki nacionalni sudovi i dalje često suzdržani kod slanja pitanja. Pritom bi morali prvenstveno oni nacionalni sudovi, za koje postoji dužnost predložiti pitanje u prethodno odlučivanje, biti svjesni da može nepoštivanje te dužnosti u većini slučajeva predstavljati povredu prava EU, što može imati neugodne pravne posljedice za državu članicu iz koje ti sudovi proizlaze.

Članak 267 UFEU naime jasno određuje da **može** bilo koji nacionalni sud države članice pred kojim se pojavi dvojba o valjanosti ili tumačenju prava EU (od kojeg zavisi konačna odluka u glavnoj stvari), uputiti pitanje u odluku Sudu EU. Kada se takvo pitanje pojavi u postupku koji se vodi pred sudom države članice, protiv čije odluke prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, taj je sud **dužan** predložiti predmet Sudu EU u prethodno odlučivanje³⁰. Iz

(a) tumačenja Ugovora;

(b) valjanosti i tumačenja akata institucija, tijela, ureda ili agencija Unije.

Ako se takvo pitanje pojavi pred bilo kojim sudom države članice, taj sud može, ako smatra da je odluka o tom pitanju potrebna da bi mogao donijeti presudu, zatražiti od Suda da o tome odluči.

Ako se takvo pitanje pojavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, taj je sud dužan uputiti to pitanje Sudu.

Ako se to pitanje postavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice u pogledu osobe kojoj je oduzeta sloboda, Sud Europske unije djeluje u najkraćem mogućem roku.«

²⁸ Službeni list EU, C 115 od dana 9. svibnja 2008, strana 47.

²⁹ Sud EU, Objašnjenje o prijedlozima nacionalnih sudova za početak postupka prethodnog odlučivanja, Informacije institucija i organa Europske unije, Službeni list EU, L C 297/1 od dana 5. prosinca 2009.

³⁰ Navedeno znači da imaju hijerarhično niži sudovi, kojih odluke (meritum) je moguće pobijati pravnim lijekovima pred hijerarhično višim sudom, fakultativnu opciju odnosno diskreciono pravo da po svojoj odluci upute pitanje u prethodno odlučivanje ili bez podnošenja pitanja Sudu EU (na osnovi vlastite interpretacije prava EU) odluče o glavnoj stvari. Ali navedeno važi samo **u slučaju dvojbe o tumačenju** odnosno pravilnoj interpretaciji prava EU. Iz sudske prakse Suda EU naime proizlazi da je suprotno, **u slučaju dvojbe o valjanosti** sekundarnog prava EU, svaki nacionalni sud (bez obzira na njegov položaj u hijerarhiji sudskog odlučivanja) dužan podnijeti akt sekundarnog prava u odlučivanje o valjanosti Sudu EU. Nijedan nacionalni sud u slučaju dvojbe naime ne smije određen akt prava EU sam razglasiti za nevažećeg.

navedenog slijedi da sam članak 267 UFEU izričito razlikuje između sudskih odluka protiv kojih su dozvoljeni pravni lijekovi i onih protiv kojih pravni lijekovi, kojima bi se moglo naknadno ponovno »meritorno« odlučivati o glavnoj stvari, nisu dozvoljeni. U slučaju posljednjih, nacionalni su sudovi prije donošenja konačne sudske odluke obligatorno dužni prekinuti nacionalni postupak i pitanje vezano na tumačenje ili valjanost prava EU (ukoliko se u postupku pojavi) uputiti Sudu EU, jer je samo tako moguće osigurati učinkovitu zaštitu prava pojedinaca i (nakon primljenog odgovora odnosno tumačenja od strane Suda EU) donijeti pravilnu, legalnu te legitimnu konačnu odluku u glavnoj stvari.

