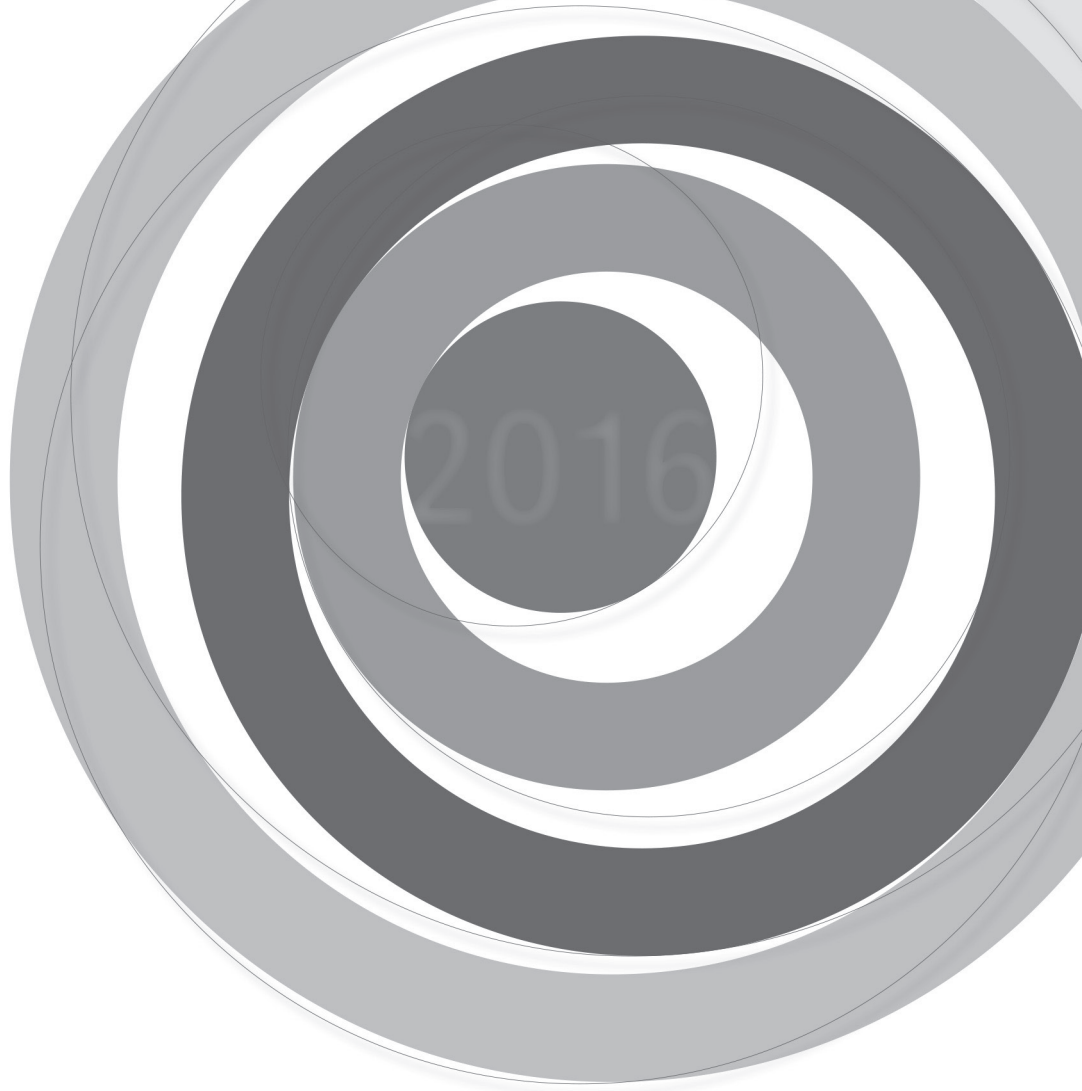




Medijski sponzor





Pravni letopis 2016

*Znanstvena revija Inštituta za primerjalno pravo
pri Pravni fakulteti v Ljubljani*

ij inštitutzapimerjalnopravo

Izdal

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Založil

IUS Software, d. o. o., GV Založba

Odgovorni urednik: dr. Lojze Ude

Uredniški odbor: mag. Nina Betetto, dr. Bojan Bugarič, dr. Matija Damjan, dr. Miha Juhart, dr. Damjan Možina, dr. Ana Vlahek, Jan Zobec

Mednarodni uredniški svet: dr. Vlatka Butorac Malnar, dr. Inese Druviete, dr. Jan Hurdík, dr. Marko Ilešič, dr. Meliha Povlakić, ddr. Johannes Michael Rainer, dr. Nenad Tešić, dr. Jernej Sekolec

Članki v publikaciji so recenzirani.

Izdajo Pravnega letopisa je sofinancirala Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije.

© Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Vse pravice pridržane. Brez pisnega dovoljenja je prepovedano reproduciranje, distribuiranje, javna priobčitev, predelava ali druga uporaba tega avtorskega dela in njegovih delov v kakršnemkoli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem, tiskanjem ali shranitvijo v elektronski obliki.

Oblikovanje in računalniški prelom: Anja Tavčar

Tisk

Demat, d. o. o.
Ljubljana

Naklada

150 izvodov

Cena z DDV

31,00 EUR

Naročila

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

Ljubljana 2016

ISSN 1855-5861

Kazalo

I. UNOVČEVANJE STVARNIH IN FINANČNIH ZAVAROVANJ

- 9 Javna dražba v izvršbi
Gregor Verbajs
- 19 Prodaja premoženja v stečaju
Nina Plavšak

II. LEASING: ODPRTA VPRAŠANJA FINANČNEGA ZAKUPA

- 35 Pogodba o finančnem leasingu (nepremičnin) in predkupna pravica
Bojan Brežan
- 45 Finančni leasing v novejši praksi Vrhovnega sodišča
Žiga Razdrih

III. ODŠKODNINA ZA NEPREMOŽENJSKO ŠKODO

- 67 Razmislek in sodna praksa Vrhovnega sodišča o nekaterih aktualnih vprašanjih
odškodninskega prava v zvezi z nepremoženjsko škodo
Ana Božič Penko
- 83 Odškodnina za izgubljeni dopust v domači sodni praksi: kaj se lahko naučimo?
Nina Zupan

IV. PREDHODNA VPRAŠANJA: RAZMERJE MED PRAVDNIM IN DRUGIMI POSTOPKI

- 107 Medsebojna vezanost na odločbe sodišč v civilnih zadevah
Vesna Bergant Rakočević
- 121 Predhodna vprašanja in identično dejansko stanje v razmerju med kazenskim
in civilnim postopkom
Aleš Galič

V. NOMOTEHNIKA

- 143 **Sistemska in nomotehnična vprašanja splošnih pravnih aktov javnega zavoda (primer osnovne šole)**
Albin Igličar
- 151 **Nomen est omen – Ime ima pomen**
Andreja Kurent

VI. OBID ZAKONA TER NJEGOVEGA ZAOBIDENEGA POSLA

- 163 **Obid zakona**
Marko Ravljen

- 191 **VII. POVZETKI/ABSTRACTS**



Pravni letopis 2016

Unovčevanje stvarnih in finančnih zavarovanj

I.

GREGOR VERBAJS

Javna dražba v izvršbi

NINA PLAVŠAK

Prodaja premoženja v stečaju

Strokovni članek
UDK 347.739(497.4)

Javna dražba v izvršbi

GREGOR VERBAJS,
univ. dipl. pravnik,
odvetnik v Ljubljani

1. Uvod

Nepremičnine se v izvršilnem postopku prodajajo po določbah Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ)¹ predvsem na javni dražbi. To pomeni javno prodajo stvari najboljšemu ponudniku, pri čemer se načini prodaje med seboj razlikujejo, saj na primer Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)² predpisuje več možnih načinov prodaje (z zvišanjem ali znižanjem izklicne cene ...) kot ZIZ. Zakonodajalec je z novelo ZIZ-J³ sprejel spremembe, s katerimi naj bi se dosegla boljša realizacija prodanih nepremičnin. Kljub dobremu namenu zakonodajalca pa način prodaje na javni dražbi v izvršbi ni dovolj izkoriščen oziroma je javno dražbo mogoče razpisati tudi na način, ki bi bil za potencialne kupce privlačnejši in za upnike uspešnejši.

Dokler se na javni dražbi prodaja posamezna nepremičnina, ni večjih težav, saj je dražba relativno preprosta. V praksi je problem zlasti v t. i. skupni (paketni) prodaji večjega števila nepremičnin in v prodaji nepremičnine kot celote. Sodišča načeloma razpisujejo ločeno prodajo posamičnih nepremičnin (v primerih, ko gre za zaokroženo celoto nepremičnin) in ločeno prodajo zgolj solastniškega deleža dolžnika. Tak način prodaje se izvaja predvsem zaradi lažje razdelitve kupnine, če niso vsi upniki predlagali izvršbe na vse nepremičnine dolžnika. Drugače kot v izvršilnem postopku je v stečajnih postopkih skupna (paketna) prodaja nepremičnin in prodaja nepremičnine kot celote redna praksa. Za potencialne kupce je privlačnejše

¹ Ur. l. RS, št. 51/98 in nasl.

² Ur. l. RS, št. 126/07 in nasl.

³ Ur. l. RS, št. 53/2014.

in za upnike ugodneje, da se zaokrožen sklop nepremičnin proda skupaj in hkrati ter da se nepremičnina proda kot celota. Glede na določbe ZIZ bi se lahko tudi v izvršilnih postopkih opravljala skupna prodaja nepremičnin in prodaja nepremičnine kot celote, slednje je z novelo ZIZ-J izrecno omogočil tudi zakonodajalec.

2. Prednosti skupne prodaje nepremičnin in prodaje nepremičnine kot celote

Sodišča v izvršilnih postopkih premalo izkoriščajo vse možnosti javne dražbe. Z nekaj manjšimi spremembami pri odredbah o prodaji bi bile lahko javne dražbe v izvršilnih postopkih uspešnejše, predvsem pa za potencialne kupce privlačnejše. V odredbi o prodaji morajo biti določeni pogoji za prodajo, med drugim tudi način prodaje. S tem se zagotavlja enakopravnost udeležencev. Zaradi javno objavljene odredbe o prodaji bi bili v primeru drugačnega načina prodaje (bolj inovativnega, ki bo predstavljen v nadaljevanju) vsi udeleženci v enakem položaju, zato javna dražba ne bi bila nezakonita.

Dejstvo, da je skupna (paketna) prodaja nepremičnin in prodaja nepremičnine kot celote v korist upnikov, velikokrat v svojih cenilnih poročilih o vrednosti nepremičnin poudarijo tudi sodni izvedenci. Tako na primer zapišejo, da gre za »sklop zemljišč«, ki »tvorijo zaključeno celoto«. Sodni izvedenci prav tako pogosto opravijo cenitev, ki predvideva skupno prodajo nepremičnin in prodajo po posameznih nepremičninah, pri čemer so ocenjene vrednosti za skupno prodajo nepremičnin načeloma vedno višje od ocenjene vrednosti ob prodaji po posameznih nepremičninah. Razlog za višjo ceno pri skupni prodaji nepremičnin je v možnosti doseči optimalno ceno za celoten paket nepremičnin. Pri prodaji posameznih nepremičnin je realno pričakovati, da takšna prodaja traja daljše časovno obdobje in da nekatere nepremičnine postanejo (brez ostalih nepremičnin, ki tvorijo celoto) nezanimive za nakup in posledično manj vredne. Tako že zgolj iz vpogleda v cenvitve nepremičnin jasno izhaja, da je za upnike ugodnejša skupna (paketna) prodaja nepremičnin. Enako velja za prodajo nepremičnine kot celote. Če se prodaja nepremičnina kot celota (vsi solastniški deleži skupaj), se možnost prodaje bistveno poveča oziroma se poveča dosežena vrednost kupnine, kar je bil tudi argument zakonodajalca za sprejem 171.a člena ZIZ.⁴

Skupna prodaja nepremičnin in prodaja nepremičnine kot celote, poleg možnosti prodaje nepremičnin po višji ceni, prinaša tudi druge dodane vrednosti. V praksi se pogosto zgodi, da nepremičnino predstavljajo neki večji objekt (hiša, industrijski obrat itd.) in nekaj manjših nepremičnin (okolica objekta, dovozne poti). Težave nastopijo, če se na prvi javni dražbi prodajo samo boljše nepremičnine, neprodane pa ostanejo slabo dostopne, manjše parcele. Ne samo,

⁴ Poročevalec Državnega zbora EPA 1966-VI z dne 8. 5. 2014, str. 18.

da za take nepremičnine na drugi javni dražbi ne bo interesa, ampak bodo cene v primeru posamezne prodaje znatno nižje, kot če bi se celoten sklop nepremičnin prodajal kot celota.

Dodatna prednost skupne prodaje nepremičnin pa je tudi ugotovitev interesa za skupen ali posamezen nakup nepremičnin. Po določbah ZIZ imamo samo dve vrsti prodaje nepremičnin, ki pa ju je mogoče bolje izkoristiti. Upniki so v izvršilnem postopku premalo aktivni, saj bi lahko tudi sami znatno prispevali k boljši prodaji z dajanjem predlogov sodišču glede možnosti prodaje in tudi z objavo odredbe o prodaji v sredstvih javnega obveščanja, saj bi tako objavljena odredba dosegla širši krog potencialnih kupcev.

V zadnjem času se v praksi opaža trend med solastniki nepremičnin, kjer gre en solastnik v stečaj, zoper drugega pa se vodi izvršilni postopek. Ker ni interesa za nakup solastniških deležev oziroma je tak nakup pravno zahtevnejši in povezan z višjimi stroški, solastniki špekulirajo, da bodo lahko isto nepremičnino po polovični ceni kupili prek tretje osebe. S takim ravnanjem pa so oškodovani upniki, zato bi bila bolj smotrna skupna prodaja nepremičnine (ali večjega števila nepremičnin) na javni dražbi. Zakonodajalec je z ureditvijo prodaje nepremičnine kot celote takšno ravnanje izvršilnemu sodišču omogočil. Menim, da stečajna sodišča (niti morebitni ločitveni upniki in upniški odbor) ne bi imela nič proti, če bi upravitelj kot način prodaje predlagal javno dražbo, ki bi se opravila v postopku izvršbe po novem 171.a členu ZIZ. Tudi če bi takemu načinu kdorkoli v stečajnem postopku nasprotoval, ima upravitelj možnost razpisati javno dražbo na isti dan in na istem kraju, kot jo bo opravilo sodišče. Upravitelj mora po določbah ZFPPIPP v razpis javne dražbe vpisati mesto poteka dražbe in je glede tega veliko bolj fleksibilen, kot so sodišča, ki morajo po določbah ZIZ opraviti narok v sodnem posloplju, če sodišče ne odloči drugače. Seveda menim, da bi na podlagi dogovora med sodiščem in upraviteljem dražba lahko potekala tudi drugje, saj za to ni nobene zakonske ovire. Prednost take prodaje bi bila, da bi zaradi objave javne dražbe v izvršilnem in stečajnem postopku pridobili širši krog potencialnih kupcev in da bi lahko potencialni kupci na eni javni dražbi kupili celotno nepremičnino, cena za celotno nepremičnino pa bi bila zagotovo višja. Poleg tega pa bi postopek potekal veliko hitreje in preprosteje.⁵ Problem navedene prodaje po 171.a členu ZIZ pa je njegov 5. odstavek (poplačilo solastnika), kar bo podrobno obravnavno v 4. točki tega prispevka.

3. Način razpisa javne dražbe

V ZIZ je določeno, da se v odredbi o prodaji določi način in pogoje za prodajo ter čas in kraj prodaje in da se nepremičnina proda na javni dražbi.⁶ Nadalje morajo pogoji za prodajo poleg

⁵ Ta način prodaje se je že uspešno uveljavil v stečajnih postopkih, v katerih upravitelji različnih stečajnih dolžnikov skupaj prodajajo premoženje v solastnini.

⁶ Člena 181 in 183 ZIZ.

drugih podatkov navajati natančen opis nepremičnine, njeno vrednost, ceno, rok za položitev kupnine, način prodaje in znesek varščine.⁷ Glede na to bi bilo javno dražbo mogoče razpisati na način, da bi bila bolj uspešna, in sicer tako, da se na eni javni dražbi opravi tako skupna kot posamična prodaja nepremičnin ter da sodišče prejme kupnino za vsako posamezno prodano nepremičnino.⁸ V nadaljevanju bom predstavil enega od možnih načinov skupne prodaje (večjega števila) nepremičnin. Za lažje razumevanje vzemimo primer, kjer se prodajata dve nepremičnini istega dolžnika. Prodaja nepremičnine kot celote bo predstavljena v 4. točki tega prispevka.

Problem sodišč pri skupni prodaji nepremičnin je v tem, da je po uspešni prodaji treba razdeliti celotno kupnino med posamezne nepremičnine, kar pa je mogoče preprosto rešiti. V določbah ZIZ ni nobene ovire, da sodišče ne bi moglo razpisati javne dražbe tako, da bi vnaprej (že v sami odredbi) določilo »ključ«, po katerem bi se po končani dražbi, na kateri bi se nepremičnine prodajale skupaj (v paketu), določilo kupnino za vsako nepremičnino posebej.

Sodišče bi lahko razpisalo javno dražbo na naslednji način:

1. Pri opisu nepremičnin, ki bi bile predmet skupne (paketne) prodaje, bi lahko dopisalo enega od naslednjih pristavkov:

1.1.

»Predmet prodaje sta nepremičnini z ID-znakom X in Y, obe last dolžnika do 1/1, ki se bosta prodajali skupaj v paketu, posamična prodaja nepremičnine v paketu je izključena.«

1.2.

»Predmet prodaje sta nepremičnini z ID-znakom X in Y, obe last dolžnika do 1/1, ki se prodajata v dveh korakih:

- a) nepremičnini se v prvem koraku prodajata skupaj kot celota na način javne dražbe z zviševanjem skupne cene obeh nepremičnin, pri čemer je prodaja posamezne nepremičnine izključena;
- b) v primeru neuspešne prodaje v prvem koraku javne dražbe se bosta nepremičnini v drugem koraku javne dražbe prodajali posamično, na način javne dražbe z zviševanjem cene posamezne nepremičnine.«

Kot sem že pojasnil, po ZIZ ni ovire za skupno prodajo nepremičnin, nekatera sodišča pa tudi v praksi že izdajajo odredbe za skupno (paketno) prodajo.

⁷ Člen 184 ZIZ.

⁸ Če se prodaja več nepremičnin istega dolžnika in če vsi upniki niso predlagali izvršbe na vseh nepremičninah, mora sodišče za vsako prodano premoženje pridobiti svojo kupnino, ki jo nato deli med tiste upnike, ki so na določenem premoženju predlagali izvršbo.

Bolj zanimiva je javna dražba v dveh korakih. Tako opravljena dražba v dveh korakih bi sodišču omogočala, da v prvem koraku poskusi s skupno prodajo nepremičnin, če pa ta ne bo uspešna, se javna dražba nadaljuje v drugem koraku s posamično prodajo. Ta način prodaje tudi ne bi zavlekel javne dražbe, saj bi se takoj videlo, ali obstaja interes za skupen nakup nepremičnin, in če ga ni, se takoj začne posamična prodaja.

2. Pri določitvi vrednosti nepremičnin bi se pri skupni (paketni) prodaji zapisala zgolj skupna vrednost vseh nepremičnin; seveda se lahko zapiše tudi vrednost posamezne nepremičnine, ni pa to nujno. V praksi sodišča pri skupni (paketni) prodaji ne zapisujejo vrednosti posameznih nepremičnin, ampak zgolj skupno vrednost vseh nepremičnin. Pri določitvi vrednosti nepremičnin pri prodaji v dveh korakih bi se zapisala vrednost posamezne nepremičnine in skupna vrednost obeh nepremičnin. Načeloma je v sklepu o ugotovitvi vrednosti nepremičnin napisana vrednost vsake posamezne nepremičnine, zato bi se kot skupna vrednost nepremičnin zapisal seštevek vrednosti obeh nepremičnin.

3. V točki odredbe o prodaji, v kateri je zapisana cena, za katero se sme nepremičnina prodati, bi bila pri skupni (paketni) prodaji nepremičnin lahko zapisana zgolj skupna cena (na primer 70 odstotkov ugotovljene vrednosti), lahko pa bi bila zapisana cena za posamezno nepremičnino, pod katero se ne bo prodajala, in tudi »ključ« delitve vrednosti in kupnine med nepremičninama. V praksi sodišča pri skupni (paketni) prodaji nepremičnin zapisujejo zgolj skupno izklicno ceno, vendar pa bi lahko zaradi večje preglednosti dopisala tudi »ključ« delitve. K tej točki odredbe o prodaji bi sodišča lahko zapisala naslednji pristavek:

»Razmerje med ugotovljeno vrednostjo nepremičnine z ID-znakom X (20.000,00 EUR) in ugotovljeno vrednostjo nepremičnine z ID-znakom Y (80.000,00 EUR) je 80 : 20.

Sodišče bo v prvem koraku javne dražbe začelo prodajati obe nepremičnini v paketu, zato bo prodajna (in izklicna) cena 100.000,00 EUR.

Če bo javna dražba v prvem koraku uspešna, se bo najvišja cena, ki jo bo ponudil dražitelj, ki bo na dražbi uspel, delila po razmerju 80 : 20 na dva dela. Kupec nepremičnin, ki bo na javni dražbi uspel, bo moral plačati dve kupnini, in sicer eno za nakup nepremičnine z ID-znakom X in eno za nakup nepremičnine z ID-znakom Y.

V primeru neuspešne prodaje v prvem koraku javne dražbe se bo ta nadaljevala v drugem koraku, v katerem se bosta nepremičnini prodajali posamično, pri čemer se bo prodaja posamične nepremičnine začela s prodajno (in izklicno) ceno, in sicer za nepremičnino z ID-znakom X v višini 20.000,00 EUR in za nepremičnino z ID-znakom Y v višini 80.000,00 EUR.«

Tak pristavek bi sodišču omogočil določitev »ključa«, po katerem bi se delila kupnina v primeru skupne (paketne) prodaje nepremičnin, prav tako pa bi se kupca zavezalo, da bi na račun sodišča plačal dve kupnini, za vsako nepremičnino posebej. Tak način delitve je najprepro-

stejši, seveda pa je mogoče določiti tudi kakšen drug ključ (glede na podatke GURS, glede na površino nepremičnin ...). Prednost take prodaje je v tem, da se resnim kupcem omogoči nakup celotnega sklopa nepremičnin in da sodišče prejme za vsako prodano nepremičnino svojo kupnino, ki jo nato razdeli med upnike, ki so na posamezni nepremičnini predlagali izvršbo. Poleg tega pa se preprečijo anomalije, da se prodajo zgolj nepremičnine, ki na primer predstavljajo dovozne poti do vrednejših nepremičnin, ali da se prodajo okoliške nepremičnine, ki lahko zajemajo dvorišče ali površino pred objektom.

4. Glede varščine pri skupni (paketni) prodaji nepremičnine ne bo problema, saj bodo sodišča zapisala, da je dražitelj dolžan plačati varščino od skupne vrednosti vseh nepremičnin. Zaradi prodaje v dveh korakih ter načina prodaje, pri katerem se prodajajo nepremičnine skupaj in nato posamično, bi sodišče lahko zapisalo naslednji pristavek:

»Varščina znaša desetino ugotovljene vrednosti nepremičnine, to je 2.000,00 EUR za nepremičnino z ID-znakom X in 8.000,00 EUR za nepremičnino z ID-znakom Y. Dražitelj, ki želi sodelovati v prvem koraku javne dražbe, mora plačati varščini za obe nepremičnini. Če je dražitelj plačal varščini za obe nepremičnini za sodelovanje v prvem koraku javne dražbe, prvi korak pa ni bil uspešen, lahko sodeluje tudi pri nakupu posamičnih nepremičnin v drugem koraku javne dražbe.«

Tak zapis je dovolj jasen, da bodo potencialni kupci vedeli, kako sodelovati na javni dražbi, hkrati pa daje dražiteljem možnost nakupa v obeh korakih javne dražbe.

4. Prodaja solastniških deležev oziroma prodaja nepremičnine kot celote

Upniki so z novelo ZIZ-J pridobili novo upravičenje, in sicer lahko sodišču predlagajo, da o začetni izvršbi na solastniških deležih nepremičnine obvesti tudi preostale solastnike nepremičnine, katerih deleži niso predmet izvršbe, in jih obvesti, da lahko podajo soglasje, da se nepremičnina proda kot celota, in jih seznani s pogoji prodaje. Vsi solastniki morajo podati soglasje do izdaje sklepa o ugotovitvi vrednosti. Solastniki lahko soglasje umaknejo najpozneje do izdaje odredbe o prodaji na prvi javni dražbi. Poplačilo solastnikov se izvede na način, da se poplačajo pred stroški izvršilnega postopka in upniki iz 196. člena ZIZ.

Navedena možnost je zelo dobrodošla, vendar pa sama rešitev zakonsko ni dodelana in bo tako nedvomno prepuščena presoji v sodni praksi. Na probleme navedene ureditve je bilo v praksi že opozorjeno.⁹

Eden od najpomembnejših je procesni položaj solastnika, saj ZIZ ne določa, ali je stranka v postopku ali ne. Menim, da je solastnika treba obravnavati kot stranko v postopku, sicer lahko

⁹ A. Drev in K. Klug, Novosti nepremičninske izvršbe po noveli ZIZ-J, Pravna praksa, št. 36/2014, str. 22.

pride do ustavno nedopustnega posega v njegovo lastninsko pravico. Zakaj se to lahko zgodi, je razvidno že iz prvega odstavka 171.a člena ZIZ, na podlagi katerega mora sodišče solastnika obvestiti o pogojih prodaje. Glede na dejstvo, da se bodo pogoji prodaje določili šele v odredbi o prodaji, v trenutku, ko bo solastnik podal soglasje (mora ga podati do izdaje sklepa o ugotovitvi vrednosti nepremičnine), niti sodišče niti solastnik ne bodo seznanjeni s pogoji prodaje. Solastnika se bo tako lahko obvestilo le o zakonsko predvidenih pogojih prodaje, in sicer možnih načinih prodaje, prodajni ceni in možnosti ponovne ugotovitve vrednosti nepremičnin na javni dražbi.¹⁰ Nadalje je nerodna ureditev, da solastnik poda soglasje pred izdajo sklepa o ugotovitvi vrednosti nepremičnine, saj se bo solastnik šele na podlagi ugotovljene vrednosti nepremičnine lahko odločil, ali bo podal soglasje. V ta namen bi bilo smotno, da sodišča tudi solastnikom vročajo cenitveno poročilo. Glede na navedeno se izpostavi vprašanje možnosti umika soglasja. Solastniki lahko podajo umik do izdaje odredbe o prodaji na prvi javni dražbi. Glede na ureditev v ZIZ imajo solastniki po podanem soglasju med izdajo sklepa o ugotovitvi vrednosti nepremičnine do izdaje odredbe o prodaji na prvi javni dražbi možnost presoditi, ali jim ugotovljena cena ustreza. Vendar pa je solastnik v negotovosti, kdaj bo sodišče izdalo odredbo o prodaji na prvi javni dražbi, posledično pa je negotov tudi rok solastnika za umik soglasja.

Dodaten zaplet se pojavi, če sodišče na dražbi ponovno ugotovi vrednost nepremičnine, ki pa je nižja od vrednosti, ugotovljene v prvotnem sklepu o ugotovitvi vrednosti nepremičnine. Kljub jasni zakonski dikciji menim, da bi morali solastniku dopustiti umik soglasja tudi v tem primeru. Navedeno pa bi nedvomno pomenilo preklic javne dražbe, saj če solastnik na dražbi ne bi bil navzoč osebno ali prek pooblaščenca, bi mu sodišče moralo omogočiti določen rok, v katerem bi se lahko izjavil, ali umika soglasje. Sicer bi lahko prišlo do nedopustnega posega v lastninsko pravico solastnika.

Peti odstavek 171.a člena ZIZ določa, da se solastniki iz kupnine poplačajo pred stroški izvršilnega postopka in upniki iz 196. člena ZIZ. Navedena določba je nedodelana in omogoča vsaj dve razlagi. Sodišče bo moralo pri prodaji celotne nepremičnine razdeliti kupnino na del, ki odpade na dolžnikov solastniški delež, in na del, ki odpade na solastniški delež solastnika. Vprašanje je, kako obravnavati delež solastnika, ki je obremenjen s hipotekami. Glede na določbo petega odstavka 171.a člena ZIZ se iz kupnine poplača izključno solastnik, poplačilo njegovih upnikov pa ni predvideno. Zaradi navedenega sta možni vsaj dve pravni razlagi. Prva je, da hipoteka s prodajo solastniškega deleža solastnika ne ugasne, ampak jo prevzame kupec. V tem primeru se bodo v praksi potencialni kupci obračali na upnike solastnika in na solastnika z namenom sklenitve dogovora, da se kupnina nakaže neposredno na račun upnika solastnika in da upnik solastnika kupcu izstavi dovoljenje za izbris hipoteke. Če do

¹⁰ Prav tam.

takih dogovorov med kupcem, solastnikom in upnikom solastnika ne bo prihajalo, hipoteka na solastniškem deležu solastnika po določbah ZIZ ne bo ugasnila in jo bo moral prevzeti novi kupec. Navedeno bo zmanjšalo možnost prodaje, saj kupci zagotovo ne bodo želeli kupiti solastniškega deleža, obremenjenega s hipoteko, saj bodo lahko upnikom solastnika odgovarjali s kupljenim solastniškim deležem. Druga možna razlaga pa je,¹¹ da peti odstavek člena 171.a ZIZ ureja zgolj razdelitev kupnine na del nepremičnine, ki pripada solastniku, in na del nepremičnine, ki pripada dolžniku, pri čemer se iz kupnine za del nepremičnine, ki pripada solastniku, pred poplačilom solastnika poplačajo terjatve njegovih upnikov v skladu s pravili ZIZ. Takšna razlaga je zagotovo ustrežnejša glede na namen novele ZIZ-J, vendar pa zakonsko besedilo jasno pravi, da se solastniki poplačajo pred stroški izvršilnega postopka in upniki iz 196. člena ZIZ. Navedeno dilemo bo nedvomno morala rešiti sodna praksa.

Ne glede na zakonsko določilo o prodaji nepremičnine kot celote je prodaja nepremičnine v solastnini mogoča tudi na naslednji način. Velikokrat se za potencialnega kupca izve že pred samo dražbo, in v tem primeru bi lahko upniki (ki imajo največji interes za prodajo) povezali tako solastnika kot tudi kupca ter omogočili, da bi se solastniški delež solastnika prodal tudi izvensodno. V že opisanem primeru, ko je en solastnik v stečajnem postopku, zoper drugega pa poteka izvršba, je mogoče narediti nekakšno skupno (paketno) prodajo nepremičnin. Stečajni upravitelj bo na podlagi ZFPPIPP za prodajo pridobil sklep o prodaji,¹² pri čemer bo v predlogu za izdajo sklepa o prodaji sodišču pojasnil in predlagal, da se premoženje proda skupaj in sočasno s prodajo drugega solastniškega deleža, ki se prodaja v izvršilnem postopku. Po prejemu sklepa o prodaji pa se bo upravitelj z izvršilnim sodiščem dogovoril za dan in kraj prodaje. Tako bi lahko sodišče na javni dražbi prodalo zgolj solastniški delež dolžnika, na istem kraju in ob istem času pa bi tudi upravitelj prodajal solastniški delež stečajnega dolžnika. Ustrezno pa bi bilo, da bi tako sodišče kot tudi upravitelj v objavi javne dražbe zapisala, da se bo hkrati prodajala celotna nepremičnina oziroma vsi solastniški deleži. Tehnično bi se celoten postopek po končani dražbi opravil za solastniški delež dolžnika v izvršbi in za solastniški delež dolžnika v stečaju.

5. Sklep

V izvršilnih postopkih bi bile lahko javne dražbe uspešnejše, če bi upniki v izvršilnih postopkih sodelovali bolj aktivno (saj je prav upnik *dominus litis* izvršilnega postopka) in če bi sodišča razpisovala javne dražbe, ki bi omogočile več različnih možnosti prodaje. Tako bi lahko obe javni dražbi v izvršilnem postopku maksimalno izkoristili. Skupna prodaja nepremičnin

¹¹ To zagovarjata tudi A. Drev in K. Klug v navedenem članku.

¹² Člen 330 ZFPPIPP.

(kot paket več nepremičnin ali kot prodaja nepremičnine kot celote) je v stečajnih postopkih uspešna in ni razloga, da ne bi bila uspešna tudi v izvršilnih. Nedvomno po določbah ZIZ obstaja možnost za skupno prodajo nepremičnin na javni dražbi (zdaj je zakonsko urejena tudi prodaja nepremičnin kot celote) in upam, da bo za tak način prodaje tudi volja na izvršilnih sodiščih. Uspeh izvršilnega postopka pa je v veliki meri odvisen tudi od aktivnosti upnikov, saj sodišču lahko vedno predlagajo način prodaje, za katerega vedo, da bo uspešnejši.

Strokovni članek
UDK 347.739(497.4)

Prodaja premoženja v stečajnem postopku

DR. NINA PLAVŠAK

1. Poslovno običajni način prodaje kot najoptimalnejši način prodaje

1.1. Namen (ratio) pravil o licitacijskih načinih prodaje premoženja v stečajnem postopku

Pri pravilnem razumevanju namena (in razlagi pomena) pravil Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (v nadaljevanju: ZFPPIPP)¹ o prodaji premoženja stečajnega dolžnika moramo izhajati iz **načela zagotavljanja najboljših pogojev za poplačilo upnikov**, ki je temeljno načelo stečajnega postopka. Po 47. členu ZFPPIPP je treba postopek zaradi insolventnosti voditi tako, da se zagotovijo najugodnejši pogoji glede višine plačila in rokov za plačilo terjatev upnikov. V stečajnem postopku se zaradi plačila terjatev upnikov premoženje stečajnega dolžnika proda in s tem unovči (primerjaj prvi odstavek 320. člena ZFPPIPP). Iz kupnine, dosežene s prodajo, se oblikuje splošna razdelitvena masa oziroma posebne razdelitvene mase, ki so namenjene plačilu terjatev upnikov (226. člena ZFPPIPP).

Zato se v stečajnem postopku dosežejo najboljši pogoji za plačilo terjatev tako, da se izbere najoptimalnejši način prodaje ali najoptimalnejša kombinacija načinov prodaje. **Najoptimalnejši način prodaje** je tisti, za katerega je ob upoštevanju

- značilnosti premoženja, ki je predmet prodaje,
- stanja na trgu in
- poslovno običajnih načinov prodaje premoženja enake vrste

¹ Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo in 10/15 – popr.

najverjetneje, da bo z njegovo uporabo mogoče doseči najvišjo ceno.

Izraz **poslovno običajni način prodaje premoženja določene vrste** pomeni tisti (navadno licitacijski) način, na katerega se v poslovni praksi najpogosteje prodaja premoženje enake vrste. Izbira poslovno običajnega načina je pomembna zato, ker neobičajni načini zlasti pri profesionalnih investitorjih (potencialnih kupcih) vzbujajo nezaupanje in jih odvrčajo od udeležbe pri postopkih prodaje.

1.2. Poslovno običajni način prodaje kot standard skrbnosti pri vseh prisilnih prodajah

Med prisilne prodaje² spada poleg prodaje, ki se opravi v izvršilnem ali stečajnem postopku, tudi prodaja, ki jo zunajsodno opravi zastavni upnik zaradi zunajsodne uveljavitve zastavne pravice.

V prvem odstavku 128. člena Stvarnopravnega zakonika (SPZ)³ je zastavna pravica opredeljena kot pravica zastavnega upnika, da se zaradi neplačila zavarovane terjatve ob njeni zapadlosti poplača skupaj z obrestmi in stroški iz vrednosti zastavljenega predmeta pred vsemi drugimi upniki zastavitelja. Zastavna pravica omogoča prednostno poplačilo zavarovane terjatve tako, da vključuje poplačilno upravičenje. To upravičenje daje njenemu imetniku (zastavnemu upniku) pravno možnost doseči (prednostno) poplačilo zavarovane terjatve (ki ob zapadlosti ni bila plačana) iz vrednosti premoženja, ki je predmet zastavne pravice, pred poplačilom drugih terjatev (drugih zastaviteljevih upnikov).

Zastavni upnik (imetnik zastavne pravice) uveljavi (uresniči) poplačilno upravičenje, ki ga vključuje zastavna pravica, tako, da proda (doseže prodajo) predmeta zastavne pravice (nepremičnine, premične stvari ali druge premoženjske pravice) in poplača zavarovane terjatve iz kupnine, dosežene s prodajo. Da bi lahko dosegel prodajo zastavljene premoženjske pravice (lastninske pravice ali druge premoženjske pravice), na zastavnega upnika preide razpolagalno upravičenje, vključeno v zastavljeni lastninski pravici oziroma drugi premoženjski pravici v obsegu, potrebnem za prenos te pravice na kupca. Pravna možnost uresničitve zastavne pravice nastane, če terjatev, v zavarovanje katere je bil ustanovljena, ob dospelosti ni plačana. Uresničitev tega (odložnega) pogoja povzroči prehod razpolagalnega upravičenja na upnika.

Večino zastavnih pravic lahko upnik uveljavi zunajsodno tako, da sam izvede prodajo premoženja (oziroma dosledneje premoženjske pravice), ki je predmet zastavne pravice. Ker na

² Izraz prisilna prodaja pove, da se prodaja opravi neodvisno od volje zastavitelja kot imetnika lastninske pravice na zastavljeni stvari oziroma imetnika druga zastavljene premoženjske pravice.

³ Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

zastavnega upnika preide razpolagalno upravičenje, ta lahko (pravno učinkovito) prenese premoženjsko pravico, ki je predmet zastavne pravice, na kupca. To pomeni, da je pri zunajsodni uveljavitvi zastavne pravice pravni temelj prenosa premoženjske pravice na kupca (zavezovalni in) razpolagalni pravni posel zastavnega upnika.

Zastavni upnik mora pri uveljavitvi zastavne pravice ravnati skrbno in poleg svojega interesa, da doseže polno poplačilo zavarovane terjatve, ustrezno varovati tudi interes zastavitelja, da je s prodajo dosežena najvišja cena. Cena, ki jo je mogoče doseči s prodajo zastavljene stvari ali druge zastavljene premoženjske pravice, je odvisna od načina, na katerega se opravi prodaja.

Razen notarske prodaje zaradi zunajsodne uveljavitve hipoteke, ki je urejena v 15.a do 15.t členu Zakona o finančnih zavarovanjih (ZFZ),⁴ je prisilna prodaja zaradi zunajsodne uveljavitve zastavne pravice pri nas urejena razmeroma skopo.

- Splošno pravilo o zunajsodni prodaji zaradi uveljavitve zastavne pravice na premični stvari je urejeno v prvem stavku drugega odstavka 167. člena SPZ, ki določa: »Če zavarovana terjatev ni poravnana ob zapadlosti, lahko zastavni upnik proda zastavljeno premičnino na javni dražbi ali po morebitni borzni ali tržni ceni.« To pravilo se uporablja tudi za prodajo vrednostnih papirjev in drugih premoženjskih pravic (191. člen SPZ).
- Posebno pravilo, ki se uporablja za zunajsodno uveljavitev finančnega zavarovanja (zastavne pravice na finančnem instrumentu ali terjatvi iz naslova bančnega posojila), je urejeno v prvem odstavku 5. člena ZFZ, ki določa: »Če je v tem zakonu določeno, da lahko prejemnik zavarovanja proda finančni instrument ali bančno posojilo, ga mora prodati na primeren način kot dober strokovnjak glede na razmere na finančnem trgu.«

Čeprav se besedilo navedenih pravil razlikuje, je njun vsebinski pomen enak. Pri presoji njegovega pomena moramo upoštevati, da je **zahtevana skrbnost zastavnega upnika pri prodaji zastavljene premoženja zaradi uveljavitve zastave pravice** pravni standard. Pravni standard je vsebinsko merilo ravnanja, vključeno v nedoločeni (raztegljivi) pojem in opredeljeno tako, da se sklicuje na ravnanje, ki je tipično, normalno, povprečno (standardno) v določenem okolju (na primer ravnanje, ki ustreza standardu ravnanja v poslovnem prometu) ali na določenem področju človekovega udejstvovanja (na primer ravnanje, ki ustreza strokovnemu ali poklicnemu standardu).

Kot pravni standard je skrbnost abstraktno merilo ravnanja. Pri presoji, ali je določeno (konkretno) ravnanje v skladu z zahtevano skrbnostjo, je namreč pomembno, kako ravna večina subjektov enakih značilnosti kot subjekt, čigar ravnanje presojamo, v okoliščinah, ki so enake (istovrstne) okoliščinam, glede katerih presojamo to (konkretno) ravnanje. Ker je skrbnost pravni standard, je treba pri uporabi pravnega pravila, katerega dispozicija je opredeljena s

⁴ Uradni list RS, št. 67/11 – uradno prečiščeno besedilo, 82/13 in 90/15 – odl. US.

standardom skrbnosti (se nanj sklicuje), opredeliti vsebino standarda skrbnosti tako, da jo ustrezno prilagodimo (približamo) konkretnemu (posamičnemu) položaju, ki ga želimo pravno ovrednotiti (zanj uporabiti to pravno pravilo). Pri tej prilagoditvi moramo presojo tipičnega (povprečnega) ravnanja od najsplošnejše presoje (to je presoje, kako najpogostejše ravna kdorkoli in v katerihkoli okoliščinah) zožiti v dveh vidikih:

- na presojo, kako najpogostejše ravnaajo subjekti, ki imajo enake značilnosti kot tisti, čigar ravnanje presojamo, in
- na presojo, kako najpogostejše (navadno, običajno) ravnaajo ti subjekti v okoliščinah, ki imajo enake značilnosti kot okoliščine, v katerih je deloval tisti, čigar ravnanje presojamo.⁵

Zato moramo, ko presojamo zahtevano ravnanje zastavnega upnika, odgovoriti na vprašanje, kako najpogostejše (običajno) ravnaajo razumni prodajalci pri prodaji premoženja enake vrste, kadar sledijo interesu, ki je tipičen za tako prodajo, in sicer interesu doseči najvišjo mogočo ceno. Razumen prodajalec bo pri taki prodaji izbral najoptimalnejši način prodaje, torej način, ki je poslovno običajen za prodajo premoženja enake vrste.

Zato se mora izraz »primeren način«, uporabljen v prvem odstavku 5. člena ZFZ, razlagati (razumeti) v pomenu način, ki je poslovno običajen za prodajo zastavljenega finančnega premoženja oziroma terjatve na podlagi bančnega posojila.

Smiselno enako velja za besedilo »na javni dražbi ali po morebitni borzni ali tržni ceni«, uporabljeno v drugem odstavku 167. člena SPZ. Pri uporabi (pravilnem razumevanju) tega pravila moramo upoštevati naslednje »preslikave«:

- Izraza tržna cena Mednarodni standardi ocenjevanja vrednosti (MSOV 2013) ne uporabljajo več, ker je premalo določen. Tržna cena je namreč vsaka cena, ki se oblikuje na določenem trgu. Zato se pri presoji, ali je bila prodaja opravljena za tržno ceno, v resnici sprašujemo, ali je bila prodaja zastavljenega premoženja opravljena za najvišjo ceno, ki jo je bilo mogoče v času prodaje doseči na trgu.
- Na višino cene vplivata ponudba in povpraševanje. Če želimo ugotoviti, kakšno je povpraševanje po zastavljenem premoženju, moramo na ustrezen način o naši ponudbi (za prodajo) obvestiti čim širši krog potencialnih kupcev. Ta namen navadno dosežemo z ustreznim licitacijskim načinom prodaje. Med licitacijske načine prodaje poleg javne dražbe, ki je izrecno določena v drugem odstavku 167. člena SPZ, spadajo tudi vsi načini javne ponudbe ali javnega zbiranja ponudb. Med prodaje na podlagi javne prodaje pa spada tudi prodaja na določenem borznem trgu (torej za borzno ceno), če se s premoženjem, ki je predmet prodaje, trguje na tem trgu.

⁵ Obširneje o pomenu standarda skrbnosti glej Nina Plavšak v: Plavšak, Juhart, Vrenčur, Obligacijsko pravo, splošni del, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 140–147.

To pomeni, da moramo delno nerodno oblikovano besedilo prvega stavka drugega odstavka 167. člena SPZ razumeti v tem pomenu, da mora zastavni upnik opraviti prodajo na (navadno licitacijski) način, ki je poslovno običajen za prodajo premoženja, ki ima enake značilnosti kot zastavljeno premoženje. Za to presojo ni vedno pomembna le vrsta zastavljenega premoženja (na primer delnice ali poslovni delež), temveč tudi »količina« tega premoženja (na primer manjšinski ali večinski, kontrolni delež delnic). Tako je na primer poslovno običajen (najoptimalnejši) način prodaje manjšinskega paketa (manjše količine) delnic prodaja tega paketa na borznem trgu (če so delnice predmet trgovanja na tem trgu). Poslovno običajen način prodaje kontrolnega paketa delnic ali večinskega poslovnega deleža pa je prodaja na podlagi navadno dvofaznega postopka javnega zbiranja ponudb.