Upravo navedena odredba je potpuno bezuvjetna i jasna u ograničavanju diskrecijskog prava nacionalnih sudova koji sude u konkretnom slučaju u zadnjem stupnju, zato njezino nepoštivanje nedvojbeno predstavlja povredu prava EU kao takvog i specifičnije članka 267 UFEU. Tome neće biti tako samo u slučaju kada budu ispunjene sve pretpostavke i okolnosti koje je u svojoj sudskoj praksi (prvenstveno u poznatoj presudi CILFIT³¹ i brojnim predmetima koji su slijedili) sam Sud EU odredio kao moguće iznimke, kada pitanja ipak ne moraju uputiti ni hijerarhično najviši sudovi³². Ali pri tom se ne smije zanemariti da su te iznimke (koje su u glavnom radu detaljnije objašnjene) definirane dosta usko i strogo te da bi ih nacionalni sudovi – uz dosljedno poštivanje svih uputa danih od strane Suda EU – zapravo mogli upotrijebiti samo u iznimnim slučajevima, a sigurno ne tako često kao što se to trenutno događa u praksi, kada jako raširena uporaba spomenutih iznimki daleko premašuje ono što diktiraju njihovi strogi kriteriji.

Iako iz do sada objašnjenog proizlazi da je upravo postupak prethodnog odlučivanja ključni faktor za odgovarajuću pravnu sigurnost, a osim toga i za razvoj prava EU, te da na drugoj strani upravo tu postoje mogućnosti za brojne nedosljednosti, samo pravo EU ne određuje izričito posebne sankcije zbog nepoštivanja članka 267 UFEU od strane nacionalnih sudova. Unatoč tome mogu državu članicu (i na osnovi već uspostavljene sudske prakse kao i na

³¹ Predmet C-283/81 *CILFIT* [1982] ECR 3415.

³² Te su izričito opredijeljene iznimke ako pravno pitanje nije bitno za meritornu odluku i zato u takvom postupku nema objektivne potrebe po odgovoru od strane Suda EU. Nastavno, ako već postoji sudska praksa Suda EU koja raspravlja identično pravno pitanje odnosno ako je upućeno pitanje jednako kao u već raspravljenim predmetima – u tom slučaju mora nacionalni sud upotrijebiti tumačenje koje je Sud EU već dao (*acte éclairée*). Nacionalni sud ne mora uputiti pitanje i ako je pravilna uporaba prava EU tako očita da (poštujući svojstva i specifičnosti prava EU) ne dopušta nikakav prostor za dvojbu u pravilnost interpretacije, što znači da mora biti nacionalni sud uvjeren da će i svi drugi nacionalni sudovi država članica te Sud EU doći do potpuno jednake interpretacije (*acte claire*). (Predmet C-283/81 *CILFIT* [1982], točke 16 i 17).

osnovi neizravne uporabe drugih odredbi osnivačkih ugovora) na tri različite razine – to je na nacionalnoj, na razini Unije i na međunarodnoj razini – zbog povrede članka 267 UFEU od strane njezinih nacionalnih sudova zadesiti nepovoljne pravne posljedice. Te su prvenstveno:

- poništenje nacionalne sudske odluke od strane nacionalnog Ustavnog suda;
- zahtjev za naknadu štete protiv države članice na nacionalnoj razini;
- postupak protiv države članice zbog utvrđivanja povrede po članku 258 UFEU na razini Unije; i
- postupak pred Europskim sudom za ljudska prava zbog povrede 6. članka Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Navedeno znači da na nacionalnoj razini postoje dva moguća postupka koja se mogu pokrenuti u slučaju povreda od strane nacionalnih sudova. Prvi postupak temelji se na načelu »zakonitog suca«, što u biti znači da arbitrarno odbijanje nacionalnog suda da na posljednjem stupnju pokrene postupak prethodnog odlučivanja može biti, na temelju ustavne žalbe, predmet pregleda od strane nacionalnog ustavnog suda, koji može, u konačnoj fazi, presudu (koja se ne može više pobijati redovnim i izvanrednim pravnim lijekovima) i ukinuti te predmet čak vratiti u ponovni postupak. Drugo sredstvo na nacionalnoj razini zbog povrede prava EU od strane nacionalnih sudova može se ostvariti u novom – odvojenom – postupku pred nacionalnim sudom i pri tom se može osloniti na načelo odgovornosti države za štetu, kojeg je Sud EU potvrdio u poznatim presudama *Francovich*³³ i *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*³⁴ te kasnije i u slučaju *Köbler*,³⁵ u kojem je bilo prvi put izričito istaknuto da se može zahtijevati odgovornost države za štetu i zbog povrede prava EU, počinjene od strane njezinog Vrhovnog suda. Jedino pravno sredstvo koje se zbog nepoštivanja članka 267 UFEU može upotrijebiti na razini Unije je postupak zbog povrede, koji se zasniva na članku 258 UFEU i kojeg može protiv specifične države članice³⁶ – kao zaštitnik osnivačkih ugovora – pokrenuti Europska komisija. Pravno sredstvo na međunarodnoj razini bi u slučaju neupućivanja pitanja u prethodno odlučivanje mogla biti tužba protiv države članice pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu, zbog povrede članka 6 Europske

³³ Ujedinjeni predmet C-6-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357.

³⁴ Predmeti C-46/93 i C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* [1996] ECR I-1029.

³⁵ Predmet C-224/01 *Köbler v. Austria* [2003] ECR I-10239, stavak 32.

³⁶ Nije sporno da država članica može biti odgovorna na temelju članka 258 UFEU zbog povrede od strane njezinog nacionalnog suda jer je nacionalni sud dio državne sudske vlasti, ali sasvim je drugo pitanje realnosti očekivanja da će do postupka zaista i doći jer po dosadašnjim dostupnim podacima poseban postupak na temelju 258. članka UFEU, iz razloga da nacionalni sud nije započeo postupak prethodnog odlučivanja, još nije bio pokrenut. Što ne znači da u slučaju očitih povreda neće biti.

konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, u kojem je određeno pravo do poštenog suđenja. Svi spomenuti postupci i njihove glavne prednosti, nedostaci i prvenstveno ograničenja su detaljnije pojašnjeni u glavnom radu.

Ukoliko bi se znači ispostavilo da nacionalni sudovi svoje obveze podnošenja prethodnih pitanja ne poštuju (što bi činjenično moglo predstavljati ozbiljno ugrožavanje pravnih temelja i primarnih načela prava EU, prvenstveno načela učinkovite zaštite prava i povjerenja u pravo), takvo bi njihovo postupanje bilo moguće prikladno sankcionirati i bar djelomično korigirati s gore predstavljenim pravnim posljedicama. Taj vidik nacionalni sudovi kod usvajanja odgovarajućih procesnih i meritornih odluka ne smiju zanemariti. Isto tako – kao subjekti s poslanstvom donositi pravilne i prvenstveno zakonite sudske odluke – ne bi smjeli zanemariti i da se s predstavljenim pravnim sredstvima načelo nadređenosti i učinkovitosti prava EU inače može bar djelomično okrijepiti, ali te postupke svejedno ne bi smjeli – i ne smijemo – tretirati kao alternativu postupku prethodnog odlučivanja. Samo taj je naime onaj koji zaista omogućuje dosljednu provedbu koncepta izravnog učinka i prevlasti prava EU nad nacionalnim pravom te s nadnacionalnom sudskom instancom, koja je nadležna za cijeli teritorij EU, i s ujednačenom interpretacijom prava EU, vodi i do njegove jedinstvene uporabe.