2. Pomen licitacijskih načinov prodaje in njihove kombinacije v stečajnem postopku

Po 329. členu ZFPPIPP je dovoljeno prodati premoženje stečajnega dolžnika (skleniti pogodbo o prodaji tega premoženja) na kateregakoli od mogočih licitacijskih načinov, in sicer:

- z zavezujočim zbiranjem ponudb,
- na javni dražbi z zviševanjem izklicne cene ali
- na javni dražbi z zniževanjem izklicne cene.

Ko presojamo (izbiramo) najoptimalnejši licitacijski način (ali kombinacijo teh načinov), moramo upoštevati, da je namen vseh licitacijskih načinov enak: k licitiranju (»tekmovanju« za sklenitev pogodbe) pritegniti čim širši krog potencialnih kupcev in s tem doseči ugodnejše pogoje prodaje. Vsak od teh licitacijskih načinov ima nekatere prednosti in nekatere slabosti.

Največja slabost javnega zbiranja ponudb in javne dražbe z zviševanjem izklicne cene je, da razpisnik (prodajalec) morebitnim kupcem vnaprej razkrije najnižji znesek, za katerega je pripravljen prodati določeno premoženje (izhodiščno oziroma izklicno ceno). Tega mu pri javni dražbi z zniževanjem izklicne cene ni treba storiti. Zato noben licitacijski način ni najboljši (najučinkovitejši) za prodajo vsake vrste premoženja. V poslovni praksi so se izoblikovala izkustvena pravila, po katerih je za prodajo likvidnega premoženja (premoženja, za katero je razmeroma veliko povpraševanje) navadno najprimernejša javna dražba z zviševanjem izklicne cene. Za prodajo premoženja večje vrednosti (na primer kontrolnih deležev v pravni osebi) pa je po izkušnjah poslovne prakse najprimernejše zbiranje ponudb, ki se navadno izvede v več krogih tako, da se najprej izvede nezavezujoče zbiranje ponudb in nato nadaljnji krogi zbiranja ponudb tistih ponudnikov (ožjega nabora ponudnikov – angl. *short list*), ki so izbrani v prvem krogu. Seveda so mogoče različne kombinacije licitacijskih načinov (teh tudi ureditev v ZFPPIPP, če jo uporabimo pravilno, ne prepoveduje). Javna dražba z zniževanjem cene pa

se navadno izvaja, kadar želi prodajalec omejiti špekulacije potencialnih kupcev o najnižji zanj sprejemljivi ceni, in v poslovni praksi ni prav pogosta.

Pri presoji o najoptimalnejšem licitacijskem načinu je treba upoštevati razmišljanje tipičnega (razumnega) potencialnega kupca, ki ga vodi pri odločitvi o ponudbi oziroma sprejetju ponujene cene pri posameznem načinu. Vsak razumen kupec želi kupiti premoženje za čim nižjo ceno, vendar hkrati vsaj za tolikšno, da bo sprejemljiva za prodajalca in da bo ugodnejša od cen, ki jih ponujajo drugi (konkurenčni) potencialni kupci. V nadaljevanju je za vsak licitacijski način oziroma kombinacijo teh načinov prikazano, kako razumen potencialni kupec optimizira svojo odločitev o ponujeni ceni.

1. Pri javni dražbi z zviševanjem izklicne cene je potencialnemu kupcu znana najnižja cena, po kateri je prodajalec pripravljen prodati premoženje. Ta je namreč enaka izklicni ceni. Zato javna dražba z zviševanjem cene potencialnega kupca ne sili k temu, da bi (vsaj v prvem koraku dražbe) ponudil višjo ceno od izklicne. Ker poteka v korakih, potencialnega kupca (dražitelja) tudi ne sili, da bi ponudil ceno, ki se približuje najvišji ceni, za katero bi bil pripravljen kupiti premoženje. Posamezen dražitelj bo namreč ponudil samo tako ceno, ki je za znesek koraka višja od cene, ki jo ponujajo preostali (konkurenčni) dražitelji. Zato je dosežena cena odvisna od števila dražiteljev in (resnosti) njihovega interesa za nakup ter je pogosto nižja od najvišje cene, za katero bi bil dražitelj, ki uspe na dražbi, v resnici pripravljen kupiti premoženje.

2. Pri javni dražbi z zniževanjem izklicne cene potencialnemu kupcu ni znana najnižja cena, po kateri je prodajalec pripravljen prodati premoženje. Zanj namreč zve šele, ko ne more več licitirati – ko razpisnik dražbe v določenem koraku odstopi od nadaljnje dražbe. To ga sili, da sprejme ceno, izklicano v tistem koraku, ki je najbližji najvišji ceni, ki jo je pripravljen plačati za to premoženje. Hkrati pa svojo odločitev optimizira na podlagi ocene, katera najnižja cena je za prodajalca še sprejemljiva, in (če je dražiteljev več) tudi na podlagi ocenjenega (predvidenega) obnašanja preostalih dražiteljev.

Po moji presoji je javna dražba z zniževanjem izklicne cene za prodajo premoženja stečajnega dolžnika praviloma najmanj primeren licitacijski način. Razlog temu so posebna pravila ZFPPIPP o ceni. Končna prodajna cena je namreč lahko nižja od polovice vrednosti, ocenjene na podlagi likvidacijske vrednosti, samo, če s tem soglaša upniški odbor oziroma ločitveni upnik (primerjaj smiselno tretji odstavek 332. člena in peti odstavek 341. člena, oba v zvezi z drugim odstavkom 345. člena ZFPPIPP). Zato lahko dražitelj z visoko verjetnostjo predpostavlja, da bo stečajni dolžnik odstopil od nadaljnje dražbe v koraku, v katerem bo cena dosegla polovico te vrednosti. To pomeni, da javna dražba z zniževanjem izklicne cene, izvedena v stečajnem postopku (pri prisilni prodaji), v resnici nima ključne (in edine) prednosti, ki jo

ima ta licitacijski način pred preostalima načinoma v primerih, ko se licitacija izvaja zaradi prostovoljne prodaje (zunaj postopkov prisilne prodaje).

Zelo naivno je tudi prepričanje, da je mogoče optimizacijo prodajne cene doseči s kombinacijo javne dražbe z zniževanjem cene, ki se (ko prvi dražitelj sprejme ceno, izklicano v posameznem koraku) nadaljuje po pravilih javne dražbe z zviševanjem izklicane cene. Če namreč dražitelj ve, da bo imel ponovno možnost (»popravni izpit«) konkurirati preostalim dražiteljem v drugem delu dražbe (delu z zviševanjem cene), ima interes v prvem delu dražbe (delu z zniževanjem cene) sprejeti šele ceno v koraku, ki je najbližji polovici ocenjene (likvidacijske) cene (ker z visoko, razumno verjetnostjo predpostavlja, da bo stečajni dolжник v naslednjem, nižjem koraku odstopil od nadaljnje dražbe). Hkrati mu je vseeno, ali ga v prvem delu dražbe prehitijo kdo od preostalih dražiteljev, saj ve, da bo imel možnost »popravnega izpita«. Končni izid je tako v večini primerov enak, kot če bi se izvedla samo dražba z zviševanjem izklicne cene, pri kateri bi bila izklicna cena določena v višini polovice ocenjene (likvidacijske) vrednosti.

3. Pri javnem zbiranju ponudb je potencialnemu kupcu znana samo najnižja cena, po kateri je prodajalec pripravljen prodati premoženje. Hkrati pa ne ve, kakšno najvišjo ceno so pripravljeni ponuditi preostali potencialni kupci. Drugače kot pri javni dražbi z zviševanjem izklicne cene posamezen ponudnik za cene preostalih (konkurenčnih) ponudnikov zve šele, ko že odda svojo zavezujočo ponudbo in ko je ne more več zviševati. To ga sili, da ponudi ceno, ki je enaka najvišji ceni, za katero je pripravljen kupiti to premoženje, ali zelo blizu tej ceni. Zato je okoliščina, da posamezen ponudnik ne ve, kakšno ceno so pripravljeni ponuditi preostali ponudniki (njegovi konkurenti pri nakupu premoženja), in da po oddaji ponudbe nima možnosti zvišati ponudbe, ključna prednost javnega zbiranja ponudb. Zaradi te prednosti je javno zbiranje ponudb praviloma najprimernejši licitacijski način. To velja zlasti takrat, kadar povpraševanje (število potencialnih kupcev) ni veliko.

Zaradi podobnih razlogov kot pri kombinaciji javne družbe z zniževanjem in zviševanjem cene tudi kombinacija javnega zbiranja ponudb in javne dražbe z zviševanjem cene ne pripomore k doseganju višje cene, temveč ima nasproten učinek. Če ponudnik ve, da bo imel možnost pozneje zviševati svojo prvotno ponujeno ceno, bo svoje obnašanje optimiziral tako, da bo v prvem delu (pri javnem zbiranju ponudb) ponudil samo izhodiščno ceno, v drugem delu (javna dražba z zviševanjem cene) pa se bo obnašal enako kot pri samostojni javni dražbi z zviševanjem cene. To pomeni, da je taka kombinacija nesmiselna, saj privede do enakega izida, kot če bi bila izvedena samo javna dražba z zviševanjem izklicne cene (za izklicno ceno, ki je enaka izhodiščni ceni pri javnem zbiranju ponudb).

Razloženo pokaže, da nobena od pravno mogočih kombinacij licitacijskih načinov v resnici ne optimizira zelenega cilja (dosega čim višje cene) in zato ni smiselna.

3. Prodaja kontrolnega paketa delnic

3.1. Javno zbiranje ponudb kot najprimernejši način prodaje kontrolnega paketa delnic

V poslovni praksi se kontrolni paketi delnic⁶ najpogosteje prodajajo z javnim zbiranjem ponudb. Vsak resen (tipičen) investitor pričakuje, da mu bo pred oddajo končne (zavezujoče) ponudbe za nakup kontrolnega paketa delnic omogočen skrbni pregled družbe. **Skrbni pregled kupca** se izvede tako, da prodajalec pripravi dokumentacijsko sodbo (angl. *data room*), v kateri zbere ključno dokumentacijo, potrebno za presojo finančnega položaja in poslovanja družbe. Navadno se dokumentacija, ki je predmet skrbnega pregleda kupca, pripravi v predhodnem postopku skrbnega pregleda prodajalca. **Skrbni pregled prodajalca** navadno za prodajalca opravi investicijski svetovalec, saj je tak pregled nujna podlaga za oceno vrednosti (cenitev) kontrolnega paketa delnic oziroma dosledneje oceno vrednosti družbe, katere kontrolni paket delnic je predmet prodaje. Skrbni pregled prodajalca je hkrati podlaga za pripravo dokumentacije o finančnem položaju in poslovanju družbe, kontrolni paket delnic katere je predmet prodaje. Ta dokumentacija je izhodišče za izvedbo skrbnega pregleda kupca.

Nato se vsakemu potencialnemu ponudniku omogoči pregled te dokumentacije (skrbni pregled kupca). Navadno je za pregled dokumentacije (glede na velikost družbe) potrebnih od tri do pet dni (delovni teden). Ker je navadno potencialnih kupcev več in objektivno lahko skrbni pregled hkrati izvajata največ dva potencialna kupca, je izkustveno za skrbne preglede potencialnih kupcev potreben en mesec.

Da bi dosegli želeni cilj (najoptimalnejše pogoje prodaje), je pri odločitvi o načinu prodaje kontrolnega paketa delnic treba slediti ustaljeni poslovni praksi.⁷ Zato je najprimernejši način prodaje javno zbiranje ponudb, pri katerem se potencialnim kupcem omogoči izvedba skrbnega pregleda.

Pri oblikovanju razpisnih pogojev je treba upoštevati te vidike:

- **Prvi vidik – kognetna pravila ZFPPIPP.** Po tretjem odstavku 333. člena ZFPPIPP se postopka zbiranja ponudb lahko udeleži samo tisti, ki do poteka roka za oddajo ponudb pri zbiranju ponudb plača varščino ali predloži ustrezno bančno garancijo v skladu s četrtem odstavkom 333. člena ZFPPIPP.
- **Drugi vidik – izvedba skrbnega pregleda in preveritev resnosti potencialnega kupca.** Za izvedbo skrbnega pregleda kupcev je izkustveno potreben približno en mesec, ker je

⁶ Enako velja tudi za kontrolni poslovni delež v družbi z omejeno odgovornostjo.

⁷ Pomen upoštevanja poslovno običajnih načinov prodaje je pojasnjen v razdelku 1.1.

treba ustrezno časovno uskladiti preglede več kupcev. Hkrati ne smemo prezreti, da družba v postopku skrbnega pregleda razkrije tudi poslovno občutljive informacije. Zato je treba z ustreznimi, v poslovni praksi ustaljenimi metodami preveriti resnost potencialnih kupcev. Poleg zaveze potencialnega kupca o nerazkritju informacij, pridobljenih pri skrbnem pregledu, je smotrno uporabiti še dve dodatni metodi, in sicer:

- preveritev potencialnega kupca po mednarodno uveljavljenih standardih preprečevanja pranja denarja in
- določitev plačila varščine kot pogoja za pristop k skrbnemu pregledu kupca.

Oba vidika je mogoče pri določitvi pogojev vabila k dajanju ponudb konsistentno in v skladu s kogentnimi pravili ZFPPIPP združiti tako, da:

- je rok za plačilo varščine, ki je pogoj za udeležbo v postopku zbiranja ponudb, določen v skladu s tretjim odstavkom 333. člena ZFPPIPP kot en delovni dan pred potekom roka za oddajo ponudb,
- je pogoj, da se potencialnemu kupcu izroči dokument s podrobnejšimi informacijami o finančnem položaju in poslovanju družbe (t. i. *informacijski memorandum*), da potencialni kupec da (podpiše) sporazum (zavezo) o nerazkritju teh informacij (t. i. *non-disclosure agreement*),
- hkrati se kot pogoj, da se potencialnemu ponudniku omogoči izvedba skrbnega pregleda (torej za tiste potencialne kupce, ki želijo pred oddajo zavezujoče ponudbe opraviti tak pregled), določi plačilo varščine najmanj en mesec pred potekom roka za oddajo ponudb.

To pomeni, da bodo pri izbiri najugodnejšega ponudnika upoštevane vse ponudbe, v zvezi s katerimi bo varščina plačana najmanj en delovni dan pred potekom roka za oddajo ponudb. Možnost izvedbe skrbnega pregleda pa bodo imeli samo tisti (potencialni) ponudniki, ki bodo varščino plačali najmanj en mesec pred potekom roka za oddajo ponudb.

3.2. Posebni pogoji prodaje kontrolnega paketa delnic v stečajnem postopku

Po posebnem (kogentnem) pravilu, določenem v 340. členu ZFPPIPP, stečajni dolжник ne odgovarja za stvarne napake premoženja, ki je predmet prodaje. Pri prodaji kontrolnega paketa delnic imajo značilnost (pravno naravo) stvarne napake tudi vse dodatne obveznosti ali potencialne obveznosti družbe (korporacijski delež, v kateri je predmet prodaje), ki niso razkrite v finančnih poročilih, dokumentih, ki so predmet skrbnega pregleda, in drugih finančnih informacijah, ki jih prodajalec razkrije kupcu med pogajanjem za sklenitev pogodbe (ali v postopku zbiranja ponudb). Navadno se stranki pri prostovoljni prodaji za te primere dogovorita o ustreznih jamstvih (angl. *warranties*) prodajalca za morebitne dodatne obveznosti ali potencialne obveznosti družbe ali manjvrednost sredstev družbe, ki se odkrijejo pozneje, in o ustreznih jamčevalnih zahtevkih (znižanju kupnine in načinu izračuna znižanja kupnine).

Takih jamstev (odgovornosti) stečajni dolžnik (kot prodajalec) zaradi kogentnega pravila, določenega v 340. členu ZFPPIPP, ne more prevzeti.

Ta značilnost prodaje kontrolnega paketa delnic v stečajnem postopku je pomembna tudi za izbiro najprimernejšega načina prodaje. Pri sklepanju pogodb o prodaji kontrolnega paketa delnic zunaj stečajnega postopka je namreč predmet neposrednih pogajanj prav obseg jamstev, ki jih s pogodbo prevzame prodajalec, in njihov vpliv na obseg znižanja kupnine, višino nadomestil oziroma pravico kupca odstopiti od pogodbe, če se pozneje odkrijejo (pokažejo) okoliščine, ki so predmet teh jamstev. Ker pri prodaji v stečajnem postopku prodajalec (stečajni dolžnik) takih jamstev ne more dati, so pogajanja o njih brez pomena. To pomeni, da je pri prodaji v stečajnem postopku edina sestavina prodajne pogodbe, o kateri se stečajni dolžnik lahko »pogaja«, le cena. O tej vsebini te sestavine pa posebna, obširnejša pogajanja niso potrebna.

3.3. Mogoče (pravno dovoljene) kombinacije zavezujočega in (za prodajalca) nezavezujočega zbiranja ponudb

Zavezujoče zbiranje ponudb je v tretjem odstavku 329. člena ZFPPIPP opredeljeno kot javno vabilo k dajanju ponudb, s katerim se stečajni dolžnik zaveže, da bo sklenil prodajno pogodbo s tistim ponudnikom, ki bo ponudil najvišjo ceno, vendar ne nižje od izhodiščne cene, če bo več ponudnikov ponudilo enako najvišjo ceno, pa s tistim, ki bo ponudil najkrajši rok plačila.

Vabilo k dajanju zavezujočih ponudb v skladu s tretjim odstavkom 329. člena ZFPPIPP zavezuje stečajnega dolžnika k sklenitvi prodajne pogodbe s ponudnikom, ki ponudi najvišjo ceno, vendar samo, če je ponujena cena enaka ali višja od izhodiščne cene. To pomeni, da pri zavezujočem zbiranju ponudb stečajni dolžnik določi izhodiščno ceno zato, da določi meje svoje obveznosti skleniti prodajno pogodbo z najugodnejšim ponudnikom. Ta obveznost namreč nastane samo, če je ponudbena cena najugodnejšega ponudnika enaka ali višja od izhodiščne cene. Zato lahko **izhodiščno ceno** opredelimo kot najnižjo ceno, pri kateri nastane obveznost stečajnega dolžnika skleniti prodajno pogodbo pri zavezujočem zbiranju ponudb.

Nezavezujoče zbiranje ponudb je v drugem odstavku 328. člena ZFPPIPP opredeljeno kot javno vabilo za dajanje ponudb, pri katerem izhodiščna cena ni določena in je obveznost stečajnega dolžnika skleniti pogodbo s ponudnikom, ki ponudi najvišjo ceno, izključena. Ker je pri nezavezujočem zbiranju ponudb obveznost stečajnega dolžnika skleniti pogodbo z najugodnejšim ponudnikom izključena, določitev izhodiščne cene pri tem načinu zbiranja ponudb ni potrebna (nima pomena).

Zavezujoče zbiranje ponudb, kot je opredeljeno v tretjem odstavku 329. člena ZFPPIPP, se od nezavezujočega zbiranja ponudb, kot je opredeljeno v drugem odstavku 328. člena ZFPPIPP,

razlikuje po učinkih, ki jih ima vabilo k dajanju ponudb za stečajnega dolžnika (prodajalca), torej po tem, ali je stečajni dolžnik zavezan skleniti pogodbo s ponudnikom, ki ponudi najvišjo ceno. Ta obveznost (zaveza) stečajnega dolžnika nastane samo pri zavezujočem zbiranju ponudb. Vendar je tudi pri zavezujočem zbiranju ponudb zaveza stečajnega dolžnika (prodajalca) skleniti pogodbo s ponudnikom, ki ponudi najvišjo ceno, omejena tako, da nastane samo, če je najugodnejši ponudnik ponudil ceno, ki je enaka ali višja od izhodiščne cene.

Ponudba, ki jo odda ponudnik na podlagi vabila k dajanju ponudb v postopku zavezujočega zbiranja ponudb, ima značilnosti trdne (prave) ponudbe, ki ponudnika zavezuje v tem pomenu, da je zavezan skleniti pogodbo, če stečajni dolžnik sprejme njegovo ponudbo (prvi odstavek 25. člena OZ). Ta pravna lastnost (značilnost) izhaja iz pravila, določenega v prvem odstavku 333. člena ZFPPIPP, po katerem mora ponudnik, ki se udeleži postopka zbiranja ponudb, utrditi svojo obveznost skleniti prodajno pogodbo, če bo v tem postopku uspel (če bo njegova ponudba izbrana kot najugodnejša), s plačilom varščine.

Na drugi strani pa ZFPPIPP ne določa posebnih pravil o učinkih ponudbe, ki jo odda ponudnik na podlagi vabila k dajanju ponudb v postopku nezavezujočega zbiranja ponudb. Zato se po merilu vezanosti ponudnika na njegovo ponudbo postopek nezavezujočega zbiranja ponudb lahko izvede na dva načina:

- Izvede se lahko na podlagi **vabila k dajanju informativnih (nezavezujočih) ponudb**. Za informativno ponudbo je značilno, da ponudnika njegova ponudba ne zavezuje k sklenitvi pogodbe. Z informativno ponudbo ponudnik le izrazi interes za nakup kontrolnega paketa delnic. Tak način je primeren, kadar mora ponudnik pred oddajo zavezujoče ponudbe pridobiti dodatne informacije o predmetu prodaje.
- Izvede pa se lahko tudi na podlagi **vabila k dajanju zavezujočih ponudb**. Za ta način je značilno, da ponudba ponudnika zavezuje k sklenitvi prodajne pogodbe za ponujeno ceno, če jo prodajalec (stečajni dolžnik) sprejme (izbere kot najugodnejšo).

V poslovni praksi se postopek prodaje kontrolnega paketa delnic običajno začne z vabilom, da ponudniki izrazijo interes za nakup (*prvi krog*). Med informativnimi ponodbami, ki jih prejme v prvem krogu prodaje, prodajalec izbere ožji krog ponudnikov (ki jih oceni kot dovolj resne), ki jim omogoči izvedbo skrbnega pregleda in jih pozove, da po izvedenem skrbnem pregledu oddajo zavezujoče ponudbe (*drugi krog*). Med zavezujočimi ponodbami, ki jih prejme v drugem krogu prodaje, prodajalec izbere eno ali več ponudb in s temi ponudniki izvede neposredna pogajanja o končni vsebini pogodbe, torej o ceni in obsegu teh jamstev.

Ker pri prodaji kontrolnega paketa delnic v stečajnem postopku prodajalec (stečajni dolžnik) ne more prevzeti jamstev (glej razdelek 2.2), pogajanja o vsebini prodajne pogodbe in obsegu teh jamstev niso potrebna. Če stečajni dolžnik znotraj postopka na podlagi vabila k dajanju ponudb ponudnikom pred oddajo zavezujočih ponudb omogoči skrbni pregled, postopka

prodaje tudi ni treba izvesti v dveh krogih, temveč se lahko oba kroga izvedeta hkrati. Kot merilo resnosti zainteresiranega kupca, ki je pogoj, da se mu omogoči izvedba skrbnega pregleda, pa se lahko uporabi instrument plačila varščine.

Pri presoji najprimernejšega načina prodaje kontrolnega paketa delnic v stečajnem postopku moramo upoštevati tudi, da se izhodiščna cena (pri zavezujočem zbiranju ponudb) določi na podlagi ocenjene vrednosti kontrolnega paketa delnic. Ocenjena vrednost odraža le predvidevanje ob upoštevanju razpoložljivih informacij, ki vključujejo tudi oceno potencialnega povpraševanja, za kakšno ceno bodo najverjetneje potencialni investitorji pripravljeni kupiti kontrolni paket delnic. Če se pri prodaji izvede le zavezujoče zbiranje ponudb, je slabost tega načina ta, da omogoča potencialnim kupcem špekulacijo, da nihče ne bo ponudil najmanj izhodiščne cene, zato bo ta pri nadaljnji prodaji znižana. Tej slabosti se lahko izognemo tako, da uporabimo kombinacijo (za stečajnega dolžnika) zavezujočega in nezavezujočega zbiranja ponudb, ki ima naslednje značilnosti:

- Ponudnike njihova ponudba zavezuje ne glede na to, ali je enaka, višja ali nižja od izhodiščne cene.
- Stečajni dolžnik (prodajalec) je zavezan sprejeti najugodnejšo ponudbo (skleniti prodajno pogodbo s ponudnikom, ki je dal najugodnejšo ponudbo) samo, če je ponudbena cena, ki je predmet te ponudbe, enaka ali višja od izhodiščne cene. Če nihče od ponudnikov ne ponudi cene, ki je enaka ali višja od izhodiščne cene, lahko stečajni dolžnik sprejme tudi najugodnejšo ponudbo, katere predmet je ponudbena cena, ki je nižja od izhodiščne cene, vendar take ponudbe ni zavezan sprejeti.

Pri odločanju sodišča o **sklepu o prodaji** veljajo ta splošna pravila:

- Če je predlagana **izhodiščna cena enaka ali višja od polovice ocenjene vrednosti**, mora sodišče pred odločitvijo pridobiti mnenje upniškega odbora (prvi odstavek 331. člena ZFPPIPP) in ločitvenih upnikov (prvi odstavek 331. člena v zvezi s 1. točko drugega odstavka 345. člena ZFPPIPP).
- Če je predlagana **izhodiščna cena nižja od polovice ocenjene vrednosti**, mora sodišče pred odločitvijo pridobiti soglasje upniškega odbora (tretji odstavek 332. člena ZFPPIPP) in ločitvenih upnikov (tretji odstavek 332. člena v zvezi s 1. točko drugega odstavka 345. člena ZFPPIPP).

Pri opisani kombinaciji (za stečajnega dolžnika) zavezujočega in nezavezujočega zbiranja ponudb je **postopek odločanja sodišča o soglasju k prodajni pogodbi**, ki jo sklene upravitelj, odvisen od tega, ali je ponudbena cena izbrane najugodnejše ponudbe enaka oziroma višja od izhodiščne cene oziroma polovice ocenjene likvidacijske vrednosti ali pa je nižja:

- Če je **ponudbena cena izbrane najugodnejše ponudbe enaka ali višja od izhodiščne cene**, sodišču pred odločitvijo o soglasju k prodajni pogodbi ni treba pridobiti mnenja upni-

- Če je ponudbena cena izbrane najugodnejše ponudbe nižja od izhodiščne cene, vendar najmanj enaka ali višja od polovice ocenjene vrednosti, je položaj enak, kot če bi bila pogodba sklenjena na podlagi neposrednih pogajanj, saj je treba upniškemu odboru dati možnost, da izreče mnenje o primernosti pogodbene cene. Zato mora sodišče pred odločitvijo o soglasju k prodajni pogodbi pridobiti mnenje upniškega odbora (2. točka četrtega odstavka 341. člena ZFPPIPP) in ločitvenih upnikov (2. točka četrtega odstavka 341. člena v zvezi z 2. točko drugega odstavka 345. člena ZFPPIPP).
- Če je **ponudbena cena izbrane najugodnejše ponudbe nižja od izhodiščne cene in nižja od polovice ocenjene vrednosti**, pa mora sodišče pred odločitvijo o soglasju pridobiti tudi soglasje upniškega odbora (1. točka četrtega odstavka 341. člena ZFPPIPP) in ločitvenih upnikov (1. točka četrtega odstavka 341. člena v zvezi z 2. točko drugega odstavka 345. člena ZFPPIPP).



Leasing: odprta vprašanja finančnega zakupa

II.

BOJAN BREŽAN

Pogodba o finančnem leasingu (nepremičnin) in predkupna pravica

ŽIGA RAZDRIH

Finančni leasing v novejši praksi Vrhovnega sodišča

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.453:347.282(497.4)

Pogodba o finančnem leasingu (nepremičnin) in predkupna pravica

BOJAN BREŽAN,
odvetnik v Odvetniški družbi Brežan

1. Uvod

Prispevek obravnava problematiko upoštevanja pravil o predkupnih pravicah pri sklepanju pogodb o finančnem leasingu. Ker je zaradi široke ureditve na nepremičninskem področju obstoj zakonskih predkupnih pravic pogost pojav, ki povzroča praktične nevšečnosti v pravnem prometu, je poudarek namenjen obravnavi uporabljivosti teh pravil pri finančnem leasingu nepremičnin. Stališča, predstavljena v nadaljevanju, pa so po mojem mnenju uporabna tudi pri presoji pogodbenih predkupnih pravic in v povezavi s finančnim leasingom premičnin.

Najprej je predstavljena tipična vsebina pogodb o finančnem leasingu nepremičnin, kot se pojavljajo na slovenskem trgu, kar naj pripomore k poskusu opredelitve (zakonskih) pravnih pravil, ki naj veljajo za to pogodbo. Po pregledu ureditve predkupnih pravic sta opredeljena problem, ki se pojavlja pri uporabi instituta predkupne pravice v zvezi s finančnim leasingom, in način, kako se ta problem »rešuje« v poslovni praksi. Na koncu je postavljeno avtorjevo stališče glede pravilnega reševanja te problematike.

2. Tipična vsebina pogodb o finančnem leasingu nepremičnin

2.1. Splošno o finančnem leasingu

Leasing je gospodarski posel financiranja investicij, predvsem nabave opreme, pogodba o leasingu pa pravno orodje, s katerim se uresniči takšno ekonomsko razmerje.¹ V teoriji obsta-

¹ Grilc, Moderni, str. 158.

jajo številne klasifikacije, ki razvrščajo pojavne oblike leasinga v skupine glede na različne razvrstitvene kriterije, najpomembnejša pa je delitev na finančni in operativni leasing.²

Finančni leasing je čista finančna operacija angažiranja finančnih sredstev prek specializiranih finančnih organizacij, ki so med proizvajalcem in leasingojemalcem. Traja vso obratno dobo predmeta, ki je dan v leasing.³ Temeljna vsebine pogodbe je v tem, da leasingojemalec dobi stvar od leasingodajalca v uporabo, investicijo pa financira (tj. stvar kupi) leasingodajalec. Vezni člen so dajatve jemalca leasinga, ki je kot nasprotno izpolnitev dolžan plačati »ravnino«.⁴ Vsota obrokov ravnine (tj. leasinskih obrokov) ob koncu pogodbenega razmerja občutno preseže (uporabno, nabavno) vrednost stvari, dane v leasing. To je posledica dejstva, da je leasinski obrok sestavljen iz amortizacije, stroškov financiranja, premije za riziko, samozavarovanja, stroškov za storitve dajalca, davčnih obveznosti in dobička leasingodajalca, torej je izračunan na podlagi stroškov leasingodajalca in ne na podlagi uporabne vrednosti stvari, dane v leasing.⁵ Ob izteku pogodbeno dogovorjene dobe ima leasingojemalec praviloma opcijo, da predmet leasinga odkupi (za simbolično vrednost), oziroma že kar leasinska pogodba določa, da s plačilom zadnjega leasinskega obroka leasingojemalec postane lastnik predmeta leasinga.

Operativni leasing je t. i. delno amortizacijska pogodba: leasingodajalec amortizira v času trajanja le del svojih investicijskih stroškov. Pogodbe so navadno kratkoročne, čas njihovega trajanja pa neodvisen od nabavne cene za stvar, ki je dana v leasing.⁶ Drugače kot pri finančnem leasingu je tipično predvidena možnost enostranske odpovedi pogodbe.

Vsak operativni in finančni leasing je lahko direkten ali indirekten, glede na število strank, ki so udeležene v razmerju. Pri direktnem leasingu sodelujeta dve stranki: proizvajalec oziroma dobavitelj predmeta leasinga (kot leasingodajalec) in leasingojemalec. Pri indirektnem leasingu pa poleg omenjenih sodeluje še (specializirana) finančna družba in torej proizvajalec oziroma dobavitelj ni še tudi leasingodajalec.⁷ Za indirektni finančni leasing je nadalje značilno, da leasingodajalec ne sodeluje niti pri izbiri predmeta niti pri izbiri njegovega proizvajalca oziroma prodajalca, zato je tudi razumljivo, da se v pogodbi zavaruje tako, da rizike, ki izvirajo iz dobave in dobavljenega predmeta, prevali na leasingojemalca.⁸

² Obširno glede klasifikacije leasinga glej zlasti Gerbec, Košir, str. 34–42.

³ Grilc, Pogodba, str. 114.

⁴ Grilc, Moderni, str. 168.

⁵ Grilc, Moderni, str. 172.

⁶ Grilc, Moderni, str. 161.

⁷ Grilc, Moderni, str. 162.

⁸ Jadek Pensa, str. 208.

Omeniti velja še modaliteto t. i. *sale-and-lease-back* leasinga, pri katerem lastnik investicijske dobrine (predmeta leasinga) to proda leasingodajalcu (finančni družbi), ta pa mu jo odda nazaj v (bodisi finančni bodisi operativni) leasing.

2.2. Finančni leasing nepremičnin

V slovenski poslovni praksi je leasing nepremičnin sicer manj pogost kot leasing premičnin, a vseeno pomemben pravni posel na trgu.⁹ V večini primerov gre za indirektni finančni leasing, v katerem kot leasingodajalci sodelujejo specializirane finančne (leasinške) družbe. Na trgu pa obstajajo tudi posli direktnega finančnega leasinga, ki jih kot leasingodajalci sklepajo zlasti gradbena podjetja, ter *sale-and-lease-back* posli, ki jih pri finančnih družbah najemajo leasingojemalci z namenom refinanciranja svoje zadolženosti.

Vsebina pogodb o finančnem leasingu nepremičnin praviloma ne odstopa bistveno od tipičnih določb finančnega leasinga. Pogodbe se sklepajo za daljše časovno obdobje, navadno od 10 do 20 let, leasinski obrok je sestavljen iz več komponent, vsota vseh obrokov pa znatno presega nabavno vrednost nepremičnine. Ne glede na to, da pri leasingu nepremičnin (drugače kot na primer pri leasingu opreme) v času trajanja leasinskega obdobja (običajno) ne pride do pomembnega zmanjšanja vrednosti predmeta leasinga, je odkup oziroma prenos lastninske pravice na predmetu leasinga, ki je praviloma določena v korist leasingojemalca ob koncu leasinskega obdobja, predviden v višini zadnjega leasinskega obroka oziroma v simbolični višini. To ustreza pravilnemu razumevanju razlikovanja med splošnim in pogodbenim gledanjem na vrednost: ostanek vrednosti (tržna vrednost nepremičnine ob koncu leasinskega obdobja) je ekonomsko gledano vrednost stvari, pogodbeno gledano pa je nepremičnina že popolnoma amortizirana.¹⁰

Prenos lastninske pravice na nepremičnini ob koncu leasinskega obdobja na leasingojemalca je v poslovni praksi praviloma urejen na enega od naslednjih načinov. Bodisi leasinska pogodba določa že vse elemente zavezovalnega pravnega posla in po leasingojemalčevem plačilu zadnjega leasinskega obroka leasingodajalcu nalaga izstavitve zemljiškoknjžnega dovolila, bodisi v korist leasingojemalca ustanavlja odkupno opcijo, ki jo ta uresniči s posebno izjavo, naslovljeno na leasingodajalca, na tej podlagi pa nato pride do sklenitve posebne prodajne pogodbe. Tudi v slednjem primeru so bistveni elementi takšne prodajne pogodbe, vključno s

⁹ Po podatkih Združenja bank Slovenije za junij 2016 zajema leasing nepremičnin glede na vrednost poslov približno 30 odstotkov vseh leasinskih poslov. Dostopno na: www.zbs-giz.si/zdruzenje-bank.asp?StructureId=1312 (24. 11. 2016).

¹⁰ Grilc, Pravna, str. 92.

kupnino, ki je določena v višini zadnjega obroka ali v simbolični višini, predvideni že v leasinski pogodbi.¹¹

3. Predkupna pravica na nepremičninah

3.1. Splošno o predkupni pravici

Predkupna pravica je obligacijska pravica, ki daje upravičencu pravico do prednostnega nakupa stvari v primeru, ko se lastnik odloči, da bo stvar prodal. Uveljavljanje te pravice je torej vezano na prodajo stvari, zato je upravičenec ne more izkoristiti prej, preden se lastnik odloči stvar prodati.¹² V bistvu je lastnik zavezan s tem, da mora pri sklepanju prodajne pogodbe upoštevati določen postopek, ki zagotavlja uresničitev interesa predkupnega upravičenca za pridobitev stvari.¹³ Tako mora lastnik stvar pred prodajo ponuditi v odkup predkupnemu upravičencu, in to pod enakimi (oziroma ne manj ugodnimi) pogoji, kot bi bila sicer prodana tretjemu. Predkupna pravica tako pomeni omejitev za lastnika pri prodaji stvari, saj vpliva na izbiro druge pogodbene stranke.¹⁴

Kršitev predkupne pravice je mogoča na dva načina. Prodajalec lahko prenese lastninsko pravico na tretjega, ne da bi o tem obvestil predkupnega upravičenca,¹⁵ ali pa predkupnega upravičenca napačno obvesti o pogojih za prodajo tretjemu. Slednja kršitev je podana, če je bila predkupnemu upravičencu predkupna ponudba poslana, a je ta ni sprejel, lastnik stvari pa je nato stvar prodal tretjemu pod pogoji, ki so bili za kupca ugodnejši od tistih, ki jih je ponudil predkupnemu upravičencu.¹⁶

Sodna praksa je zavzela stališče, da kršitev predkupne pravice nastopi že s sklenitvijo prodajne pogodbe in ne šele s prenosom lastninske pravice.¹⁷ Sankcija zaradi kršitve predkupne pravice – izpodbojnost ali ničnost prodajne pogodbe – pa je odvisna od konkretnega pravnega temelja, na podlagi katerega je ustanovljena.

¹¹ Včasih je osnutek prodajne pogodbe, ki naj bo sklenjena ob koncu leasinskega obdobja, leasinski pogodbi že kar priložen.

¹² Betetto, str. 29.

¹³ Juhart, Obligacijski, str. 301.

¹⁴ Prav tam.

¹⁵ Prim. prvi odstavek 512. člena Obligacijskega zakonika (OZ).

¹⁶ Prim. drugi odstavek 512. člena OZ.

¹⁷ Prim. sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 41/2008 z dne 10. 2. 2011. Drugače Betetto, str. 11.

3.2. Zakonita predkupna pravica na nepremičninah

Pravni temelj za nastanek predkupne pravice je lahko pogodba ali zakon, njena vsebina pa je v obeh primerih smiselno enaka. Zakonita predkupna pravica je v Sloveniji na nepremičninskem področju zelo razširjena. Določena je namreč v celi vrsti zakonov, tako da je nepremičnina velikokrat obremenjena celo z več zakonitimi predkupnimi pravicami.¹⁸

Največkrat je zakonita predkupna pravica ustanovljena v korist države ali občine,¹⁹ redkeje v korist drugega posameznika, bodisi lastnika druge nepremičnine ali imetnika pravice na obremenjeni nepremičnini.²⁰ Ker gre za omejevanje lastninske pravice, je treba upoštevati določbo 67. člena Ustave RS, zato mora biti vsaka zakonita predkupna pravica utemeljena v interesu gospodarske, socialne ali ekološke funkcije.²¹ Na primer zakonita predkupna pravica, ki jo v korist občine določa ZUreP-1, je utemeljena v javnem interesu prostorske politike, in sicer kot dopolnjujoč (milejši) ukrep razlastitvenega postopka. Pri zakoniti predkupni pravici na podlagi SZ-1 je v ospredju socialni interes, ki naj uporabniku stanovanja omogoči nadaljnjo rabo na podlagi lastninske pravice.²²

Za zakonito predkupno pravico se na podlagi določbe 513. člena OZ smiselno uporabljajo pravila, ki veljajo za pogodbeno predkupno pravico, če ni predpisano drugače. Glede sankcije za kršitev predkupne pravice OZ predpisuje izpodbojnost. Predkupni upravičenec, ki mu je bila predkupna pravica kršena, lahko zahteva, da se prodajna pogodba razveljavi in stvar pod enakimi pogoji proda njemu. Smiselno se sankcija izpodbojnosti uporablja tudi pri pretežnem številu zakonitih predkupnih pravic, v določenih primerih pa je zaradi poudarjenosti javnega interesa zakonodajalec za kršitev zakonite predkupne pravice predvidel strožjo sankcijo ničnosti. Ta je predpisana v primeru kršitve predkupne pravice, ustanovljene v korist občine na podlagi ZUreP-1,²³ ter v primeru kršitve predkupne pravice, ustanovljene v korist države ali občine na podlagi ZVKD-1, razen če gre za nepremični spomenik, katerega zaznamba ni vpisana v zemljiško knjigo.²⁴ Del teorije zagovarja stališče, da ničnostna sankcija izhaja tudi iz sistema določb ZKZ in ZG.²⁵

¹⁸ Zakonite predkupne pravice tako predvidevajo Stvarnopravni zakonik (SPZ), Stanovanjski zakon (SZ-1), Zakon o urejanju prostora (ZUreP-1), Zakon o kmetijskih zemljiščih (ZKZ), Zakon o gozdovih (ZG), Zakon o varstvu kulturne dediščine (ZVKD-1), Zakon o ohranjanju narave (ZON), Zakon o vodah (ZV-1) in Zakon o vojnih grobiščih (ZVG).

¹⁹ Na primer na podlagi ZUreP-1, ZVKD-1, ZV-1, ZON, ZVG.

²⁰ Na primer na podlagi SPZ, SZ-1, ZKZ.

²¹ Juhart, *Zakonita*, str. 79.

²² Prav tam.

²³ Prim. določbo četrtega odstavka 89. člena ZUreP-1.

²⁴ Prim. določbo osmega odstavka 62. člena ZBKD-1.

²⁵ Tratnik, str. 22.

4. Finančni leasing in predkupna pravica

4.1. Opredelitev problema

Tipična pogodba o finančnem leasingu torej vsebuje določbe, na podlagi katerih ob koncu obdobja pride do prenosa lastninske pravice na predmetu leasinga na leasingojemalca, in sicer bodisi že na podlagi leasinske pogodbe bodisi na podlagi prodajne pogodbe, sklenjene po uresničitvi odkupne opcije, vendar z elementi, kot so že določeni v leasinski pogodbi. Glede na to se zastavlja vprašanje, ali se pri razpolaganju s predmetom leasinga na podlagi pogodbe o finančnem leasingu upoštevajo pravila o predkupni pravici.

Razlog, ki na prvi pogled govori v prid razlagi, ki bi zagovarjala uporabo pravil o predkupni pravici, je zlasti to, da se v nekaterih primerih za interpretacijo pogodb o finančnem leasingu uporabljajo pravila o prodajni pogodbi. Sodna praksa šteje, da se v primeru, ko pogodba o finančnem leasingu vsebuje odkupno opcijo oziroma elemente zavezovalnega posla za prenos lastninske pravice na predmetu leasinga (ter prevalitev tveganja in razbremenitev odgovornosti z leasingodajalca na leasingojemalca), za razlago določb takšne pogodbe uporabljajo pravila o prodajni pogodbi.²⁶ Takšno pravilo pa je izrecno uzakonjeno na področju potrošniškega prava: Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot) določa, da se določbe o prodaji na obroke uporabljajo tudi pri drugih dogovorih, ki imajo enako vsebino, kot na primer pri zakupni pogodbi z določilom, da bo v zakup dana stvar prešla v zakupnikovo lastnino, če bo določen čas plačeval zakupnino.²⁷ Zaključili bi torej lahko, da sklenitev pogodbe o finančnem leasingu v delih, ki se nanašajo na prenos lastninske pravice na predmetu leasinga, pomeni razpolaganje na podlagi prodajne pogodbe. Zato bi bilo treba spoštovati tudi predkupno pravico, če ta obstaja na predmetu leasinga.

Vendar pa ima takšno stališče številne praktične pomanjkljivosti. Težko je namreč določiti pogoje, ki naj se uporabijo za oblikovanje prodajne ponudbe predkupnemu upravičencu oziroma ki naj se vzamejo za primerjavo pri ugotavljanju morebitne kršitve predkupne pravice. Zlasti težavna je določitev višine kupnine, ki naj se ponudi predkupnemu upravičencu. Zdi se, da obstaja več možnosti.

Leasingodajalec lahko predkupnemu upravičencu ponudi sklenitev prodajne pogodbe pod pogoji, ki ustrezajo leasingojemalčevemu odkupu predmeta. Če ima pogodba o leasingu na primer določbo, da je zadnji obrok »odkupni« obrok, oziroma če predvideva sklenitev posebne

²⁶ Prim. na primer odločbe II Ips 280/2002 z dne 12. 2. 2004, II Ips 237/2008 z dne 16. 6. 2011, II Ips 1056/2008. Drugače Grilc, Moderni, str. 184, ki zagovarja stališče, da tudi če ima leasingojemalec možnost kasnejšega odkupa, je to le opcija, ki ni dovolj signifikantna za utemeljitev narave po vzorcu prodajne pogodbe.