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

UDK: 347.447.93:347.214.2

OVČAK KOS, Maja, RAZDRIH, Žiga: Nekatera vprašanja v zvezi z izpodbijanjem dolžnikovih pravnih dejanj zunaj stečaja**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 11-12**

Tožba za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj je praviloma tožba z dvočlen-skim tožbenim zahtevkom oblikovalne in dajatvene narave. Ker je zahtevak za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj tudi oblikovalne narave, je treba po mnenju avtorjev prispevka paulijanski ugovor uveljavljati z nasprotno tožbo, ki ni vezana na prekluzivna roka iz prvega odstavka 257. člena Obligacijskega zakonika (OZ). Avtorja se zavzemata, da začne omenjeni rok v primeru pre-nosa lastninske pravice na nepremičnini teči že z dnem izstavitve in izročitve popolnega zemljiškoknjižnega dovolila, in ne šele z dnem vložitve predloga za vknjižbo, kot je stališče sodne prakse. Značilnosti dejanja, ki je bilo stor-jeno v škodo upnikov v smislu 255. člena OZ, ima lahko zgolj razpolagalni pravni posel. Za nične pravne posle izpodbijanje s paulijansko tožbo ni ustre-zno. Upniku v primeru uspeha z ničnostno tožbo ni mogoče odrekati aktivne legitimacije za izbrisno tožbo, saj v nasprotnem primeru ne bi mogel doseči zemljiškoknjižne izvedbe posledic take sodbe in bi bilo njegovo pravno varstvo neučinkovito.

Original Scientific Article

UDC: 347.447.93:347.214.2

OVČAK KOS, Maja, RAZDRIH, Žiga: Some Questions about Fraudulent Conveyance, outside the Bankruptcy Proceedings**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 11-12**

A claim contesting fraudulent conveyance usually consists of two parts – claims, of both constitutive and condemnatory character. Since the statement of claim for contesting fraudulent conveyance also has a constitutive character, the authors believe that Pauliana objection needs to be invoked by means of counterclaim, which is not bound by preclusive deadlines as set in the Code of Obligations, Article 257, paragraph 1. The authors therefore advocate the fact that the deadline in case of real estate ownership transferal should be bound by the day of granting and handing over of a complete Land Register permission and not by the day of filing the proposal for Land Register entry, as is usually the view of case-law. Only granting and handing over a complete Land Register permission has the characteristics of an attempt to harm creditor as defined in the Code of Obligations, Article 255. The choice of creditor's proper legal protection is influenced to a great extent by the manner in which the debtor has reduced its property with the intention of harming the creditor. In case of void legal transactions, challenging by means of *actio Pauliana* is not appropriate. If creditor succeeds in action for annulment, they cannot be denied active legitimation for action for removal of an entry in the Land Register, since in the opposite case, they could not implement such judgement and therefore, their legal protection would be ineffective.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.736:341.98:061.1EU

OREHEK, Nina: Priznanje in izvršitev odločb v čezmejnih postopkih zaradi insolventnosti**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 11-12**

Uredba Sveta (ES) št. 1346/2000 z dne 29. maja 2000 o postopkih v primeru insolventnosti se uporablja za postopke v primeru insolventnosti s čezmejnimi učinki, tj. če ima dolžnik (pravna ali fizična oseba) premoženje ali upnike v vsaj dveh različnih državah članicah. Postopke v primeru insolventnosti Uredba definira kot postopke, ki imajo za posledico delni ali popolni odvzem dolžnikovega premoženja in imenovanje upravitelja (generalna klavzula). Uredba se kot sekundarni pravni akt EU uporablja neposredno v državah članicah, konkretno pa določa predvsem, katero sodišče je pristojno za začetek insolvenčnega postopka, pravo, ki se uporablja, in pravila za koordinacijo glavnega in teritorialnih postopkov zaradi insolventnosti. Glavni postopek zaradi insolventnosti se vodi v tisti državi članici EU, na ozemlju katere je središče dolžnikovih glavnih interesov. Za pravno osebo se domneva, da je središče njenih glavnih interesov registrirani sedež, za fizično osebo pa tam, kjer ima stalno prebivališče. Če ima dolžnik tudi poslovalnico oziroma premoženje na ozemlju druge države članice, se lahko tudi v tej državi uvede poseben teritorialni insolvenčni postopek. Čeprav je bila Uredba sprejeta z namenom zagotavljanja pravilnega delovanja notranjega trga in povečanja učinkovitosti čezmejnih postopkov, pa nekaterih praktičnih vprašanj postopka ne ureja in tako še vedno ne zagotavlja ustreznega varstva pred pojavom *forum shopping*. V prispevku je podrobneje predstavljen postopek priznanja sodnih odločb v primeru insolventnosti po določbah Uredbe in po določbah ZMZPP in ZFPPIPP, hkrati pa so podani tudi konkretni predlogi sprememb, ki bi jih bilo treba uvesti.