²⁷ Takšno določbo je v razmerjih, če je kupec posameznik, vseboval tudi 550. člen Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR).

prodajne pogodbe z določeno kupnino v višini »preostale vrednosti«, lahko tudi leasingodajalec v predkupni ponudbi predvidi takšno kupnino. A to bi pomenilo, da bi bila predkupnemu upravičencu na račun leasingojemalca naklonjena neupravičena korist.

Teorija opozarja, da je treba na odkupno pravico v povezavi s finančnim leasingom gledati nekoliko prilagojeno, saj posamične leasinske dajatve deloma že pomenijo vnaprej dogovorjene pogoje prodaje, kar pomeni, da leasingojemalec ob uresničitvi odkupne pravice ne plača celotne kupnine, ampak le njen preostanek.²⁸ Če je bila namreč ob sklenitvi pogodbe o leasingu določena odkupna vrednost, ki je bistveno nižja od ekonomske vrednosti stvari v času leasingojemalčevega ponovnega odkupa, je težko sploh še govoriti o prodajni pogodbi, saj ni kavzalne funkcije, značilne za to pogodbo.²⁹

Leasingodajalec bi kupnino v predkupni ponudbi lahko določil tudi tako, da bi seštel vse leasinske obroke, vendar bi bila v tem primeru previsoka, saj ne bi upoštevala dejstva, da je nepremičnino v času trajanja leasinskega obdobja uporabljal. Od seštevka leasinskih obrokov bi bilo treba odšteli uporabnino, a takšen izračun (zlasti pri direktnem finančnem leasingu, kjer ni predhodne nabave predmeta leasinga in zato tudi ne »nabavne vrednosti«) ni vselej enostaven (nesporen), saj leasinska pogodba morda ne vsebuje potrebnih podatkov (torej kolikšen del leasinskega obroka odpade na uporabnino predmeta leasinga). Prav tako pa leasinska pogodba (največkrat) ne vsebuje določb glede zahtevkov leasingojemalca na vrnitev (dela) leasinskih obrokov v primeru, da bi na podlagi uresničitve predkupne pravice ostal brez lastništva nad nepremičnino.

Pošiljanje prodajne ponudbe predkupnemu upravičencu ob izteku leasinskega obdobja torej s praktičnega vidika ni najprimernejše, a vprašanje je, ali je sploh pravilno. Če namreč že sama pogodba o finančnem leasingu vsebuje vse elemente zavezovalnega pravnega posla, na podlagi katerega bo prišlo do prenosa lastninske pravice nad predmetom leasinga, je treba že pri sklenitvi te pogodbe spoštovati predkupno pravico.³⁰ Vprašanje torej je, ali mora – in pod kakšnimi pogoji – leasingodajalec predkupno ponudbo poslati predkupnemu upravičencu pred sklenitvijo leasinske pogodbe, da ne tvega sankcije kršitve predkupne pravice.

4.2. »Rešitve« v praksi

Problem morebitnega obstoja predkupne pravice na predmetu leasinga (nepremičnini) se v slovenski poslovni praksi tipično rešuje prepozno, torej ob koncu leasinskega obdobja. Naj-

²⁸ Vrenčur, str. 1110.

²⁹ Varanelli, str. 17.

³⁰ Prim. že citirani sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 41/2008 z dne 10. 2. 2011, v katerem je zavzeto stališče, da kršitev predkupne pravice nastopi že s sklenitvijo zavezovalnega pravnega posla.

večkrat se ta problem namreč pokaže šele ob poskusu overitve zemljiškoknjižnega dovolila za prenos lastninske pravice najemodajalca, ko notar preveri obstoj morebitnih zakonitih predkupnih pravic na nepremičnini.³¹ Leasingodajalec takrat od predkupnih upravičencev navadno poskuša doseči, da se odpovedo svoji predkupni pravici. Takšna »rešitev« se zdi vse prej kot optimalna že iz razloga, da leasingodajalec pri tem poskusu ne bo vselej uspešen. Jalova pa bo v primeru, kadar je za kršitev predkupne pravice predpisana ničnostna sankcija. Te namreč tudi z odpovedjo predkupni pravici ob koncu leasinskega obdobja ne bo več mogoče sanirati.

Le redko je v pogodbah o finančnem leasingu nepremičnin mogoče zaznati zavedanje o problemu obstoja predkupne pravice oziroma njene morebitne uveljavitve, pa tudi v teh primerih je »rešitev« zgolj v tem, da si leasingodajalec v pogodbi izgovori razbremenitev odgovornosti v primeru, da ob koncu obdobja leasinga »zaradi ravnanj tretjih oseb« ne bi bilo mogoče izstaviti zemljiškoknjižnega dovolila v njegovo korist. V takšnih določbah se skriva razbremenitev za morebitno uveljavljanje predkupne pravice upravičenca ob koncu leasinskega obdobja. Ker prenos lastninske pravice nad predmetom leasinga pomeni eno izmed izpolnitvenih obveznosti leasingodajalca, ki je zanj dobil leasingojemalčevo protidajatev v obliki plačila leasinskih obrokov, je popolna razbremenitev odgovornosti leasingodajalca (torej tudi odgovornosti za vračilo dela leasinskih obrokov) pravno vprašljiva.

4.3. Pravila o predkupni pravici se pri finančnem leasingu ne uporabljajo

Menim, da se pravila o predkupni pravici v primerih, ko pride do prenosa lastninske pravice na stvari na podlagi pogodbe o finančnem leasingu, ne uporabljajo. Stališče je utemeljeno s teleološko interpretacijo instituta predkupne pravice in različnostjo pogodbe o finančnem leasingu od prodajne pogodbe, zlasti z vidika kavze pogodbe.

Lastnik stvari se v skladu z načelom avtonomije pri sklepanju obligacijskih razmerij sam odloča, ali bo stvar prodal ali ne oziroma v kakšno obligacijsko razmerje bo vstopil. Izjema od tega pravila velja le v primeru kontrahirne dolžnosti, ko zakon določa, da mora določena oseba za določeno stvar skleniti prodajno pogodbo oziroma vstopiti v določeno obligacijsko razmerje.³² Obstoj predkupne pravice na stvari pa ne pomeni kontrahirne dolžnosti za lastnika stvari, temveč ga omejuje zgolj pri razpolaganju s stvarjo na podlagi prodajne pogodbe. Institut predkupne pravice temelji na izhodišču, da je primerni interes prodajalca pri prodaji prejem kupnine, ki je izražena v denarju. Zato je zanj pomembno, da je kupnina plačana, ne pa, kdo jo plača. Predkupni upravičenec lahko stopi na mesto kateregakoli kupca, saj bo obveznost iz prodajne pogodbe izpolnjena enako.³³

³¹ Prim. tretji odstavek 38. člena Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1).

³² Juhart, *Obligacijski*, str. 301.

³³ Juhart, *Zakonita*, str. 79.

Pri drugih zavezovalnih poslih za prenos lastninske pravice pa ni tako, zato predkupna pravica ne pride v poštev. Pri menjalni pogodbi si stranki obljubita specifične izpolnitve, ki jih ni mogoče nadomestiti, zato predkupni upravičenec te stranke ne more zamenjati, ne da bi posegel v upravičen interes lastnika, ki pričakuje prav to natančno določeno specifično izpolnitev. To stališče je bilo večkrat potrjeno tudi v sodni praksi.³⁴ Prav tako predkupna pravica ne pride v poštev pri razpolaganju s stvarjo na temelju darilne pogodbe. Tam se upošteva darilni namen darovalca, ki se sam odloča, komu in zakaj bo neodplačno naklonil stvar.³⁵ Varovan je njegov interes, da daruje točno določeno stvar in ne morebiti vrednost.³⁶

Tudi pogodba o finančnem leasingu je (lahko) zavezovalni posel za prenos lastninske pravice na stvari in tudi zanjo naj velja, da se pravila o predkupni pravici ne uporabljajo. Gospodarski namen leasingodajalca je namreč v financiranju njegove investicije in ne v goli prodaji stvari. Kavza pogodbe o finančnem leasingu je (predvsem) pridobitev ekonomske lastnine prek uporabe stvari in se pomembno razlikuje od klasične kavze prodajne pogodbe, ki je v pridobitvi pravnega lastništva stvari (*causa acquirendi*).³⁷ Prodajna pogodba torej ne more nadomestiti pogodbe o finančnem leasingu, saj ne ustreza gospodarskemu namenu njenih strank. Podobno kot pri menjalni ali darilni pogodbi leasingodajalca, ki želi skleniti pogodbo o finančnem leasingu, ni mogoče siliti, da namesto te sklene prodajno pogodbo s predkupnim upravičencem. To bi preseglo domet predkupne pravice, ki ne pomeni kontrahirne dolžnosti, temveč zgolj omejitev pri razpolaganju s stvarjo glede kupčeve identitete.

Samo dejstvo, da pogodba o finančnem leasingu vsebuje elemente prodajne pogodbe oziroma da se v določenih primerih zanje uporabljajo pravila te pogodbe, na to stališče nima vpliva. Tudi menjalna pogodba vsebuje elemente prodaje in se zanjo v določenih primerih uporabljajo ta pravila, pa to z vidika predkupne pravice ni pomembno. Tako se je že izrekla sodna praksa, in sicer celo pri sklenitvi mešane, menjalno-prodajne pogodbe. Pri tej je del izpolnitvenega ravnanja ene stranke v plačilu denarnega zneska in so torej elementi prodajne pogodbe še izrazitejši.³⁸

Če leasingodajalca ni mogoče siliti, da namesto pogodbe o finančnem leasingu sklene prodajno pogodbo, je treba odgovoriti še na vprašanje, ali ima v primeru, ko na predmetu leasinga obstaja predkupna pravica, dolžnost, da predkupnemu upravičencu ponudi sklenitev

³⁴ Juhart, Zakonita, str. 79 in tam navedena sodna praksa.

³⁵ Juhart, Obligacijski, str. 301.

³⁶ Juhart, Zakonita, str. 79.

³⁷ Grilc, Moderni, str. 184, Gerbec, Košir, str. 175.

³⁸ Prim. sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 69/2003 z dne 22. 2. 2005: »S stališča predkupne pravice torej menjalna pogodba po svoji vsebini ne ustreza dvema prodajnim pogodbama; isto velja za mešano menjalno-prodajno pogodbo.«

finančnega leasinga. Gotovo velja, da leasingodajalec, če predkupnemu upravičencu takšno ponudbo pošlje, s tem ne krši predkupne pravice. Poleg stvari in cene lahko ponudba vsebuje tudi druge prodajalčeve pogoje glede posameznih elementov prodajne pogodbe. Lastnik stvari lahko ponudbo predkupnemu upravičencu oblikuje na popolnoma enak način, kot če bi ponudbo naslovil na tretjo osebo.³⁹ Menim pa, da leasingodajalec takšne obveznosti nima, saj bi to preseglo namen in s tem domet instituta predkupne pravice. Že na podlagi hitre analize interesov, ki so varovani z zakonitimi predkupnimi pravicami, je mogoče zaključiti, da ti ne bi bili ustrezno varovani na način, ko bi upravičenec sklenil dolgoročno pogodbo o finančnem leasingu za nepremičnino s celo vrsto zavez v zvezi z njeno rabo v razmerju do leasingodajalca, ki ves čas trajanja leasinskega obdobja ostaja pravni lastnik. Prav tako ni razloga, da bi takšno varstvo priznali pogodbenemu predkupnemu upravičencu. Ta bi si ne nazadnje, če bi imel tak interes, takšno varstvo lahko izgovoril v pogodbi.

Literatura

- Betto, Nina. Predkupna pravica. *Veliki simpozij o stanju in razvoju slovenskega obligacijskega prava*, 2002.
- Gerbec, Franci, Košir, Borut. Pogodbe o leasingu: vzorčne pogodbe in komentar. Gospodarski vestnik, 1999.
- Grilc, Peter. Pravna narava pogodbe o leasingu. *Aktualna vprašanja gospodarskih poslov, zbornik referatov, Rogaška Slatina* 1997.
- Grilc, Peter. Pogodba o leasingu – tipologija, kvalifikacija. *Pravosodni bilten*, 1999, letn. 20, št. 3, str. 113–126.
- Grilc, Peter. Moderni tipi pogodb avtonomnega gospodarskega prava. *Gospodarski vestnik*, 1996.
- Jadek Pensa, Dunja. Nekatere sporne pogodbene klavzule pri indirektnem finančnem leasingu. *Pravosodni bilten*, 2003, letn. 24, št. 3, str. 205–223.
- Juhart, Miha, Plavšak, Nina. Obligacijski zakonik (posebni del) s komentarjem. 3. knjiga. GV Založba, 2004.
- Juhart, Miha. Zakonita predkupna pravica. *Pravni letopis*, 2009, str. 79.
- Tratnik, Matjaž. Zakonite predkupne pravice in njihove kolizije. *Pravna praksa*, 2010, letn. 29, št. 11, str. 22.
- Vrenčur, Renato. Odkupna pravica in finančni leasing nepremičnin. *Podjetje in delo*, 2004, št. 6–7, str. 1110–1116.
- Varanelli, Luigi. Pravna operacija »Sale and lease back«. *Pravna praksa*, 2002, št. 35, str. 17–24.

³⁹ Juhart, Obligacijski, str. 308.

Finančni leasing v novejši praksi Vrhovnega sodišča RS*

MAG. ŽIGA RAZDRIH,
pravosodni svetovalec na
Vrhovnem sodišču RS

1. Uvod

S pojmom leasing so v poslovni praksi poimenovani različni tipi pogodb, ki jim je skupna tipična leasingodajalčeva izpolnitev, da za določen čas (več let) prepusti uporabo oziroma uživanje stvari leasingojemalcu proti plačilu, ki zajame poleg rabe tudi plačilo substance te stvari (amortizacija); kavza leasinga je pridobitev ekonomske lastnine. Njegova najbolj iminentna in tipična pojavna oblika je finančni leasing. To je čista finančna operacija, ki se izpelje s posebno angažiranimi finančnimi sredstvi prek specializiranih finančnih organizacij med proizvajalcem (dobaviteljem) in leasingojemalcem. Traja vso obratno dobo predmeta, ki je dan v leasing. Stranki določita obdobje trdnosti pogodbe, v katerem nobena od njiju od nje ne more in ne sme enostransko odstopiti. Ta čas je sorazmeren gospodarsko običajnemu času uporabe predmeta. Tipični finančni leasing je tako imenovana popolnoma amortizacijska pogodba (*full-pay-out contract*). Leasingodajalec amortizira svoje investicijske stroške – seštev ek obrokov, ki jih plača leasingojemalec, je večji od nabavne cene predmeta.¹

V slovenski pravni ureditvi predpisov, ki bi podrobneje urejali ta posel modernega avtonomnega gospodarskega prava, ni, posamezne določbe, ki se nanj nanašajo, pa lahko zasledimo na primer v Zakonu o bančništvu (ZBan-2),² Zakonu o potrošniških kreditih (ZPotK-1)³ in

* Prispevek je bil pripravljen na podlagi seminarske naloge, ki jo je avtor pod mentorstvom prof. dr. Petra Grilca izdelal marca 2016.

¹ Prim. Grilc, str. 160 in 161.

² Uradni list RS, št. 25/2015 in nasl. Prim. 3. točko drugega odstavka 5. člena ZBan-2.

³ Uradni list RS, št. 59/2010 in nasl. Prim. 1. točko 3. člena, 1. točko tretjega odstavka 10. člena ter tretji, četrti in peti odstavek 28. člena ZPotK-1.

Zakonu o motornih vozilih (ZMV).⁴ (Poglavitni) pravni vir takšne pogodbe je zato vsakokratni zapis njenih določil, pri čemer gre praviloma za formularne pogodbe, ki bodisi vsebujejo splošne pogoje poslovanja leasingodajalca bodisi se pogodba nanje sklicuje, zanjo pa se uporabljajo (tudi) pravila, ki urejajo klasične (nominatne) pogodbe civilnega in gospodarskega prava. Razmerja iz leasinskih pogodb so zato specifična in je splošno veljavna pravna pravila pri njih večkrat težko uporabiti oziroma jih je treba s primerno interpretacijo prilagoditi. Posebno pomembno vlogo v sporih iz teh razmerij ima zato sodna praksa, ki praviloma obravnava indirektni (posredni) finančni leasing, pri katerem gre (v ekonomskem smislu) za odnos med tremi strankami: leasingodajalcem, leasingojemalcem in dobaviteljem.⁵ Večje število pravnih in gospodarskih sporov, v katerih so se obravnavale zadeve z različnimi dejanskimi in pravnimi stanji, se je odrazilo tudi v poenotenju in uveljavitvi nekaterih stališč Vrhovnega sodišča RS na tem področju. Namen tega prispevka je obravnava in kritično ovrednotenje najpomembnejših izmed njih.

Pred prikazom posameznih primerov iz sodne prakse Vrhovnega sodišča RS velja opozoriti, da se nanašajo le na tiste zadeve, v katerih je bila vložena revizija kot izredno pravno sredstvo, in da je treba pri njihovem obravnavanju upoštevati, da so bili preizkusi izpodbijanih odločb lahko opravljeni le v mejah, ki jih določa Zakon o pravnem postopku (ZPP)⁶ (pri tem je zlasti pomembno, da je kontrola revizijskega sodišča zaradi prepovedi izpodbijanja dejanskih ugotovitev sodišč nižjih stopenj vezana na pred njima ugotovljeno dejansko stanje – prim. tretji odstavek 370. člena ZPP).

2. Pravna narava

Odgovor na vprašanje, kakšna je pravna narava (posamezne) pogodbe o leasingu, je glede na prakso Vrhovnega sodišča RS ključen za presojo, ali zanjo pridejo v poštev tudi zakonske določbe o prodaji s pridržkom lastninske pravice in prodaji na obroke (prim. 520. do 526. člen Obligacijskega zakonika – OZ⁷ in 49. do 54. člen Zakona o varstvu potrošnikov – ZVPot⁸), na katere leasingojemalci kot toženci v sporih pred sodiščem velikokrat opirajo svoje ugovore.

Dodobra ustaljeno stališče Vrhovnega sodišča RS je, da v primeru, ko pogodba o finančnem leasingu vsebuje ali klavzulo, da njen predmet s plačilom zadnjega obroka postane last leasingojemalca, ali klavzulo, da predmet postane njegova last s plačilom v pogodbi dogovorjenega

⁴ Uradni list RS, št. 106/2010 in nasl. Prim. drugi odstavek 29. člena ZMV.

⁵ Prim. Grilc, str. 162 in 163; Jadek Pensa, str. 207 in 208.

⁶ Uradni list RS, št. 26/1999 in nasl.

⁷ Uradni list RS, št. 83/2001 in nasl.

⁸ Uradni list RS, št. 20/1998 in nasl.

zneska odkupa, prevzame (tudi) značilnosti prodajne pogodbe; če pa pogodba o leasingu ne vsebuje nobene od teh klavzul, prevzame značilnosti zgolj najemne pogodbe.⁹ Tako pogodbo bi bilo najbrž ustrežneje opredeliti kot operativni leasing; ta je zaradi krajšega trajanja in predvsem zato, ker ne stremi k poplačilu polne amortizacije, (še bolj kot finančni) podoben najemu.¹⁰

Leasingojemalčeve možnosti za odkup predmeta leasinga so v posameznih pogodbah opredeljene različno (natančno). Dvoma, da ima pogodba o leasingu tudi značilnosti prodajne pogodbe (s pridržkom lastninske pravice oziroma na obroke), ne more biti v primeru, ko ta vsebuje eno od zgoraj navedenih klavzul. Drugače bi lahko veljalo za primer, ko pogodba o leasingu vsebuje zgolj opcijo odkupa predmeta leasinga po izteku roka trajanja.¹¹ Z izrazom opcija se opisujejo različni pravni položaji in pravna razmerja, ki določeni osebi (opcijski upravičenec) zagotavljajo možnost, da samostojno z enostranskim ravnanjem (opcijska izjava) doseže pravno posledico, ki zavezuje drugo osebo (opcijski zavezanec). Za opcije štejemo zlasti primere, ko se stranki pravnega razmerja vnaprej dogovorita, da bo ena od njiju imela možnost, da z izjavo doseže sklenitev vsebinsko vnaprej določene pogodbe (najpogostejše prodajne).¹² Ni mogoče prezreti, da gre v primeru leasinske pogodbe z opcijo odkupa za dve ločeni pogodbi (leasinsko oziroma najemno na eni strani in prodajno na drugi strani), ki pa sta povezani. Vrhovno sodišče RS je o tem pravnem vprašanju dopustilo revizijo,¹³ ki pa še ni vložena. Menim, da je tudi taka pogodba, enako kot tisti s prej navedenima klavzula, v osnovi sicer podrejena splošnim pravilom o zakupni (najemni) pogodbi (587. do 618. člen OZ), vendar pa je zaradi njene povezanosti s prodajno pogodbo tudi pri njej (lahko) na mestu smiselna uporaba nekaterih zakonskih določb o prodaji. Pri tej presoji so (lahko) pomembne (tudi) okoliščine, kateri od udeležencev je bil v času trajanja tega leasinskega razmerja imetnik večine lastninskih upravičenj glede predmeta leasinga, kdo je v tem obdobju nosil tipične rizike lastnika (zlasti nevarnost poškodovanja ali uničenja stvari), na kom je bilo breme obveznosti, ki zadevajo njegovo uporabo, kakšno je razmerje med diskontirano vsoto obrokov leasinga in tržno vrednostjo predmeta leasinga, čas trajanja pogodbenega razmerja oziroma vprašanje trdnosti pogodbe idr.

⁹ Prim. II Ips 280/2002 z dne 12. februarja 2004, II Ips 105/2004 z dne 25. marca 2004, II Ips 237/2008 z dne 16. junija 2011, II Ips 736/2008 z dne 15. marca 2012, II Ips 1056/2008 z dne 29. marca 2012, II Ips 42/2010 z dne 25. julija 2013 idr.

¹⁰ Prim. Grilc, str. 161.

¹¹ Prim. Berden, str. 61; avtor predlaga, da bi tako najemno–prodajno pogodbo v času trajanja presojali po določilih o rabokupu (najemu), (opcijske) pogodbene določbe o možnosti odkupa predmeta leasinga pa kot predpogodbo.

¹² Prim. Juhart (2004), str. 1103 in 1104.

¹³ Sklep II DoR 51/2015 z dne 16. julija 2015.

3. Klavzula o izključitvi odgovornosti leasingodajalca za izročitev predmeta leasinga

Za vse pojavne oblike pogodb o leasingu je značilna prepustitev rabe določene stvari proti plačilu. Ob takem izhodišču je samoumevna dolžnost leasingodajalca, da leasingojemalcu omogoči uporabo predmeta leasinga, in nadalje možnost leasingojemalčevega ugovora neizpolnitve (do izročitve predmeta leasinga) leasingodajalčevemu zahtevku za plačilo obrokov leasinga. Pri klasičnem finančnem leasingu si dobavitelja predmeta leasinga izbere leasingojemalec sam. Ko se ta z dobaviteljem dogovori o nabavni ceni in pogojih dobave predmeta, se z leasingodajalcem dogovori še o pogojih za izvedbo leasinga. Leasingodajalec kupi predmet leasinga in ga da v (upo)rabo leasingojemalcu. Pri tej obliki leasinga torej leasingodajalec ni obenem tudi dobavitelj predmeta leasinga, zato v takšnih pogodbah praviloma najdemo najrazličnejše klavzule, ki izključujejo njegovo odgovornost za izročitev predmeta leasinga ter za njegove pravne in stvarne napake oziroma ki te rizike prevalijo z leasingodajalca na dobavitelja. Zato pogodbeni določila redno vsebujejo (tudi) klavzulo o odstopu (cesiji) vseh leasingodajalčevih zahtevkov v zvezi z izročitvijo predmeta, pravnimi in stvarnimi napakami ter odškodninskimi zahtevki v razmerju do dobavitelja leasingojemalcu. V pravni literaturi lahko zasledimo opozorilo, da je sprejemljivost pogodbene razbremenitve leasingodajalčeve odgovornosti za neizpolnitev obveznosti nemotene uporabe predmeta leasinga z vidika načela vestnosti in poštenja ter dobrih poslovnih običajev (5. člen OZ) lahko vprašljiva.¹⁴

Vrhovno sodišče RS tega vprašanja še ni obravnavalo poglobljeno, iz njegove relativno obsežne prakse, ki se nanaša na ugovore leasingojemalcev v zvezi z neizročitvijo predmeta leasinga, pa izhaja, da o dopustnosti take klavzule nima pomislekov. V večjem številu odločb je zavzelo stališče, da nedobava predmeta leasinga ob poprejšnji pogodbeni izključitvi leasingodajalčeve odgovornosti za to ni razlog za razbremenitev leasingojemalčeve obveznosti plačevanja obrokov.¹⁵ Vsa tveganja, ki nastanejo zaradi kršitve obveznosti dobave predmeta leasinga, torej tudi tveganje opustitve njegove izročitve, po pogodbi o finančnem leasingu s tako klavzulo nosi leasingojemalec, ki sam izbere prodajalca, pri čemer pozna njegove prodajne, poslovne in dobavne pogoje ter jih sprejme. Takšna razdelitev tveganj pri pogodbah o finančnem leasingu ni nič posebnega, ampak je za to obliko leasinga celo tipična. Leasingodajalec glede dobave (izročitve) predmeta leasinga ne prevzame nobenega rizika. Njegov interes je le na finančnem področju: da leasingojemalcu denarno omogoči nakup stvari, pri čemer naj dobiček doseže z

¹⁴ Prim. Jadek Pensa, str. 213 in 214.

¹⁵ Prim. odločbe III Ips 69/1996 z dne 27. februarja 1997, III Ips 31/2003 z dne 27. novembra 2003, III Ips 15/2004 z dne 30. marca 2005, II Ips 792/2007 z dne 26. avgusta 2010, II Ips 771/2008 z dne 15. decembra 2011 in II Ips 29/2010 z dne 8. novembra 2012.

ustrezno visoko najemnino (v obliki anuitet).¹⁶ Izključitev leasingodajalčeve odgovornosti za pravne napake predmeta leasinga zakon dopušča (493. člen OZ).¹⁷ Če splošni pogoji vsebujejo (tudi) klavzulo o odstopu (cesiji) vseh zahtevkov leasingodajalca v razmerju do dobavitelja leasingojemalcu, opisana razdelitev tveganj ni v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja (prvi odstavek 5. člena OZ), saj na primeren način varuje tudi leasingojemalčeve koristi, prav tako ne gre za zlorabo pravic (7. člen OZ) oziroma kršitev načela enake vrednosti dajatev (8. člen OZ).¹⁸ Tudi sam menim, da je v takšni situaciji leasingojemalčev položaj ustrezno izenačen z leasingodajalčevim položajem kupca v razmerju z dobaviteljem, zato kršitvi načela vestnosti in poštenja ter enakopravnega položaja pogodbenih strank nista podani. Če stranki leasingodajalčeve odgovornosti za dobavo predmeta leasinga leasingojemalcu v pogodbi nista izključili, je položaj (seveda) nujno drugačen.¹⁹

Opozoriti velja na zadevo II Ips 42/2010,²⁰ v kateri je Vrhovno sodišče RS obravnavalo situacijo, ko se je leasing nanašal na predmet (avtomobil), ki je bil v pogodbi (brez odkupne klavzule) točno določen (individualiziran z določitvijo dobavitelja ter z navedbo proizvajalca, znamke, tipa, številke šasije). Poudarilo je, da bi moral zato leasingodajalec dobavitelju plačati in leasingojemalcu prepustiti v uporabo prav ta avto, ne glede na to, da ga je izbral slednji, ta pa bi moral prav zanj poravnati mesečne obroke. Ker avto, ki bi ustrežal navedenim razlikovalnim elementom, ni nikoli obstajal, izročitev leasingojemalcu ni bila mogoča, zaradi česar je pogodba o leasingu nična (prim. 35. člen OZ) in leasingodajalec ne more zahtevati ne njene izpolnitve ne odškodnine zaradi razveze pogodbe. Gre za objektivno in začetno nemožnost izpolnitvenega ravnanja (v konkretnem primeru dajatve/izročitve vozila), pri čemer okoliščina, da se je med leasingodajalca in leasingojemalca »vrnil«²¹ tretji (dobavitelj), ni odločilna. Veljavnost leasinske pogodbe v položaju, ko je leasingodajalec le plačnik, ne pa tudi dobavitelj predmeta leasinga, sicer načeloma ne more biti odvisna od izročitve predmeta leasinga, vendar to stališče ne velja za primer, ko je pogodba o leasingu sklenjena glede predmeta, ki že ob njeni sklenitvi (ali kasneje) sploh ni obstajal.

Na prvi pogled se zdi, da je Vrhovno sodišče RS s to odločitvijo pomembno spremenilo svojo dodobra ustaljeno prakso glede vpliva nedobave predmeta leasinga na veljavnost leasinske pogodbe. Problematičen je zlasti dostavek, da stališče o ničnosti pogodbe velja tako v primeru, ko predmet leasinga ne obstaja ob njeni sklenitvi, kot tudi, ko ta preneha kasneje. Ni mogoče prezreti, da je predmet leasinga običajno točno določena (individualizirana) stvar, ki leasingojemalcu iz različnih razlogov morda ne bo izročena (uničenje med transportom, obstoj prav-

¹⁶ Prim. zlasti sklep III Ips 15/2004 z dne 30. marca 2005.

¹⁷ Prim. sodbo II Ips 771/2008 z dne 15. decembra 2011.

¹⁸ Prim. zlasti sodbo in sklep III Ips 31/2003 z dne 27. novembra 2003.

¹⁹ Prim. sklep II Ips 563/2006 z dne 9. julija 2008.

²⁰ Prim. sodbo z dne 25. julija 2013.

nih napak idr.). Namen, ki ga leasingodajalec želi doseči s klavzulo o izključitvi odgovornosti za izračitev predmeta leasinga, je ravno v tem, da se razbremeni tega rizika.

Menim, da odločba Vrhovnega sodišča RS II Ips 42/2010 sicer pomeni določen odstop od doslej uveljavljenih stališč, vendar jo je treba razumeti kot izjemo, ki velja zgolj za primer(e), ko je predmet leasinga v pogodbi individualno točno določen (*species*), pa v resnici ni obstajal, ne obstaja in ne bo obstajal, kar z veliko verjetnostjo kaže, da gre za ravnanje (vsaj ene) pogodbenih strank v nasprotju z več temeljnimi načeli OZ, ki omejujejo pogodbeno avtonomijo v prid zagotavljanja pravičnosti (načelo vestnosti in poštenja, načelo prepovedi zlorabe pravic, načelo prepovedi povzročanja škode, načelo dolžnosti izpolnitve obveznosti). Posebej pa je treba poudariti, da sta posledici ničnosti pogodbe kondikcija (prim. 87. člen OZ), torej vrnitev izpolnitve (oziroma njene denarne vrednosti), in odškodnina (prim. 91. člen OZ), kar pomeni, da je leasingodajalec tudi v tem položaju lahko v končni fazi upravičen do popolnoma enakega denarnega zneska kot v primeru, če mu priznamo izpolnitvene zahteve (njegovi interesi so torej v celoti zavarovani); tudi v taki pravdi pa lahko njegov uspeh, tako kot v vsaki drugi, zagotovi zgolj njegova ustrezna procesna aktivnost.²¹

4. Razveza pogodbe o finančnem leasingu in njene posledice

Temeljna leasingojemalčeva obveznost je plačevanje leasinskih obrokov. V primeru njene kršitve leasingodajalec lahko vztraja pri pogodbi in zahteva njeno izpolnitev ali pa, kar je v praksi pogostejše, od pogodbe odstopi (prim. 103. in 108. člen OZ, prim. tudi 52. člen ZVPot) in uveljavlja sankcije, ki sledijo razvezi pogodbe zaradi neizpolnitve. To so spori iz leasinskih razmerij, ki jih je pred sodišči največ. V primeru razveze (delno že izpolnjene) pogodbe imata njeni stranki (poleg tega, da sta obe prosti svojih obveznosti) pravico do vrnitve danega, povračil za koristi in (morebitne) odškodnine (prim. 103. in 111. člen, drugi odstavek 239. člena, 243. in 503. člen OZ ter 54. člen ZVPot).

Neredko je v taki pravdi sporno že vprašanje, ali je bila pogodba o leasingu kljub temu, da je leasingodajalec predmet leasinga leasingojemalcu (predčasno) odvil, (sploh) razvezana. Vrhovno sodišče RS je večkrat pojasnilo, da (že) zahtevkov za vrnitev predmeta leasinga ali zakupa (najema) vsebuje tudi odpoved takšne pogodbe,²² navedeno stališče pa (seveda) še toliko bolj velja za primer, ko leasingodajalec (najemodajalec) predmet leasinga (najema) zaseže.²³

²¹ Kaže, da je ta taka tudi v zadevi, na katero se nanaša sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 42/2010, saj v njej leasingodajalec podredno uveljavlja plačilo odškodnine, pri čemer odločitev o tem zahtevku zaradi nepravnomočnosti ni bila predmet revizijskega preizkusa – primerjaj 1. in 2. točko obrazložitve sodbe z dne 25. julija 2013.

²² Prim. odločbi II Ips 465/1994 z dne 14. februarja 1996 in II Ips 272/2003 z dne 6. maja 2004; takšna odpoved je kljub temu, da ni izrecna, dovolj nedvoumno izražena.

²³ Prim. sodbo II Ips 736/2008 z dne 15. marca 2012.

4.1. Odškodninska obveznost

Leasingojemalci – fizične osebe pogosto ugovarjajo leasingodajalčevemu zahtevku za plačilo odškodnine oziroma zneska vseh še nezapadlih obrokov leasinga,²⁴ in sicer z izoliranim sklicevanjem na določila OZ (526. člen)²⁵ in ZVPot (54. člen)²⁶ o posledicah razvezane pogodbe o prodaji na obroke, ki te pravice ne določajo, pri čemer opozorijo še na 50.a člen ZVPot, po katerem so nična določila pogodbe o prodaji na obroke, ki bi bila za potrošnika manj ugodna od določb tega poglavja, razen določil o lastninskem pridržku.²⁷ Nobenega dvoma ne more biti, da te določbe pravice do odškodnine, ki jo (tudi) leasingodajalcu sicer dajejo splošna pravila obligacijskega prava, ne izključujejo.²⁸ Gre le za to, da navedeni določili ZVPot in OZ specialno urejata le eno izmed posledic razvezane prodajne pogodbe na obroke – reparacijske obveznosti, ne pa tudi odškodninske obveznosti.²⁹ Pogodba o leasingu, ki prevzame (tudi) značilnosti prodajne pogodbe (na obroke), se tako glede posledic razveze ne razlikuje od pogodbe o leasingu, ki ji teh lastnosti ne moremo pripisati. Opredelitev konkretne pogodbe o leasingu kot pogodbe z elementi prodaje (na obroke) torej ni tako pomembna, kakor ji to pripisujejo leasingojemalci – fizične osebe kot toženci v sporih pred sodiščem.

²⁴ V taki višini namreč opredeljuje odškodnino, do katere je v primeru odstopa od pogodbe o leasingu zaradi leasingojemalčeve neizpolnitve upravičen leasingodajalec, v poslovni praksi običajna pogodbeni klavzula.

²⁵ Če se pogodba razveže, mora prodajalec vrniti kupcu prejete obroke z obrestmi od dneva, ko jih je prejel, in mu povrniti nujne stroške, ki jih je imel za stvar; kupec pa mora vrniti prodajalcu stvar v stanju, v kakršnem je bila tedaj, ko mu je bila izročena, in mu dati povračilo za njeno uporabo vse do razveze pogodbe.

²⁶ Če se pogodba razveže, mora prodajalec vrniti prejete obroke z zakonitimi obrestmi od dneva, ko jih je prejel, in potrošniku povrniti nujne stroške, ki jih je imel za blago. Potrošnik mora vrniti prodajalcu blago v stanju, v kakršnem je bilo tedaj, ko mu je bilo izročeno, in mu dati povračilo za njegovo uporabo vse do razveze pogodbe.

²⁷ Dodati velja, da je pravilo o ničnosti določb, ki bi bile za potrošnika pri prodaji na obroke manj ugodne od določb zakona, najprej vseboval Zakon o obligacijskih razmerjih – ZOR (Uradni list SFRJ, št. 29/1978 in nasl.) v 551. členu, nato pa ZVPot (najprej v 55. členu, sedaj pa v 50.a členu).

²⁸ Pri tem velja opozoriti na stališče Juharta (2003), v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), str. 588; avtor opozarja, da je (že) določba 111. člena OZ po svoje nepotrebna, ker bi lahko celoten sklop pravil, ki jih določa, dosegli tudi z upoštevanjem splošnih načel pogodbenega, odškodninskega in reparacijskega prava.

²⁹ Drugačno, vendar osamljeno stališče izhaja iz sodb Vrhovnega sodišča II Ips 280/2002 z dne 12. februarja 2004, s katero je revizijo zavrnilo tudi v delu, v katerem je bila izpodbijana pravnomočna presoja, da je pogodbeno določilo o zapadlosti vseh še nezapadlih obrokov nično. Poudarilo je, da sporni dogovor vsebuje tudi elemente prodaje na obroke s pridržkom lastninske pravice, zaradi česar za to pogodbo veljajo pravila o prodaji na obroke (prvi odstavek 550. člena ZOR) in so nična tista njena določila, ki bi bila za kupca (leasingojemalca) manj ugodna od določb ZOR, ki to vrsto posla urejajo (551. člen ZOR). Posledica razdora pogodbe pa je po zakonu (zgolj) restitucija (549. člen ZOR).

4.2. Odškodnina, dogovorjena v višini vsote še nezapadlih obrokov leasinga

Pogodbena klavzula, ki opredeljuje višino odškodnine, do katere je v primeru odstopa od pogodbe o leasingu zaradi leasingojemalčeve neizpolnitve upravičen leasingodajalec, v znesku vseh še nezapadlih obrokov leasinga, je v pogodbah o (finančnem) leasingu običajna.³⁰ Jadek Pensa opozarja, da je ta sporna, če ne upošteva predčasne vrnitve vozila in predčasne zapadlosti plačila obrokov. Takšen dogovor bi lahko predstavljal dogovor o pavšalni odškodnini (*liquidated damages*), ki ga naše pravo ne pozna, dopušča pa omejitev odgovornosti, ki se lahko nanaša na najvišji znesek odškodnine (tretji odstavek 242. člena OZ). Poleg tega je dopusten dogovor o pogodbeni kazni (247. in naslednji členi OZ), ki pa je za primer neizpolnitve ali zamude pri izpolnitvi denarne obveznosti izključen. Zato naj dogovorjene odškodnine v višini vsote še dolgovanih obrokov ne bi bilo moč kvalificirati kot dogovor o pogodbeni kazni, lahko pa bi ji pripisali pomen dogovorjenega načina izračuna pozitivnega pogodbenega interesa, kar je v načelu lahko v sferi pogodbene avtonomije.³¹

Stališča Vrhovnega sodišča RS o tem vprašanju so praktično identična prej navedenim. Takšen dogovor je torej dopusten, saj pravne posledice prenehanja pogodbe z zakonom niso urejene kogentno, pri čemer mu je mogoče pripisati pomen (vnaprej) dogovorjenega načina izračuna pozitivnega pogodbenega interesa,³² ki v primeru odstopa od pogodbe zaradi leasingojemalčeve kršitve obveznosti (prenehanje plačevanja obrokov) pripada leasingodajalcu kot odškodnina.³³ Tudi taka pogodbena vsebina je načelno lahko v okviru svobodnega urejanja obligacijskih razmerij (3. člen OZ), vendar to ni (povsem) neomejeno; omejitve mu postavlja jo druga načela obligacijskega prava in kogentna pravila. Pri presoji njegove (ne)dopustnosti v konkretnem primeru je pomembno zlasti temeljno načelo odškodninskega prava, da odškodnina ne sme presegati nastale škode; leasingodajalec zaradi razveze pogodbe ne sme biti v boljšem položaju od tistega, v katerem bi bil, če do te ne bi prišlo. Zato so relevantni tudi morebitni zaradi razveze pogodbe privarčevani izdatki leasingodajalca in druge njegove koristi (prim. tretji odstavek 243. člena OZ, *compensatio lucri cum damno*). Vrhovno sodišče RS tako pri oceni (ne)utemeljenosti zahtevanega zneska tovrstne odškodnine upošteva vsoto stroškov nabave predmeta, stroškov financiranja, drugih stroškov in dobička leasingodajalca na eni

³⁰ Predvideva jo tudi vzorčna pogodba v Berden, str. 99 (6. člen), in vzorčna pogodba o finančnem leasingu premičnin v Gerbec, Košir, str. 183, 184 in 208.

³¹ Prim. Jadek Pensa, str. 220 in 221.

³² Tudi izpolnitveni interes; gre za premoženje, ki bi pogodbi zvesti stranki pripadlo, če bi bila pogodba v celoti pravilno izpolnjena.

³³ Prim. odločbe II Ips 104/2007 z dne 8. julija 2009, II Ips 194/2009 z dne 1. decembra 2011, II Ips 736/2008 z dne 15. marca 2012, II Ips 1056/2008 z dne 29. marca 2012, III Ips 103/2013 z dne 25. februarja 2014, II Ips 34/2012 z dne 13. novembra 2014 idr.

strani ter že plačane obroke leasinga, ki morajo biti diskontirani na čas prenehanja pogodbe, morebitna druga vnaprejšnja plačila leasingojemalca in vrednost predčasno vrnjenega predmeta leasinga (in/ali odškodnino/zavarovalnino, prejeto zaradi njegove poškodbe/uničenja) na drugi strani. Pomembna je (lahko) tudi dolžnost oškodovanca, da stori vse razumne ukrepe za zmanjšanje škode, ker sicer druga stranka lahko zahteva zmanjšanje odškodnine (četrty odstavek 243. člena OZ). Leasingodajalec mora zato v vsakem primeru narediti vse, kar je v njegovi moči, da čim bolj izkoristi preostalo vrednost predčasno vrnjenega predmeta leasinga. Dodati velja, da mora okoliščine, ki so podlaga za zmanjšanje odškodnine po tretjem in četrtem odstavku 243. člena OZ, zatrjevati in dokazati pogodbeni stranka, ki sicer odškodninsko odgovarja (konkretno leasingojemalec).³⁴

Na vprašanje, ali so določila splošnih pogojev leasinskih pogodb, ki določajo opisani način izračuna pozitivnega pogodbenega interesa, v primeru ojemalcev, ki so fizične osebe, nična zaradi nasprotovanja določbam ZVPot, Vrhovno sodišče RS še ni izrecno odgovorilo.³⁵ O uporabi ZVPot v primeru, ko je leasingojemalec fizična oseba, sicer ne more biti dvoma, pri čemer za pogodbo o leasingu, ki ji lahko pripišemo tudi značilnosti prodajne pogodbe, glede na določbo prvega odstavka njegovega 56. člena³⁶ pridejo v poštev tudi njegove določbe o prodaji na obroke. Poudarjam pa, da ne vidim razlogov za drugačno, torej za leasingodajalca manj strogo oziroma za leasingojemalca manj ugodno presojo, če v konkretnem primeru uporaba določb ZVPot ne pride v poštev, in je ta oprta zgolj na določila OZ. Vprašljivo se mi namreč zdi stališče, da naj bi bile določbe 22. do 24. člena ZVPot o pogojih za veljavnost določil v splošnih pogojih pogodbe strožje od (splošnih) pravil OZ o ničnosti nekaterih določil splošnih pogojev (121. člen),³⁷ za obravnavano problematiko pa je bistveno, da po mojem mnenju pogoji iz ZVPot vsaj niso toliko strožji od tistih iz OZ, da bi v konkretnem primeru narekovali drugačno odločitev sodišča glede (ne)veljavnosti posameznega določila splošnih pogojev v odvisnosti od tega, ali se uporabi en ali drug zakon.³⁸ Ni mogoče prezreti, da je omejitvev

³⁴ Prim. Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), str. 225.

³⁵ Zaradi neenotnosti sodne prakse višjih sodišč o tem, ali je treba ničnost v primeru, ko je leasingojemalec fizična oseba, presojati po določbah ZVPot ali po določbah OZ, sodne prakse Vrhovnega sodišča o tem pa ni, je s sklepom II DoR 84/2010 z dne 19. avgusta 2010 dopustilo revizijo glede vprašanja ničnosti določbe splošnih pogojev o obveznosti leasingojemalca kot fizične osebe plačati vse nezapadle obroke leasinga, če leasingodajalec odstopi od pogodbe iz razlogov na njegovi (leasingojemalčevi) strani. Dopusčena revizija je bila zaradi neizpolnjevanja formalnih pogojev zavržena (sklep II Ips 431/2010 z dne 14. julija 2011).

³⁶ Določbe o prodaji na obroke iz tega poglavja veljajo tudi pri drugih dogovorih, ki imajo enako vsebino, kot na primer zakupna pogodba z določilom, da bo v zakup dano blago prešlo v potrošnikovo lastnino, če bo določen čas plačeval zakupnino.

³⁷ Prim. Kranjc, v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), str. 641.

³⁸ Prim. tudi Možina, str. 1445; avtor opozarja na neuskkljenost slovenskega splošnega in potrošniškega obligacijskega prava. Ker je slovenski zakonodajalec v OZ le prepisal določbe ZOR, evropsko zakonodajo pa je nekoordinirano prenašal v ZVPot, so splošni pogoji poslovanja v ZVPot urejeni drugače kot v OZ, jasne razmejitve uporabe obeh

pogodbene avtonomije v prid zagotavljanja pravičnosti in s tem enakopravnosti pogodbenih strank tudi v OZ konkretizirana v številnih določbah. Zdi se, da bi uporaba 121. člena OZ z ustreznim upoštevanjem tudi splošnih načel obligacijskega prava, zlasti enakopravnosti udeležencev v obligacijskih razmerjih (4. člen OZ), vestnosti in poštenja (5. člen OZ),³⁹ prepovedi zlorabe pravic (7. člen OZ) in enake vrednosti dajatev (8. člen OZ), morala pripeljati do enake odločitve o (ne)obstoju ničnosti posameznega spornega določila splošnih pogojev kot uporaba (specialnih) določb ZVPot.

Iz že predstavljenih stališč Vrhovnega sodišča RS po mojem mnenju tako jasno izhaja, da dogovorjena odškodnina v višini vsote še nezapadlih obrokov leasinga tudi v primeru leasingojemalcev kot potrošnikov ne more biti nična v vsakem primeru oziroma sama zase. Ključno je torej, kako je odškodnina določena (izračunana) v konkretnem primeru (pogodbi), pri čemer je v pravdi veliko odvisno tudi od procesne (ne)aktivnosti strank. Na ničnost sicer sodišče pazi po uradni dolžnosti, vendar le v okviru trditve o pravnorelevantnih dejstvih, ki pa sta jih v skladu z razpravnim načelom (prvi odstavek 7. člena in 212. člen ZPP) dolžni podati pravdni stranki.⁴⁰

Razumljivo je, da opisana stališča veljajo zgolj za položaje, ko je vsota vseh še nezapadlih obrokov leasinga v pogodbi (izrecno) dogovorjena kot odškodnina. V nasprotnem primeru leasingodajalec do teh zneskov – brez ustrezno drugačne trditvene in dokazne podlage – ne more biti upravičen. Ob razvezi pogodbe in leasingojemalčevi vrnitvi predmeta leasinga (oziroma odstopu od nje in odvzemu predmeta) leasingodajalec plačila (vseh) preostalih dogovorjenih obrokov leasinga (torej izpolnitve leasingojemalčeve glavne pogodbene obveznosti) ne more zahtevati.⁴¹

Opozarjam, da bi zavračanje leasingodajalčeve upravičenosti do odškodnine v višini pozitivnega pogodbenega interesa, ki bi ga bilo drugače, kot je opisano, težko izračunati, nujno usodno ogrozilo poslovanje za leasing specializiranih gospodarskih družb. Te v primeru finančnega leasinga kupujejo stvari od proizvajalcev (dobaviteljev) v svojem imenu in za svoj račun, vendar običajno tudi že za vnaprej znanega uporabnika – leasingojemalca, na podlagi njegove neposredne zahteve in izbire dobavitelja ter predmeta leasinga. Interes leasingoda-

predpisov pa ni. Evropsko pravo zahteva, da na področju veljave Direktive 93/13/EGS (torej v razmerju podjetje – potrošnik) določbe ZVPot, ki jo uresničujejo, derogirajo splošno ureditev v 120. in 121. členu OZ, pri čemer se postavlja vprašanje smiselnosti soobstoja dveh različnih ureditev istega instituta.

³⁹ Prim. tudi Dolenc, str. 1075; avtor zagovarja širšo uporabo načela vestnosti in poštenja pred slovenskimi sodišči.

⁴⁰ Prim. odločbe Vrhovnega sodišča RS III Ips 5/2003 z dne 6. novembra 2003, II Ips 348/2009 z dne 3. decembra 2009, III Ips 6/2009 z dne 6. septembra 2011 idr.

⁴¹ Prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 736/2008 z dne 15. marca 2012. Nasprotno stališče bi pomenilo, da je leasingojemalec dolžan izpolniti s pogodbo prevzeto obveznost v celoti, leasingodajalec pa je svoje (zagotovitev nemotene uporabe predmeta leasinga) oproščen.

jalca pri klasičnem finančnem leasingu torej ni v prevzemu kupljene stvari, temveč obstaja le na finančnem področju: lastninsko pravico na predmetu leasinga pridobi samo zato, da leasingojemalcu omogoči njegovo uporabo proti plačilu tako visokih obrokov leasinga, da bodo zagotovili (tudi) njegov dobiček.

Za obravnavano problematiko bo (lahko) pomembna tudi odločitev Vrhovnega sodišča RS o reviziji, dopuščeni v zadevi II DoR 51/2015⁴² glede vprašanja pravne narave dogovora o vnaprej pogodbeno fiksno določeni odškodnini v znesku šestih obrokov leasinga ter njegove dopustnosti. Menim, da je tudi (ne)dopustnost takega dogovora oziroma njegova (ne)skladnost z določbami OZ in ZVPot vprašanje, ki ga je treba rešiti za vsak posamezen primer posebej. Nikakor pa ni mogoče prezreti, da je tak dogovor o odškodnini v višini vsote fiksno določenega števila leasinskih obrokov ne glede na čas prenehanja pogodbe še bolj problematičen od odškodnine v znesku vseh nezapadlih obrokov leasinga, običajno dogovorjene v leasinskih pogodbah. O pozitivnem pogodbenem interesu v tem primeru najbrž ne moremo govoriti,⁴³ če pa tak dogovor štejemo za pogodbeno kazen, ki ji je po mojem mnenju bližje, je treba opozoriti, da so glede njene dopustnosti v pravni literaturi razhajanja. Večinsko stališče je, da je dogovor o pogodbeni kazni za primer neizpolnitve ali zamude pri izpolnitvi denarne obveznosti izključen (tretji odstavek 247. člena OZ).⁴⁴ Plavšakova pa se s tako razlago ne strinja v celoti in meni, da ni utemeljenega razloga proti dopustnosti dogovora o pogodbeni kazni za primer neizpolnitve denarne obveznosti. Poudarja, da zamudne obresti opravljajo enako funkcijo kot pogodbeni kazen in so zato njeno ustrezno nadomestilo (surogat) samo v primeru zamude z izpolnitvijo (denarne obveznosti) v ožjem pomenu besede, ne pa tudi takrat, ko (čeprav zaradi zamude) upnik uresniči pravico odstopiti od pogodbe (torej v primeru neizpolnitve).⁴⁵ Pri tej presoji bodo (lahko) pomembna tudi določila drugega odstavka 53. člena ZVPot⁴⁶ ter (splošni) določbi 23. in 24. člena istega zakona. Za do potrošnika nepošten (in zato ničen) pogodbeni pogoj ob izpolnitvi pogojev iz prvega odstavka 24. člena ZVPot se tako štejejo (med drugim) zlasti določba, s katero se določi pogodbeni kazen v korist podjetja; določba, ki od potrošnika zahteva plačilo nesorazmerno visokega nadomestila v primeru, ko ne izpolni svojih pogodbenih obveznosti; in določba, ki potrošnika zavezuje k izpolnitvi vseh pogodbenih obveznosti, tudi v primeru, ko podjetje ne izpolni svojih pogodbenih obveznosti.

⁴² Sklep z dne 16. julija 2015. Revizija še ni bila vložena.

⁴³ Fiksno določena odškodnina je lahko večja ali manjša od vsote, ki bi jo leasingodajalec dobil v primeru popolne izpolnitve pogodbe, odvisno od časa prenehanja leasinskega razmerja.

⁴⁴ Prim. Jadek Pensa, str. 221; Cigoj, str. 967 in 968, Strohsack, str. 38.

⁴⁵ Prim. Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), str. 234 in 235.

⁴⁶ Nično je pogodbeno določilo o pogodbeni kazni za primer, da bi potrošnik prišel v zamudo s plačilom kakšnega obroka kupnine.

4.3. Davčni vidik

Pri finančnem leasingu (ki mu lahko pripišemo značilnosti prodaje)⁴⁷ je treba davek na dodano vrednost (v nadaljevanju DDV) od vrednosti predmeta leasinga obračunati in v celoti plačati ob sklenitvi pogodbe, pri čemer je treba opozoriti, da leasingodajalci tega običajno prevalijo na leasingojemalca (v obliki ustrezno višjega prvega obroka leasinga), medtem ko je davčna osnova v primeru najema (operativnega leasinga)⁴⁸ posamično obročno plačilo, obveznost obračuna pa nastane takrat, ko poteče obdobje, na katero se plačilo nanaša (prim. prvi in drugi odstavek 33. člena ZDDV-1). V skladu z drugim odstavkom 39. člena ZDDV-1 se pri preklicu naročila, vračilu ali znižanju cene po opravljeni dobavi davčna osnova ustrezno zmanjša (popravek obračuna DDV). Pravilnik o izvajanju Zakona o davku na dodano vrednost⁴⁹ v 13. členu določa, da se od odškodnin, med katere sodi tudi povračilo škode zaradi razveljavitve pogodbe (če plačnik za to ni pridobil nobenega blaga oziroma ni prejel nobene storitve), DDV ne obračunava in ne plačuje; če se pogodba izpolni delno, je predmet DDV ta delna izpolnitev. Z vidika izračuna pozitivnega pogodbenega interesa je torej bistveno, da ima leasingodajalec v primeru razveze pogodbe o finančnem leasingu možnost, glede na določbo četrtega odstavka 243. člena OZ pa tudi obveznost uveljavljati popravek (zmanjšanje) obračunanega DDV, v primeru razveze pogodbe o operativnem leasingu pa tisti del še nezapadlih dogovorjenih obrokov leasinga, ki predstavlja DDV (22 %), ne more pomeniti povračila škode, saj mu ta v tem obsegu ne bo nastala.

4.4. Posebej o obrokih leasinga, zapadlih do razveze pogodbe

Leasingojemalci se v primeru leasingodajalčevega uveljavljanja zahtevkov v primeru razveze pogodbe o finančnem leasingu plačilu do takrat zapadlih neplačanih obrokov leasinga upirajo s sklicevanjem na prvi odstavek 526. člena OZ oziroma (v bistvenem enako) določbo prvega odstavka 54. člena ZVPot, da mora prodajalec, če se pogodba razveže, kupcu vrniti prejete obroke z (zakonitimi) obrestmi od dneva, ko jih je prejel (prim. tudi drugi odstavek 111. člena OZ). Trdijo, da bi mu jih bil leasingodajalec tako ali tako dolžan vrniti, pri čemer (lahko) že plačane obroke ugovarjajo v pobot. Vrhovno sodišče RS take ugovore dosledno zavrača

⁴⁷ Dejanska izročitev blaga na podlagi pogodbe o najemu blaga za določeno obdobje ali o prodaji blaga z odloženim plačilom, ki določa, da se ob normalnem poteku dogodkov lastništvo prenese najpozneje ob plačilu zadnjega obroka, se šteje za dobavo blaga (prim. točko b drugega odstavka 6. člena Zakona o davku na dodano vrednost – ZDDV, Uradni list RS, št. 117/2006 in nasl.).

⁴⁸ V skladu s prvim odstavkom 14. člena ZDDV-1 vsaka transakcija, ki ni dobava blaga, pomeni »opravljanje storitev«. O davčnopравnem razlikovanju med poslovnim in finančnim najemom (nepremičnin) glej tudi sklep Vrhovnega sodišča RS X Ips 476/2012 z dne 7. januarja 2016 in sodbo Sodišča EU v zadevi NLB Leasing, C-209/14, z dne 2. julija 2015.

⁴⁹ Uradni list RS, št. 141/2006 in nasl.

z argumentacijo, da do razveze pogodbe oziroma odvzema vozila zapadli obroki leasinga pomenijo povračilo za koristi, ki jih je leasingojemalec imel s predmetom leasinga (nadomestilo za njegovo uporabo oziroma najemnino). Pri tem se običajno opira (zgolj) na določila relevantnih splošnih pogojev.⁵⁰ Pripomniti velja, da je podlaga za tako odločitev podana tudi v določbi četrtega odstavka 111. člena OZ ter drugega odstavka 526. člena OZ oziroma (v bistvenem enaki) določbi drugega odstavka 54. člena ZVPot, da mora kupec (potrošnik) prodajalcu dati povračilo za uporabo vrnjene stvari (blaga) vse do razveze pogodbe.

V poslovni praksi obrok leasinga običajno sestavljajo amortizacija predmeta leasinga, obresti za uporabljena sredstva leasingodajalca, povračilo stroškov (dobave, transporta, storitve leasingodajalca), premije za rizike, davki (DDV) in dobiček leasingodajalca. Zato je vprašljivo, ali do razveze pogodbe zapadli obroki leasinga res lahko v celoti pomenijo (zgolj) nadomestilo za uporabo predmeta leasinga v smislu navedenih določb OZ in ZVPot. V zadevi II Ips 1056/2008⁵¹ je Vrhovno sodišče RS tovrstne ugovore leasingojemalca zavrnilo nekoliko nedosledno. Z njegovim stališčem, da naj bi posamezni obrok leasinga vseboval odkupno vrednost predmeta leasinga in njegovo amortizacijo, ki naj je ne bi bil dolžan povrniti, se ni strinjalo zato, ker za konkretno pogodbo o leasingu zaradi odsotnosti odkupnega upravičenja ni bilo mogoče uporabiti zakonskih določil o prodaji na obroke. Trditve, da v okviru povračila za korist, ki je je bil z uporabo predmeta leasinga deležen, ne bi smeli upoštevati zneskov, ki jih je bil dolžan plačevati na račun odkupa vozila, in donosa leasingodajalca, pa je Vrhovno sodišče RS zavrnilo z argumentom nezadostne konkretiziranosti. Leasingojemalec ni substancirano navajal, da bi uveljavljani zneski odstopali od zneskov, ki se sicer plačujejo za najem takšnih vozil.

Zdi se, da se je Vrhovno sodišče RS odgovoru na vprašanje, ali že zapadli obroki leasinga v celoti pomenijo (zgolj) nadomestilo za uporabo predmeta leasinga, nekoliko izognilo. Ni mogoče prezreti, da je pri pogodbah tako o finančnem kot tudi o operativnem leasingu posamezen obrok (nujno) večji od obroka (zgolj) najemnine (uporabnine), saj v vsakem primeru vsebuje tudi (delno) amortizacijo investicijskih stroškov, obresti za uporabljena sredstva leasingodajalca ipd. Menim, da bi bilo mogoče kot nadomestilo za uporabo šteti zgolj tisti del že plačanega obroka, ki ustreza višini povprečne tržne najemnine za uporabljeno stvar,⁵² upravičenost do tistega njegovega dela, ki to presega, pa bi bilo pravilneje ustrezno upoštevati pri izračunu odškodnine (v smislu pozitivnega pogodbenega interesa). Nič drugače ni (ob ustreznem leasingojemalčevem ugovoru) v primeru, če splošni pogoji vsebujejo (in v praksi je

⁵⁰ Prim. odločbe II Ips 104/2007 z dne 8. julija 2009, II Ips 508/2007 z dne 11. marca 2010, II Ips 736/2008 z dne 15. marca 2012 in II Ips 1056/2008 z dne 29. marca 2012.

⁵¹ Sodba z dne 29. marca 2012.

⁵² Prim. odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 626/2008 z dne 7. maja 2009, II Ips 687/2007 z dne 26. avgusta 2010, II Ips 698/2009 z dne 28. oktobra 2010 idr., ki se sicer nanašajo na vprašanje uporabnine za nepremičnine.

to pogosto) določbo, da se zapadli obroki leasinga štejejo za plačilo nadomestila za uporabo predmeta leasinga, in štejemo, da je ta lahko v sferi pogodbene avtonomije. V skladu s pravili o razlagi pogodbe (prim. 82. člen OZ) bi bilo glede na siceršnje določbe splošnih pogojev, ki opredeljujejo, kaj vse je všteto v posamezen obrok, najbrž praktično nemogoče zaključiti, da je bil skupen namen pogodbenikov res takšen. To še zlasti velja ob določi 83. člena OZ, da se nejasna določila formularne pogodbe razlagajo v korist druge stranke, konkretno leasingojemalca. Bistveno pa je, da razlike v končnem znesku, do katerega je upravičen leasingodajalec zaradi razveze pogodbe, ob njegovi ustrezni procesni aktivnosti ne bi smelo biti, zato opisano razlikovanje po mojem mnenju nima praktičnega pomena. Tovrstni ugovori leasingojemalcev torej tudi ob ustrežnejši (zadostni) konkretizaciji ne morejo pripeljati do zanje ugodnejše odločitve. Edina izjema najbrž velja za znesek (na začetku razmerja obračunanega in plačanega) DDV pri finančnem leasingu, ki gotovo ne more pomeniti dela najemnine, ni pa tudi nujno, kot je že bilo razloženo, da je leasingodajalec do njega (v celoti) upravičen v okviru odškodnine.

5. Zavarovanje predmeta leasinga

Zavarovalne pogodbe se glede na subjekte lahko sklepajo v različnih kombinacijah. Najpreprostejši in najpogostejši je primer, ko na eni strani nastopa zavarovalnica, na drugi pa zavarovalec, ki pogodbo sklepa v svojem imenu in za svoj račun – je torej hkrati tudi v vlogi zavarovanca. Pri zavarovanju na tuj račun se zavarovalec zavarovalnici zaveže, upravičenec do zavarovalnine pa je tretja oseba – zavarovanec; ta je v pogodbi lahko natančno določen ali pa le določljiv – pogodba na račun tistega, katerega zadeva (prim. 921. in 929. člen OZ).

V poslovni praksi je sklenitev pogodbe o premoženjskem zavarovanju (prim. 948. in 949. člen OZ)⁵³ glede predmeta leasinga skoraj brez izjeme breme leasingojemalca, pri čemer leasinske pogodbe vsebujejo ali njegovo obveznost, da sklene zavarovalno pogodbo glede predmeta leasinga za leasingodajalčev račun,⁵⁴ ali njegovo obveznost, da sklene zavarovalno pogodbo za svoj račun,⁵⁵ pri čemer je dolžan zavarovalno polico vinkulirati v korist leasingodajalca.⁵⁶

⁵³ Zavarovanje lastnika vozila proti odgovornosti za škodo, povzročeno tretjim osebam (zavarovanje avtomobilske odgovornosti), po Zakonu o obveznih zavarovanjih v prometu – ZOZP (Uradni list RS, št. 70/1994 in nasl.) puščam ob strani, ker na področju leasinskih razmerij ni pomembnejših posebnosti.

⁵⁴ Tako obveznost določa tudi vzorčna pogodba v Berden, str. 98 (5. člen).

⁵⁵ V obeh primerih, upoštevajoč, da sodišča v pretežnem delu obravnavajo leasinske pogodbe, ki se nanašajo na motorna vozila, gre običajno za avtomobilsko kasko zavarovanje, ki krije škodo zaradi uničenja ali poškodovanja vozila, ki je posledica presenetljivih dogodkov v prometu in mirovanju, ob naravnih in elementarnih nesrečah, izginjavi in tatvini, ter zaradi dejanj tretjih oseb in posebnih dogodkov.

⁵⁶ Prim. vzorčno pogodbo o finančnem leasingu premičnin v Gerbec, Košir, str. 182 in 214.

Vrhovno sodišče RS je v zadevi II Ips 237/2008⁵⁷ aktivno legitimacijo za uveljavljanje zahtevka na podlagi pogodbe o zavarovanju avtomobilskega kaska priznalo leasingojemalcu, čeprav je bil kot zavarovanec v zavarovalni polici naveden leasingodajalec. Poudarilo je, da je glede na definicijo zavarovanca v splošnih pogojih bistveno, kdo je v konkretnem primeru imel interes za to, da zavarovani primer ne bi nastal (drugi odstavek 924. člena ZOR, sedaj drugi odstavek 948. člena OZ), in pojasnilo, da je glede na določila pogodbe o leasingu to leasingojemalec. Ta je kljub temu, da v času škodnega dogodka (še) ni bil pravni lastnik vozila, nosil vse tipične rizike lastnika, tudi nevarnost poškodovanja ali uničenja stvari.

S predstavljeno odločitvijo se ne morem strinjati. Za presojo, kdo je aktivno legitimiran za uveljavljanje plačila zavarovalnine na podlagi pogodbe o premoženjskem zavarovanju predmeta leasinga (čigav premoženjski interes je zavarovan), je ključna (zgolj) razlaga te pogodbe, ne pa (tudi) pogodbe o leasingu. Bistveno je, kako sta zavarovalno razmerje opredelila njegova udeleženca (zavarovalnica in, praviloma, leasingojemalec) – kot zavarovanje za svoj ali tuj račun.⁵⁸ Če je kot zavarovanec v zavarovalni polici naveden leasingodajalec, je (pravi) upnik iz takega zavarovalnega razmerja le on. Zavarovanca – upravičenca do zavarovalnine ne moreta biti hkrati tako leasingodajalec kot tudi leasingojemalec. Ta je lahko v takem položaju zgolj t. i. sozavarovana oseba; standardni splošni pogoji za zavarovanje avtomobilskega kaska namreč praviloma določajo, da je s kasko zavarovanjem krita tudi škoda, za katero je odgovorna oseba, ki ji je zavarovanec prepustil upravljanje zavarovanega vozila (razen v primeru kaznivega dejanja zatajitve), pri čemer se zavarovalnice odpovejo pravici do povračila te škode od teh oseb.⁵⁹ (Zgolj) nadaljnje razmerje med leasingodajalcem in leasingojemalcem (izročitev prejete zavarovalnine leasingojemalcu, njeno vračunanje v odškodnino zaradi odstopa od pogodbe idr.) je odvisno od vsebine leasinske pogodbe, pri čemer so relevantne (tudi) že navedene določbe OZ in ZVPot. Leasingojemalec je upravičenec iz takega zavarovalnega razmerja, če je sklenil zavarovalno pogodbo (v svojem imenu in) za svoj račun.

Poseben položaj ustvari morebitna (v poslovni praksi pogosta) vinkulacija zavarovalne police s strani leasingojemalca kot zavarovanca na leasingodajalca. V tem primeru je treba uporabiti določbe Stvarnopravnega zakonika (SPZ)⁶⁰ o zavarovanju terjatve z zastavno pravico na drugi terjatvi (178. člen in naslednji).⁶¹ To pomeni, da je leasingojemalec zavarovanec, leasingodaja-

⁵⁷ Sodba z dne 16. junija 2011.

⁵⁸ Prim. tudi odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 192/2005 z dne 21. decembra 2006, II Ips 1117/2008 z dne 17. junija 2010 in II Ips 54/2009 z dne 8. septembra 2011.

⁵⁹ Prim. 11. do 13. člen splošnih pogojev največje slovenske zavarovalnice, dostopnih na <https://www.triglav.si/wps/wcm/connect/5e10a536-2e29-4ac2-bba9-25b353d93750/PG-aka-11-7.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5e10a536-2e29-4ac2-bba9-25b353d93750>.

⁶⁰ Uradni list RS, št. 87/2002 in 91/2013.

⁶¹ Prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS III Ips 58/2001 z dne 10. januarja 2002 in Viršek.

lec pa zastavni upnik, ki je v zavarovanje svoje terjatve do leasingojemalca (iz leasinske pogodbe) dobil njegovo bodočo in pogojno denarno terjatev iz kasko zavarovanja. Zastavna pravica na tej terjatvi nastane v trenutku, ko zavarovalnica od leasingojemalca prejme obvestilo, da je terjatev zastavljena (vinkulirana), pri čemer mora ta leasingodajalcu izročiti morebitno listino in druga dokazila o zastavljeni terjatvi (prim. 179. člen SPZ). Bistveno je, da lahko zavarovalnica po prejemu obvestila o vinkulaciji (zastavitvi) veljavno izpolni samo leasingodajalcu (prim. 180. člen SPZ), ki je dolžan zastavljeno terjatev, ko ta zapade v plačilo, izterjati (prim. prvi odstavek 184. člena SPZ). Zavarovalnica lahko proti leasingodajalcu uveljavlja enake ugovore, kot jih pri odstopu terjatve dolžnik odstopljene terjatve lahko uveljavlja proti prevzemniku (prim. 186. člen SPZ).⁶²

Na podlagi pregleda odločb Vrhovnega sodišča RS je mogoče skleniti, da tako (in predvsem) strankam kot tudi sodiščem (nižjih stopenj) veliko težav povzroča kvalifikacija razmerja med zavarovalnico, ki zavarovalnino izplača leasingodajalcu kot zavarovancu, in leasingojemalcem kot povzročiteljem škode (pri uporabi zavarovanega vozila).⁶³ Bistvena za pravilno opredelitev tega razmerja v konkretnem primeru je presoja, ali je leasingojemalcu kot upravljavcu zavarovanega vozila po splošnih pogojih mogoče priznati status tako imenovane sozavarovane osebe.

Če ima leasingojemalec status sozavarovane osebe, so za sporno razmerje pomembne zlasti določbe splošnih pogojev, ki za tak primer (praviloma) določajo regresni zahtevek v korist zavarovalnice. Če pa leasingojemalcu tega statusa ni mogoče priznati, je treba sporno razmerje presojati po določilih o subrogaciji⁶⁴ (963. člen OZ).⁶⁵ Opisana diferenciacija je pomembna zaradi opredelitve, kakšna je ustrezna trditvena in dokazna podlaga vsake od pravnih strank. V prvem primeru gre za v splošnih pogojih določeno odškodninsko obveznost zaradi kršitve zavarovalne pogodbe, pri čemer so običajno določena tudi (protipravna) ravnanja voznika, ki pomenijo podlago za to obveznost, dokazna pravila (domneva alkoholiziranosti) in ekskulpacijski razlogi. V teh pravnih je središčno vprašanje, ali je voznik (leasingojemalec) kot sozavarovana oseba kršil zavarovalno pogodbo. Pozitiven odgovor nanj pomeni, da je zavarov-

⁶² V skladu z drugim odstavkom 421. člena OZ lahko dolžnik proti prevzemniku poleg ugovorov, ki jih ima proti njemu, uveljavlja tudi tiste ugovore, ki bi jih lahko uveljavljal proti odstopniku do takrat, ko je izvedel za odstop.

⁶³ Splošni pogoji redno določajo, da zavarovalnica krije škodo zavarovancu, ki se ukvarja z izposojanjem vozil ali dajanjem v zakup, tudi če je zavarovalni primer povzročil voznik brez vozniskega dovoljenja, pod vplivom alkohola, mamil idr.

⁶⁴ Prim. odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 192/2005 z dne 21. decembra 2006, II Ips 785/2006 z dne 19. marca 2009, II Ips 4/2007 z dne 11. junija 2009, II Ips 79/2008 z dne 27. maja 2010, II Ips 1117/2008 z dne 17. junija 2010, II Ips 54/2009 z dne 8. septembra 2011 idr.

⁶⁵ Po prvem odstavku tega člena z izplačilom odškodnine iz zavarovanja preidejo do višine izplačane zavarovalnine po samem zakonu na zavarovalnico vse zavarovančeve pravice nasproti tistemu, ki je kakorkoli odgovoren za škodo.

valne pravice izgubil le on, zato je zavarovalnici dolžan povrniti zavarovancu (leasingodajalcu) izplačano zavarovalnino.⁶⁶

V drugem primeru odškodninski zahtevek oškodovanca – zavarovanca proti odgovorni osebi (do višine izplačane zavarovalnine) *ex lege* preide na zavarovalnico, zato morajo biti za utemeljenost njenega tožbenega zahtevka podani vsi štirje elementi tako imenovanega splošnega civilnega (odškodninskega) delikta.⁶⁷ Leasingojemalca zavarovalna pogodba in splošni pogoji kot njen sestavni del ne zavezujejo; pomemben je zgolj odgovor na vprašanje, ali je kakorkoli odgovoren za škodo po splošnih načelih odškodninskega prava. Trditveno in dokazno breme zavarovalnice, da je leasingojemalec prometno nesrečo povzročil, ker je kršil katero od določb Zakona o pravilih cestnega prometa (ZPrCP),⁶⁸ ni (posebno) težko. Ugotavljanje (ne)alkoholiziranosti leasingojemalca v času prometne nesreče (kar je zelo pogosto vsaj eno, če ne edino sporno vprašanje v teh pravdah) je lahko pomembno le, če mu kot nedopustnega ravnanja ni mogoče očitati česa drugega, pri čemer domneve alkoholiziranosti, ki jo (praviloma) določajo splošni pogoji, ni. Pomembna je (lahko) tudi določba četrtega odstavka 963. člena OZ, ki izključuje subrogacijo proti osebam, za katere lahko domnevamo, da tudi zavarovanec od njih ne bi zahteval odškodnine (sorodniki, delavci), razen če so te škodo povzročile namenoma ali so zavarovane pred odgovornostjo (peti odstavek 963. člena OZ).

6. Poroštvena odgovornost za obveznosti leasingojemalca

V praksi Vrhovnega sodišča RS so relativno pogoste zadeve, v katerih leasingodajalci svoje zahtevke iz naslova razveze leasinske pogodbe uveljavljajo (tudi) zoper osebe, ki so se za obveznosti leasingojemalca zavezale kot (solidarni) poroki. Njihovi ugovori so pretežno sestavljeni iz zavračanja plačila odškodnine, ker naj se s poroštveno pogodbo za to obveznost ne bi zavezali. Vrhovno sodišče RS je tovrstne ugovore že večkrat zavrnilo. Pri tem se praviloma sklicuje na četrti odstavek 1017. člena OZ (prej četrti odstavek 1002. člena ZOR), v skladu s katerim porok odgovarja tudi za vsako povečanje obveznosti, nastalo z dolžnikovo zamudo ali po dolžnikovi krivdi, če ni dogovorjeno kaj drugega. Obveznost iz leasinske pogodbe ni samo obveznost izpolniti pogodbo, temveč tudi obveznost(i), ki nastane(jo) zaradi njene neizpolnitve; taka je tudi plačilo odškodnine v višini pozitivnega pogodbenega interesa.⁶⁹

⁶⁶ Prim. zlasti odločbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 4/2007 z dne 11. junija 2009 in II Ips 79/2008 z dne 27. maja 2010.

⁶⁷ Nedopustno ravnanje (škodljivo dejstvo), (nedopustna, pravno priznana) škoda, vzročna zveza med njima ter odgovornost (subjektivna – krivdna ali objektivna), in sicer hkrati – kumulativno.

⁶⁸ Uradni list RS, št. 109/10 in nasl.

⁶⁹ Prim. odločbe II Ips 135/2008 z dne 31. marca 2011, II Ips 712/2009 z dne 5. julija 2012, II Ips 67/2011 z dne 3. aprila 2014, II Ips 34/2012 z dne 13. novembra 2014 in II Ips 305/2013 z dne 9. julija 2015 idr.

V zadevi II Ips 305/2013⁷⁰ se je Vrhovno sodišče RS opredelilo do ugovora nezadostne opredeljenosti obveznosti, na katero se poroštvo nanaša. Ponovilo je, da pogoj pisnosti poroštvene izjave (1013. člen OZ) ne pomeni samo, da mora biti izjava poroka pisna, ampak tudi, da mora biti obveznost, na katero se poroštvo nanaša, opredeljena.⁷¹ Če obveznost ni vsebinsko identificirana, poroštvena izjava ne učinkuje. Obveznost je opredeljena, če razkriva vse elemente, ki so pomembni za presojo porokovega pravnega položaja, zlasti teže in pomena posledic njegove zaveze (pri čemer je za vsebino standarda opredeljenosti obveznosti pomembno tudi, ali je porok gospodarski subjekt ali posameznik). Presodilo je, da je bila obveznost v vsaki od obravnavanih poroštvenih izjav opredeljena na način, ki je poroku omogočil presojo njegovega položaja. Poroštvene izjave so namreč vsebovale zadostne podatke, da je obveznosti, za katere je porok prevzel jamstvo, vsebinsko mogoče identificirati; lahko je ugotovil tako višino poroštvene obveznosti kot tudi njeno zapadlost, obresti idr. V zvezi s tem vprašanjem je pomembna tudi odločba v zadevi II Ips 135/2008,⁷² v kateri se je Vrhovno sodišče RS opredelilo do vprašanja (i) relevantnosti izročitve splošnih pogojev leasinga poroku. Poudarilo je, da so v konkretni zadevi splošni pogoji nedvomno pomembni za položaj poroka, saj določajo višino odškodnine v primeru odstopa od pogodbe (kar je /tudi/ predmet tožbenega zahtevka). Izročitev splošnih pogojev poroku je zato pomembna za obstoj njegove obveznosti, pri čemer pa ni relevantno, ali se je toženec z njimi seznanil v vlogi poroka ali zakonitega zastopnika glavnega dolžnika (prim. tretji odstavek 142. člena ZOR, sedaj tretji odstavek 120. člena OZ).

7. Sklep

Za pogodbo o finančnem leasingu se uporabljajo tudi splošna pravila pogodbenega prava, čeprav je konkretna vsebina pravic in obveznosti pogodbenikov odvisna predvsem od vsakokratnega zapisa pogodbenih določil, zlasti splošnih pogojev, ki natančno urejajo številna specifična vprašanja. Za pogodbo o leasingu je sicer značilna prepustitev rabe določene stvari proti plačilu, vendar nedobava predmeta leasinga ni razlog za razbremenitev leasingojemalčeve obveznosti plačevanja obrokov, če sta pogodbeni stranki leasingodajalčevo odgovornost za to izključili in je leasingodajalec hkrati odstopil vse svoje zahtevke v razmerju do dobavitelja leasingojemalcu. Pogodba o leasingu, ki prevzame (tudi) značilnosti prodajne pogodbe (na obroke), se glede posledic razveze ne razlikuje od pogodbe o leasingu, ki ji teh lastnosti ne moremo pripisati. Odškodnini v višini vsote vseh še nezapadlih obrokov leasinga, ki je v

⁷⁰ Sodba z dne 9. julija 2015.

⁷¹ Tako Vrhovno sodišče RS tudi v odločbah II Ips 232/2005 z dne 18. januarja 2007, II Ips 969/2007 z dne 16. decembra 2010, II Ips 879/2009 z dne 14. julija 2011 idr.

⁷² Sodba z dne 31. marca 2011.

leasinških pogodbah običajna, lahko pripišemo značaj dopustnega dogovora o načinu izračuna (leasingodajalčevega) pozitivnega pogodbenega interesa. Njegova (ne)dopustnost oziroma njegova (ne)skladnost z določbami OZ in ZVPot je vprašanje, ki ga je treba rešiti za vsak posamezen primer posebej. Za presojo, kdo je aktivno legitimiran za uveljavljanje plačila zavarovalnine na podlagi pogodbe o premoženjskem zavarovanju predmeta leasinga, je ključna (zgolj) razlaga te pogodbe, ne pa (tudi) pogodbe o leasingu. Kvalifikacija razmerja med zavarovalnico, ki zavarovalnino izplača leasingodajalcu kot zavarovancu, in leasingojemalcem kot povzročiteljem škode (pri uporabi zavarovanega vozila), je odvisna od presoje, ali je leasingojemalcu po splošnih pogojih mogoče priznati status tako imenovane sozavarovane osebe. Če tak status ima, so za sporno razmerje pomembne zlasti določbe splošnih pogojev, ki za tako situacijo (praviloma) določajo regresni zahtevek v korist zavarovalnice; v nasprotnem primeru je treba sporno razmerje presojati po določilih o subrogaciji. Leasingojemalčev solidarni porok je leasingodajalcu dolžan povrniti tudi škodo, ki je temu nastala zaradi leasingojemalčeve kršitve pogodbe o leasingu.

Literatura

- Berden, Andrej. Pogodba o leasingu. Ljubljana: Center za samoupravno normativno dejavnost, 1978.
- Cigoj, Stojan. Komentar obligacijskih razmerij: veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, II. knjiga. Ljubljana: ČZ Uradni list SRS, 1984.
- Dolenc, Mile. Načelo vestnosti in poštenja v civilnem pravu. Podjetje in delo, 2012, letn. XXXVIII, št. 6-7, str. 1066-1075.
- Gerbec, Franci, Košir, Borut. Pogodbe o leasingu (Vzorčne pogodbe in komentar). Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1999.
- Grilc, Peter. Moderni tipi pogodb avtonomnega gospodarskega prava. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1996.
- Jadek Pensa, Dunja. Nekatere sporne pogodbene klavzule pri indirektnem finančnem leasingu. Pravosodni bilten, 2003, letn. 24, št. 3, str. 205-223.
- Juhart, Miha. V: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del), 1. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- Juhart, Miha. Pojem in pravna narava opcij. Podjetje in delo, 2004, letn. XXX, št. 6-7, str. 1103-1109.
- Kranjc, Vesna. V: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del), 1. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- Možina, Damjan. Kaj je narobe z Zakonom o varstvu potrošnikov. Podjetje in delo, 2012, letn. XXXVIII, št. 6-7, str. 1437-1449.

- Plavšak, Nina. V: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del)*, 2. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- Strohsack, Boris. *Obligacijska razmerja III* (druga, spremenjena in dopolnjena izdaja). Ljubljana: ČZ Uradni list RS, 1996.
- Viršek, Milan. *Vinkulacija zavarovalne police*. Portorož 4. 6. 2004. Dostopno na www.zav-zdruzenje.si/wp-content/uploads/2013/01/Vinkulacija-zavarovalne-police.pdf (8. 4. 2016).



Odškodnina za nepremoženjsko škodo

III.

ANA BOŽIČ PENKO

*Razmislek in sodna praksa Vrhovnega sodišča
o nekaterih aktualnih vprašanjih odškodninskega
prava v zvezi z nepremoženjsko škodo*

NINA ZUPAN

*Odškodnina za izgubljeni dopust v domači
sodni praksi: kaj se lahko naučimo?*

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.426.4:340.142(497.4)

Razmislek in sodna praksa Vrhovnega sodišča o nekaterih aktualnih vprašanjih odškodninskega prava v zvezi z nepremoženjsko škodo

DR. ANA BOŽIČ PENKO,
vrhovna sodnica na
Vrhovnem sodišču RS

Splošno sprejeto je prepričanje, da je Zakon o obligacijskih razmerjih (v nadaljevanju ZOR), ki je po osamosvojitvi Republike Slovenije ostal poglavitni pravni vir obligacijskega prava v državi, dokaj ustrezno urejal odnose med ljudmi, da je upošteval primerjalnopravna spoznanja in evropsko pravno tradicijo in da so bile njegove osnovne rešitve v skladu s slovensko pravno miselnostjo. Zato je bila njegova temeljna koncepcija prenesena v Obligacijski zakonik (v nadaljevanju OZ).¹

V pretežnem delu velja to tudi za pravno področje nepogodbenih nepremoženjskih škod. Interpretativno določbo o tem, kaj se šteje za nepremoženjsko škodo, vsebuje 132. člen: enako kot po ZOR povzročitev telesnih in duševnih bolečin in strahu drugemu ter dodatno, na novo, še okrnitev ugleda pravne osebe. Duševne bolečine nato OZ razčleni (1) glede na izvor na tiste, ki jih oškodovanec trpi zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti, razžalitve dobrega imena in časti, okrnitve svobode ali osebnostne pravice (prvi odstavek 179. člena), smrti bližnjega (prvi odstavek 179. člena in prvi odstavek 180. člena), posebno hude invalidnosti bližnjega (drugi odstavek 180. člena) in kršitve dostojanstva (181. člen), ter (2) glede na osebo, zoper katero je bilo storjeno škodno dejanje, na duševne bolečine zunanjega izvora, ki jih oškodovanec trpi zaradi smrti ali posebno težke invalidnosti bližnjega, in na druge (prej naštet) duševne bolečine lastnega izvora, ki jih oškodovanec trpi zaradi posega v lastno telesno in (ali) duševno integriteto.² Za doslej navedene nepremoženjske škode fizične osebe, tako za že nastale (179. do 181. člen) kot za bodoče (182. člen), je oškodovanec upravičen do denarne odškodnine. Nedenarna satisfakcija je določena za primer kršitve osebnostne pravice, in sicer

¹ Marko Ilešič, Uvod k Obligacijskemu zakoniku, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2001, str. 19 in 20.

² Ana Božič Penko, Strah kot nepremoženjska škoda, Scientia iustitia, Cankarjeva založba, Ljubljana 2003, str. 89 in nasl.

kot zaveza oškodovalcu preklicati izjavo, s katero je bila povzročena kršitev, objava sodbe ali popravka ali drugo dejanje, s katerim je mogoče doseči namen, ki se doseže z odškodnino (178. člen).

Za nepogodbene nepremoženjske škode, ki se popravljajo z denarno odškodnino, je za fizične osebe po OZ ohranjena (že pred uveljavitvijo ZOR in tudi po njej v delu teorije grajana³) subjektivna koncepcija, objektivna koncepcija pa je sprejeta za nepremoženjsko škodo pravnih oseb.

V sodni praksi že od obdobja veljavnosti ZOR v zvezi z nepogodbeno nepremoženjsko škodo fizičnih oseb prevladujejo stališča, da je njihov krog zaprt (da zakon ureja *numerus clausus* nepremoženjskih škod), da so pravno priznana škoda samo z zakonom določene posledice posega v oškodovančevo telesno in (ali) duševno integriteto (telesne in duševne bolečine in strah), da v krog upravičencev do denarne odškodnine poleg neposrednih oškodovancev spadajo samo v zakonu izrecno navedeni posredni oškodovanci, da je funkcija odškodnine v oškodovančevi satisfakciji.

V hierarhiji vrednot so nepremoženjske nad premoženjskimi; med ustavnimi določbami prevladujejo tiste, ki varujejo prve. Njihovo odškodninsko varstvo pred slovenskimi sodišči je široko, ni pa, kot to velja za premoženjske pravice, neomejeno.⁴ S časom in spremenjenimi družbenimi razmerami se nepremoženjske vrednote spreminjajo. Spreminjajo se tudi načini njihove kršitve. Varstvo, če naj bo učinkovito, mora slediti obojemu. Ali obligacijski predpisi, ki z izjemo manjših novosti, ki jih je prinesel OZ, veljajo že skoraj štiri desetletja, tako varstvo še lahko dajejo?

Teorija meni, da temeljne rešitve odškodninskega prava ne potrebujejo prenove, a dodaja pomislek, da se sodišča (pre)togo odzivajo na spremenjene družbene razmere.⁵ Ugotavlja tudi, da se pojem nepremoženjske škode v novejši sodni praksi vendarle razvija.⁶ Zato je utemeljen razmislek o primernosti vztrajanja pri navedenih stališčih, ki v sodni praksi prevladujejo, in

³ Stojan Cigoj, Avtomobilist, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1982, str. 235; Stojan Cigoj, Temelji in meje nepremoženjske škode, Simpozij o pravni problematiki nepremoženjske škode, Portorož, 6.–8. 10. 1977, str. 22; Aldo Radolović, Neimovinska (nematerijalna) škoda po Zakonu o obveznih odnosih, v: Zbornik Pravnog fakulteta Rijeka, 1981, str. 152. Povzeto po Božić Penko, str. 19.

⁴ Damjan Možina, Nepremoženjska škoda zaradi izgube počitnic: Leitner pri nas doma, Podjetje in delo, št. 1/2014, str. 41–56 (»Nepremoženjske pravne dobrine so v slovenskem pravu na splošno priznana dobrina. Iz njihovega položaja v ustavni hierarhiji pravnih dobrin, ki je načeloma višji od položaja premoženja, bi lahko sklepali, da je takšno tudi njihovo odškodninsko varstvo, ki ga zagotavlja obligacijsko pravo. Vendar pa, če sledimo zakonu, ni čisto tako: medtem ko načeloma vsak poseg v premoženje pomeni priznano premoženjsko škodo, so pravno priznane le tiste oblike nepremoženjske škode, ki jih opredeljuje zakon.«).

⁵ Špelca Mežnar, Novejši trendi v odškodninskem pravu, Podjetje in delo, št. 6–7/2008, str. 1284–1293.

⁶ Možina, prav tam.

če bi pretehtala presoja, da niso več ustrezna, ali jih je mogoče spremeniti brez normativnih sprememb.

1. *Numerus clausus* oblik nepremoženjskih škod in upravičencev do odškodnine?

Prvi razmislek se nanaša na vprašanje oblik nepremoženjskih škod, ki se fizičnim osebam popravljajo z denarno odškodnino: predvsem, ali je krog škod, navedenih v 179. členu OZ, zaprt. Da je tak, je Vrhovno sodišče že velikokrat izrecno poudarilo, tudi v nekaj novejših odločbah, na primer v zvezi z zavrnitvijo zahtevka za plačilo odškodnine zaradi kršitve volilne pravice⁷ in v zvezi z zavrnitvijo zahtevkov za odškodnino zaradi kršitve pravice do sojenja v razumnem roku, uveljavljanih po določbah OZ.⁸ Pojasnilo je, da je zakonodajalec načrtno vpeljal *numerus clausus* oblik nepremoženjske škode, za katere je mogoče zahtevati denarno odškodnino, kar pomeni, da ne gre za pravno praznino, temveč je glede drugih bolj ali manj podobnih nepremoženjskih škod izključil možnost uveljavljanja denarne odškodnine z analogno uporabo pravil o denarni odškodnini za pravno priznane oblike nepremoženjske škode. V novejši literaturi nekateri avtorji taki razlagi zakona pritrjujejo,⁹ na drugi strani pa je izraženo prav nasprotno prepričanje: da je krog oblik priznane nepremoženjske škode zaprt, naj ne bi bila izrecna zahteva zakona, ampak stališče sodne prakse.¹⁰

Menim, da so pravno priznane nepremoženjske škode fizične osebe, ki se popravljajo z denarno odškodnino, v 179. členu OZ naštetje taksativno. Pri tem izhajam predvsem iz jezi-

⁷ Sodba II Ips 99/2013 z dne 15. 11. 2015.