Original Scientific Article

UDC: 347.736:341.98:061.1EU

**OREHEK, Nina: Recognition and Enforcement of Judgments
in Cross-Border Insolvency Proceedings****Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 11-12**

Council Regulation (EC) no. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings is applicable to insolvency proceedings having cross-border effects, i.e. if the debtor (natural or legal person) has assets or creditors in at least two different Member States. Insolvency proceedings are defined by the Regulation as proceedings which entail a partial or total divestment of a debtor's assets and an appointment of a liquidator (general clause). As a secondary legal act of the EU the Regulation is directly applicable in all Member States, and specifically provides in particular which court shall have jurisdiction to open insolvency proceedings, the law applicable and the rules used for the coordination of the main and territorial insolvency proceedings. The main insolvency proceedings shall be conducted in the EU Member State in the territory of which there is the centre of the debtor's main interests. A legal person shall be presumed to have the centre of its main interests where it has its registered office, and a natural person shall be presumed to have the centre of main interests where he resides. If, however, the debtor also has a place of business (subsidiary) or assets in the territory of another Member State, specific territorial insolvency proceedings may be initiated in that Member State. Although the Regulation has been adopted with a view to ensure the proper functioning of the internal market and to increase the efficiency of cross-border proceedings, certain practical procedural issues have not been addressed, which is why the Regulation still does not provide for adequate protection against the occurrence of forum shopping. The contribution in detail presents the process of recognition of judgments in insolvency proceedings under the provisions of the Regulation and the provisions of Private International Law and Procedure Act and Financial Operations, Insolvency Proceedings and Compulsory Dissolution Act, and also provides for specific proposals for the amendments of the Regulation that should be adopted.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.454.3:351.712(497.4)

HRASTNIK, Blaž: Razmerje med neposrednimi zahtevki podizvajalcev in neposrednimi plačili podizvajalcem**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 11-12**

Prispevek obravnava pravni institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev kot obligacijskopравни institut in institut neposrednih plačil podizvajalcem kot pravni institut prava javnih naročil zlasti z vidika njunih medsebojnih razmerij. Uvodoma opredeljuje oba instituta in njuno pravno naravo (neposrednih zahtevkov podizvajalcev kot obliko zakonite cesije in neposrednih plačil podizvajalcem kot obliko asignacijskega razmerja), v osrednjem delu pa kritično obravnava njuno medsebojno razmerje, kot izhaja iz pozitivne ureditve v slovenskem pravnem redu. Prispevek opozarja, da je vprašanje ureditve njunih medsebojnih razmerij, čeprav pomembno, povsem neurejeno, kar povzroča veliko negotovosti v pravnih razmerjih. Posebej je poudarjeno, da je razmerje med institutoma mogoče interpretirati bodisi kot razmerje institutov, ki se dopolnjujeta, ali kot razmerje institutov, ki se izključujeta. V prispevku je zavzeto stališče, da so neposredna plačila podizvajalcem glede na neposredne zahtevke podizvajalcev specialni institut, in njegovo uporabo izključuje, pri čemer pa je poudarjeno, da trenutna ureditev dopušča tudi drugačno razlago, kar kaže, da ureditev ne zagotavlja pravne varnosti, kar bi moral biti njen cilj.