⁸ Na primer odločbe II Ips 470/2009 z dne 7. 7. 2009, II Ips 305/2009 z dne 24. 6. 2009 in II Ips 591/2008 z dne 24. 6. 2009. Pojasnilo je, da pravica do sojenja brez nepotrebnega odlašanja, prav tako pa tudi pravica do učinkovitega pravnega sredstva, nista osebnostni pravici, zato tožnik svojega zahtevka ne more utemeljiti neposredno na 179. členu OZ, ki priznava denarno odškodnino za duševne bolečine zaradi okrnitve osebnostne pravice. Niso namreč vse temeljne človekove pravice tudi osebnostne pravice. Nekaterne temeljne pravice lahko kršijo tako država kakor drugi subjekti, nekatere – med njimi tudi pravica do sodnega varstva – pa so lahko usmerjene le proti državi. Temeljne in osebnostne pravice se vsebinsko prekrivajo, kadar gre za zaščito istih temeljnih dobrin. Vendar pa pravice, katerih kršitev uveljavlja tožnik, niso namenjene varovanju objekta, ki ga varujejo osebnostne pravice, to je varovanju človekove osebnosti in osebnih dobrin.

⁹ Na primer Ilešič, prav tam, str. 31 in 32, pojasnjuje, da odškodninsko pravo kljub nekaterim sugestijam, da bi bilo treba razširiti možnost priznavanja denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo, ni bilo spremenjeno. Dunja Jadek Pensa, v: Nina Plavšak in soavtorji, Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del), 1. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 1023 in nasl., kot oblike pravno priznanih nepremoženjskih škod obravnava tiste, ki so v OZ taksativno naštetje. Glej še Matic Kumer, Starši mrtvorojenih otrok imajo pravico vedeti, kje so posmrtni ostanki, Pravna praksa, št. 31-32/2014, str. 32-33, ter Franci Očepek, Obseg škode v pogodbenem odnosu s poudarkom na vprašanju (ne)priznanja nepremoženjske škode, Pravna praksa, št. 28/2013, str. 22.

¹⁰ Možina, prav tam.

kovne razlage, ki je z drugimi metodami razlage ni mogoče preseči. Hkrati pa menim, da bi bilo mogoče ažurnost odzivnosti odškodninskega prava, tudi sodne prakse, na družbene spremembe, spremembe vrednot in nove oblike škode v pomembni meri zagotoviti brez zakonske spremembe, s široko, odprto razlago zakonsko določenih oblik nepremoženjske škode (telesne bolečine, duševne bolečine in strah) in zakonsko omejenih izvorov duševnih bolečin (zmanjšanje življenjske aktivnosti, skaženost, kršitev osebnostne pravice ...); oboje namreč zakon določa izrazito abstraktno¹¹ oziroma kot pravne standarde.¹² Tako bi v obstoječi (zaprti) sistem pravno priznanih oblik nepremoženjske škode lahko umestili nove pojavne oblike posledic posegov v telesno in duševno integriteto oškodovancev. Namen zakona je, da oškodovanec prejme odškodnino za telesno in duševno trpljenje.

Ob taki, široki razlagi sodna praksa že dolgo kot telesne bolečine šteje na primer nevšečnosti med zdravljenjem, zdravniške preglede, jemanje zdravil in podobno, Vrhovno sodišče je kot duševne bolečine v pravih zaradi odškodnine zaradi čezmernih imisij štel motnjo duševnega ravnovesja, psihično neugodje, napetost,¹³ čeprav gre v obeh primerih za občutja oziroma stanja, ki sicer po splošnem razumevanju ne dosegajo standarda telesnega oziroma duševnega trpljenja (bolečin).

Izvor telesnih bolečin je v večini odškodninskih pravnih telesna poškodba, čeprav so znani tudi primeri, ko je telesno trpljenje povzročila duševna travma. Vendar zakon pravice do odškodnine za telesne bolečine ne pogojuje z izvorom, temveč zgolj z dejstvom njihovega nastanka. Drugače je pri duševnih bolečinah. Pri teh zakon pravico do odškodnine pogojuje z enim od taksativno naštetih izvorov: zmanjšanjem življenjske aktivnosti, skaženostjo, razžalitvijo dobrega imena in časti, okrnitvijo svobode, kršitvijo osebnostne pravice in smrtjo bližnjega. Tudi ti viri duševnih bolečin so določeni abstraktno oziroma kot pravni standardi. Nekatere je sodna praksa že razlagala zelo široko; za zmanjšanje življenjske aktivnosti je na primer štela izgubo šolskega leta.

Na področju izvorov duševnih bolečin je precej razlagalnega prostora pri kršitvi osebnostnih pravic; tako je mogoče opredeliti številne posege v osebnost, tudi take, ki pomenijo nove oblike škod. Osebnostnih pravic kot izvora duševnih bolečin iz 179. člena OZ ne definira (in tudi ZOR jih ni). V tem je lahko njegova prednost. Ustava v 35. členu zagotavlja nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti in osebnostnih pravic. Te drugače

¹¹ Možina, prav tam.

¹² Božič Penko, prav tam, str. 69.

¹³ Na primer odločbe II Ips 409/2009 z dne 18. 10. 2010, II Ips 576/2008 z dne 9. 7. 2008; iz obrazložitve slednje: »Odločitev o škodi je sodišče utemeljilo z ugotovitvijo, da tožniki zaradi neprestanega hrupa, vibracij in onesnaženega ozračja, ki je posledica bistveno povečanega prometa po ulici, ob kateri živijo, trpijo zaradi nespečnosti, utrujenosti in motenj duševnega ravnovesja. Ugotovljeno škodo je pravilno opredelilo kot duševne bolečine zaradi kršitve osebnostne pravice do zdravega življenjskega okolja.«

od človekovih pravic, ki varujejo človeka pred posegi države v pravno varovane sfere, varujejo vsakega posameznika tudi v razmerju do drugih posameznikov.¹⁴ Obseg in oblike njihovega civilnopravnega varstva ureja OZ. Ker ne ta ne Ustava ne določa seznama osebnostnih pravic,¹⁵ je sodni praksi prepuščena odločitev, ali je glede na razvoj kulture, sistema vrednot in pravne zavesti družbe nastopila potreba po pravni zaščiti določene osebne nepremoženjske dobrine.¹⁶ V novejši sodni praksi je Vrhovno sodišče tako pritrdilo stališčem, da so bile kršene osebnostne pravice tožnikov v primeru imisij, ker je bila kršena pravica do zdravega življenjskega okolja,¹⁷ v primeru nestrokovnega postopanja sodnika pri izdaji začasne odredbe o varstvu in vzgoji otroka med razveznim postopkom njegovih staršev, zaradi česar je bil otrok po nepotrebnem preseljen v novo okolje k očetu, kar je doživljal travmatično in ga je zaznamovalo, s čimer je bila kršena njegova pravica do spoštovanja družinskega življenja,¹⁸ v primeru, ko je tožnica kljub jemanju kontracepcijskih tablet zanosila, ker so druga zdravila zmanjšala njihovo učinkovitost, metode zdravljenja pa so indicirale splav, ker je bila kršena njena pravica do svobodnega odločanja o rojstvu otroka¹⁹ (v nasprotnem primeru, ko se je tožnica odločila za splav, ta pa ni »uspel« in je rodila zdravega otroka, pa je presodilo, da rojstvo zdravega otroka ne pomeni škode²⁰), v primeru zahtevka za plačilo odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi izgubljenega užitka počitnic oziroma dopusta, ker so bile osebnostne pravice kršene zaradi kršene pravice do osebne integritete.²¹

¹⁴ Ludvik Toplak, v: France Arhar in soavtorji, Komentar Ustave Republike Slovenije (ur. Lovro Šturm), Fakulteta za podiplomske in evropske študije, 2002, str. 369.

¹⁵ O »neopredeljenosti« osebnostnih pravic glej na primer odločbo Vrhovnega sodišča II Ips 919/2007 z dne 17. 9. 2009.

¹⁶ Petar Klarić, v: Ivica Crnić in soavtorji, Odgovornost za neimovinsku škodo zbog povrede prava osobnosti u vezi s radom, Narodne novine, Zagreb 2007, str. 16.

¹⁷ Primerjaj odločbe II Ips 919/2007 z dne 17. 9. 2009, II Ips 409/2009 z dne 18. 10. 2010, II Ips 576/2008 z dne 9. 7. 2008 in številne druge.

¹⁸ Sodba II Ips 195/2012 z dne 19. 6. 2014.

¹⁹ Glej sodbo II Ips 736/2005 z dne 24. 5. 2007.

²⁰ Sodba II Ips 834/2009 z dne 19. 5. 2011.

²¹ Glej sklep II Ips 160/2013 z dne 23. 4. 2015. V tem primeru je šlo za vprašanje odškodnine za pogodbeno škodo (kršitev pogodbe o turističnem potovanju), ki se priznava po 5. členu Direktive Sveta 90/314/EGS z dne 13. 6. 1990 o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih, ki je Slovenija še ni implementirala, kot nalaga sodba SEU C-168/00 z dne 12. marca 2002, izdana v zadevi Simone Leitner proti Deutschland GmbH Co. Kg, zato je bilo treba presoditi, ali je mogoče zaradi zavezujočega učinka sodbe nepremoženjsko škodo zaradi izgubljenega užitka počitnic uvrstiti v katero od Z OZ priznanih oblik nepremoženjske škode. V hrvaški teoriji se Petar Klarić v prispevku Odgovornost za neimovinsku škodo zbog povrede ugovora o organiziranju putovanja (Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, Posebni broj, Zagreb 2006, str. 381–397), zavzema za priznavanje odškodnine za nepremoženjsko škodo že v okviru določb Zakona o obveznim odnosima, predvsem iz naslova posega v duševno integriteto pa tudi v čast in dobro ime potnika. V navedenem zakonu je sicer izrecno uzakonjena pravica do odškodnine za nepremoženjsko škodo, nastalo zaradi kršitve pogodbe, nepremoženjsko škodo pa pomeni že sama kršitev katere od osebnostnih pravic (sprejet je bil objektivni koncept nepremoženjske škode), ki niso naštetje taksativno.

Praviloma je oškodovanec v smislu OZ samo tisti, ki je utrpel neposredno škodo. Drugače je glede nepremoženjske škode izrecno določeno v 180. členu OZ: zaradi smrti ali posebno hude invalidnosti neposrednega oškodovanca pripada za duševne bolečine, ki jih trpijo zaradi tega, odškodnina (tudi²²) njegovim bližnjim – posrednim oškodovancem.²³ V istem členu je določen krog upravičencev do odškodnine: ožji družinski člani, to so zakonec, otroci in starši, pod pogojem trajnejše življenjske skupnosti pa še bratje in sestre ter zunajzakonski partner.²⁴ Toda ali je krog ožjih družinskih članov, ki so navedeni v prvem in drugem odstavku, zaprt in omejen na naštete posredne oškodovance? V teoriji so bila stališča o tem v času veljavnosti ZOR deljena. Sodna praksa od tedaj in tudi po uveljavitvi OZ šteje, da so upravičenci navedeni taksativno, njihov domnevno zaprti krog pa je vendarle delno razprla tako, da je kot v zakonu navedene ožje družinske člane štela tudi druge osebe, ki so bile z umrlim ali so s posebno hudo invalidno osebo v razmerju, ki ga je mogoče po vsebini poistoteti z razmerjem z zakoncem, staršem ali otrokom. Tako je Vrhovno sodišče v primeru, ko je umrli vnuk pred smrtjo živel v skupnem gospodinjstvu s starimi starši, stara mati pa mu je nadomeščala zaposleno mater, sprejelo pravno mnenje, da lahko poleg zakonca, otrok in staršev med ožje družinske člane spadajo tudi stari starši, če konkretne okoliščine to upravičujejo.²⁵ Hrvaška sodna praksa je v času veljavnosti ZOR odškodnino priznala vnuku za smrt babice, ki mu je v vsakem pogledu nadomeščala druge živeče starše, otrokom za smrt očima, ki jim je v vsem zamenjal očeta, mačehi za smrt pastorka, ker je bilo razmerje med njima primerljivo z razmerjem med materjo in otrokom.²⁶

Objekt varstva so torej najintenzivnejše, globoke čustvene vezi med neposrednim in posrednim oškodovancem. Zakon izhaja iz splošno sprejete izkušnje, da se take vezi stkejo med člani najožje družine, ki jih po mojem razumevanju v prvem odstavku 180. člena OZ v oklepaju našteva pojasnjevalno in ne taksativno, izključujoč druge (nenaštete) osebe, katerih razmerje z neposrednim oškodovancem je po siceršnji vsebini in intenziteti čustvovanja primerljivo, pa hkrati v pravkar navedenem pomenu tudi omejevalno. Standard ožje družine je treba razlagati elastično, a restriktivno, ker gre za posredne oškodovance, ki so do odškodnine upravičeni samo izjemoma. Na to napotuje tudi zakonska določba drugega odstavka 180. člena OZ,

²² V primeru posebno hude invalidnosti sta do odškodnine upravičena tako neposredni kot posredni oškodovanec.

²³ Določba prek siceršnjih meja širi pravno relevantno vzročnost in s tem obseg škode, za katero odgovarja oškodovalec: čeprav posredni oškodovanci trpijo zaradi stanja neposrednega oškodovanca, svojega bližnjega, je pravno relevanten vzrok njihovega trpljenja ravnanje povzročitelja tega stanja.

²⁴ OZ je v celoti obdržal krog upravičencev iz ZOR, v primeru posebno hude invalidnosti neposrednega oškodovanca pa ga razširil tudi na brate in sestre, če je med njimi in neposrednim oškodovancem obstajala trajnejša življenjska skupnost.

²⁵ Pravno mnenje občne seje Vrhovnega sodišča RS z dne 21. in 22. 12. 1992, Poročilo VSS 2/92.

²⁶ Glej odločbe Okrožnega sodišča Zagreb Gž-3564/84 z dne 8. 5. 1984 ter Vrhovnega sodišča Hrvaške Rev 727/2005 z dne 4. 1. 2006 in Rev-259/87 z dne 20. 5. 1985.

da so bratje in sestre neposrednega oškodovanca upravičeni do odškodnine le pod pogojem trajnejše življenjske skupnosti z njim; ne glede na bližnjo stopnjo sorodstva se zanje torej ne domneva najtesnejša čustvena povezanost z neposrednim oškodovancem, če z njim niso živeli. Merila, kdaj se šteje, da je šlo za skupno življenje, je sodna praksa že izoblikovala.²⁷

Da je ena takih oseb zunajzakonski partner, pove določba četrtega odstavka 180. člena OZ. Primeri pravno priznane zunajzakonske skupnosti niso problematični. Treba pa se bo šele izreči, ali je do odškodnine zaradi posebno hude invalidnosti ali smrti bližnjega upravičen njegov zunajzakonski partner, če so obstajali zadržki, zaradi katerih bi bila zakonska zveza med njima neveljavna oziroma če niso bile izpolnjene predpostavke iz 12. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (v nadaljevanju ZZZDR), na primer zaradi mladostnosti, zato, ker je bil kateri od njiju ali oba formalno še vedno v zakonski zvezi, čeprav je življenjska skupnost z zakoncem prenehala. Zavzemam se za pritrdilen odgovor v primeru dalj časa trajajoče življenjske skupnosti, temelječe na medsebojni čustveni navezanosti, zaradi katere je škoda posrednega oškodovanca resnična. V primeru smrti ali posebno hude invalidnosti bližnjega je objekt varstva čustvena navezanost in ta objekt je prizadet tudi v pravno hibnih zvezah (skupnostih). ZZZDR izenačuje pravne posledice zunajzakonske skupnosti in zakonske zveze le glede razmerij, ki jih ureja sam. Določitev predpostavk za veljavnost in pravne posledice zunajzakonske skupnosti na drugih pravnih področjih (zunaj družinskega prava) je prepuščena drugim, področnim zakonom.²⁸ Eden teh je tudi OZ, ki v 180. členu upravičenja do odškodnine ne pogojuje z obstojem zunajzakonske skupnosti, ki je pravno priznana z ZZZDR.

Pred sodno prakso je tudi opredelitev do vprašanj, ali (in če, pod kakšnimi pogoji) so upravičeni do odškodnine partnerji v istospolnih zvezah (pri čemer je treba ločiti registrirane, ki so v bistvenem podobne zakonski zvezi,²⁹ od neregistriranih, zunajzakonskih, ki pravno še niso

²⁷ Glej na primer odločbe II Ips 79/1979, II Ips 406/2007, II Ips 620/2006, II Ips 478/2003.

²⁸ Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča U-I-111/95 z dne 5. 3. 1998.

²⁹ Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča U-I-425/2006 z dne 2. 7. 2009, s katero je bila ugotovljena neustavnost določbe 22. člena Zakona o registraciji istospolnih partnerskih skupnosti (v nadaljevanju ZRIPS) glede dedovanja, omejenega le na delež zapustnika na skupnem premoženju. Iz obrazložitve: »Registrirana partnerska skupnost je razmerje, ki je po vsebini podobno zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti. Tudi za to skupnost je bistvena značilnost stabilna povezanost dveh oseb, ki sta si blizu, si medsebojno pomagata in se podpirata. Etično in čustveno bistvo registrirane partnerske skupnosti, ki ga izraža 8. člen ZRIPS, po katerem se morata partnerici ali partnerja medsebojno spoštovati, si zaupati in si medsebojno pomagati, je podobno kot pri skupnosti med žensko in moškim. Tudi pravna ureditev tega razmerja je podobna zakonski zvezi. ZRIPS partnerjema prav tako zagotavlja določene medsebojne pravice in dolžnosti, varuje šibkejšega partnerja, ureja pravni položaj do tretjih oseb, države in socialnega okolja. Na področju premoženjskih razmerij med trajanjem registrirane skupnosti je ZRIPS skoraj v celoti prevzel ureditev premoženjskega režima med zakoncema iz ZZZDR (9. do 18. člen ZRIPS). Ureja tudi dolžnost preživljanja partnerja, ki nima dovolj sredstev za preživljanje (19. člena ZRIPS). Je pa zakonodajalec drugače uredil dedovanje med partnerji registrirane skupnosti. Pri tej skupnosti ni uzakonil, kot to velja za zakonsko zvezo, domnevne volje

priznane), rejniki in rejenci, krušni starši in pastorki ter v medsebojnih razmerjih otroci iz takih družin, ki niso bratje in sestre, na primer otroci zakoncev ali zunajzakonskih partnerjev iz prejšnjih zvez, sorejenci.

Da je do odškodnine zaradi smrti starša upravičen nasciturus, če je seveda rojen živ, je Vrhovno sodišče že večkrat izreklo. Menim, da bi moralo tako odločiti tudi, če bi starš pred otrokovim rojstvom postal posebno hud invalid.

Kaj pa obrnjeno? Ali so starši upravičeni do odškodnine zaradi smrti še nerojenega otroka? Revizijo, ki je bila dopuščena glede tega vprašanja,³⁰ je Vrhovno sodišče iz formalnih razlogov zavrglo.³¹ Novi hrvaški zakon pravico staršev zaradi smrti nerojenega otroka izrecno določa;³² sodna praksa njihovega vrhovnega sodišča pa jo je priznavala že na podlagi 201. člena ZOR, po vsebini identičnega 180. členu OZ.³³ Tudi nekaj odločb domačih pritožbenih sodišč je na to vprašanje odgovorilo pritrdilno.³⁴ S takimi odločitvami soglašam. Nasciturus ima vsa

umrlega partnerja, da tudi, če ne naredi oporoke, z dediščino ekonomsko preskrbi osebo, s katero si deli življenje. Tako pri zakonski zvezi kot pri registrirani partnerski skupnosti ima zapustnikova domnevna volja podlago v istih življenjsko izkustvenih in etičnih premislekih – zagotoviti tistemu, s katerim je bil zapustnik čustveno, intimno, premoženjsko in življenjsko kar najtesneje povezan, tudi po svoji smrti premoženjsko varnost in stabilnost.«

³⁰ Sklep II DoR 474/2010 z dne 27. 1. 2010.

³¹ Sklep II Ips 234/2011 z dne 8. 3. 2012.

³² Tretji odstavek 1101. člena Zakona o obveznim odnosima (uporablja se od 1. 1. 2006): »Pravico do pravične denarne odškodnine imajo tudi starši v primeru izgube spočetega, a nerojenega otroka.« Enako je njihovo vrhovno sodišče odločilo že pred sprejemom tega zakona, ko je veljalo besedilo 201. člena ZOR, ki take določbe ni imelo. Glej sodbo Rev-1446/98 z dne 26. 3. 2003.

³³ Odločba Rev-1446/98 z dne 26. 3. 2003, Izbor odluka Vrhovnog suda Hrvatske, 1/03, str. 70. Glej še Ivica Crnić, Zakon o obveznim odnosima, Napomene, komentari, sudska praksa i abecedno kazalo pojmov, Četvrto, bitno izmijenjeno i dopunjenom izdanje, Zagreb 2010, str. 1489.

³⁴ Glej sodbo VSL II Cp 1159/1994 z dne 12. 4. 1995 o priznanju odškodnine materi za smrt nerojenega otroka v sedmem mesecu nosečnosti (»O tem, da bi bilo mogoče zahtevati odškodnino za duševne bolečine zaradi izgube nerojenega otroka, v 201. členu ZOR sicer ni govora, vendar pa je te določbe ZOR tudi ne izključujejo. Glede na okoliščine primera je po mnenju pritožbenega sodišča tako odškodnino mogoče prisoditi.«), sodbo VSL II Cp 1790/2003 z dne 28. 1. 2004 o priznanju odškodnine očetu nerojenega otroka, ki je umrl v sedmem mesecu nosečnosti (»Ni pomembna samo navezanost kot trdi tožena stranka, temveč tudi pričakovanje, sicer pa ta okoliščina na katero se sklicuje tožena stranka lahko vpliva le na višino prisojene odškodnine.«), sodbo VSK Cp 12/2008 z dne 17. 9. 2008 o priznanju odškodnine materi nerojenega otroka, ki je umrl v 11. tednu nosečnosti (»Pritožbeno sodišče se ne strinja z razlago tožene stranke, da tožnici odškodnina ne gre, ker je šlo šele za 11 tednov star plod, na katerega tožnica ni bila navezana in da bi ji kvečjemu šla odškodnina, če bi bil plod star 7 mesecev. Starost ploda po mnenju pritožbenega sodišča ni pomembna, kajti gre za izgubo nerojenega otroka, kar pomeni razočaranje, da otroka ne bo rodila in prav zato tožnici odškodnina gre.«) in sodbo VSL II Cp 1339/2010 z dne 7. 7. 2010 o priznanju odškodnine očetu nerojene deklice, ki je umrla 10 dni pred predvidenim terminom poroda in je bila že popolnoma razvita, tehtala je 2,70 kg, in če bi se rodila na dan škodnega dogodka, ne bi bila nedonošenka (»Nerazumno bi bilo delati razliko med čustveno povezavo očeta z otrokom tik pred njegovim rojstvom in enako povezavo tik po rojstvu. Prvostopenjsko sodišče je zato pravilno umestilo to tožnikovo škodo med primere posegov, ki jih določa 180. člen OZ.«).

obeležja življenja kot biološkega stanja.³⁵ Če ne bi bilo tako, pač (zaradi škodnega dogodka) tudi umreti ne bi mogel. Če se otrok zaradi poškodbe (civilnega delikta) ali kršitve pogobe (na primer zaradi medicinske napake med vodenjem nosečnosti ali med porodom) rodi kot posebno hud invalid, sodišča staršem pravice do odškodnine ne odrekajo.³⁶ Ni razumnega razloga, da bi jim jo odrekla za še hujšo posledico – smrt. Lahko pa se zastavi vprašanje pravne podlage. Je to določba prvega odstavka 180. člena OZ – ali jo je mogoče razlagati tako, da je kot otrok mišljen tudi otrok, ki se še ni rodil? Pomislek bi lahko bil, da v pravnem pogledu (noben ali ne dovolj star) nasciturus sploh (še) ni otrok. Na različnih pravnih področjih je to vprašanje rešeno različno. Po dednem pravu velja velja nasciturus ne glede na starost za rojenega pod (odložnim) pogojem, da je rojen živ;³⁷ toda pogoj rojstva živega otroka je pomemben zaradi pridobitve dedne pravice, ki pripada samo pravnemu subjektu,³⁸ za nasciturus pa velja, da nima samostojne pravne subjektivitete. Dedno pravo torej interese nerojenega otroka varuje pred drugimi dediči, ki bi sicer podedovali njemu pripadajočo zapuščino, in je to varstvo po naravi stvari relevantno samo, če se otrok rodi živ. Po ZZZDR nasciturus ni otrok, zato ni subjekt v družinskopravnih razmerjih. Po rojstvu pa ima pravice do obeh staršev.³⁹ Pravilnik o pogojih in načinu opravljanja mrliskopregledne službe za (mrtvorjenega) otroka šteje (mrtev) plod, ne glede na njegovo težo in dolžino, če je nosečnost trajala najmanj 22 tednov.⁴⁰ Iz Uredbe o odpadkih⁴¹ in Strokovnih podlag za pripravo programa za obvladovanje in preprečevanje bolnišničnih okužb je mogoče razumeti, da so vsi zarodki ne glede na starost medicinski odpadki, v praksi porodnišnic pa se za (mrtvorjene) otroke štejejo zarodki, rojeni po 22. tednu nosečnosti ali težji od 500 gramov.⁴²

Zavzemam se za razlago, da je treba kot otroka v smislu določbe prvega odstavka 180. člena OZ obravnavati tudi nerojenega otroka. Jezikovna razlaga je ne izključuje. In ker, kot je bilo že poudarjeno, objekt varstva ni neposredni oškodovanec, torej v tem primeru (nerojeni) otrok, pač pa čustvovanje posrednega oškodovanca – starša (veselje pričakovanja rojstva, priprava nanj, navezanost na plod, katerega obstoj, gibanje, napredovanje, podoba in zdravstveno stanje je mogoče s sodobnimi tehnologijami spremljati praktično od začetka nosečnosti, ga

³⁵ Tako Ivica Crnić, Utvrđivanje iznosa novčane naknade neimovinske štete, Organizator, Zagreb 2013, str. 69.

³⁶ Primerjaj odločbi II Ips 671/2008 z dne 20. 11. 2008 in II Ips 615/2007 z dne 7. 5. 2009.

³⁷ Določba je odraz splošnega pravila *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*.

³⁸ Primerjaj prvi in drugi odstavek 125. člena Zakona o dedovanju: »(1) Dedič je lahko samo tisti, ki je živ ob uvedbi dedovanja. (2) Otrok, ki je bil že spočet ob uvedbi dedovanja, velja za rojenega, če se rodi živ.«

³⁹ Karel Zupančič, Varstvo življenja pred rojstvom in osebnostne pravice ženske, ki ga nosi, Medicina in pravo, Maribor 1994, str. 153.

⁴⁰ Uradni list RS, št. 56/93 in 15/08.

⁴¹ Uradni list RS, št. 103/11.

⁴² Povzeto po Kumer, navedeno delo.

spoznavati in ga vključiti v družino že pred rojstvom), najbrž tudi namenska razlaga ne.⁴³ Uzakonitev odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi smrti nasciturusa v primerjalnem hrvaškem pravu (Zakon o obveznim odnosima iz leta 2005) tej razlagi pritrjuje; tamkajšnji komentatorji spremembo zakona utemeljujejo z zavzemanjem teorije za obravnavano rešitev že pred sprejemom ZOR⁴⁴ in z dejstvom, da gre za pravico, ki se je v sodni praksi priznavala že prej (po ZOR).⁴⁵ Da je tako, izhaja iz Orientacijskih kriterijev, ki jih je Vrhovno sodišče Hrvaške sprejelo leta 2002 (v času veljavnosti ZOR), v njih pa je za primer izgube ploda določilo odškodnino v orientacijski višini 75.000 kun (za živorojenega pa, za primerjavo, 220.000 kun).

In če tak razmislek ne drži, ali je ustrezna pravna podlaga za odškodnino (obema) staršema za duševno trpljenje zaradi smrti nerojenega otroka določba prvega odstavka 179. člena OZ – je smrt nasciturusa kršitev osebnostne pravice staršev? Ali ne pomeni protipravna prekinitev nosečnosti posega v osebnostno pravico, na primer do življenja in zdravja, podvrsta katere je po mnenju teorije tudi pravica do nadaljevanja življenja s potomci?⁴⁶ Ali pa v pravico do zasebnosti? Poseg v telesno integriteto bi namreč pomenil podlago le za mater.

2. Podedljivost odškodnine za nepremoženjsko škodo

OZ v 184. členu⁴⁷ določa, da je odškodnina za nepremoženjsko škodo v primeru, ko oškodovanec umre, preden mu je bila izplačana, predmet dedovanja, odstopa, pobota in izvršbe samo pod pogojem, da mu je bila pred smrtjo prisojena s pravnomočno sodbo ali priznana s pisnim sporazumom. V celoti je torej povzel vsebino 201. člena prej veljavnega ZOR. Za tega pa je Ustavno sodišče ugotovilo, da je (bil) v neskladju z Ustavo.⁴⁸ Razveljavilo je sklep Vrhovnega sodišča,⁴⁹ s katerim je na podlagi te določbe spremenilo sodbo sodišča druge stopnje, ki je potrdilo sodbo prvostopenjskega sodišča o prisoji odškodnine za nepremoženjsko škodo; spremenilo jo je tako, da je pritožbo povzročitelja škode (toženca) zaradi pomanjkanja pravnega interesa pritožnika zavrglo. Pravni interes je po mnenju Vrhovnega sodišča odpadel zato, (1) ker

⁴³ Barbara Novak, O naravi osebnostnih pravic, Podjetje in delo, št. 6-7/2000, str. 991–999, v zvezi z namenom določbe 201. člena ZOR (zdaj 180. člena OZ) ponudi razmislek, da »omenjena določba sicer predvideva, da je tretji posegel v dobrine (življenje) še živega posameznika, vendar se zdi, da bi bilo svojcem v prihodnje (tudi glede na ratio omenjene določbe) treba priznati pravico do povrnitve nepremoženjske škode zaradi kršitve njihovih osebnostnih pravic tudi, če tretji poseže v dobrine mrtvega (na primer v truplo)«.

⁴⁴ Na primer Marko Kalodera, naknada neimovinske štete, Rasprava iz komparativnog prava, Zagreb 1941.

⁴⁵ Crnić, Zakon o obveznim odnosima, str. 496.

⁴⁶ Tako na primer Nikola Gavella, Osobna prava, 1. dio, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2000, str. 30.

⁴⁷ »(1) Terjatev za povrnitev nepremoženjske škode preide na dediče samo, če je bila priznana s pravnomočno sodbo ali pisnim sporazumom. (2) Pod enakimi pogoji je lahko ta terjatev predmet odstopa, pobota in izvršbe.«

⁴⁸ Odločba U-I-88/15-9, Up-684/12-32 z dne 15. 10. 2015.

⁴⁹ Sklep II Ips 643/2008 z dne 19. 3. 2012.

je oškodovanec pred odločitvijo pritožbenega sodišča umrl, (2) ker je pravica oškodovanca do odškodnine za nepremoženjsko škodo osebna (vezana na njegovo osebo) in kot taka ni ne v pravnem prometu ne podedljiva in (3) ker bi glede na določbo 204. člena ZOR odškodninska terjatev za povrnitev nepremoženjske škode postala premoženjska (in s tem podedljiva) šele, ko bi bila sodba pravnomočna, ter (4) ker pritožbeno sodišče pritožbe tožene stranke sploh ne bi smelo meritorno obravnavati, saj v času odločanja ni bila več podana procesna predpostavka obstoja stranke iz 80. člena Zakona o pravnem postopku (v nadaljevanju ZPP), te pomanjkljivosti pa ni bilo mogoče odpraviti, ker je procesno nasledstvo vezano na univezalno nasledstvo po materialnem pravu – pri fizičnih osebah na dednopravno nasledstvo, to pa ni možno prav v primerih, kakršni je obravnavani, ko je sporna pravica (ker ni pravnomočno prisojena) še vedno nepremoženjska, osebna in s tem nepodedljiva. Vrhovno sodišče je izrecno poudarilo strogost zakonodajalčevega stališča, po katerem je pravnomočnost sodbe pogoj za podedljivost odškodnine za nepremoženjsko škodo (da terjatev za povrnitev nepremoženjske škode ne spada v zapuščino oškodovanca, ki je umrl po izdaji sodbe sodišča prve stopnje, a preden je sodba postala pravnomočna). Ustavno sodišče je soglašalo z Vrhovnim sodiščem, da je terjatev za povračilo nepremoženjske škode, glede na svoj namen, strogo osebne narave in da je zakonodajalčevi presoji prepuščeno, ali in kdaj osebna pravica zahtevati povračilo nepremoženjske škode izgubi osebno naravo, ter da navedeno pomeni, da je zakonodajalčevi presoji praviloma prepuščena tudi odločitev, pod katerimi pogoji je ta terjatev podedljiva. Presodilo pa je, da z ustavno pritožbo napadena zakonska določba nasprotuje ustavnemu načelu enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena Ustave, ker omogoča različno obravnavanje v bistvenem enakih dejanskih položajev. Pojasnjuje, da je treba šteti, da so v bistvenem enakem položaju dediči tistih oškodovancev, ki so v istem času utrpeli nepremoženjsko škodo in v istem času tudi izrazili voljo, da za utrpeljeno škodo dobijo zadoščenje v obliki denarne odškodnine; zato zakonska ureditev, ki podedljivost terjatev za plačilo nepremoženjske škode veže na trenutek pravnomočnosti sodbe, s katero je oškodovancu prisojena denarna odškodnina, enake položaje obravnava neenako. Če je škoda osebna in je odškodninska terjatev osebne narave, potem iz narave stvari izhaja kvečjemu, da sta tudi glede vprašanja, ali se strogo osebna narava terjatve pretvori v premoženjsko (in s tem podedljivo), bistveni izražena volja in ravnanja oškodovanca. Navedeno utemeljuje z okoliščinami, da različni sodni postopki trajajo različno dolgo, tudi zaradi zavlačevalnih manevrov povzročiteljev škode, zato lahko nekateri oškodovanci, ki so sočasno utrpeli škodo in sočasno zahtevali njeno povrnitev, pred smrtjo že razpolagajo s pravnomočno sodbo, drugi pa ne – in dedičev teh (drugih) zakon ne ščiti. Za tako razlikovanje pa ni ustavno dopustnega razloga.

Do vprašanja, ali se terjatev pretvori v premoženjsko z zunajsodno zahtevo in kakšno (pisno ali ustno) ali z vložitvijo tožbe, se ni opredelilo.

Novi hrvaški Zakon o obveznih odnosima je v 1005. členu uzakonil prehod terjatve za plačilo odškodnine za nepremoženjsko škodo na dediče (ter tudi odstop, pobot in izvršbo) na podlagi

pisne zahteve ali tožbe. Spremembo zakona komentatorji utemeljujejo z večjo pravičnostjo rešitve za dediče in s stališčem, da oškodovančeva zahteva za plačilo odškodnine za nepremoženjsko škodo že s tem, ko jo je (na predpisan način) podal, ni več strogo osebna.

3. Odškodnina za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve pogodbe?

Odgovornost za škodo ima lahko nepogodbena ali pogodbena podlaga. V zvezi s pogodbeno podlago se v zadnjem času vrstijo razprave o vprašanju, ali je kršitelj pogodbe sopogodbenu, kateremu je s kršitvijo pogodbe povzročil škodo, dolžan povrniti samo premoženjsko ali tudi premoženjsko škodo. Mnenja so deljena.⁵⁰ Deljena so zaradi različne interpretacije določb 239. do 246. člena OZ, ki urejajo odgovornost za pogodbeno škodo. V teoriji prevladuje stališče, da gre samo za specialne določbe, saj velja, da se za povrnitev škode, nastale s kršitvijo pogodbene obveznosti, smiselno uporabljajo določbe OZ o povrnitvi nepogodbene škode (246. člen OZ).⁵¹ Zadrega v razumevanju namena zakona izvira prvenstveno iz določbe prvega odstavka 243. člena; ta predpisuje, da ima upnik pravico do povračila *navadne škode in izgubljenega dobička*, ki bi ju *moral dolжник pričakovati* ob kršitvi pogodbe glede na dejstva, ki so mu bila ali bi mu morala biti tedaj znana. Nasprotniki priznanja pravice do odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve pogodbe to določbo, ker sta v njej navedena navadna škoda in izgubljeni dobiček, ki sta obliki premoženjske škode, razlagajo kot *omejitev odškodnine na premoženjsko škodo* oziroma kot izključitev nepremoženjske. Zagovorniki pa, nasprotno, štejejo, da je namen določbe *omejitev odškodnine za premoženjsko škodo le na predvidljivo*, na tisto, ki jo je oziroma bi jo moral kršitelj pogodbe pričakovati ob kršitvi, torej kot izključitev nepričakovane (nepredvidljive) premoženjske škode, in da nepremoženjska škoda ni predmet urejanja te določbe. V zvezi z nepremoženjsko škodo napotujejo na določbo 246. člena OZ, ta pa na smiselno uporabo določb o nepogodbeni škodi, za nepogodbeno škodo pa je oškodovanec upravičen tudi do povrnitve nepremoženjske škode.

Dodaten argument za rešitev, da povrnitev nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe ni izključena, vidim še v določbi drugega odstavka 239. člena OZ, ki daje upniku v primeru,

⁵⁰ Da gre za pogodbeno škodo odškodnina le za premoženjsko škodo, menijo na primer Nina Plavšak, v: Nina Plavšak in soavtorji, *Obligacijski zakonik s komentarjem*, II. knjiga, Gospodarski vestnik Založba, Ljubljana 2003, str. 222; France Očepek, *Obseg škode v pogodbenem odnosu s poudarkom na vprašanju (ne)priznanja nepremoženjske škode*, Pravna praksa, št. 28/2013, str. 22; Mile Dolenc, *Pogodbena odškodninska odgovornost v sodni praksi*, Pravosodni bilten, št. 2/2004, str. 281. Da je oškodovanec upravičen tudi do odškodnine za nepremoženjsko škodo, menijo Špelca Mežnar, *Pogodbena odškodninska odgovornost – nekatera odprta vprašanja*, Odvetnik, št. 60/2013, str. 28 in nasl.; Damjan Možina, *Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe*, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Izbrane teme iz civilnega prava, Ljubljana 2006, str. 33 in nasl.; Petar Klarić, *Odštetno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2003, str. 253 in nasl.

⁵¹ Primerjaj Špelca Mežnar, *Pogodbena odškodninska odgovornost – nekatera odprta pravna vprašanja*, Odvetnik, št. 60/2013, str. 28 in nasl.

kadar dolžnik ne izpolni obveznosti ali zamudi z izpolnitvijo, pravico zahtevati odškodnino za škodo, ki mu je zaradi tega nastala. Ker določbe o odgovornosti za pogodbeno škodo nimajo specialnih določb o pravno priznanih škodah, je treba uporabiti splošno interpretativno določbo (definicijo pravno priznane škode) iz 132. člena, po kateri je škoda premoženjska in nepremoženjska.⁵²

Potreben pa je še razmislek, ali določba drugega odstavka 239. člena OZ pomeni samostojno pravno podlago za odgovornost za pogodbeno nepremoženjsko škodo.⁵³ Ta odgovornosti ne omejuje na premoženjsko škodo, kar pomeni, da je povzročitelj dolžan povrniti tudi nepremoženjsko škodo. Tej določbi sledijo določbe o oprostitvi (240. člen OZ), razširitvi (241. člen OZ) ter o omejitvi in izključitvi odgovornosti (242. člen OZ). Vse navedene določbe se nanašajo na temelj odgovornosti. Sledi jim 243. člen, ki določa obseg odškodnine (za katero je temelj podan po predhodnih določbah): za premoženjsko škodo, ki je nastala s kršitvijo pogodbe in »le« iz navadne malomarnosti (ne pa hude malomarnosti ali naklepno), jo omejuje na tisto škodo, ki je bila predvidljiva. Uzakonjena je torej izjema od načela popolne odškodnine. Omejitev odškodnine za nepremoženjsko škodo na njen vnaprej predvidljivi obseg pa ni določena. To ne pomeni nevarnosti komercializacije nepremoženjskih dobrin: tudi pri pogodbeni škodi ni odgovornosti, če ni pravno priznane vzročne zveze med škodnim dejanjem (kršitvijo pogodbe) in škodo; pri pogodbah, katerih predmet je zagotovitev nepremoženjskih dobrin, je nepremoženjska škoda adekvatna (tipična, predvidljiva, pričakovana) posledica,⁵⁴ pri drugih pogodbah taka posledica ni izključena,⁵⁵ je pa redkejša.⁵⁶

Novi hrvaški Zakon o obveznih odnosima je uvedel pravni institut pogodbene odgovornosti za nepremoženjsko škodo.⁵⁷ To je storil tako, da je dolžnost povrnitve nepremoženjske škode navedel poleg dolžnosti povrnitve navadne škode in izgubljenega dobička in jo navezal na pogoj predvidljivosti. Komentatorji pa poudarjajo, da vsaka kršitev pogodbe ne bo imela za posledico obveznosti dolžnika plačati odškodnino za nepremoženjsko škodo, temveč bo ta

⁵² Petar Klarić, *Odštetno*, str. 256, meni, da je določba drugega odstavka 239. člena OZ (tedaj 262. člena ZOR) samostojna pravna podlaga za priznanje nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe.

⁵³ Prav tam.

⁵⁴ Razočaranje, duševno trpljenje zaradi neuspele lepotne operacije, telesne bolečine zaradi poškodbe na neustrezno urejenem smučišču in podobno.

⁵⁵ Na primer najemodajalec krši najemno pogodbo na način, da nasilno vstopi v stanovanje in najemnika in njegovo družino vrže na cesto, s čimer prizadene njihove osebnostne pravice, zaradi česar so prizadeti, vznemirjeni (duševno trpijo).

⁵⁶ Na primer zamuda pri izročitvi stanovanja, avtomobila.

⁵⁷ Prvi odstavek 346. člena določa, da ima upnik zaradi kršitve pogodbe pravico do povrnitve navadne škode in izgubljenega dobička ter do *pravilne odškodnine za nepremoženjsko škodo*, ki bi jih dolžnik lahko predvidel kot posledice kršitve pogodbe v času sklepanja pogodbe na podlagi dejstev, ki so mu bila ali bi mu morala biti tedaj znana.

odvisna od vseh okoliščin vsakega konkretnega primera, teže kršitve in trajanja ter intenzitete upnikovih duševnih bolečin kot posledice kršitve pogodbe.⁵⁸

V slovenski literaturi so avtorji pomemben prispevek pri iskanju adekvatnega odgovora na opisano dilemo pričakovali od razvoja (do tedaj tako rekoč neobstoječe) sodne prakse. Ta pa je v zadnjem času napravila nekaj korakov prav v smeri afirmacije odškodnine za nepremoženjsko škodo, nastalo zaradi kršitve pogodbe.