Original Scientific Article

UDC: 347.454.3:351.712(497.4)

HRASTNIK, Blaž: The Relationship between Direct Subcontractor Claims and Direct Payments to Subcontractors**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 11-12**

The article includes legal analysis of the relationship between the direct subcontractor claims as a rule of the law of obligations and direct payments to subcontractors as a part of public procurement rules. The article primarily defines both sets of rules and defines their legal nature (direct subcontractor claims as a *cessio legis* and direct payments to subcontractors as a part of assignment of receivables). In the main part of the article, the author critically examines the legal relationship based upon the regulation in the Slovenian law. He emphasises that the relationship, although important, is completely unregulated and that causes significant uncertainty in legal relationships. It is in particular stressed that both sets of rules can be regarded either as complementary or as exclusive. Following that, the author regards direct payments to subcontractors as *lex specialis* in respect to the direct subcontractor claims and therefore excludes its use; provided that the current Slovenian legislation may also support the opposite interpretation and that reveals that the current regulation does not deliver the necessary legal certainty.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 342.7(4):340.132.2

ŽIHER, Aleš: Ali je sodna praksa glede 1. člena EKČP konsistentna?**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 11-12**

V času globalizacije in boja proti terorizmu se vse bolj postavlja vprašanje, ali so države pogodbenice dolžne spoštovati Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin tudi, kadar delujejo zunaj svojega ozemlja. Pri tem je ključnega pomena razlaga 1. člena Konvencije, ki omejuje njen doseg – države pogodbenice so dolžne zagotavljati konvencijske pravice le tistim posameznikom, ki so pod njihovo jurisdikcijo. Stališče sodne prakse je, da države izvajajo jurisdikcijo primarno teritorialno, pri čemer obstajajo tri skupine izjem – kadar država pogodbenica izvaja učinkovit nadzor nad ozemljem zunaj lastnega teritorija, kadar ima učinkovito oblast nad posameznikom oziroma kadar izvaja vse ali nekatere javne funkcije, pri čemer pride do kršitve konvencijskih pravic med njihovim izvajanjem.

Original Scientific Article

UDC: 342.7(4):340.132.2

ŽIHER, Aleš: Is the Case-Law on the Article 1 of the ECHR Consistent?**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 11-12**

Questions as to whether a state is obliged to respect the European Convention on Human Rights outside its territory or not are asked more and more frequently in the era of globalism and fight against terrorism. The interpretation of Article 1 of the ECHR, which sets limits for its reach, is of vital importance – High Contracting Parties are according to the ECHR obliged to protect the people within their jurisdiction. The standpoint of the case-law is that the jurisdiction is primarily territorial, but there are three groups of exceptions: when a State has an effective overall control over an area, when it exercises an authority or control over an individual or when it exercises all or some public powers which leads to the violations of the ECHR in the course of the execution.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343.37:347.234

PLESEC, Petra: Pravna narava odvzema po Zakonu o odvzemu premoženja nezakonitega izvora**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 11-12**

Članek obravnava pravno naravo odvzema premoženja, ki ga je uzakonil nedavno sprejeti Zakon o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI). Mnenja strokovne javnosti o njej se namreč razlikujejo. Zagovorniki zakona pravijo, da gre za odvzem civilnopravne narave in da zato v postopku, v katerem se o njem odloča, ne veljajo nekatere procesne varovalke, ki so sicer temeljne procesne garancije v kazenskem postopku. Nasprotniki pa trdijo, da gre za kazenski odvzem in da mora biti zato oseba, katere premoženje je predmet odvzema, deležna ustreznih procesnih garancij, kakršne ima obdolženi v kazenskem postopku. V prispevku so najprej predstavljene bistvene značilnosti obeh vrst odvzema: kazenskega in civilnega. V nadaljevanju so predstavljena merila, izoblikovana v ameriški sodni praksi in v praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP), ki omogočajo razmejitve med civilnimi in kazenskimi zadevami. Na podlagi teh kriterijev je opravljena analiza odvzema premoženja, ki ga ureja ZOPNI, z namenom ugotovitve njegove pravne narave.