Tako je Vrhovno sodišče zavrnilo revizijo v primeru, ko je bila oškodovanki prisojena odškodnina za nepremoženjsko škodo zaradi medicinske napake pri zdravljenju v ožjem smislu (opravljanju bronhoskopije z zamašenim drenom, zaradi česar je prišlo do zastoja srca, neoskrbljenosti možganov s kisikom, v posledici navedenega pa do hude telesne in duševne prizadetosti), pri tem pa je zavzelo stališče, da je razmerje med zdravnikom oziroma zdravstveno ustanovo in bolnikom praviloma pogodbene narave (izjema na primer velja, ko zdravnik ravna v nui). Obveznost bolnika je plačilo opravljene storitve, ki ga opravi sam ali prek skladov zdravstvenega zavarovanja, obveznost zdravnika pa je izpolnitev dogovorjene zdravstvene storitve, ki ima običajno značilnosti obligacije prizadevanja. V pravni teoriji se zdravniška pogodba opredeljuje kot podjemna pogodba. Če zdravnik ne ravna v skladu s standardi, ki jih nalaga strokovna doktrina, in bolniku nastane škoda, gre za kršitev pogodbenega razmerja. Zato je pritrdilo revidentki, da sklicevanje na strokovno napako pomeni uveljavljanje poslovne odškodninske odgovornosti.⁵⁹

V primeru, ko je bila oškodovanki zaradi operativne odstranitve pooperativne kile dana spinalna anestezija, pri kateri je prišlo do predrtja ene od žil v spinalnem kanalu in posledične plegije, pa je razmejilo, kdaj je pogodba sklenjena (in od tedaj dalje je škoda pogodbenega), ali že ob pričetku izpolnjevanja zdravnikove pojasnilne dolžnosti ali šele potem, ko na njeni podlagi ustrezno informirani pacient poda soglasje h konkretnemu posegu oziroma drugemu načinu zdravljenja. Šlo je namreč za primer, ko je oškodovanka anesteziistki očitala, da je ni opozorila na možnost predrtja žil v spinalnem kanalu in na posledico plegije, saj se sicer za tako vrsto anestezije (ali sploh za operacijo) ne bi odločila. V sodbi je zavzeto stališče, da izpolnitev pojasnilne dolžnosti ni pogoj za veljavno sklenitev pogodbe, temveč da spada v krog pogodbenih obveznosti zdravnika. Da je pojasnilna dolžnost sestavni del zdravnikovih pogodbenih obveznosti, ne nazadnje podpira tudi splošna pojasnilna dolžnost podjemnika, kot je opredeljena v tretjem odstavku 625. člena OZ. Pogodbeno razmerje je vzpostavljeno ob soglasju volj obeh pogodbenih strank, ki se lahko izjavi tudi na konkludenten način. Revizijsko sodišče ugotavlja, da je pogodba o opravljanju zdravstvenih storitev sklenjena konkludentno v trenutku, ko se pacient zgleda pri zdravniku (tudi v primeru predhodnega napotila), ta pa na podlagi

⁵⁸ Crnić, Zakon o obveznih odnosima, str. 575.

⁵⁹ Sodba II Ips 342/14 z dne 22. 1. 2015. Te argumente povzema tudi sodba II Ips 297/2015 z dne 14. 1. 2016.

informacij pacienta začne izvajati ukrepe, ki jih je mogoče uvrstiti v krog izvajanja zdravstvene dejavnosti v širšem smislu, ki zajema tudi pojasnilno dolžnost.⁶⁰

V primeru kršitve pogodbe o organizaciji počitnic, ko je turistična agencija tožnika nastanila v nedokončan nastanitveni objekt ob neurejeni plaži, ki se je še gradbeno urejala, v okolje, ki je bilo še gradbišče, itd., je pravnomočno sodbo o zavrnitvi odškodnine za nepremoženjsko škodo, ker naj bi bila ta pri kršitvah pogodbe izključena, razveljavilo; razveljavitev je utemeljilo (tudi) s stališčem, da v primeru pogodbeno nastale škode 246. člen OZ napotuje na smiselno uporabo določb o povrnitvi škode, torej tudi na uporabo 179. člena OZ.⁶¹

⁶⁰ Sodba II Ips 94/2015 z dne 2. 7. 2015.

⁶¹ Sklep II Ips 160/2013 z dne 23. 5. 2015.

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.426.6:338.486.23(497.4)

Odškodnina za izgubljeni dopust v domači sodni praksi: kaj se lahko naučimo?

NINA ZUPAN, LL.M.,
višja pravosodna svetovalka na
Vrhovnem sodišču RS

1. Uvod

V slovenskem pravnem prostoru so bila stališča glede možnosti povrnitve nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe v pravni teoriji in v sodni praksi sprva odklonilna. Ščasoma se je del teorije začel zavzemati za interpretacijo določb Obligacijskega zakonika (v nadaljevanju OZ) v smeri priznanja nepremoženjske škode in hkrati naredil že tudi korak naprej – v smeri problematiziranja zaprtosti kroga pravno priznanih oblik nepremoženjske škode.¹ Tudi v sodni praksi so se stališča postopoma zmeščala.²

Oboje je prišlo do izraza (tudi) pri odškodninskih zahtevkih v zvezi s kršitvami pogodb o organiziranju potovanj. V zvezi s tovrstnimi pogodbami najdemo v slovenski pravni teoriji že zelo zgodaj stališča, naklonjena priznavanju nepremoženjske škode.³ Dokončno se je ta pravica izkristalizirala tudi v nedavni sodni praksi, in sicer kot posledica prava EU prijazne razlage slovenskega prava. K temu so bila sodišča primorana na podlagi sodbe Sodišča EU v zadevi C-168/00 (*Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*) z dne 12. marca 2002. Odločalo je o predhodnem vprašanju, ki ga je zastavilo avstrijsko nacionalno sodišče in ki bi se v identični obliki lahko pojavilo tudi pred slovenskimi sodišči.

Mladoletna Simone Leitner se je med počitnikovanjem v Turčiji v hotelu, kjer je bila nastanjena, zastrepila s salmonelo, zaradi česar je pretežni del dopusta preživela v bolniški postelji, kjer so jo morali negovati starši. Posledično je od organizatorja potovanja, nemške agencije

¹ O tem, na primer, Mežnar (2008) in Mežnar (2013).

² Glej na primer sodbo in sklep VS RS II Ips 765/2007 z dne 30. 10. 2008.

³ Glej na primer Plauštajner in Tekavc.

TUI, zahtevala odškodnino za telesne bolečine in odškodnino za škodo zaradi izgube užitka na počitnicah. Nacionalno sodišče se je pri odločanju o njenem odškodninskem zahtevku soočilo s težavo, saj iz avstrijskega prava ni izhajala pravica do odškodnine za eno od vrst škode, ki jo je zatrjevala – za škodo zaradi izgube užitka na počitnicah. Direktiva Sveta 90/314/EGS o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih z dne 13. 6. 1990 (v nadaljevanju: Direktiva), ki je bila za primer relevantna in ki so jo morale države članice implementirati v svoje nacionalno pravo, na splošno govori o nadomestilu za škodo, pri čemer vrst škode ne opredeljuje. Sodišče EU je moralo zato odgovoriti na vprašanje, ali je treba 5. člen Direktive interpretirati tako, da potrošnikom načeloma daje pravico do odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi neizpolnitve ali kršitve pogodbenih obveznosti v zvezi s paketnimi počitnicami. Odgovor je bil pritrdilen. V relativno kratki sodbi je zapisalo, da je bil eden od namenov Direktive tudi v zblizanju pravnih redov držav članic glede pravice do odškodnine za nepremoženjsko škodo, povezane s paketnimi potovanji, saj je ta pravica dotlej v nekaterih državah članicah obstajala, v drugih pa ne.⁴ Odprava te razlike je bila pomembna z vidika odprave izkrivljanja konkurence, pa tudi z vidika večje zaščite potrošnikov. Opozorilo je tudi na to, da 5. člen Direktive omogoča pogodbeno omejitev višine odškodnine, z izjemo odškodnine za telesne poškodbe, iz česar naj bi izhajalo implicitno priznanje odškodnine tudi za druge vrste škode (poleg telesnih poškodb).

V slovenskem pravnem prostoru smo se s prvimi odškodninskimi zahtevki zaradi izgube užitka na počitnicah srečali pred nekaj leti. Slovenska sodišča so bila kljub odločitvi Sodišča EU v zadevi *Leitner v. TUI* sprva deloma zadržana glede priznavanja odškodnine za to (pri nas dotlej nepriznано) obliko nepremoženjske škode, medtem ko je pravna teorija tako stališče kritizirala.⁵ Namen tega prispevka je na kratko prikazati razvoj slovenske sodne prakse glede odškodnine zaradi izgubljenega užitka na počitnicah (s kakšnimi problemi so se sodišča soočila in kako so jih razrešila) in opozoriti na nekatere probleme, ki se lahko v praksi v bodoče še pojavijo v zvezi s tovrstnimi odškodninskimi zahtevki.

2. Pravno (ne)priznane oblike nepremoženjske škode

2.1. Izguba užitka na počitnicah kot oblika nepremoženjske škode

V eni od prvih zadev, ki je tudi prva dobila svoj epilog pred Vrhovnim sodiščem, je tožnik zaradi kršitve pogodbe o paketnih počitnicah zahteval povračilo premoženjske in nepremo-

⁴ Pri tem je treba dodati, da v kontekstu sodbe Sodišča EU izraz nepremoženjska škoda (*non-material damage*) pomeni tiste oblike nepremoženjske škode, ki niso telesne bolečine in trpljenje (*damage other than physical injury, physical pain and suffering*), saj odškodnino za telesne bolečine in trpljenje priznavajo praktično vsi pravni redi.

⁵ Glej na primer Možina (2014) in Mežnar (2008).

ženjske škode. Čeprav so mu je bili obljubljeni prvovrstno dopustovanje in storitve, je svoje počitnice moral nazadnje preživeti v objektu, na katerem so se še izvajala zaključna dela – šlo je praktično za gradbišče. Prisojena mu je bila odškodnina za premoženjsko škodo (v obliki znižanja cene potovanja), zataknilo pa se je pri odškodnini za nepremoženjsko škodo zaradi izgube uživanja dopusta. Obe sodišči nižjih stopenj sta ta del zahtevka zavrnila. Sodišče prve stopnje⁶ je menilo, da bi moral tožnik zatrjevati konkretne oblike duševnih bolečin (na primer razočaranje, jezo, občutek nemoči, prizadetost), navajal pa je zgolj, da je zapravil več dni dopusta. Drugostopenjsko sodišče⁷ se je postavilo na stališče, da načelo konsistentne razlage določb relevantne slovenske zakonodaje s pravom EU – kljub odločitvi Sodišča EU v zadevi *Leitner v. TUI* – ne omogoča priznavanja oblik nepremoženjske škode, ki jih slovenski pravni red ne pozna. Zakonodajalec naj bi namreč vpeljal *numerus clausus* oblik nepremoženjske škode, za katere je mogoče zahtevati denarno odškodnino. Pri tem naj bi ne šlo za pravno praznino glede drugih oblik nepremoženjske škode, pač pa za načrtno ureditev.⁸ Tožnik bi torej lahko uspel kvečjemu, če bi zatrjeval katero od oblik duševnega nelagodja, za katero je tudi v našem pravnem redu predvidena denarna satisfakcija. Za sodišči nižjih stopenj torej ni bilo sporno, ali tožniku zaradi kršitve pogodbe sploh lahko pripada odškodnina za nepremoženjsko škodo; sporno je bilo le, ali mu slovensko pravo priznava konkretno zatrjevano obliko nepremoženjske škode.

Vrhovno sodišče je v zadevi dopustilo revizijo glede vprašanja, ali pripada potrošnikom, ki so z organizatorjem potovanja sklenili pogodbo o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah ali izletih, v primeru neizpolnitve ali nepravilne izpolnitve pogodbe, odškodnina za nepremoženjsko škodo zaradi izgube užitka počitnic oziroma dopusta.⁹ Pravzaprav gre za vsebinsko enako vprašanje kot tisto, na katerega je odgovarjalo Sodišče EU – slednje je ugotavljalo, ali potrošnikom tako pravico daje Direktiva, Vrhovno sodišče pa, ali jim tako pravico daje slovensko pravo, v katerem mora biti ta Direktiva implementirana.

Vloženi reviziji je nato ugodilo na podlagi konsistentne oziroma prava EU lojalne razlage nacionalnega prava in posrednega učinkovanja Direktive ter zadevo vrnilo sodišču prve stopnje v novo sojenje.¹⁰ Po mnenju Vrhovnega sodišča zakonodajalcu zaradi zagotovitve skladnosti slovenskega prava z Direktivo ni treba (dodatno) spreminjati zakonodaje,¹¹ temveč je mogoče

⁶ Sodba Okrožnega sodišča v Mariboru II P 166/2009 z dne 23. 1. 2012.

⁷ Sodba VSM I Cp 603/2012 z dne 12. 9. 2012.

⁸ Tako Vrhovno sodišče na primer v sodbah II Ips 591/2008 in II Ips 305/2009, obe z dne 24. 6. 2009.

⁹ Sklep VS RS II DoR 397/2012 z dne 21. 2. 2013.

¹⁰ Sklep VS RS II Ips 160/2013 z dne 23. 4. 2015.

¹¹ Direktiva je bila sicer formalno (a očitno pomanjkljivo) implementirana v Zakonu o varstvu potrošnikov (novela ZVPot-C).

izhajati iz že obstoječega zakonskega okvira. Tega predstavljajo specialne določbe Zakona o varstvu potrošnikov (v nadaljevanju ZVPot) in OZ o organizatorjevi dolžnosti povrniti *vsoto* škodo, ki jo potnik utrpi, v povezavi z določbami OZ o pogodbeni odškodninski odgovornosti (saj se protipravnost kaže kot kršitev pogodbe), ki glede povrnitve škode napotujejo tudi na določbe v poglavju OZ o deliktni odškodninski odgovornosti, med katerimi je tudi določba o oblikah pravno priznane nepremoženjske škode. Člen 179 OZ priznava denarno odškodnino za pretrpljene telesne bolečine, za pretrpljene duševne bolečine (zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti, skaženosti, razžalitve dobrega imena in časti ali okrnitve svobode ali osebnostne pravice ali smrti bližnjega) in za strah. Zato je v revizijski odločbi morda najzanimivejša argumentacija glede vprašanja, kam umestiti izgubljeni užitek, ki ga OZ izrecno ne omenja.

V novejši pravni teoriji se je Možina zavzemal za uvrstitev med obstoječe oblike duševnih bolečin – bodisi zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti bodisi zaradi posega v osebnostne pravice, pri čemer mu je bila ljubša prva možnost.¹² V sklenitvi pogodbe o organiziranju potovanja je namreč videl potrošnikovo zagotovitev določenih življenjskih aktivnosti in dejavnosti, ne pa osebnostne pravice. V starejši pravni teoriji podobno stališče zavzema Tekavc,¹³ Plauštajner pa govori o duševnih bolečinah, ki sicer ne bodo »klasične«, vendarle pa bo šlo za občutke razočaranja, jeze in prizadetosti nad izjalovljenim potovanjem.¹⁴ Pri tem se zavzema za to, da morajo biti take bolečine relativno intenzivne – podan naj bi bil globok občutek prikrajšanja doživetja, kar pa se mora presojati objektivizirano. Zato naj bi bila odškodnina bolj upravičena v primerih, ko gre za t. i. življenjska potovanja (enkratna, poročna ipd., in ne le običajna letovanja).¹⁵

Vrhovno sodišče pa je izhajalo iz koncepta osebnostnih pravic. Uvodoma je poudarilo, da gre pri izgubi počitniškega užitka za poseg v duševno sfero oškodovanca in da taka nepremoženjska škoda izhaja iz kršitve osebnostne pravice – pravice do duševne integritete. V nadaljnji izpeljavi pa je zapisalo, da predstavlja nepremoženjsko škodo že sama odtegnitev oziroma preprečitev utemeljeno pričakovanega užitka na dopustu in da oškodovancu ni treba posebej izkazati katere od duševnih bolečin, navedenih v 179. členu OZ, četudi so slednje nedvomno lahko hkrati podane (nejevolja, jeza, bes, žalost, razočaranje in podobno). Izguba užitka je *per se* poseg v duševno (in telesno) integriteto posameznika.¹⁶ Posledično oškodovanec – tožnik zadosti trditvenemu bremenu že zgolj s trditvijo, da je zaradi kršitve pogodbe prišlo do od-

¹² Možina (2014), str. 51–52.

¹³ Tekavc, str. VI.

¹⁴ Plauštajner, str. 6.

¹⁵ Kasnejša odločitev Sodišča EU v zadevi *Leitner v. TUI* ne podpira stališča, da odškodnino utemeljujejo le potovanja s posebnim pomenom. Kot posebna dobrina se namreč varuje posameznikov prosti čas in počitek.

¹⁶ Primerjaj z argumentacijo generalnega pravobranilca Tizziana v mnenju k zadevi *Leitner v. TUI* z dne 20. 9. 2001, kjer je izpeljava še bolj neposredna: po pravu EU je užitek na počitnicah sam po sebi predmet zaščite, škoda

tegnitve uživanja in sprostitev, kar je že samo po sebi negativen odsev v njegovem duševnem doživljanju.

Stališče, da poseg v osebnostne pravice sam po sebi v nobenem primeru ni pravno priznana škoda (ki utemeljuje denarno odškodnino) in da lahko predstavlja le pravno relevanten vzrok (izvor) duševnih bolečin,¹⁷ je tako v primeru izgube užitka na počitnicah preseženo, v kolikor je to obliko škode mogoče utemeljiti s tem, da gre za tako osebnostno pravico – to je pravico do duševne integritete –, da že sam poseg v njo implicira duševno nelagodje oziroma neravnovesje (zaznavo izgube užitka) in ni šele izvor nadaljnjih negativnih duševnih občutij (bolečin). Tožniku pravice do odškodnine ni treba utemeljevati še s trditvami o posebni intenzivnosti posega.

Omeniti velja, da se pritožbena sodišča (z izjemo tistega, katerega odločba je bila prva predmet revizijske presoje) niso upirala priznanju odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi izgube užitka na počitnicah. Že pred zgoraj navedeno odločitvijo Vrhovnega sodišča sta pritožbeni sodišči namreč (sicer zelo sumarno obrazložitev) glede tega vprašanja) v dveh zadevah razveljavili prvostopenjski sodbi, ki odškodnine nista dosodili. V prvi zadevi¹⁸ je bilo zavzeto stališče, da naše pravo te oblike škode sicer ne priznava, vendar pa je treba pravni temelj odškodninske obveznosti črpati neposredno iz odločitve Sodišča EU v zadevi *Leitner v. TUI*, ki je zavezujoča tudi za nacionalna sodišča držav članic. Tudi v drugi zadevi¹⁹ se je sodišče sklicevalo na omenjeno sodbo Sodišča EU, v skladu s katero je ta oblika škode upoštevna. Druga zadeva je po ponovljenem sojenju na prvi stopnji nato ponovno prišla pred pritožbeno sodišče,²⁰ ki je prvostopenjsko sodbo, s katero je bila tokrat prisojena odškodnina za nepremoženjsko škodo, potrdilo z obrazložitvijo, da se na podlagi sodbe v zadevi *Leitner v. TUI* tudi v slovenskem pravu priznava škoda zaradi izgube užitka dopusta, in sicer zaradi psihičnih neugodnosti, primerljivih s primeri posegov v osebnostne pravice ali s primeri začasnega zmanjšanja življenjskih aktivnosti. Pri tem se je pritožbeno sodišče, pritrjujoč Možini, nagnilo k oceni, da gre za posebne vrste začasno zmanjšanje življenjskih aktivnosti,²¹ čeprav naj bi natančna subsumpcija pod enega od vzrokov za duševne bolečine po 179. členu OZ niti ne bila bistvena. Dodati je treba, da je bila odločitev sprejeta po zgoraj obravnavani revizijski

zaradi izgube tega užitka pa posebna vrsta škode (44. točka obrazložitve), ki ne more biti omejena na *pretium doloris* (30. točka obrazložitve).

¹⁷ Sodba in sklep VS RS II Ips 821/2005 z dne 14. 4. 2008.

¹⁸ Sklep VSM I Cp 1584/2014 z dne 21. 4. 2015.

¹⁹ Sodba in sklep VSL III Cp 957/2015 z dne 22. 4. 2015.

²⁰ Sodba VSL III Cp 3307/2015 z dne 16. 12. 2015.

²¹ Pri tem se ni opredeljevalo do tega, ali bi morala biti – upošteva je zgolj začasno zmanjšanje – v skladu s sodno prakso (glej na primer odločbo VS RS II Ips 618/2008 z dne 10. 7. 2008) za upravičenost do odškodnine izkazana posebna intenzivnost zmanjšanja ali posebne okoliščine (na kar posebej opozarja tudi Možina).

odločbi, v kateri Vrhovno sodišče ni izhajalo iz duševnih bolečin zaradi zmanjšanja življenjskih aktivnosti. V vsakem primeru je za oškodovance bistveno to, da zadostuje trditev, da na dopustu niso uživali, kar implicira določeno psihično nelagodje oziroma porušenje duševnega ravnovesja.

2.2. Druge nove oblike nepremoženjske škode

Poleg izgubljenega užitka na počitnicah bo potrošniku zaradi kršitve pogodbe o organiziranju potovanja morda nastala tudi katera od v OZ izrecno priznanih oblik nepremoženjske škode (nezagotovitev ustrezne higiene ali varnosti bo, na primer, morda rezultirala v obolenjih ali poškodbah, zaradi česar bo morda priznana odškodnina zaradi telesnih bolečin, nevšečnosti med zdravljenjem, strahu ipd.).

Ni pa mogoče izvzeti niti nastanka kakšne druge, (doslej) pravno nepriznane oblike nepremoženjske škode. Izguba užitka na počitnicah je relativno splošna oblika škode, ki se bo manifestirala v primerih, ko bo kakršnakoli kršitev pogodbe imela zadostno težo, da potrošniku pokvari počitnice. Lahko pa bo prišlo do kršitve specifične (ali stranske) pogodbene obveznosti, zaradi katere potrošnik na dopustu ne bo nujno manj užival, pač pa bo prizadet v drugem oziru. Ena od takih obveznosti organizatorja bi bila lahko, na primer, tudi priskrbiti fotografa, ki bo potnike na potovanju spremljal ter fotografiral in snemal njihova doživetja. Še zlasti na avanturističnih potovanjih ali na potovanjih v eksotične kraje bo za potnike morda velikega pomena, da po koncu potovanja svoje spomine ohranijo in podoživljajo skozi fotografsko in filmsko gradivo. Če organizator te obveznosti ne bi izpolnil (fotografa sploh ne bi bilo ali pa bi po koncu izgubil vse fotografije) ali pa bi bila izpolnjena z napako (fotografij bi bilo malo ali pa bi bile zelo slabe kakovosti), potniku načeloma ne bi bil okrnjen užitek samega potovanja, zagotovo pa bi utrpel določena negativna občutja zaradi izgube počitniških spominov.

Ali sodba Sodišča EU v zadevi *Leitner v. TUI* odpira vrata kakršnimkoli (novim) oblikam nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe o organiziranju potovanja? Pri tem je potrebna previdnost. Drži sicer, da koncept škode, ki izhaja iz 5. člena Direktive, terja široko interpretacijo in naj bi načeloma pokrival vso škodo, ki je v vzročni zvezi z neizpolnitvijo ali nepravilno izpolnitvijo pogodbe o organiziranju potovanja.²² Tudi odgovor Sodišča EU na zastavljeno predhodno vprašanje se je glasil zelo široko: Direktiva potrošnikom načeloma daje pravico do odškodnine za nepremoženjsko škodo. Sodišče je torej govorilo o nepremoženjski škodi na sploh in ne o kateri od njenih konkretnih oblik. Iz konteksta sodbe pa izhaja, da je vendarle imelo pred seboj nepremoženjsko škodo zaradi izgube užitka na počitnicah. Prav potrošni-

²² Glej mnenje generalnega pravobranilca Tizziana v mnenju k zadevi *Leitner v. TUI* z dne 20. 9. 2001, 29. točka obrazložitve.

kov počitniški užitek je namreč glavni pogodbeni interes in vrednota, ki jo Direktiva varuje, upošteva zlasti omejeni čas, ki ga ima potrošnik na voljo, da ga nameni preživljanju počitnic, in posledično pričakovani sprostitev, ki jih ima od počitnic. Zato je vprašljivo, ali bo res kot samostojna oblika nepremoženjske škode varovan tudi vsak drug (postranski) interes, denimo ohranitev počitniških spominov. Zdi se, da bi tudi prek argumentacije, ki jo je ponudilo Vrhovno sodišče za primer izgubljenega užitka, težko prišli do takega rezultata. Fotografije resda lahko imajo posebno čustveno vrednost, vendar pa njihova izguba verjetno ne bo pomenila takega posega v posameznikovo duševno integriteto, da bi že dejstvo zaznave izgube samo po sebi utemeljevalo denarno odškodnino. Zato se v takem primeru zdi bolj utemeljen zaključek, da bi – glede na trenutno ureditev v slovenski zakonodaji, kjer je uveljavljen subjektivni koncept nepremoženjske škode – zaradi take kršitve oškodovancu pripadala odškodnina, če bi se škoda odrazila v obliki intenzivnejšega duševnega doživljanja (duševne bolečine zaradi posega v njegovo pravico do duševne integritete).

3. Razbremenitev odgovornosti

3.1. Privolitev v tveganje

Iz dosedanje sodne prakse izhaja, da so oškodovanci izgubo užitka na počitnicah povezovali predvsem s situacijami, ko so bile nastanitvene razmere zelo pomanjkljive ali ko so utrpeli zdravstvene težave zaradi higiensko oporečne hrane ali drugih neveščnosti. V zgoraj že opisani zadevi je bilo tožniku obljubljeno »*all inclusive*« letovanje v novem objektu, znašel pa se je na gradbišču.²³ V dveh zadevah so tožniki utrpeli prebavne motnje: v enem primeru »zgolj« potovalno drisko kot posledico uživanja hotelske hrane,²⁴ v drugem pa so slabe higienske razmere v hotelu, povezane predvsem s pripravo in ponudbo hrane, privedle do hude oblike vnetja prebavil, zaradi česar je bil tožnik tri dni celo hospitaliziran.²⁵ V spet drugi zadevi je mrčes v hotelskih sobah pri otrocih izzval alergijo, ki je terjala zdravstveno nego in prepoved kopanja.²⁶ Tudi v dveh zadevah iz zgodnejše sodne prakse, kjer nepremoženjska škoda sicer še ni bila uveljavljana zaradi izgube užitka na počitnicah, so tožniki zatrjevali škodo zaradi okužbe pri uživanju hotelske hrane.²⁷

²³ Sodba VSM I Cp 603/2012 z dne 12. 9. 2012.

²⁴ Sodba VSL I Cp 987/2012 z dne 7. 11. 2012.

²⁵ Sklep VSM I Cp 1584/2014 z dne 21. 4. 2015.

²⁶ Sodba in sklep VSL III Cp 957/2015 z dne 22. 4. 2015 in sodba VSL III Cp 3307/2015 z dne 16. 12. 2015 (ponovljeno sojenje).

²⁷ Sodba VSL I Cp 2317/2009 z dne 7. 10. 2009, sodba VSL III Cp 762/2014 z dne 4. 6. 2014.

Take situacije so v primerih paketnih počitnic, ki jih agencije ponujajo potrošnikom na našem trgu, relativno pogoste. Veliko jih namreč potuje v dežele arabskega sveta (na primer Egipt, Tunizijo ipd.) ter podobne »eksotične« destinacije, za katere je splošno znano, da utegnejo pri počitnikarjih izzvati prebavne težave v taki ali drugačni obliki, ki jim lahko pokvarijo znaten del dopusta. Na prvi pogled se zdi, da so s sodbo v zadevi *Leitner v. TUI*, ki je obravnavala prav izgubo počitniškega užitka zaradi zastrupitve s hotelsko hrano, dobili zeleno luč za odškodnino. Glede na razširjenost takih težav bi odškodnine organizatorjem potovanj lahko povzročale znatno breme. Je res upravičeno nanje prevaliti riziko odgovornosti za potovalno drisko vsakega občutljivega evropskega turista?

Druga zadeva iz naše sodne prakse glede odškodnine zaradi izgube užitka na počitnicah, ki je dobila svoj epilog pred Vrhovnim sodiščem, po dejanskem stanju nekoliko spominja na zgodbo Simone Leitner. Tožniki so na podlagi pogodbe o paketnih počitnicah letovali na eni od popularnih turističnih destinacij v severni Afriki. Pri tem so bile higienske razmere, oprema in postrežba v nastanitvenem kompleksu pomanjkljive, poleg tega pa naj bi se zastrupili s hotelsko hrano. Sodišči nižjih stopenj sta zaradi navedenih pomanjkljivosti znižali kupnino, zahtevke za plačilo odškodnine zaradi zastrupitve pa sta zavrnila.²⁸ Sodišče druge stopnje se je pri tem postavilo na stališče, da škode ni povzročilo protipravno ravnanje. Tožniki so namreč utrpeli »zgolj« bakterijsko potovalno diarejo, ki na potovanjih v arabski svet šteje za običajno tveganje in ga potnik mora vzeti v zakup. Čeprav so se najverjetneje res okužili v hotelu, ni šlo za nedopustno odstopanje od predpisanih higienskih standardov, pač pa za telesni odziv zahodno-evropskega turista na lokalno običajne razmere, s katerega možnostjo so bili tožniki vnaprej seznanjeni in ki bi ga lahko preprečili s preprostimi preventivnimi ukrepi, pa se jih niso držali.²⁹

Revizija je bila dopuščena glede vprašanj, ali organizator potovanja odgovarja za škodo, ki nastane potnikom kot posledica okužbe pri zagotavljanju hotelskih storitev, ki so predmet pogodbe o organiziranju potovanj; ali je potrošnik dolžan dokazati, da je hotel zagotavljal neustrezno higiensko raven storitev; ter ali za priznanje odškodninske odgovornosti zadostuje presoja, da je z veliko mero verjetnosti do bakterijske okužbe prišlo pri uživanju hotelske hrane.³⁰ Vrhovno sodišče je v sledeči sodbi³¹ uvodoma poudarilo, da je glede priznavanja nepremoženjske škode zaradi izgube užitka na počitnicah vsekakor treba upoštevati stališče sodišča EU.³² Vendar pa je pritrdilo pritožbenemu sodišču in revizijo zavrnilo na podlagi zaključka,

²⁸ Sodba VSL I Cp 987/2012 z dne 7. 11. 2012.

²⁹ Taki ukrepi so: skuhaj, speci, olup ali ne jej.

³⁰ Sklep VS RS II DoR 16/2013 z dne 14. 3. 2013.

³¹ Sodba VS RS II Ips 228/2013 z dne 30. 7. 2015.

³² Razlogi pritožbenega sodišča za potrditev zavrnilne sodbe sicer ne temeljijo na tem, da naj bi bila vtoževana odškodnina za nepriznano obliko škode.

da je v obravnavani zadevi privolitev oškodovancev, ki so zavestno prevzeli krajevno običajna tveganja, izključila protipravnost ravnanja in škode. Oškodovanci so namreč zavestno vstopili v razmerje s povečanim tveganjem in s tem nase prevzeli rizik realizacije negativne posledice. Treba pa je poudariti, da to velja le, dokler ne gre za hujše oblike prebavnih motenj, ki niso več krajevno običajne, in torej ne gre le za reakcijo na spremembo okolja in lokalno hrano. Tak je bil, denimo, primer Simone Leitner, ki se je zastrupila s salmonelo.

Uporaba izraza »privolitev oškodovanca« je v obravnavanem primeru lahko nekoliko dvoumna. Plavšakova dosledno razlikuje med privolitvijo v nastanek škode in prevzemom tveganja negativne posledice.³³ Pri privolitvi je nastanek škode gotov, povzročena pa je naklepno. Pri prevzemu tveganja negativne posledice pa ni gotovo, da bo škoda nastala,³⁴ vendar pa se te možnosti tisti, ki tveganje prevzame, zaveda, zato povračila škode ne more (v celoti) prevaliti na drugo osebo. V obeh primerih je učinek sicer enak – izključena je protipravnost ravnanja. OZ institut privolitve oškodovanca ureja v 140. členu, medtem ko se prevzem tveganja negativne posledice najpogosteje odrazi kot razbremenitev povzročitelja zaradi ravnanja (soprišpevka) oškodovanca (171. člen OZ in 185. člen OZ). Natančno branje revizijske odločbe pokaže, da je Vrhovno sodišče seveda imelo v mislih prevzem tveganja negativne posledice in je govorilo o privolitvi v tveganje ter v negativno posledico, v kolikor se tako tveganje realizira.³⁵

V tem zaključku sta implicirana odgovora na drugi dve dopuščeni revizijski vprašanji: ali je potrošnik dolžan dokazati, da je hotel zagotavljal neustrezno higiensko raven storitev, ali zadostuje presoja, da je z veliko mero verjetnosti do okužbe prišlo s hotelsko hrano. Revidenti so oporekali na prvi pogled kontradiktornemu zaključku, da je bila higienska raven storitev ustrezna, kljub temu da je bilo z veliko mero verjetnosti izkazano, da so zboleli ravno zaradi uživanja hotelske hrane. Ugotoviti je treba, da se vprašanji nanašata na dve različni predpostavki odškodninske odgovornosti – prvo na protipravno (škodno) ravnanje, drugo pa na vzročno zvezo. Vzročna zveza je bila v konkretnem primeru izkazana,³⁶ vendar pa je bila

³³ Plavšak in drugi (2009), str. 541 in 556.

³⁴ Zato na zaključke o privolitvi v tveganje ne more vplivati morebiten drugačen vpliv istega škodnega ravnanja na posamezne oškodovance. Stik z določenimi mikroorganizmi se pri nekaterih sploh ne bo odrazil v negativni posledici, drugi bodo utrpeli lažje neveščnosti, tretji pa hudo reakcijo. Pri tem gre za vprašanje obsega škode, ne pa protipravnosti ravnanja povzročitelja. Lahko pa se bo pojavilo vprašanje, ali so se sploh zastrupili na isti način – v kolikor bi se izkazalo, da je okužba pri enem od oškodovancev neobičajna tudi za krajevne razmere, bo odgovornost povzročitelja seveda podana.

³⁵ Glej zlasti 15. točko obrazložitve in zadnji stavek 17. točke obrazložitve sodbe VS RS II Ips 228/2013 z dne 30. 7. 2015.

³⁶ Tak zaključek je sodišče prve stopnje napravilo, ker je bilo mogoče z visoko stopnjo verjetnosti (več kot 50 odstotkov) sklepati, da je bila vzrok okužbe hotelska hrana. Nasprotno pa je pritožbeno sodišče v neki drugi zadevi (VSL I Cp 2317/2009 z dne 7. 10. 2009) menilo, da ni bila izkazana predpostavka vzročne zveze. Izvedenec je namreč zaklju-

izključena protipravnost ravnanja. »Ustreznost« higijenske ravni je namreč relativizirana – presoja se glede na lokalne standarde.

Pri paketnih počitnicah v eksotičnih krajih v običajnem cenovnem rangi, ob predhodnem opozorilu na lokalno kategorizacijo hotelov in na običajna zdravstvena tveganja ter ob napotkih za ustrezno preventivo, se bo organizator (najverjetneje) izognil odgovornosti. Ni pa mogoče izključiti, da bi se organizator s pogodbo zavezal (sam ali prek tretje osebe) nuditi posebno visoko raven storitev (čemer primerna bi bila zagotovo tudi cena), ki bi ustrezale zahodnjaškim standardom. V takem primeru bi bila presoja potnikove privolitve v tveganje veliko strožja (v škodo organizatorja), saj bi se potnik zanesel, da bo ponudnik storitev prevzel obvladovanje rizikov. Možnost, da potnik ob »zgolj« lokalnih higienskih standardih zbolí, je za organizatorja vsekakor objektivno predvidljiva posledica, in v kolikor potniku zagotovi, da do nje ne bo prišlo, bodo možnosti, da se razbremeni odgovornosti, manjše. Presojale se bodo okoliščine, nastale po sklenitvi pogodbe, ki jih ni mogel preprečitine odpraviti in se jim tudi ne izogniti (240. člen OZ), oziroma pripisljivost napake pri izpolnjevanju pogodbe potrošniku, tretji osebi, višji sili ali dogodku, ki ga kljub skrbnemu ravnanju ni bilo mogoče predvideti ali preprečiti (drugi odstavek 5. člena Direktive).

3.2. Skrbnost pri izbiri (*culpa in eligendo*)

Čeprav bodo oškodovanci torej sami morali prevzeti del krajevno običajnih tveganj, pa je Vrhovno sodišče v isti revizijski odločbi organizatorjem potovanj »zaprlo« pot pri sklicevanju na enega izmed ekskulpacijskih razlogov, ki jim ga je sicer za primere, ko so opravo turističnih storitev prepustili tretji osebi (kar bo v primerih paketnih počitnic zelo pogosto), nudil drugi odstavek 892. člena OZ. Gre za vprašanje dolžne skrbnosti organizatorja potovanja pri izbiri tretjih oseb, ki jim zaupa opravo posameznih storitev, ki sestavljajo paketne počitnice.

To se na prvi pogled zdi nekoliko nenavadno, saj iz obrazložitve drugostopenjske sodbe ne izhaja, da bi sodišče druge stopnje organizatorja potovanja ekskulpiralo odgovornosti za škodo zato, ker naj bi pri izbiri hotelirja ravnal z ustrezno skrbnostjo (torej da bi bil zanj odgovoren kvečjemu hotelir). Res pa je bil to eden od razlogov za zavrnitev zahtevka v sodbi sodišča prve stopnje.

ZVPot, ki implementira Direktivo in se napram OZ uporablja kot *lex specialis*, vsebuje v členu 57g glede odškodninske odgovornosti organizatorja potovanja zgolj splošno določbo. Organizator v skladu z njo odgovarja za škodo, ki jo povzroči potrošniku zaradi delne ali popolne neizpolnitve pogodbe, v skladu s splošnimi pravili, ki urejajo obligacijska razmerja, razen če ni

čil, da je bilo možnih povzročiteljev okužbe veliko (ne le hotelska hrana in pijača, temveč bi lahko do okužbe prišlo tudi z dotikanjem predmetov splošne rabe, kopanjem ipd.), s tem da v hotelu ni bilo zaznati več primerov okužb.

z ZVPot določeno drugače. OZ v svojem splošnem delu ureja načela poslovne in neposlovne odškodninske odgovornosti, poleg tega pa v posebnem delu vsebuje tudi določbe o pogodbi o organiziranju potovanja, vključno z določbami o odškodninski odgovornosti organizatorja potovanja. To ureja na sledeč način: v 890. členu odgovornost za organiziranje potovanja (torej za primer neizpolnitve ali delne izpolnitve pogodbenih obveznosti v smislu organizacije potovanja, to je povezovanja posameznih storitev v celoto³⁷), v 891. in 892. členu pa (dodatno) odgovornost za izvedbo posameznih storitev (glede na predpise, ki urejajo posamezno storitev). 891. člen OZ ureja primere, ko organizator sam prevzame izvedbo prevoza, prenočitev potnikov ali drugih storitev, 892. člen OZ pa primere, ko izvedbo teh storitev zaupa tretjim osebam. Drugi odstavek 892. člena OZ organizatorju nalaga odgovornost za ravnanje tretjih oseb celo takrat, ko so bile storitve sicer izvršene v skladu s pogodbo in relevantnimi predpisi, vendar ob tem potniku kljub temu nastane škoda.³⁸ Vendar pa se v tem primeru odgovornosti lahko razbremeni, če dokaže, da je pri izbiri oseb, ki so jih opravile, ravnal z ustrežno skrbnostjo (t. i. *culpa in eligendo*). Gre torej za obliko krivdne odgovornosti.

Revizijsko sodišče je torej izkoristilo priložnost, da razjasni še eno dilemo, ki se je pojavila zaradi neustreznega prenosa Direktive v slovensko zakonodajo. Člen 57g ZVPot v povezavi z OZ, na katerega odkazuje, organizatorju potovanja nudi možnost razbremenitve odgovornosti v primeru skrbne izbire izvajalca storitev, medtem ko Direktiva tega ne omogoča. Vrhovno sodišče je posledično z evroskladno razlago ZVPot zaključilo, da zakon ne napotuje na ekskulpacijski razlog iz drugega odstavka 892. člena OZ. Organizator potovanja torej odgovarja, četudi je pri izbiri tretje osebe, ki je povzročila nastanek škode, ravnal z dolžno profesionalno skrbnostjo.³⁹ Ekskulpira se lahko samo iz razlogov, ki jih navaja Direktiva: pripisljivost napake pri izpolnjevanju pogodbe potrošniku, tretji osebi, višji sili ali dogodku, ki ga kljub skrbnemu ravnanju ni bilo mogoče predvideti ali preprečiti.

Pritožbena sodišča so imela pred odločitvijo Vrhovnega sodišča do vprašanja *culpe in eligendo* različna stališča. Eno od njih je do enakih zaključkov glede neuporabe ekskulpacijskega razloga iz drugega odstavka 892. člena OZ prišlo že nekoliko pred Vrhovnim sodiščem.⁴⁰ Organizator potovanja se je v tej zadevi branil in po presoji sodišča prve stopnje tudi uspel dokazati, da je pri izbiri hotelirja, v hotelu katerega je potnik utrpel hudo obliko vnetja prebavil, ravnal z ustrežno profesionalno skrbnostjo. Vendar pa se je to izkazalo za irelevantno, saj je pritožbeno sodišče pojasnilo, da ga to ne more ekskulpirati odškodninske odgovornosti. Zaradi zagotovitve ciljev Direktive namreč uporaba določbe drugega odstavka 892. člena OZ

³⁷ Markič, str. 730.

³⁸ Markič, str. 733.

³⁹ Sodba VS RS II Ips 228/2013 z dne 30. 7. 2015, 11. točka obrazložitve.

⁴⁰ Sklep VSM I Cp 1584/2014 z dne 21. 4. 2015.

ne pride v poštev, temveč je treba odgovornost organizatorja presoati kot objektivno odgovornost. Drugo pritožbeno sodišče pa je prvotno v več zadevah zavzelo stališče, da organizator potovanja odgovarja krivdno, torej le za skrbnost pri izbiri, pri čemer se niti ni ukvarjalo z (ne)ustreznostjo implementacije Direktive v tem segmentu.⁴¹ Ko je v eni od teh zadev v ponovljenem sojenju prvostopenjsko sodišče (v nasprotju z napotki pritožbenega sodišča, a upoštevaje kasneje zavzeto stališče Vrhovnega sodišča glede tega vprašanja) ponovno ugotovilo odškodninsko odgovornost organizatorja kljub izkazani skrbnosti pri izbiri, je tudi pritožbeno sodišče potrdilo to stališče.⁴²

4. Temelj odgovornosti in njegove posledice v zvezi z uveljavljanjem odškodnine za nepremoženjsko škodo

Čeprav se je v sodni praksi kot aktualni problem pojavilo vprašanje priznavanja oblike nepremoženjske škode, ki je OZ ne pozna, pa se izkaže, da se glede poslovne odškodninske odgovornosti organizatorja potovanja kar nekaj vprašanj odpira tudi na drugih ravneh. Ugotoviti je treba, ali bi imela implikacije tudi glede povrnitve nepremoženjske škode.

4.1. Nepravilna izpolnitev pogodbe

Tako premoženjska kot nepremoženjska škoda bosta potniku lahko nastali zaradi neizpolnitve ali zaradi nepravilne izpolnitve pogodbe o organiziranju potovanja. Škodo zaradi izgube užitka na počitnicah bo morda utrpel, če bo težko pričakovano potovanje na primer odpovedano, prekinjeno ali pa če bodo storitve izvedene pomanjkljivo. Primeri, ki so se do sedaj pojavili v slovenski sodni praksi, se pretežno nanašajo na škodo, ki je nastala kot posledica nepravilne izpolnitve pogodbe o organiziranju potovanja oziroma storitev iz te pogodbe. Največkrat je šlo za tako ali drugače pomanjkljive nastanitvene kapacitete in higiensko oprečenost gostinske ponudbe.

Peti člen Direktive govori o obveznosti držav članic, da sprejmejo potrebne ukrepe za zagotovitev odgovornosti organizatorja potovanja do potrošnika za pravilno izpolnjevanje obveznosti iz pogodbe. To zajema tako primere neizpolnitve kot tudi nepravilne izpolnitve pogodbe, kar izrecno izhaja iz drugega odstavka 5. člena Direktive.

Splošne določbe OZ o poslovni odškodninski odgovornosti govorijo o povrnitvi škode zaradi neizpolnitve ali zamude z izpolnitvijo obveznosti. Nepravilna izpolnitev obveznosti ni

⁴¹ Sodba VSL I Cp 2317/2009 z dne 7. 10. 2009, sodba VSL III Cp 762/2014 z dne 4. 6. 2014, sodba in sklep VSL III Cp 957/2015 z dne 22. 4. 2015.