Original Scientific Article

UDC: 343.37:347.234

PLESEC, Petra: Legal Nature of the Forfeiture in the Forfeiture of Assets of Illegal Origin Act**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 11-12**

The article discusses the legal nature of the assets' forfeiture, which was recently adopted by the Forfeiture of Assets of Illegal Origin Act (ZOPNI) and that divides the public opinion in the legal profession. In this Act, its opponents see a civil forfeiture which entails that in the procedure, which is to be decided, certain procedural safeguards that represent the fundamental procedural guarantees in the criminal proceedings do not apply. Opponents of the Act argue that it is a criminal forfeiture and that therefore a person whose property is subject to forfeiture must receive adequate procedural guarantees held by the accused in the criminal proceedings. The author first represents the main characteristics of the criminal and civil forfeiture, followed by the presentation of the criteria formed by the American jurisprudence and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR) that enable the distinction between civil and criminal case. Finally, on the basis of these criteria, the analysis of the assets forfeiture regulated by ZOPNI is made in order to determine its legal nature.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 342.72/.73:326.92(44)"18/19"

VEILLON, Didier: Položaj služinčadi – od kratkotrajne revolucionarne emancipacije do poslabšanja položaja v Napoleonovem času**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131), št. 11-12**

»Zakon ne priznava služabništva,« je določal 18. člen Deklaracije o človekovih pravicah iz leta 1793. Ta ideja je bila v resnici revolucionarna in je prinašala velik demokratičen napredek, saj je odpravljala očitno diskriminiranje služabnikov. Termidorska reakcija po smrti Robespierrea ni bila naklonjena tej enakosti in jo je hitro odpravila. Služabniki so morali še dolgo ostati zunaj javnega življenja in zaprti v zasebno sfero, kjer so bili žrtve določene vrste *capitis deminutio*. Avtor obravnava položaj služinčadi v času francoske revolucije in v teku 19. stoletja predvsem v luči načelne enakosti vseh ljudi, ki jo je razglasila Deklaracija o pravicah človeka in državljana.

Original Scientific Article

UDC: 342.72/.73:326.92(44)"18/19"

VEILLON, Didier: Status of Domestic Servants – From the Short-Term Revolutionary Emancipation to its Deterioration under Napoleon

Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 11-12

»The law does not recognize domestic service« asserted the article XVIII of the Declaration of Human Rights of 1793. This idea was truly revolutionary and brought about a democratic advancement by terminating apparent discrimination against servants. However, the reaction after the 9th Thermidor (the fall of Robespierre) loathed this idea of egalitarianism and made a short end of it. The domestic servants had to stay for a long time outside the public life and remained confined to the private sphere where they were subjected to a kind of *capitis diminutio*. The author discusses the status of domestic servants in the time of the French revolution and during the 19th Century predominantly regarding equality of all people, as promoted by the *Declaration of the Rights of Man* and of the *Citizen*.

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 jo je 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 popravilo 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 Anglišta, 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 Pravnik (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 izdatelja 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 Pravnik. 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 zbirki 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, pooblaščenci 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 pošto 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.

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

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.

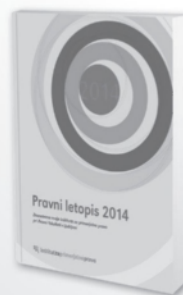
*Zbornik znanstvenih razprav 2014 / Št. strani: 198 / Cena zvezka: 41,30 EUR
Izdajatelj: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani / Zbornik znanstvenih razprav izide enkrat na leto*

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 številke 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@gvzaloza.si

www.gvzaloza.si



Pravnik

Pravnik letnik 69 (131)

številka 11-12/2014