⁴² Sodba VSL III Cp 3307/2015 z dne 16. 12. 2015.

izrecno omenjena. Dolenc ugotavlja, da bi to utegnilo predstavljati problem, pri čemer bi bili primerni rešitvi bodisi analogna uporaba pravil glede neizpolnitve obveznosti bodisi uporaba pravil o odgovornosti za stvarne ali pravne napake, ki so odsev nepravilne izpolnitve obveznosti.⁴³ Načina ne pripeljeta nujno do povsem enakih rezultatov. Plavšakova sistematično prikaže odgovornost za stvarne ali pravne napake kot posebno vrsto poslovne odškodninske odgovornosti.⁴⁴ Škoda se v tem primeru manifestira v več oblikah: prvenstveno kot zmanjšanje vrednosti stvari ali storitve zaradi napake, poleg tega pa tudi v obliki drugih, nadaljnjih negativnih posledic – škode zaradi zaupanja in škode na drugih oškodovančevih dobrinah (refleksne škode). Odprava prve oblike škode se lahko zahteva le z jamčevalnimi zahtevki, odprava drugih dveh morebitnih pojavnih oblik pa s (kumulativnim) odškodninskim zahtevkom. Pri tem naj bi za uveljavljanje škode zaradi zaupanja morale biti – v primerjavi s splošno poslovno odškodninsko odgovornostjo – izpolnjene tudi vse predpostavke odgovornosti za napake, veljal pa naj bi tudi enak prekluzivni rok kot za uveljavljanje jamčevalnih zahtevkov.⁴⁵ Vse to pa naj bi ne veljalo za uveljavljanje refleksne škode, ki se presoja po splošnih pravilih o poslovnih odškodninskih odgovornosti.⁴⁶

Tudi določbe iz posebnega dela OZ in določbe ZVPot, ki se nanašajo na odškodninsko odgovornost organizatorja potovanja, ne dajejo povsem jasnih odgovorov. Po 890. členu OZ (odgovornost za organiziranje) organizator odgovarja zaradi delne ali popolne neizpolnitve pogodbe, 891. člen OZ (odgovornost za samostojno opravo storitev) ne omenja izrecno niti neizpolnitve niti nepravilne izpolnitve kot vzrokov povzročene škode, 892. člen OZ (odgovornost za opravo storitev prek tretjega) pa v prvem odstavku govori o odgovornosti zaradi delne ali popolne neizvršitve storitev, ki jih je zaupal tretjim osebam, medtem ko v drugem odstavku govori o škodi, ki je nastala ob izvršitvi storitev, ki pa so bile izvršene v skladu s pogodbo in predpisi. Slednja formulacija odpira vprašanje, ali je zakonodajalec v drugem odstavku želel zaobjeti situacije, ko je bila storitev sicer v celoti opravljena, a nepravilno,⁴⁷ ali pa situacije, ko je bila storitev opravljena v celoti in pravilno, a je pri njenem izpolnjevanju nastala posebna vrsta škode, pri kateri glede na besedilo zakonske določbe ni jasno, ali gre sploh še za pogodbeno odškodninsko odgovornost (če je bila storitev izvršena v skladu s pogodbo in predpisi, potem ni protipogodbenega ravnanja). Cigoj in Markič govorita o »škodi ob izpolnjevanju pogodbe«, pri čemer kot primere navajata škodo, ker med prevozom pride do poškodbe prtljage, ker natakar v hotelu polije obleko gosta, ker gost pade na nevzdrževanem

⁴³ Dolenc, str. 274 in 294.

⁴⁴ Plavšak in drugi (2009), str. 801.

⁴⁵ Prav tam, str. 802–804. Enako Možina (2012), str. 100–102.

⁴⁶ Plavšak in drugi (2009), str. 805–806.

⁴⁷ Cigoj (str. 2351) ugotavlja, da zakon določa odgovornost organizatorja za ravnanje tretjih v primeru neizpolnitve, molči pa o nepravilni izpolnitvi, in zaključuje, da organizator posledično za nepravilno izpolnitev ne odgovarja.

hotelskem kopališču ipd.⁴⁸ Take situacije bodo načeloma zelo blizu izpolnitvi z napako, čeprav bo taka »napaka« glede na pogodbeni interes manjšega pomena. V prvem od prej navedenih primerov bo denimo sam prevoz potnika, ki je bistvo storitve, uspešno opravljen – pravočasno, v ustreznem prevoznem sredstvu –, zgolj prtljaga bo nekoliko poškodovana. Pogosto pa se bo težko odločiti, ali gre res za manj pomembno napako. V primerih higiensko oporečne hrane se zdi bližji zaključek, da je bistvo storitve (najmanj) v neoporečni hrani, ne pa samo v tem, da je gostu nuden (kakršenkoli) obrok. Na neakovostno opravo storitev se izrecno nanaša le 893. člen OZ, ki potniku v prvem odstavku omogoča sorazmerno znižanje cene, v drugem pa mu priznava tudi kumulativni odškodninski zahtevek.

Člen 57g ZVPot določa odgovornost organizatorja za škodo zaradi delne ali popolne neizpolnitve pogodbe, nepravilne izpolnitve pa ne omenja. Nenavadno je, da se je ZVPot omejil na odgovornost za neizpolnitev pogodbe. Iz obrazložitve predloga novele ZVPot-C namreč izhaja, da ni šlo za spregled dejstva, da 5. člen Direktive govori tako o neizpolnitvi kot o nepravilni izpolnitvi. Predlagatelj je zapisal, da novi člen 57g ZVPot zagotavlja prenos 5. člena Direktive, ki naj bi bil sicer že prej izvršen z 890. členom OZ, razen v delu, ki določa odgovornost organizatorja glede nepravilne izpolnitve oziroma napak pri izpolnjevanju pogodbe.⁴⁹ Nadalje predlagatelj povzema tudi pravila nadaljnjih členov OZ in zaključí, da ta posebna pravila niso bila prenesena v besedilo ZVPot, zato slednji vsebuje zgolj ustrezen sklic.⁵⁰ Pri tem pa spregleda, da bo sklic na »splošna pravila, ki urejajo obligacijska razmerja« glede na besedilo člena 57g ZVPot veljal le za primere neizpolnitve pogodbe. Ustreznost implementacije Direktive v ZVPot je zato vprašljiva tudi s tega vidika.

Odškodninsko odgovornost za neakovostno opravo storitev iz pogodbe o organiziranju potovanja je mogoče izpeljati na enak način, kot je bilo zgoraj na splošno prikazano za poslovno odškodninsko odgovornost, torej prek odgovornosti za stvarne napake. Sorazmerno znižanje cene iz 893. člena OZ je po svoji naravi namreč jamčevalni zahtevek zaradi stvarne napake storitve – njene neakovostne oprave. Omenjena določba tak zahtevek poleg tega izrecno omogoča tudi za primer nepopolne oprave storitve. Ni pa videti razloga, da bi ne prišli v poštev tudi ostali jamčevalni zahtevki, ki jih OZ in ZVPot na splošno določata za primere stvarnih napak: zahtevek za odpravo pomanjkljivosti ali ponovno opravo storitve (če bo to mogoče), odstop od pogodbe (po OZ) oziroma vračilo plačanega zneska (po ZVPot).⁵¹ Opozoriti velja, da ZVPot ločeno (čeprav vsebinsko enako) ureja pravice v primeru stvarnih napak na blagu (prvi odstavek 37.c člena ZVPot) in pravice v primeru nepravilne oprave storitev

⁴⁸ Cigoj, str. 2352, Markič, str. 733.

⁴⁹ Poročevalec DZ, EVA 2007-2111-0006, 11. 10. 2007, str. 26.

⁵⁰ Prav tam.

⁵¹ Glej tudi Markič, str. 737.

(38. člen ZVPot), medtem ko OZ govori le o napakah na stvari. Vendar pa ZVPot pravico do kumulativnega odškodninskega zahtevka izrecno omenja le pri napakah na blagu (drugi odstavek 37.c člena ZVPot), ne pa tudi pri nepravilni opravi storitev. Kljub temu bi bila v nasprotju z namenom zakona razlaga, po kateri bi bil odškodninski zahtevek v slednjem primeru izključen. Ni namreč mogoče trditi, da potrošniku v primeru nepravilne oprave storitev ne more nastati škoda, niti ni videti razloga, zakaj bi bilo treba razlikovati med njegovimi pravicami, kadar gre za blago in kadar gre za storitve.

4.2. Navadna ali refleksna škoda?

Če izhajamo iz odškodninske odgovornosti zaradi stvarnih napak, se lahko zastavi vprašanje, za kakšno škodo gre v tipičnih primerih neakozostne oprave počitniških storitev – za škodo zaradi zaupanja ali za refleksno škodo. Odgovor na to vprašanje ne bo nujno enoznačen, temveč odvisen od konkretnega primera.

Za sodno prakso to utegne biti relevantno, saj morajo biti v primeru škode zaradi zaupanja podane še posebne predpostavke (v skladu s prvim odstavkom 893. člena OZ bi bil to predvsem pogoj, da je neakozostno opravo storitev pri organizatorju potovanja ugovarjal v 8 dneh; po 57.e členu ZVPot pa v najkrajšem možnem času, najkasneje pa v dveh mesecih po končanem potovanju), za njeno uveljavljanje pa velja prekluzivni rok. Posebnega roka OZ v delu, kjer ureja pogodbo o organiziranju potovanja, sicer ne določa, vendar bi bilo mogoče zavzeti stališče, da velja splošni enoletni rok iz prvega odstavka 480. člena OZ oziroma dvoletni rok iz 37.c člena ZVPot v povezavi z 38. členom ZVPot. Ta po zakonski določbi sicer teče od obvestila o napaki, vendar je pri njegovi uporabi v primerih odškodninskih zahtevkov pravilnejše stališče, da teče od dneva nastanka škode.⁵²

Škoda zaradi zaupanja (*damnum circa rem*) je škoda, ki je tesno povezana s predmetom izpolnitve. Kadar je predmet izpolnitve stvar, gre navadno za škodo, povezano s stroški za prevoz stvari z napako, njeno hranjenje ipd. Drugi odstavek 37.c člena ZVPot jo primeroma navaja kot stroške materiala, nadomestnih delov, dela, prenosa in prevoza izdelkov, ki nastanejo zaradi izpolnitve obveznosti. Kadar gre za storitve, bodo tako škodo lahko predstavljali denimo stroški prevoza do kraja oprave storitve ipd. Refleksna škoda (*damnum extra rem*) pa je nadaljnja škoda, ki zaradi napake nastane na drugih kupčevih dobrinah. OZ jo ureja v tretjem odstavku 468. člena, medtem ko je ZVPot izrecno ne omenja (niti v zvezi z napakami stvari niti z napakami storitev). Možina najde razliko med obema v varovanem interesu: pri prvi se varuje kupčev izpolnitveni interes, pri drugi pa kupčev interes integritete.⁵³

⁵² Plavšak in drugi (2009), str. 804.

⁵³ Možina (2006), str. 424.

V primerih nepremoženjske škode, ki bi nastala zaradi nekvalitetne oprave storitev na počitnicah, bo šlo najverjetneje za refleksno škodo. Če bo hotelski gost zaradi higiensko oporečne hrane staknil okužbo in zbolel, bo poseženo v njegovo telesno integriteto; šlo bo za škodo, ki se odrazi na njegovem telesu. Tudi nepremoženjska škoda v obliki izgube užitka na počitnicah zaradi take okužbe (ali zaradi drugih razlogov) se bo odrazila v njegovi osebnostni sferi (duševni in telesni integriteti). Enako bo veljalo za primere prestanih duševnih bolečin in strahu.

Iz dosedanje sodne prakse izhaja, da se sodišča, kljub temu da je šlo za primere nepravilne oprave počitniških storitev, pri odločanju o odškodninskih zahtevkih niso sklicevala na 893. člen OZ oziroma na odškodninsko odgovornost v okviru stvarnih napak, temveč (glede na to, da je šlo za storitve, ki jih je organizator potovanja zaupal v izvedbo tretjim osebam) na 892. člen OZ. Iz tega izhaja, da so pravzaprav analogno uporabila pravila o neizpolnitvi pogodbe. V primerih, kjer se je pojavilo vprašanje *culpe in eligendo* po drugem odstavku 892. člena OZ, bi bila sicer mogoča tudi razlaga, da so nastalo škodo štela zgolj za »škodo ob izpolnjevanju pogodbe«, čeprav se to zdi manj verjetno.

Kar zadeva nepremoženjsko škodo, razlike v praksi seveda ne bo. Z analogno uporabo pravil o neizpolnitvi pogodbe bodo veljala splošna pravila o poslovni odškodninski odgovornosti (pri čemer je na podlagi evroskladne razlage Direktive izključeno sklicovanje na *culpo in eligendo*), z uporabo pravil o odškodnini zaradi stvarnih napak (oziroma zaradi nepravilne oprave storitev) pa prav tako, saj bo šlo za refleksno škodo.

5. Odmera odškodnine

Slovenska sodna praksa v zvezi z odmero odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi izgube užitka na počitnicah se šele vzpostavlja. Možina ugotavlja, da se v tuji sodni praksi za to obliko škode prisojajo relativno nizke odškodnine (v Avstriji denimo od 9 do 100 EUR na dan, v povprečju 40 EUR na dan, pri čemer se kot merilo upošteva tudi cena počitnic).⁵⁴ Čeprav tuja praksa za slovenska sodišča seveda ni zavezujoča, pa v začetni fazi – glede na neobstoj domače sodne prakse – lahko predstavlja relevanten pripomoček pri odločanju (kar je že bilo poudarjeno v eni od drugostopenjskih odločb⁵⁵). Podobno se domača sodišča pri odločanju o znižanju kupnine zaradi nepravilne izpolnitve turistične pogodbe opirajo na t. i. frankfurtske tabele, ki jih je izdelal civilni senat Deželnega sodišča v Frankfurtu, kot na pripomoček, čeprav seveda niso zavezujoč del našega pravnega reda.

⁵⁴ Možina (2014).

⁵⁵ Sodba VSL III Cp 3307/2015 z dne 16. 12. 2015.

Odmera odškodnine za škodo, ki se ne odrazi v premoženju, ni nikoli lahka naloga. OZ govori o pravični odškodnini. Po prvem odstavku 179. člena OZ se kot okoliščine primera, ki upravičujejo pravico do odškodnine, upoštevajo zlasti stopnja bolečin in strahu ter njihovo trajanje. Namen določbe je med drugim v tem, da se za neznatno škodo ne prisoja odškodnina. Ta kriterij bo pri izgubi užitka mogoče uporabiti le smiselno, saj se za priznanje odškodnine ne zahteva obstoj posebnih duševnih bolečin. Upoštevati bi bilo mogoče, na primer, neizkorišчени oziroma pokvarjeni čas počitnic v primerjavi s trajanjem celotnih počitnic, vendar je treba vzeti v ozir dejstvo, da pri relativno kratkotrajnih počitnicah že pokvarjen dan ali dva ne pomenita zgolj neznatne škode. Dobra se zdi rešitev, da se odškodnina prisodi v dnevni zneskih (za vsak dan pokvarjenega dopusta), pri določitvi višine dnevnega zneska pa se upoštevajo okoliščine konkretnega primera (stopnja »pokvarjenosti« počitnic). V tem okviru (in z ozirom na načelo objektivne pogojenosti višine odškodnine⁵⁶) je mogoča individualizacija višine odškodnine, kjer sodišče lahko upošteva, kako hude so bile nevšečnosti, ki jih je oškodovanec utrpel, in kakšna pričakovanja je imel od konkretnega dopusta (pri dolgo načrtovanih počitnicah, avanturističnih počitnicah, enkratnih življenjskih potovanjih, poročnih potovanjih ipd. bodo načeloma višja), torej kako intenziven je bil posledični občutek izgube užitka.⁵⁷ Pri presoji stopnje nevšečnosti je treba upoštevati, da je ista nevšečnost lahko del podlage, po kateri oškodovanec utemeljuje odškodnino tudi za drugo obliko nepremoženjske škode (na primer zaradi telesnih in duševnih odškodnin ter strahu). Kot enega od kriterijev se zdi neprimerno upoštevati denarno vrednost počitniškega aranžmaja, četudi bi se oškodovancu lahko dopust zdel še bolj pokvarjen v primeru, ko je zanj plačal zelo veliko denarja. Vendar pa bo premoženjsko manjvrednost storitve zaradi njene nepravilne oprave mogoče upoštevati v okviru jamčevalnega zahtevka znižanja kupnine. Drugi odstavek 179. člena OZ pa pri presoji ustreznosti višine odškodnine napotuje na pomen prizadete dobrine in namen odškodnine, pri čemer ta ne sme podpirati teženj, ki niso združljive z njeno naravo in namenom.

V zadevi, kjer je Vrhovno sodišče prvič priznalo to obliko škode, je tožnik zanjo zahteval 3.330,50 EUR. Zadeva je bila vrnjena v ponovno sojenje sodišču prve stopnje z napotkom, da naj odloči o utemeljenosti zahtevka po višini, upoštevaje okoliščine konkretnega primera. V ponovno sojenje pred sodiščem prve stopnje je bila vrnjena tudi zadeva tožnika, ki je zaradi hudega vnetja prebavil končal v bolnišnici. V obeh primerih iz baze sodne prakse ni razvidno, ali je bilo o zahtevkih že ponovno odločeno.

⁵⁶ Glej na primer sodbo VS RS II Ips 408/2004 z dne 9. 2. 2006, v kateri je bilo opozorjeno na vrednotenje posledic konkretnega oškodovanca v primerjavi s (hujšimi ali lažjimi) posledicami drugih oškodovancev v različnih primerih iz sodne prakse, saj je to pogoj za enotno obravnavanje škod različnega obsega.

⁵⁷ Knez (str. 101) navaja, da je deželno sodišče v Linzu pri odmeri odškodnine v zadevi *Leitner v. TUI* presojalo, v kolikšni meri je bila tožnica prikrajšana za užitek, kakšen je bil cilj in namen potovanja in v kolikšni meri je bil dosežen ter kako dolgo je prikrajšanje užitka trajalo.

Po 2000 evrov (vsak) so tožniki vtoževali zaradi izgube počitniškega užitka kot posledice potovalne driske v zadevi, kjer jim nepremoženjska škoda sicer ni bila dosojena, zavrnjena pa je bila tudi njihova revizija. V primeru z nevšečnostmi zaradi mrčesa v hotelski sobi je sodišče staršema prisodilo vsakemu po 150 EUR, otrokoma pa vsakemu po 100 EUR odškodnine.⁵⁸ Ta zadeva je tudi prva, v kateri je v tem trenutku že znana višina pravnomočno dosojene odškodnine. Pritožbeno sodišče jo je ocenilo za ustrezno (ne prenizko, kot so trdili tožniki), in sicer tudi v primerjalnopravnem pogledu. Pri tem je med drugim upoštevalo čas, v katerem sta bila otroka prikrajšana za dejavnosti, ter namen odškodnine za nepremoženjsko škodo, ki je v slovenskem pravu primarno v zadoščenju (satisfakciji), in ne v obogatitvi – take težnje bi bilo po mnenju pritožbenega sodišča še zlasti neprimerno podpirati pri mladoletnih oškodovancih.

V zadnjem času se zlasti v pravni teoriji poudarja tudi pomen preventivne in kaznovalne funkcije odškodnine, čemur sodna praksa zaenkrat ni naklonjena. Zlasti gre za primere grobih, namernih in dobičkonosnih medijskih posegov v osebnostne pravice.⁵⁹ V primerih kršitev pogodb o organiziranju potovanja pa bi le redko lahko govorili o zavrnjenih motivih povzročitelja škode, ki bi utemeljevali kaznovalno odškodnino. Zelo izjemni primeri bi lahko utemeljevali preventivno odškodnino, v kolikor bi se denimo izkazalo, da organizator potovanja ne izpolnjuje redno pogodbenih obveznosti do potrošnikov in s tem dosega tudi kakšno lastno korist.⁶⁰

Omeniti velja še, da drugi odstavek 5. člena Direktive dovoljuje pogodbeno omejitev višine nadomestila škode (razen za škodo zaradi telesnih poškodb), ki pa ne sme biti nerazumna. Ne more pa se s pogodbeno klavzulo izključiti same odškodninske odgovornosti organizatorja ali ekskulpacijskih razlogov (tretji odstavek 5. člena Direktive). ZVPot v 57.g členu, ki kot *lex specialis* ureja odškodninsko odgovornost organizatorja potovanja, napotuje na določila OZ, razen če bi ZVPot imel drugačne določbe. Člen 894 OZ zadosti določbam Direktive, saj prepoveduje pogodbeno določila, s katerimi bi bila odgovornost organizatorja izključena ali zmanjšana, dovoljuje pa pisne pogodbene klavzule, s katerimi je vnaprej določena najvišja odškodnina, pod pogojem, da ni v očitnem nesorazmerju s škodo.⁶¹ Ta omejitev odškodnine ne velja, če gre za telesne poškodbe ali če je organizator škodo povzročil namenoma ali iz hude

⁵⁸ Sodba VSL III Cp 3307/2015 z dne 16. 12. 2015.

⁵⁹ Na ta stališča se v zadevi II Ips 130/2012 z dne 8. 11. 2012 sklicuje tudi Vrhovno sodišče.

⁶⁰ Primerjaj Plavšak in drugi (2009), str. 649.

⁶¹ Primerjaj tudi s splošnimi določbami o poslovni odškodninski odgovornosti, v skladu s katerimi je pogodbeno določilo, ki določa najvišji znesek odškodnine, veljavno, če tako določen znesek ni v očitnem nesorazmerju s škodo ali če za posamezen primer zakon ne določa kaj drugega (tretji odstavek 242. člena OZ).

malomarnosti.⁶² Člen 57g ZVPot nima posebnih določb glede omejitve višine odškodnine v zvezi s pogodbi o turističnih aranžmajih,⁶³ vendar pa 1. člen ZVPot določa, da pravic, ki pripadajo potrošniku po ZVPot, s pogodbo ni mogoče omejiti ali izključiti. Zato bi se lahko zastavilo vprašanje, ali je mogoče to določbo šteti za »drugačno določilo« ZVPot, ki izključuje uporabo OZ v delu glede omejitve odškodnine. Zakonodajalec se namreč lahko odloči, da potrošniku nudi višjo raven pravic (v tem primeru pravico do popolne odškodnine), četudi Direktiva omogoča omejitev višine odškodnine.

6. Sklep – nujnost zakonodajnih sprememb?

Po odločitvi Sodišča EU v zadevi *Leitner v. TUI*, ki ima za države članice zavezujoč učinek, je bilo bolj ali manj jasno, da se bo nepremoženjska škoda zaradi izgube užitka na počitnicah morala priznati tudi pri nas, pri čemer je bilo glavno vprašanje, ali je to mogoče doseči z neposredno uporabo Direktive, z interpretacijo obstoječega pravnega okvira ali pa bodo potrebne zakonodajne spremembe. V pravni teoriji je bilo zavzeto stališče, da je interpretacija nacionalnega prava v tej smeri mogoča.⁶⁴ Tudi Vrhovno sodišče je v zadevi II Ips 160/2013 odločilo, da »[...] je pravilna izbira razlage nacionalne zakonodaje v luči sicer neimplementirane Direktive skozi prizmo razlage sodbe SEU[...].« Gre torej za posredni učinek prava EU (načelo konsistentne razlage).

Čeprav zakonodajne spremembe torej ne bodo nujno potrebne, saj se v domači sodni praksi ta oblika škode sedaj priznava, pa obstajajo argumenti v njihov prid. Da bi bile koristne že takoj po sprejetju sodbe Sodišča EU, se je pokazalo predvsem v prvotni zadržanosti in negotovosti nacionalnih sodišč, kako se »spopasti« z omenjeno sodbo. Nekatera sodišča škode, ki v zakonu ni izrecno določena, vseeno niso priznala, druga so se le pavšalno sklicevala na sodbo Sodišča EU, pri čemer ni bilo pojasnjeno, na kakšen način jo je mogoče uporabiti in kakšne morebitne nadaljnje implikacije ima. Šele Vrhovno sodišče je k vprašanju pristopilo z bolj systemskega vidika, vendar pa določena odprta vprašanja kljub temu ostajajo. Navsezadnje se je v nedavni sodni praksi izkazalo, da je problematična tudi določba OZ o ekskulpacijskem razlogu skrbnosti pri izbiri, čeprav se Sodišče EU v tovrstna vprašanja niti ni spuščalo. V prispevku je bilo prikazano, kje bi se tudi še lahko pokazale pomanjkljivosti glede implementacije Direktive.

⁶² Gre za enako določbo, kot jo vsebuje četrti odstavek 242. člena OZ, dodana pa je še zahteva iz Direktive glede telesnih poškodb.

⁶³ Primerjaj na primer z 11. členom ZVPot, ki izrecno prepoveduje omejitev ali izključitev odgovornosti za škodo po poglavju o odgovornosti za izdelek, ali s 37.č členom ZVPot, ki enako določa glede prodajalčeve odgovornosti za stvarne napake.

⁶⁴ Možina (2014), Knez, str. 103.

Že Knez je izpostavil razloge pravne varnosti – predvsem za potrošnike, ki bodo svoje zahteve lažje in hitreje uveljavljali na temelju jasnih zakonskih določb, kot pa prek razlage prava EU in sodb Sodišča EU.⁶⁵ Hkrati pa je tudi za organizatorje potovanj pomembno, da poznajo svoje obveznosti oziroma da vedo, v kakšnih primerih lahko odgovarjajo. Pravdne stranke so sicer lahko do vzpostavitve sodne prakse prepuščene ugibanju, kakšno je njihovo trditveno in dokazno breme v postopkih.

Načeloma se, kot navaja Grilc, domet sodbe v zadevi *Leitner v. TUI* razteza na podobne postopke v zvezi z uporabo Direktive, torej na primere, povezane s paketnimi potovanji.⁶⁶ Zastavlja se torej tudi vprašanje, kako ravnati v primerih, ki ne bodo spadali v okvir Direktive, torej ko ne bo šlo za razmerje med potrošnikom in organizatorjem potovanja. Na EU skladno razlago se načeloma ne bo mogoče sklicevati, saj ne bo ustrezne podlage v pravu EU. Vendarle pa bi bilo mogoče izhajati iz same narave pravice, ki je kršena, in namena, zaradi katerega se varuje.

Viri in literatura

a) Pravni viri

Direktiva Sveta 90/314/EGS o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih z dne 13. 6. 1990 (UL L št. 158 z dne 23. 6. 1990).

Zakon o varstvu potrošnikov (Uradni list RS, št. 20/1998, 25/1998 – popr., 23/1999 – ZSVP, 110/2002, 51/2004, 117/2004 – skl. US, 46/2006 – odl. US, 114/2006 – ZUE, 126/2007, 86/2009, 78/2011, 38/2014, 19/2015).

Obligacijski zakonik (Uradni list RS, št. 83/2001, 32/2004, 28/2006 – odl. US, 40/2007).

Poročevalec DZ, EVA 2007-2111-0006, 11. 10. 2007.

Sodba Sodišča EU v zadevi C-168/00 (*Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*) z dne 12. marca 2002.

Mnenje generalnega pravobranilca Tizziana v mnenju k zadevi *Leitner v. TUI* z dne 20. 9. 2001.

Odločbe višjih sodišč: VSL I Cp 2317/2009 z dne 7. 10. 2009, VSM I Cp 603/2012 z dne 12. 9. 2012, VSL I Cp 987/2012 z dne 7. 11. 2012, VSL III Cp 762/2014 z dne 4. 6. 2014, VSM I Cp 1584/2014 z dne 21. 4. 2015, VSL III Cp 957/2015 z dne 22. 4. 2015, VSL III Cp 3307/2015 z dne 16. 12. 2015.

Odločbe Vrhovnega sodišča: II Ips 408/2004 z dne 9. 2. 2006, II Ips 821/2005 z dne 14. 4. 2008, II Ips 618/2008 z dne 10. 7. 2008, II Ips 765/2007 z dne 30. 10. 2008, II Ips 591/2008 in II Ips 305/2009, obe z dne 24. 6. 2009, II Ips 130/2012 z dne 8. 11. 2012, II DoR

⁶⁵ Knez, str. 103.

⁶⁶ Grilc, str. 26–28.

397/2012 z dne 21. 2. 2013, II DoR 16/2013 z dne 14. 3. 2013, II Ips 160/2013 z dne 23. 4. 2015, II Ips 228/2013 z dne 30. 7. 2015.

b) Literatura

- Cigoj, Stojan. Komentar obligacijskih razmerij (IV. knjiga). Ljubljana: Uradni list, 1986.
- Dolenc, Mile. Pogodbena odškodninska odgovornost v sodni praksi. Pravosodni bilten, 2004, letnik XXV, št. 2, str. 253–306.
- Grilc, Peter. Leitner v. Tui – korak k evropeizaciji nepremoženjske škode? V: Seliškar Toš, Mojca (ur.). Izbrane teme civilnega prava – zbornik Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Ljubljana: IPP, 2006, str. 21–31.
- Knez, Rajko. Odškodnina za prikrajšanje užitka. Revizor, 2007, št. 7–8, str. 96–105.
- Markič, Jure. Komentar k 893. členu OZ. V: Plavšak, Nina, Juhart, Miha (ur.). Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem (4. knjiga). Ljubljana: GV Založba, 2003.
- Mežnar, Špelca. Novejši trendi v odškodninskem pravu. Podjetje in delo, 2008, št. 6–7, str. 1284–1293.
- Mežnar, Špelca. Pogodbena odškodninska odgovornost – nekatera odprta vprašanja. Odvetnik, 2013, št. 60, str. 28–31.
- Možina, Damjan. Kršitev pogodbe. Ljubljana: GV Založba, 2006.
- Možina, Damjan. Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi. Pravni letopis 2012. Ljubljana: IPP, 2012, str. 85–104.
- Možina, Damjan. Nepremoženjska škoda zaradi izgube počitnic: Leitner pri nas doma. Podjetje in delo, 2014, št. 1, str. 41–56.
- Plauštajner, Konrad. Turist in negmotna škoda. Pravna praksa, 1991, št. 14, str. 5–6.
- Plavšak, Nina, Juhart, Miha, Vrenčur, Renato. Obligacijsko pravo – splošni del. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- Tekavc, Janez. Zahtevki iz naslova turističnih storitev. Pravna praksa, 2001, št. 25, str. IV–VI.

Predhodna vprašanja:
razmerje med pravdnim in
drugimi postopki

IV.

VESNA BERGANT RAKOČEVIĆ

Medsebojna vezanost na odločbe sodišč v civilnih zadevah

ALEŠ GALIČ

*Predhodna vprašanja in identično dejansko stanje v
razmerju med kazenskim in civilnim postopki*

Strokovni članek
UDK 347.953(497.4)

Medsebojna vezanost na odločbe sodišč v civilnih zadevah

DR. VESNA BERGANT RAKOČEVIĆ,
višja sodnica na
Višjem sodišču v Ljubljani

1. Uvod

Zaupanje v pravo in v pravni sistem izhaja iz prepričanja oziroma želje, da so odločitve sodišč med seboj skladne, predvidljive in zanesljive ter da so po izčrpanju predvidenih pravnih sredstev učinkovite, da zavezujejo tako naslovljence kot tudi sodišča in druge organe.

Želja po takšni harmoničnosti pravnega reda, ki korenini na starorimskem idealu o *Ius* kot o *ars boni et aequi*, marsikdaj ni uresničena in tudi ni uresničljiva. V tem prispevku se omejujem na nekatere razloge za to v ureditvi pravnega postopka.

Široko normativno izhodišče o tem, na kaj je sodnik tudi v civilnem pravdnem postopku vezan, so določbe Zakona o sodiščih (ZS), po katerih je sodnik pri opravljanju sodniške funkcije vezan na ustavo in zakon ter v skladu z ustavo tudi na splošna načela mednarodnega prava in na ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe.¹ Nadalje je deklarativno določeno, da mora pravno močno odločbo sodne oblasti spoštovati vsaka fizična in pravna oseba v Republiki Sloveniji in da odločbe sodne oblasti vežejo sodišča in vse druge državne organe.²

Iz hierarhičnega ustroja sodišč in sistema pravnih sredstev, a hkrati načela sodnikove neodvisnosti nadalje izhaja določba, da lahko sodišče višje stopnje pri odločanju na podlagi vloženega pravnega sredstva (le) usmerja pravno mnenje sodišča nižje stopnje v okvirih, ki jih določa procesni zakon, in da je sodnik pri uporabi prava neodvisen tudi v razmerju do sodišča višje stopnje, ki je v konkretni zadevi že izrazilo svoje pravno mnenje.³

¹ Prvi odst. 3. čl. ZS.

² Prvi in drugi odst. 2. čl. ZS. Načelo pravno močnosti je sicer v dveh novejših odločbah Ustavnega sodišča, Up-383/11 in Up-46/12, nekoliko relativizirano.

³ 11. čl. ZS.

Čeprav so formalno le za senate Vrhovnega sodišča obvezna pravna mnenja, ki jih sprejme Občna seja VS RS,⁴ se tudi sodniki pritožbenih sodišč na več načinov⁵ trudimo usklajevati različna stališča in poenotiti sodno prakso tudi v drugih primerih, kjer je to smiselno, možno oziroma zaželeno. Gotovo je zaželeno, da se pravna varnost zagotavlja tudi skozi predvidljivost sodnega odločanja,⁶ zato je ustaljena sodna praksa pomemben neformalni pravni vir.⁷ Vendar je disharmonija odločitev marsikdaj prevelika, nepričakovana in nezaželena, tudi v idealno delujočem sistemu. Prvi razlog je že človeška lastnost, da se zmoti ali si premisli. Višja ko je instanca sojenja, manj zaželeno je bodisi eno bodisi drugo, čeprav se temu ne da izogniti.⁸

2. Problem pristojnosti in procesnega vodstva

Naslednji razlog za neharmonične ali celo za možne diametralno različne odločitve je odsotnost procesnih pravil, ki bi določala enotno obravnavo ali včasih tudi ustrezno pristojnost za spore, ki bi po materialnem pravu ali po naravi stvari ne smeli biti rešeni različno.

Tak problem se pokaže v primeru delitve skupnega premoženja, ko v nepravdnem postopku postane sporno, kaj vanj spada. En zakonec je denimo napoten na pravdo zaradi ugotovitve, da v skupno premoženje spada neko premoženje, ki je vredno manj kot 20.000 EUR, in je torej za odločitev o sporu pristojno okrajno sodišče, medtem ko je drugi zakonec napoten na pravdo zaradi ugotovitve, da v skupno premoženje spada neko drugo premoženje večje vrednosti, zaradi česar bo v sporu pristojno okrožno sodišče. Ker bo torej o eni tožbi odločalo okrajno, o drugi pa okrožno sodišče, ki bosta hkrati odločali tudi o deležu zakoncev na spornem premoženju, grozi nevarnost, da bodo deleži na posameznih premoženjskih enotah zakoncev določeni različno, kar pa načeloma po materialnopravnem pravu ni dopustno. Ena-

⁴ 110. čl. SZ. Ilustrativna za siceršnjo formalno nevezanost celo na stališča VS RS je situacija, ko je pritožbeno sodišče v zadevah tožnika Zavod za uveljavljanje pravic izvajalcev in proizvajalcev fonogramov Slovenije kljub stališčem VS RS (izraženim v odločbah III Ips 141/2014 in III Ips 142/2014) vztrajalo pri drugačnem stališču in ga dodatno obrazložilo v svoji kasnejši »precedenčni« odločbi V Cpg 2029/2014, na katero se je po tem sklicevalo v mnogih podobnih kasnejših zadevah (na primer V Cpg 575/2015 in druge).

⁵ Z izmenjavo argumentov na rednih oddelčnih kolegijih, posvetih višjih sodišč, izobraževanjih, ki jih organizira Center za izobraževanje v pravosodju (na primer sodniške šole), in tudi z vlaganjem pobud državnemu tožilcu glede vlaganj zahteve za varstvo zakonitosti.

⁶ Galič A., Argument precedensa ali stališče Ustavnega sodišča RS o prepovedi samovoljnega odstopa od sodne prakse, Revus, revija za evropsko ustavnost, str. 44–56.

⁷ V zadnjem času se sicer kritično opozarja na pojav t. i. *case law* formalizma kot na nezaželeno obliko pretiranega formalizma. Glej na primer Matczak M., Bencze M. in Kuehn Z., v: Bobek, str. 71.

⁸ Tako je na primer Vrhovno sodišče RS v sodbi II Ips 244/2015 z dne 29. oktobra 2015 zapisalo, da »ni vezano na svoje stališče, ki ga je zavzelo v sklepu II Ips 359/2011 z dne 30. 10. 2014 ...«, pri čemer je šlo za eno in isto zadevo.

ko nevarno je, ko v sporih odločajo različna prvoinstanjska sodišča iste vrste zaradi različne krajevne pristojnosti ali celo ko sta obe tožbi vloženi pri istem sodišču, pa sta v skladu s pravili sodnega reda dodeljeni dvema različnima sodnikoma. Združitev postopkov po 300. členu ZPP namreč ni obligatorna.⁹

Višje sodišče v Ljubljani je v nekem takem primeru zagato rešilo tako, da je v sporu o pristojnosti določilo okrožno sodišče, ki je obravnavalo tožbo, tudi za obravnavanje nasprotnih tožb, za katero bi bilo glede na vrednost označenega spornega predmeta pristojno okrajno sodišče, rekoč, da materialnopravna narava tožbe in nasprotnih tožb za ugotovitev deležev na skupnem premoženju onemogočata ločeno obravnavo in da se zato morata obe tožbi obravnavati skupaj ter da pri odločanju o isti stvari ne more priti do dveh različnih odločitev.¹⁰ Isto bi bilo mogoče doseči z delegacijo pristojnosti prek Vrhovnega sodišča,¹¹ vendar še vedno ostaja odprto praktično vprašanje neobligatornosti združitve postopka. Ločeno obravnavanje tožbe in nasprotnih tožb v primeru, ko so razlogi smotrnosti narekovali njuno skupno obravnavanje, je sicer lahko relativna bistvena kršitev postopka,¹² vendar je vprašanje, kako bi se v končni fazi lahko sanirala, ko bi posledično že prišlo do različnih odločitev.¹³

Do absurdne situacije zaradi odsotnosti procesnih pravil o medsebojni (po)vezanosti lahko pride v dveh ločenih pravnih zahtevkih za znižanje oziroma zvišanje preživnine (za isto osebo), v postopku zadržanja osebe na zdravljenju na oddelku pod posebnim nadzorom brez njene privolitve po Zakonu o duševnem zdravju (ZDZdr), ko lahko glede iste osebe za isto časovno obdobje teče več postopkov zaradi možnosti, da tak postopek predlaga več oseb (bolnica, CSD in najbližje osebe).¹⁴ Podobno nevzdržna je možnost nasprotujočih si odločitev glede izrekanja in podaljševanja ukrepov v nepravdnem postopku po Zakonu o preprečevanju nasilja v družini (ZPND).¹⁵

⁹ Kadar teče pred istim sodiščem več pravnih med istimi osebami ali več pravnih, v katerih je ista oseba nasprotnik različnih tožnikov ali različnih tožencev, se lahko vse te pravde s sklepom senata združijo za skupno obravnavanje, če se s tem pospeši obravnavanje ali zmanjšajo stroški. O vseh združenih pravnih lahko izda sodišče skupno sodbo (prvi odst. 300. čl. ZPP). Več v Betetto N., v: Ude L. in Galič A. (ur.): Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 2. knjiga. Uradni list RS in GV Založba, Ljubljana 2006, str. 638 in nasl.

¹⁰ Sklep VSL R 241/2015 z dne 11. 6. 2015. Tako tudi Betetto N., prav tam, str. 641.

¹¹ Vrhovno sodišče lahko na predlog stranke ali pristojnega sodišča določi drugo stvarno pristojno sodišče, da obravnava zadevo, če je očitno, da se bo tako lažje opravil postopek, ali če so za to drugi tehtni razlogi. (67. čl. ZPP).

¹² II Ips 747/2005 z dne 6. 3. 2008.

¹³ Pravno mnenje občne seje VS RS z dne 21. in 22. 12. 1992, »Odločitev o deležu tožnika ima neposreden vpliv na odločitev o deležu toženke.« (Poročilo VS RS 2/92), na to dilemo ne odgovarja.

¹⁴ V postopku VSL I Cp 720/2015 je bila vložena pritožba zoper sklep, da se konkretno na zdravljenju proti volji zadržano osebo takoj izpusti, v pritožbi pa navedeno, da je v drugem postopku za isto osebo za isto časovno obdobje izdan sklep, da se ga zadrži brez privolitve.

¹⁵ Na primer VSL 3385/2014 in povezane zadeve.

3. Predhodna vprašanja

Pri medsebojni vezanosti na odločbe sodišč v civilnih zadevah imajo poseben pomen predhodna vprašanja, saj je sodišče glede na diktio 13. člena ZPP vezano na pravnomočno rešeno predhodno vprašanje.¹⁶

Kdaj gre za dejansko in kdaj tudi za pravno vezanost (pravo predhodno vprašanje), ni vedno enostavno oceniti.¹⁷

Vrhovno sodišče je zapisalo, da je vprašanje meje tipično predhodno vprašanje v tožbi za odstranitev zidu, saj je usoda negatorne tožbe odvisna od predhodne rešitve mejnega spora, s katerim se odloči o prostorskem obsegu lastninske pravice.¹⁸ Po istem razumevanju bi potek meje pomenil predhodno vprašanje denimo v odškodninskem sporu zaradi posekanih dreves. Menim, da vendarle ne gre za tipično predhodno vprašanje, pač pa le za pomembne (odločilne) dejanske ugotovitve med istimi strankami.¹⁹

Zanimiva je dilema, ali je po definiciji predhodno vprašanje nujno vprašanje, ki zadeva obe stranki (subjektivna identiteta), oziroma tako vprašanje, da sta se v postopku njegovega reševanja obe stranki imeli možnost o njem izjaviti. Načeloma oziroma praviloma o tem ne more biti dvoma, vendar obstajajo tudi izjeme, in sicer kadar obstaja nujna akcesornost po materialnem pravu. Po 609. členu OZ podzakup preneha v vsakem primeru, ko preneha zakup. Podzakupnik se zato v pravdi proti lastniku ne bi mogel uspešno braniti z ugovorom, da zakup ni prenehal, če je o tem med lastnikom in zakupnikom že odločeno. Podobno velja v primeru povezanosti pravde (upnika proti tretjemu) za izpodbijanje dolžnikovih dejanj in pravde (upnika proti dolžniku) zaradi plačila dolga. Po prvem odstavku 255. člena OZ lahko vsak upnik, čigar terjatev je zapadla v plačilo, tudi ne glede na to, kdaj je nastala, izpodbija pravno dejanje svojega dolžnika, ki je bilo storjeno v škodo upnikov. Ob tem sledimo stališču, da zakonsko besedilo od upnika ne zahteva, da ima že izvršljivo oziroma pravnomočno priznano terjatev.²⁰ Zastavlja se vprašanje, kakšen je odnos med pravdo po paulijanski tožbi in pravdo zaradi plačila (oziroma obstoja terjatve). Menim, da je vezanost ne le dejanska, pač pa tudi pravna, in da se v pravdi za plačilo odloča o predhodnem vprašanju za paulijansko pravdo;

¹⁶ Kadar je odločba sodišča odvisna od predhodne rešitve vprašanja, ali obstaja kakšna pravica ali pravno razmerje (predhodno vprašanje), pa o njem še ni odločilo sodišče ali kakšen drug pristojen organ, lahko sodišče samo reši to vprašanje, če ni s posebnimi predpisi določeno drugače (prvi odst. 13. čl. ZPP).

¹⁷ Drugače sicer V. Rijavec, v: Ude L. in Galič A. (ur.): *Pravdni postopek: zakon s komentarjem*, 1. knjiga. Uradni list RS in GV Založba, Ljubljana 2005, str. 126 in 132.

¹⁸ VSS II Ips 64/2006.

¹⁹ Prim. VSL II Cp 861/2015.

²⁰ Prim. Juhart, v: Juhart M. in Plavšak N. (ur.): *Obligacijski zakonik, zakon s komentarjem*, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 253.

obstoj terjatve je namreč pogoj za ugoditev izpodbojnemu zahtevku, kljub odsotnosti subjektivne identitete. Z drugimi besedami, vezanost narekuje materialnopravna povezanost oziroma odvisnost. Razlog za tako stališče je poleg ekonomičnosti (da ni potratnega podvajanja dela pri ugotavljanju obstoja terjatve v dveh različnih pravnih, na primer eni zoper dolžnika in drugi, potekajoči zoper dolžnikovega poslovnega partnerja) na dlani: če ni terjatve, se je ne da oškodovati, oškodovanje terjatev pa se uveljavlja proti drugemu (torej, tretjemu), ne proti dolžniku. V enem od takih primerov sta dve prvostopenjski sodišči menili različno; sodišče, ki je obravnavalo paulijansko tožbo, je ocenilo, da vprašanje obstoja terjatve ni predhodno vprašanje v smislu ZPP, češ da bi bilo nevzdržno, da bi bila toženka v tej (paulijanski) pravdi lahko absolutno vezana na morebitni neugoden rezultat druge pravde, v kateri sploh ne sodeluje. Hkrati pa dodaja, da je iz tamkajšnje pravnomočne sodbe mogoče izvajati močne dejanske domneve tudi za to pravdo, le da z možnostjo izjavljanja tožene stranke v paulijanski pravdi.²¹

Subjektivne identitete v postopku ni, je pa vezanost na primer tudi ob odgovornosti za dolgove zapustnika, ko gre za (predhodno) vprašanje, kdo je dolžnikov dedič.²² Pri vezanosti na to, koga je (oziroma ni) zapuščinsko sodišče ugotovilo za dediča, je položaj sicer dokaj specifičen, saj naj bi šlo za podobnost s statusnimi zadevami, kjer odločitve veljajo *erga omnes*.²³

Ni povsem enotnega stališča glede tega, ali je obveznost glavnega dolžnika predhodno vprašanje v pravdi proti poroku.²⁴ Odgovor je lahko odvisen tudi od različnih okoliščin; recimo od stečaja glavnega dolžnika. Vrhovno sodišče je v enem takih primerov namreč izreklo, da je sklicevanje na to, da je obveznost poroka odvisna od veljavnosti obveznosti glavnega dolžnika in da gre torej za akcesorno terjatev, pravilno, da pa za primer stečaja glavnega dolžnika ureja razmerja 1007. člen ZOR, in sicer uzakonja izjemo od akcesornosti: čeprav je v stečaju od dolžnika mogoče zahtevati samo del izpolnitve, ostane porok zavezan za celotno izpolnitev.²⁵ Iz tega je po nasprotnem argumentiranju mogoč sklep, da je sicer – če torej ne gre za stečaj glavnega dolžnika – obveznost poroka odvisna od obveznosti glavnega dolžnika in da torej gre za predhodno vprašanje.

²¹ Tako na primer Okrožno sodišče v Ljubljani v sodbi iz paulijanske pravde VII PG 5270/201 z dne 16. marca 2016, drugače to sodišče v zadevi I PG 3514/2009.

²² Proti temu, da je subjektivna identiteta pogoj *sine qua non*, da je neko vprašanje predhodno vprašanje, *implicite* tudi Poznič, v: Poznič B., Komentar Zakona o parničnem postopku, Pravni fakultet Univerzitetu u Beogradu, 2009, str. 41.

²³ Glej V. Rijavec, prav tam, str. 131.

²⁴ Poznič na primer meni, da gre za predhodno vprašanje, in kritizira sodne odločbe, ki izhajajo iz nasprotnega stališča, češ da gre le za dejansko predhodno vprašanje (ali je dolg že plačan). Poznič, prav tam, str. 41.

²⁵ II Ips 148/2008, podobno Višje sodišče v Ljubljani v zadevi I Cp 1287/2015: »[S]tečajni postopek nad dolžnikom [...] ne vpliva na obveznost toženk iz poroštvenih obveznosti do tožnice (upnice dolžnika), zato ni razloga za prekinitev pravnega postopka.«

Vendar je Višje sodišče v Ljubljani v nekem primeru (ko ni šlo za stečaj glavnega dolžnika) zavrnilo predlog za prekinitev postopka proti poroku, češ da obveznost glavnega dolžnika ni predhodno vprašanje, ker se je toženec s poroštenimi pogodbami proti tožnici zavezal kot porok in plačnik (solidarni porok), kar pomeni, da ima tožnica pravico izpolnitev nastale obveznosti uveljavljati bodisi od glavnega dolžnika ali od njega (ali pa od obeh skupaj).²⁶

Menim, da porok na splošno ne bi smel biti vezan na izid postopka med upnikom in glavnim dolžnikom (na primer ne glede veljavnosti oziroma obstoja dolga ne glede /delnega/ plačila, kar je dejstvo), in sicer zato, ker ni dolžan nositi bremena morebitnega slabega pravedanja, na primer pasivnosti glavnega dolžnika, da torej ne more biti absolutno vezan na morebitni neugoden rezultat druge pravde, v kateri sploh ne sodeluje.²⁷

Poseben primer predhodnih vprašanj so (še) nepriznane tuje sodne odločbe. Uveljavila se je dokaj enotna praksa, da v primeru, če o priznanju tuje sodne odločbe ni bil izdan poseben sklep, lahko vsako sodišče odloča o priznanju te odločbe kot o predhodnem vprašanju, vendar z učinkom le za tisti postopek, pri čemer se tudi v takšnem primeru sodišče omeji le na preizkus obstoja pogojev za priznanje tuje sodne odločbe (94. do 107. člen ZMZPP).²⁸

4. Drugačna rešitev predhodnega vprašanja kot obnovitveni razlog

Ker ima po drugem odstavku 13. člena ZPP rešitev predhodnega vprašanja učinek samo v pravdi, v kateri je bilo vprašanje rešeno, in glede na to, da zavezuje le izrek sodne odločbe,²⁹ sodišče v primeru, ko bo kasneje samostojno reševalo predhodno vprašanje bodisi kot glavno vprašanje bodisi spet kot predhodno vprašanje, v tem drugem postopku na odločitev o predhodnem vprašanju iz prvega postopka ne bo vezano. Rešitev predhodnega vprašanja solastniškega deleža na stanovanju v postopku po tožbi za plačevanje uporabnine na primer nima pravnih učinkov v posebni pravdi zaradi ugotovitve solastniških deležev na tem stanovanju.³⁰

Zato se zastavlja vprašanje, ali je lahko drugačna rešitev predhodnega vprašanja kot glavnega vprašanja v kasnejšem postopku obnovitveni razlog. Strinjam se z že izraženimi kritikami sta-

²⁶ VSL II Cp 356/2012: »[...] Zato pritožbene navedbe (skupaj s predlogom po prekinitvi postopka, ker naj bi šlo za predhodno vprašanje), češ da bi bilo moč zoper njega terjatev uveljavljati šele po tistem, ko bi bila ta pravnomočno ugotovljena zoper glavnega dolžnika, to je družbo P., d. o. o., niso utemeljene.«

²⁷ Tako o učinkih vezanosti sodbe na osebo, ki v postopku ni bila stranka, tudi Galič v Galič A., Ustavno civilno procesno pravo, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 215–217 in 259.

²⁸ Glej na primer VSS v zadevi II Ips 678/2009, VSL I Cp 3456/2011, enako IV Cp 3128/2013, I Cp 2622/2015 in I Ip 5166/2013, drugače le VSL I Cpg 829/2001.

²⁹ T. i. objektivne meje vezanosti, glej. V. Rijavec, prav tam, str. 130, tako tudi VS RS v zadevi II Ips 465/2005.

³⁰ VSS II Ips 129/2005.

lišč, da to (*de lege lata*) je obnovitveni razlog,³¹ in menim, da v 394. členu ZPP za to ni podlage; ne gre za razlog ne po 8. (naknadna pridobitev prej izdane odločbe), ne po 9. (kasnejša odprava, sprememba oziroma razveljavitev odločbe, na katero se sodba opira) in ne po 10. točki (nova dejstva in novi dokazi). Predmet diskusije bi morda bila obnova po 10. točki,³² ker je predhodno vprašanje (prejudicialno razmerje) del dejanske podlage sodne odločbe. Vendar je v teoriji enotno zastopano stališče, da je predhodno vprašanje pravno, ne dejansko vprašanje.³³ Drugačno kasnejšo rešitev predhodnega vprašanja kot matičnega vprašanja je kot obnovitveni razlog zavrnilo tudi Vrhovno sodišče.³⁴

Navajajo se argumenti za in proti ureditvi, da bi drugačna rešitev predhodnega vprašanja kot glavnega vprašanja v kasnejšem postopku lahko predstavljala obnovitveni razlog.³⁵ Različne odločitve, če kasneje drugače rešeno predhodno vprašanje ni obnovitveni razlog, naj bi zbu-jale nezaupanje v sodstvo. Sama menim, da je naša sedanja ureditev, ki takega obnovitvenega razloga ne predvideva, ustrezna. Čeprav odločitev o predhodnem vprašanju ni izražena v iz-reku sodne odločbe, in torej nima neposrednih učinkov pravnomočnosti, je o njem sodišče že odločilo. Če bi bil to obnovitveni razlog, bi stranka poleg vseh sredstev, ki jih ima (oziroma jih je imela) na voljo, lahko poskusila še s tem, kar bi vodilo do nepotrebne, celo fravdulozne multiplikacije postopkov. Menim, da tudi z vidika zaupanja v pravo (sodstvo) to ne bi bilo spodbudno. Čeprav odločitve o predhodnem vprašanju ni v izreku, ni videti razloga, zakaj bi bolj oziroma več »veljala« kasnejša odločitev tega istega vprašanja kot matičnega. Ni mogoče namreč predpostavljati, da je o vprašanju, če je o njem odločeno »le« kot o predhodnem, od-ločeno kaj manj skrbno oziroma zanesljivo (pravilno in zakonito).

5. Intervencijski učinek

Vezanost na odločitev v pravdi med dvema drugima je izjema, ki jo lahko zagotovi interven-cijski učinek. Sodišče je v kasnejšem sporu zoper stranskega intervenienta vezano na presojo celotnega dejanskega in pravnega stanja iz prvega spora. Najpogostejše so te situacije v re-gresnih pravih, kjer se toženi zavarovalnici pridruži (ali pa ne) odgovorna oseba. Sodišča v

³¹ Kukovec P., Drugačna rešitev predhodnega vprašanja v glavnem postopku kot obnovitveni razlog?, Pravna praksa, 2010, ki kritizira V. Rijavec, prav tam, str. 135.

³² Ne pa po 9. točki, kot trdi Rijavec, prav tam.

³³ Triva S. in Dika M.: Građansko parnično procesno pravo, sedma, spremenjena in dopolnjena izdaja, Narodne novine, d. d., Zagreb 2004, str. 75, na kar se sklicuje tudi Rijavec, str. 122.

³⁴ II Ips 678/2009, več Kukovec, prav tam.

³⁵ Fasching H. W.: Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 4. Band/1. Teilband, Dunaj 2005, str. 916-953, Triva S. in Dika M.: Građansko parnično procesno pravo, sedma, spremenjena in dopolnjena izdaja, Narodne novine d. d., Zagreb 2004, str. 754.

takih primerih enotno zavračajo trditve toženca, ki je bil prej intervenient, da glavni (prejšnji) spor ni prav odločen (na primer glede sokrivde ali višine škode), češ da se intervencijski učinek nanaša na pravilnost sodbe, to je na pravilnost dejanskih in pravnih ugotovitev, na premiso minor sodniškega sklepanja.³⁶

Problematično pa je, ali to velja tudi v primeru, če je bila v pravdi, kjer je na eni strani interveniral stranski intervenient, sklenjena sodna poravnava; ali je torej intervenient tožene stranke res zavezan plačati znesek, za katerega se je ta poravnala. Sodišča so v dveh takšnih (dokaj kompleksnih) primerih odgovorila pritrdilno.

Oškodovanci so vložili odškodninske tožbene zahtevke zoper tožnico kot odgovorno zavarovalnico na podlagi sklenjenega obveznega avtomobilskega zavarovanja toženca, v vseh teh pravih je tožnica (tedaj kot toženka) prerekala tako temelj kot višino, tudi z uveljavljanjem soprispevka oškodovancev. V vseh pravih je bil toženec povabljen na strani tožnice (tedaj toženke) kot stranski intervenient, vendar je intervencijo odklonil. Zaradi nastopa intervencijskega učinka je po mnenju sodišča toženec izgubil ugovore, da se je tožnica v prejšnjih pravih slabo pravdala tako, da je odločitev zanj dejansko in pravno neugodna. Toženec je imel namreč možnost, da bi lahko v korist stranke opravljal procesna dejanja, saj je smisel intervencije v tem, da intervenient pomaga stranki glede razčiščevanja dejanskega stanja in obravnavanja pravnih vprašanj, kar naj bi po mnenju sodišča veljalo tako za sklenjene sodne kot tudi za izvensodni poravnavi v navedenih pravnih zadevah med tožnico in oškodovanci. Očitke, da so bile sklenjene poravnave stvar pogajanja tožnice in oškodovancev in da dejansko stanje ni bilo ugotovljeno, je sodišče zavrnilo kot neutemeljene, češ da je imel toženec možnost v pravih sodelovati, in sicer tudi pri pogajanjih med tožnico in oškodovanci. Posledično je bil zavrnen toženčev ugovor, da je oškodovanec sokriv za nesrečo.³⁷

V drugem primeru je šlo za regresno tožbo delodajalca proti delavcu po tretjem odstavku 147. člena OZ,³⁸ pri čemer se je toženi delodajalec pred tem v pravdi z oškodovancem sodno poravnal. Sodišče je v regresni pravdi izreklo, da je delavec na to poravnavo vezan, češ da ni sporno, da je bil o pravdi, ki je tekla med najemodajalko (oškodovanko) in tožečo stranko (delodajalcem), obveščen, torej je imel vse možnosti, da bi lahko v korist tožene stranke opravljal procesna dejanja. Tožencu je odreklo uveljavljanje ugovorov, ki se nanašajo na obstoj škode in višino zahtevka, četudi je bila sklenjena sodna poravnava, češ da je imel možnost sodelovanja v pogajanjih pri sklenitvi sodne poravnave.³⁹

³⁶ Na primer VSL Cpg 1405/1993, 1370/1993 in mnoge druge.

³⁷ VSC 52/2008.

³⁸ »Kdor je oškodovancu povrnil škodo, ki jo je povzročil delavec namenoma ali iz hude malomarnosti, ima pravico zahtevati od delavca povrnitev plačanega zneska.«

³⁹ VSL I Cp 2096/2015.

Menim, da v primeru, če je odgovorna oseba v prvi pravdi (na primer proti zavarovalnici ali proti delodajalcu) sodelovala in nasprotovala sklenitvi poravnave, na tako poravnavo ne more biti vezana. Če pa je stransko intervencijo zavrnila, ne more naknadno uveljaviti hipoteze, da bi v poravnavo ne privolila: Imela je možnost nasprotovati, pa tega ni izkoristila, zato je na tak izid vezana.

6. Dejanska povezanost

Veliko je primerov, ko ni nobene podlage za medsebojno vezanost na dejanske ali pravne zaključke oziroma sploh na odločitev, ko gre za več različnih postopkov z različnimi zahtevki med istimi strankami ali med različnimi strankami, pa so v vseh pravno pomembna oziroma odločilna nekatera ista dejstva. Tipični so primeri, ko več oškodovancev iz istega škodnega dogodka uveljavlja odškodnino zoper odgovorno osebo v ločenih postopkih, enako tudi, če gre za ločene postopke proti zavarovalnici in odgovorni osebi,⁴⁰ pa ni intervencijskega učinka. Če solidarni dolžniki niso skupaj toženi, na primer če oškodovanec v različnih pravnih isto škodo terja od več oseb, ki so jo skupaj povzročile, lahko sodišče prejšnjo pravnomočno sodbo (v ugodilnem, obsodilnem delu) *upoštevava* v izreku sodbe tako, da zapiše, da je obveznost aktualnega toženca solidarna z obveznostjo »že obsojenega« toženca po tisti pravnomočni sodbi.⁴¹ Na ta način se prepreči, da bi upnik prejel (izvršilnih naslovov za) več kot znaša njegova terjatev.

Zgolj dejanska (po)vezanost je podana tudi v primeru, ko je isti dogodek dejanska podlaga za motenjski spor, negatorno tožbo in/ali odškodnino.⁴² V teh primerih ni pravne vezanosti, dejanska pa je le v toliko, v kolikor je prepričljiva dokazna ocena v postopku, ki se je končal prej, in v kolikor je prepričljiva argumentacija o posameznih pravnih zaključkih.⁴³ Seveda pa je to odvisno predvsem od identičnosti trditvene in dokazne ponudbe strank.

Zanimiv primer dejanske povezanosti je vprašanje, koliko (če sploh) bo upnikova terjatev poplačana v stečajnem postopku, če medtem ko stečajni postopek teče, uveljavlja od tretje osebe škodo (v višini te terjatve), češ da zaradi njenega protipravnega ravnanja v stečaju (iz različnih razlogov) ne bo poplačan.

V dveh primerih je sodišče obravnavalo tožbo, ko zaradi zatrtjevanja napake tožene stranke upnik ni mogel uveljaviti svoje ločitvene pravice v stečajnem postopku, in od tožene stranke

⁴⁰ Glej Jurak Godec M., Pravnomočnost in vezanost na vsebino predhodne odločbe pri zavarovanju odgovornosti, Podjetje in delo, 2004.

⁴¹ Na primer VSM I Cp 1501/2006, VSL II Cp 3411/2006 (VSS II Ips 848/2006), II Cp3521/2015, in druge.

⁴² Na primer VSL I Cp 6637/2006.

⁴³ Glej Jurak Godec M., prav tam.

zahteva kot škodo plačilo terjatve oziroma razliko med polnim in zmanjšanim poplačilom. Pritožbeno sodišče je v obeh primerih ugotovilo, da bo vprašanje škode znano šele ob koncu stečajnega postopka, da pa ne gre za predhodno vprašanje in da zato ni razloga za prekinitev pravnega postopka do zaključka stečaja, pač pa da gre za prenagljeno, v pogledu (višine) škode nesklepčno tožbo; odškodninski zahtevek tožeče stranke proti toženi bo nastal takrat, ko se bo (če se bo) ugotovilo, da v stečajnem postopku ni bila v celoti poplačana. To pa se bo (če se bo) zgodilo šele po popolni razdelitvi stečajne mase.⁴⁴

Poseben primer je vezanost na ugotovljena dejstva, na primer v pravdi za zvišanje oziroma znižanje preživnine, ki je bila že enkrat določena s sodno odločbo, in sicer na predhodno ugotovljene potrebe preživninskega upravičenca in zmožnosti preživninskega zavezanca, kar sta parametra za določitev zneska preživnine,⁴⁵ pa o njiju ni pravnomočne odločitve v izreku odločbe, je le v obrazložitvi. Podlaga za spremembo določene preživnine so namreč ravno te spremenjene okoliščine, glede na čas njene prve določitve.⁴⁶ Podobno velja za spremembo odškodnine v obliki rente.⁴⁷

7. *Venire contra factum proprium*

Skladnost odločitev med istimi strankami lahko pomaga zagotoviti oziroma uresničiti načelo, po katerem se nihče ne sme sklicevati na to, da so njegova prejšnja ravnanja brez pomena. Stranka s sklicevanjem na to, da njeno preteklo ravnanje, ki nasprotuje njenim trenutnim prizadevanjem, ni bilo pravno pomembno, ne more (ne sme) uspeti. Nihče si ne sme privoščiti, da bi »začel znova«, kot da bi se do določenega trenutka ne zgodilo nič, saj je to očitna zloraba pravic.⁴⁸

Preprečevanje takšne zlorabe pravic je v pravdi pogosto dokaj težavno.⁴⁹ Tipičen primer nasprotujočega si ravnanja je zaslediti v postopku zaradi ugotovitve deležev na skupnem premoženju bivših zakoncev glede na njihova prejšnja navajanja v postopku, v katerem se je odločalo o preživnini za skupne mladoletne otroke razvezanih zakoncev.⁵⁰ Preživninski zavezanec si je v prvem postopku prizadeval zatrditi in dokazati čim nižje lastne dohodke oziroma premo-

⁴⁴ VSL I Cpg 882/2011, Cp 3087/2015.

⁴⁵ 129. čl. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR).

⁴⁶ 132. čl. ZZZDR.

⁴⁷ 175. čl. OZ: »Sodišče lahko na zahtevo oškodovanca za naprej poveča rento, lahko pa jo na zahtevo oškodovalca zmanjša ali odpavi, če se pomembneje spremenijo okoliščine, ki jih je imelo pred očmi ob izdaji prejšnje odločbe.«

⁴⁸ Kranjc J., Latinski pravni reki, Cankarjeva založba, Ljubljana 1994, str. 254.

⁴⁹ Več v Zobec J., Zloraba procesnih pravic, Podjetje in delo, 2009, št. 6–7, str. 1369–1383.

⁵⁰ Omenjeno na primer v odločbi VSL I Cp 611/2014.

ženjske zmožnosti, v pravdi za ugotovitev deleža na skupnem premoženju pa ravno nasprotno. Skozi prepoved zlorabe pravic lahko dosežemo dejansko vezanost na posamezna pravno pomembna dejstva, ki so bila med istima strankama zatrjevana oziroma ugotovljena v nekem drugem postopku. Vprašanje je, ali je to ustrezno in ali lahko stranki v kasnejši pravdi na tej podlagi odrečemo (ponovno) dokazovanje pravno pomembnih dejstev. Morda bi bilo ustrezneje, če bi lahko kvečjemu druga stranka dosegla obnovo prejšnjega postopka (za plačevanje preživnine), ker so se izkazala nova dejstva oziroma je prišla do novih dokazov.

Kadar gre za materialnopravna vprašanja, argument neučinkovanja kasnejšega nasprotujočega si ravnanja pogosto (tudi) ne bo zadosten. Tožnica je denimo vložila proti tožencem kot lastnikom (neuspešno) tožbo za sklenitev najemne pogodbe za neko stanovanje, v kasnejši tožbi istih tožencev kot tožnikov za izpraznitev stanovanja pa jim toženka (v prejšnji pravdi tožnica) odreka aktivno legitimacijo. Argument *venire contra factum proprium* ne odgovarja na materialnopravno vprašanje, ali so tožniki lastniki ali ne; tega je treba pravilno rešiti ne glede na različna oziroma celo nasprotujoča si stališča strank.⁵¹

Podobno nezadosten se ta argument izkaže na primer v postopku po tožbi cesionarja proti cesusu, ko ta ugovarja veljavnosti cesije, v pravdi cedenta proti njemu pa ugovarja aktivni legitimaciji, češ da je terjatev cedirana.⁵²

Zanimiv primer je odnos med zahtevo stranke za razvezo pogodbe in zahtevo za njeno izpolnitev. Vrhovno sodišče je, sklicujoč se na del teorije,⁵³ izreklo, da z uveljavljanjem razveznega upravičenja upnik izgubi izpolnitveni zahtevek, nasprotno pa ne velja; da po naravi stvari upnik izpolnitvenega zahtevka nima več potem, ko uveljavi razvezno upravičenje, ker zaradi oblikovalnega učinka izjave o razdrtju pogodbe tak zahtevek nima več podlage, da pa zakon ne daje nobene podlage za sklep, da upnik z uveljavitvijo izpolnitvenega zahtevka izgubi razvezno upravičenje.⁵⁴ Materialnopravno izhodišče je sicer jasno. Pravica razdreti pogodbo je ena od dveh možnosti, ki ju ima upnik na razpolago v primeru neizpolnitve dvostranske pogodbe (124. člen ZOR). Upnik ima v primeru neizpolnitve pravico izbire: bodisi zahteva izpolnitev pogodbe bodisi (ob predpostavkah, določenih v nadaljnjih določbah ZOR) izjavi, da razdira pogodbo. Bistvena vsebina 124. člena ZOR je v tem, da o izbiri sankcije odloča pogodbi zvesta stranka glede na svoje interese (vsebinsko enaka določba 103. člena OZ). Upnik sme zahtevati izpolnitev pogodbe, po določenem času pa namesto tega uveljaviti razvezno upravičenje. Vrhovno sodišče je v tem primeru menilo, da tek pravde za izpolnitev pogodbe ne more biti ovira za spremembo izbire, le da bo pravno učinkovita uveljavitev razveznega

⁵¹ VSL II Cp 3459/2014.

⁵² II Cp 33/2016

⁵³ Juhart, v: Juhart M., Plavšak N., prav tam, str. 564

⁵⁴ VSS II Ips 232/2010.

upravičenja pomenila prenehanje materialnopravne podlage za utemeljenost izpolnitvenega zahtevka.⁵⁵ Menim, da gre vendarle za nasprotujoče si prizadevanje, ki bi ga bilo treba preprečiti, in sicer vsaj tako, da sprememba izbire takoj učinkuje na prejšnje ravnanje (v tem primeru na izpolnitveni zahtevek).

8. Sklep

Čeprav se morda zdi, da je medsebojna vezanost na odločbe sodišč v civilnih zadevah nujna in pogojuje zaupanje v sistem sojenja oziroma je odsev težnje po predvidljivosti sodnih odločb, je to v bistvu izjema, osredotočena na predhodna vprašanja in na intervencijski učinek. Ta vezanost je praviloma pogojena s tem, da se je imela stranka, ki naj jo neka odločitev veže, v postopku sprejemanja te odločitve možnosti izreči oziroma v postopku sodelovati. Pogoste so sicer situacije, ko je vezanost le navidezna, ker gre le za identična odločilna dejanska stanja, kjer pa je vpliv pravnomočne odločitve ali dejanske ugotovitve le tolikšen, kolikor je ta prepričljivo argumentirana, upoštevajoč morebitno različno trditveno in dokazno ponudbo. Nujnost enotne odločitve (vezanost) lahko terja materialnopravna narava razmerja, a jo je včasih procesno težko zagotoviti. Nasprotujoča si ravnanja iste stranke v več različnih postopkih pa se lahko preprečijo prek instituta prepovedi zlorabe pravic.

Literatura

- Bobek M. (ur.): *Central European Judges Under the European Influence*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015.
- Cigoj S.: *Obligacijska razmerja, Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem*, Uradni list SRS, Ljubljana, 1978.
- Fasching H. W.: *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, 4. Band/1. Teilband, Dunaj 2005.
- Galič A.: *Ustavno civilno procesno pravo*, GV Založba, Ljubljana, 2004.
- Galič A.: Argument precedensa ali stališče ustavnega sodišča RS o prepovedi samovoljnega odstopa od sodne prakse, v *Revus*, revija za evropsko ustavnost, let.1, št. 1.
- Juhart M. in Plavšak N. (ur.): *Obligacijski zakonik, zakon s komentarjem*, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003.
- Jurak Godec M.: *Pravnomočnost in vezanost na vsebino predhodne odločbe pri zavarovanju odgovornosti*, Podjetje in delo, 2004.

⁵⁵ Drugače Cigoj v, *Obligacijska razmerja, Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem*, Uradni list SRS, Ljubljana, 1978, str. 122, ki meni, da upnik nima pravice izbire, dokler teče pravdni postopek, v katerem zahteva izpolnitev, vendar za tako stališče ne navede posebnih argumentov.

- Kukovec P.: Drugačna rešitev predhodnega vprašanja v glavnem postopku kot obnovitveni razlog?, Pravna praksa, 2010.
- Poznić B.: Komentar Zakona o parničnom postupku, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009.
- Triva S. in Dika M.: Građansko parnično procesno pravo, sedma spremenjena in dopolnjena izdaja, Narodne novine, d. d., Zagreb 2004.
- Ude L. in Galič A. (ur.): Pravdni postopek: zakon s komentarjem, Uradni list RS in GV Založba, Ljubljana 2005, 2006.
- Ude L.: Civilno procesno pravo. Uradni list RS, Ljubljana 2002.
- Zobec J.: Zloraba procesnih pravic, Podjetje in delo, 2009, št. 6–7.

Izvirni znanstveni članek
UDK 343.153:347.951

Predhodno vprašanje in identična dejanska stanja v razmerju med kazenskim in pravnim postopkom

DR. ALEŠ GALIČ,
redni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Obstoj kaznivega dejanja predstavlja **predhodno vprašanje** v pravdi v tistih primerih, ko je nujen pogoj za nastanek določene pravne posledice na civilnopravnem področju, in je zato v pravdi od vprašanja, ali je bilo storjeno kaznivo dejanje, odvisna odločitev o tožbenem zahtevku. Če kazenski postopek še ni bil zaključen, se postavlja predvsem vprašanje, ali lahko pravdo sodišče o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju odloča samo ali pa z ustavo zagotovljena domneva nedolžnosti to preprečuje. Če pa je bil kazenski postopek že izveden, se je treba vprašati, na kakšne odločbe kazenskega sodišča je pravdo sodišče vezano – ali na obsodilno, oprostilno, zavrnilno sodbo ter različne sklepe, s katerimi se kazenski postopek lahko konča. O **identičnem dejanskem stanju** govorimo, ko obstoj kaznivega dejanja ni pogoj za nastanek določene civilnopravne posledice, ampak gre zgolj za primer, ko sodišče v pravnem postopku obravnava isti historični dogodek, kot ga je predhodno že obravnavalo sodišče v kazenskem postopku, ko je ugotavljalo obstoj kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti.

2. Identična dejanska stanja

Razen v zelo redkih primerih (na primer dolžina zastaralnega roka odškodninske obveznosti, člen 352/1 OZ) nastanek pravne posledice na civilnopravnem področju ni nikoli odvisen od ugotovitve, da je bilo storjeno kaznivo dejanje. Obstoj civilnopravne obveznosti se presoja po pravilih civilnega prava in ob tem se pravnemu sodišču ni treba opredeljevati, ali iz obravnavanega dejanskega stanja, ki je podlaga nastanka civilne obveznosti, izhaja tudi, da je bilo storjeno kaznivo dejanje. Iz nekega dejanja (historičnega dogodka) lahko izvira civilna,

na primer odškodninska obveznost tako v primeru, ko to dejanje predstavlja tudi kaznivo dejanje, kot v primeru, ko kaznivega dejanja ni bilo. Civilna odgovornost je namreč strožja od kazenske – kar je treba razumeti v smislu, da je prag kazenske odgovornosti višji kot prag civilne odgovornosti oziroma da se storilec lažje izogne kazenski kot civilni odgovornosti. Primeri, ki to konkretno dokazujejo, so številni: v civilnem pravu je včasih uveljavljena objektivna odgovornost (149. člen OZ); kar je v kazenskem, ki izhaja iz strogega spoštovanja načela krivde (4. člen KZ), seveda nekaj nepojmljivega; določena kazniva dejanja so lahko povzročena le naklepno, za odškodninsko obveznost vedno zadošča malomarnost; starostna meja deliktne odgovornosti (137. člen OZ) je nižja kot starostna meja kazenske odgovornosti (71. člen KZ), institut *actio libera in causa* je do neprištevnega storilca v civilnem pravu (136. člen OZ) strožji kot v kazenskem (člen 16/3 KZ), tudi mimo tega instituta v civilnem pravu neprišteveni storilec lahko odgovarja (iz razloga pravičnosti; glej 146. člen OZ), v kazenskem seveda ne, strožja so pravila o odgovornosti pri udeležbi (na primer člen 186/4 OZ); pravila o dokaznem bremenu so v civilnem pravu (načelo povezanosti trditvenega in dokaznega bremena) za storilca bolj neugodna kot v kazenskem (*in dubio pro reo*) itd. Ponekod (ne sicer pri nas) je enako tudi z dokaznim standardom (na primer v ZDA: v civilnem pravu zadošča večja verjetnost – *preponderance of evidence*, v kazenskem pravu pa onstran utemeljenega dvoma – *beyond reasonable doubt*).¹ Civilna odgovornost je torej strožja od kazenske, in zato iz nekega obravnavanega dejanskega stanja lahko izhaja civilna obveznost, čeprav to dejanje ni obenem tudi kaznivo dejanje. Obstoje kaznivega dejanja zato razen v zelo redkih primerih ni predhodno vprašanje v pravdi.²

Seveda pa so pogosti primeri, ko pravdo sodišče, ko ugotavlja obstoj civilnopravnih posledic (na primer odškodninske obveznosti), obravnava isto dejansko stanje oziroma isti historični dogodek (na primer prometno nesrečo), na podlagi katerega je predhodno v kazenskem postopku, z vidika obstoja kaznivega dejanja (na primer povzročitev prometne nesreče iz malomarnosti; 325. člen KZ) odločalo kazensko sodišče. V takšnih primerih gre za to, da pravdo in kazensko sodišče, vsako s svojega vidika, obravnavata identično dejansko stanje.³ Na takšne primere, torej ko se pravdo sodišče srečuje z identičnim dejanskim stanjem, na podlagi katerega je predhodno že odločalo kazensko sodišče, se nanaša 14. člen ZPP, ki določa, da je pravdo sodišče vezano na pravnomočno kazensko obsodilno sodbo. Pravdo sodišče torej, ko gre za identična dejanska stanja (drugače kot pri kaznivem dejanju kot predhodnem vprašanju) v ničemer ni vezano na kazensko oprostilno sodbo. Zakaj je takšna ureditev nujna, je iz povedanega jasno: čeprav ni bilo storjeno kaznivo dejanje, še vedno lahko obstaja civilna

¹ Gl. na primer James, Hazard, Leubsdorf, str. 339.

² Gl. na primer Juhart, str. 96, Triva, Belajec, Dika, str. 67, Ude, str. 72.

³ Sklep VS RS II Ips 30/82 z dne 22. 4. 1982. Gl. na primer Ude, str. 72, Berden, str. 85, Juhart, str. 96.

odgovornost (ki je strožja).⁴ Vezanost na kazensko obsodilno sodbo pa je tudi logična: če določeno dejanje utemljuje sklep o obstoju kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti, potem je še toliko bolj gotovo (*argumentum a fortiori*), da iz istega dejanja izvira tudi (strožja) civilna odgovornost. Pravnopolitični razlog, ki je narekoval takšno ureditev, je (kot ugotavlja avstrijsko ustavno sodišče) varovanje avtoritete kazenske obsodilne sodbe; ugotovitev v kazenski obsodilni sodbi, doseženih v postopku, ki izhaja iz načela materialne resnice, naj ne bi bilo več mogoče postavljati pod vprašaj v kateremkoli drugem kasnejšem postopku.⁵ Poleg tega takšna vezanost olajšuje delo pravnemu sodišču in preprečuje javnosti težko razumljive neskladnosti med sodnimi odločbami.⁶

Zgornje ugotovitve, da je civilna odgovornost strožja od kazenske, so bile vodilo zakonodajalcu, da je na abstraktni ravni uzakonil le vezanost pravnega sodišča na kazensko obsodilno, ne pa tudi na oprostilno sodbo. Seveda pa so pogosti tudi primeri, ko se presoja pravnega sodišča povsem pokriva s presojo kazenskega sodišča – ko torej glede civilne (ne)odgovornosti ni nič strožjega od kazenske odgovornosti. Vendar je treba poudariti, da bi bilo napačno v takšnih primerih šteti, da je pravno sodišče vezano tudi na kazensko oprostilno sodbo. Razlogovanje v smislu, »da je kazensko sodišče ugotovilo silobran (in s tem pomanjkanje protipravnosti) po povsem enakih kriterijih, kot bi to storilo pravno sodišče, da zato ne gre za primer, ko je civilna odgovornost strožja od kazenske in s tem tudi ni razloga za omejitev vezanosti le na obsodilno kazensko sodbo«⁷, je napačno iz dveh razlogov. Prvi razlog je že v tem, da zakon pač vezanosti na kazensko oprostilno sodbo ne določa (enako kot tudi na primer v razmerju med dvema pravnima postopkoma iz istega historičnega dogodka /na primer glede dveh vrst škode iz iste nesreče/ eno sodišče ni vezano na ugotovitve, ki jih vsebuje obrazložitev sodbe drugega sodišča). Drugi razlog pa je v spoštovanju načela kontradiktornosti: če bi bilo pravno sodišče vezano na kazensko oprostilno sodbo (na primer glede obstoja silobrana), bi to pomenilo, da gre sodba, izdana v kazenskem postopku, v škodo osebe, ki v kazenskem postopku ni bila stranka (tožnika v pravnem postopku) in na tek in rezultat tega postopka ni mogla vplivati.⁸ Presumpcija nedolžnosti s tem ni prekršena, saj pravno sodišče ne ugotavlja kazenske odgovornosti, in tudi v obrazložitvi sodbe pravnega sodišča ni izrekanja o tem, da je toženec storil kaznivo dejanje oziroma dejanje, ki ima znake kaznivega dejanja.⁹

⁴ Ni sicer izključeno, da sme pravno sodišče vpogledati tudi v kazensko oprostilno sodbo ter tam zbrane dokaze. Vendar pa je to lahko le del procesnega gradiva, ki je podvržen prosti presoji dokazov. Gl. sodbo VS RS II Ips 299/2001 z dne 10. 1. 2002.

⁵ Odločba avstrijskega ustavnega sodišča z dne 12. 10. 1990, G 73/89.

⁶ Ibidem.

⁷ Tako sodba Okrožnega sodišča v Ljubljani III P 794/98 z dne 31. 3. 2004.

⁸ Pravilno Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, II Cp 2137/2003 z dne 31. 3. 2004.

⁹ Tako tudi sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevah *Ringvold proti Norveški* (št. 34964/97) in *Y proti Norveški* (št. 56568/00) z dne 11. 2. 2003.

Pravdno sodišče je v primeru identičnega dejanskega stanja v skladu s 14. členom ZPP vezano na ugotovitev obstoja kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti. Pravdno sodišče seveda ne ugotavlja obstoja kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti; o obstoju civilnopravne (na primer odškodninske) obveznosti odloča po pravilih civilnega prava in mora ugotoviti (ter v sodbi obrazložiti) obstoj predpostavk, določenih s civilnim pravom. Vezanost na kazensko sodbo torej lahko pomeni le to, da sodba pravnega sodišča glede obstoja civilnopravne obveznosti ne sme vsebovati ugotovitev, ki so v nasprotju z ugotovitvami, ki so tvorile podlago za izdajo obsodilne sodbe v kazenskem postopku. To so ugotovitve glede obstoja kaznivega dejanja (kar pomeni ugotovitev glede protipravnosti, vzročne zveze med določenim ravnanjem in nastankom določene posledice, nastanka prepovedane posledice) ter kazenske odgovornosti (tj. ugotovitev, da je bil storilec prišteven in da je kriv). Vezanost na obsodilno sodbo kazenskega sodišča tako konkretno pomeni, da v pravdi zaradi plačila odškodnine toženec ne bo več mogel uveljavljati določenih ugovorov, na primer da storjeno dejanje ni bilo protipravno (da je na primer bilo storjeno v silobranu), da med njegovim ravnanjem in nastankom škode ne obstaja vzročna zveza (seveda to velja le za tisto dejanje, ki je bilo predmet kazenskega postopka), pravdno sodišče bo vezano na ugotovitev kazenskega sodišča, da je nastala prepovedana posledica, ki odgovarja ugotovljenemu kaznivemu dejanju, toženec pa tudi ne bo mogel uspeti z ugovorom, da ob storitvi dejanja ni bil prišteven oziroma da ne obstaja krivda. Res je sicer, da se pojmi protipravnosti, vzročne zveze, posledice, prištevnosti in krivde v civilnem in kazenskem pravu ne pokrivajo. Vendar tudi glede teh vprašanj velja, da je civilna odgovornost strožja od kazenske, zato obstoj navedenih predpostavk po kazenskem pravu utemeljuje sklep, da te predpostavke obstajajo tudi po strožjih kriterijih civilnega prava. Iz *ratio legis* instituta vezanosti na kazensko obsodilno sodbo (glej zgornjo točko) izhaja, da odločitev pravnega sodišča ne sme biti v nasprotju z ugotovitvami kazenskega sodišča glede obstoja kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti.

Ni pa ovire, da pravdno sodišče ne bi moglo samostojno in drugače reševati vprašanj, ki jih je sicer obravnavalo tudi kazensko sodišče, vendar od njih ni bila odvisna odločitev tega sodišča o obstoju kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti.¹⁰ Pravdno sodišče predvsem lahko samostojno ugotavlja okoliščine glede višine škode in ni vezano na dejanske ugotovitve, ki jih glede tega vprašanja vsebuje kazenska obsodilna sodba.¹¹ Vendar pa je treba upoštevati, da okoliščine, ki z vidika civilnega prava utemeljujejo višino škode (vrednost stvari, intenzivnost poškodb), v določenih primerih predstavljajo kvalifikatorni oziroma privilegatorni element kaznivega dejanja (na primer velika tatvina, če je odvzeta stvar velike vrednosti, člen 212/2 KZ, oziroma mala tatvina, če gre za stvar majhne vrednosti, člen 211/2 KZ), v določenih primerih pa tudi objektivni pogoj kaznivosti (na primer obstoj hude telesne poškodbe pri

¹⁰ Triva, Belajec, Dika, str. 68.

¹¹ Tako tudi na primer Ude, str. 72, Berden, str. 84.

kaznivem dejanju povzročitve prometne nesreče iz malomarnosti, 325. člen KZ). Pravdo sodišče zato sicer lahko okoliščine, od katerih je odvisna višina škode, ugotovi drugače, kot jih je ugotovilo kazensko sodišče, vendar mora pri tem paziti, da ne prekrši vezanosti na ugotovitev obstoja kaznivega dejanja, kadar je od teh okoliščin odvisen obstoj konkretnega kaznivega dejanja; pri presoji okoliščin glede višine škode mora zato ostati v okviru ugotovljenega kaznivega dejanja. Do vezanosti na kazensko obsodilno sodbo v okviru identičnih dejanskih stanj pride le v primeru, ko so dejstva, ki jih mora za nastanek civilnopravne obveznosti ugotoviti pravdo sodišče, enaka kot dejstva, ki jih je bilo potrebno ugotoviti za odločitev v kazenskem postopku. Pravdo sodišče mora zato kljub kazenski obsodilni sodbi samostojno presojati o ugovoru toženca o obstoju deljene odgovornosti (v zvezi s 169. členom OZ). Kazenska obsodilna sodba ugotovitev glede tega vprašanja namreč sploh ne vsebuje, saj je vprašanje deljene odgovornosti (oziroma prispevka žrtve) za ugotovitev obstoja kaznivega dejanja (pomembno je lahko le kot morebitna olajševalna okoliščina za odmero kazni – 41. člen KZ).¹²

Uporaba 14. člena ZPP najprej narekuje preizkus, ali sploh gre za identično dejansko stanje; torej ali je ravnanje, ki je predmet pravnega postopka, obenem resnično tudi podlaga za kazensko obsodilno sodbo. Če v pravnem postopku tožnik zahteva plačilo odškodnine za več vrst škode, ki so nastale z različnimi dejanji toženca, je uporaba določbe o vezanosti na kazensko obsodilno sodbo po 14. členu ZPP seveda možna le glede tistih ravnanj, ki so bila obenem predmet kazenskega postopka.¹³ Opozoriti je treba tudi na primere **ogrozitvenih kaznivih dejanj**, torej tistih, kjer kot prepovedana posledica zadošča že nastanek (konkretne ali abstraktne) nevarnosti za zavarovano dobrino, in ni potrebna njena poškodba¹⁴ (na primer kaznivo dejanje proizvodnje in prometa zdravstveno oporečnih živil, 194. člen KZ). Kazenska obsodilna sodba v teh primerih vsebuje le ugotovitev nastanka določene nevarnosti, kar pa za nastanek civilnopravne odškodninske obveznosti, katere nujni element je nastanek določene škode, ne zadošča. Pravdo sodišče lahko zato kljub kazenski obsodilni sodbi odškodninski zahtevek zavrne. Enako velja v primerih obsodbe za **poskus** kaznivega dejanja. Tudi v tem primeru pravdo sodišče ni vezano na ugotovitev obstoja kaznivega dejanja, saj mora samo-

¹² Tudi prevladujoče stališče v teoriji (na primer Juhart, str. 68, Berden, str. 87) ter sodni praksi, na primer Sklep VSV z dne 15. 6. 1989, Pz 427/89, obj. v: Privreda I pravo, št. 9–10, 1989, str. 671.

¹³ V konkretnem primeru je na primer sodišče v pravnem postopku ugotovilo, da je toženec povzročil škodo s tremi ravnanji: najprej je ob nekem prepiru med udeležencema v prometu z roko razbil vetrobransko steklo na tožnikovem avtomobilu, nato se je v »lovljenju« na cesti večkrat od zadaj zaletel v oškodovančev avto ter nato, ko je tožnik že ustavil in izstopil iz svojega avtomobila, zaradi prevelike hitrosti ni mogel pravočasno ustaviti, in je spet trčil v oškodovančev avto. V kazenskem postopku je le zadnje od naštetih dejanj utemeljilo kazensko obsodilno sodbo zaradi povzročitve prometne nesreče iz malomarnosti. Pravdo sodišče je zato storilo napako, ker je z vezanostjo na kazensko obsodilno sodbo zavrnilo razpravljanje o podlagi zahtevka glede škode, ki je nastala tudi s prvima dvema ravnanjema toženca. Sodba in sklep VS RS št. II Ips 298/2002 z dne 19. 2. 2003.

¹⁴ Bavcon, Šelih, str. 130.

stojno presoјati, ali je nastala določena posledica (v smislu škode), česar kazensko sodišče v primeru poskusa ni ugotovilo.

Vežanost pravnega sodišča na sodbo kazenskega sodišča pri identičnem dejanskem stanju torej pomeni vežanost na ugotovitev tistih dejstev, od katerih je bila v kazenskem postopku odvisna odločitev, da obstaja kaznivo dejanje in kazenska odgovornost. Pravno sodišče teh dejstev, če tvorijo obenem podlago za odločitev o obstoju civilnopravne obveznosti, ne sme ugotoviti drugače oziroma vsaj ne sme ugotoviti toliko drugače, da bi s tem prišlo v nasprotje z odločitvijo kazenskega sodišča.¹⁵ Pravno sodišče je torej vežano na ugotovitev dejstev, vendar v določenem smislu tudi na pravno kvalifikacijo kaznivega dejanja: pravno sodišče dejstva sicer lahko ugotovi drugače kot kazensko, vendar le v okviru pravne kvalifikacije kaznivega dejanja, ki ga je ugotovilo kazensko sodišče.

Vežanost sodišča, kot jo utemeljuje 14. člen ZPP, je v civilnem procesnem pravu v Sloveniji izjema. Izjeme pa je treba razlagati restriktivno. Zato določbe 14. člena ZPP z razlago ni mogoče širiti tako, da bi utemeljila vežanost pravnega sodišča na obsodilno odločbo sodnika za prekrške.¹⁶ Prav tako za obsodilno sodbo ni mogoče šteti sklepa, s katerim kazensko sodišče iz razlogov smotrnosti ustavi postopek zoper mladoletnika (o vzgojnem ukrepu glej v nadaljevanju, poglavje 4. a).

Vprašanje je, ali vežanost na kazensko obsodilno sodbo učinkuje tudi na primere, ko je tože-nec v pravnem postopku oseba, ki v kazenskem postopku ni bila udeležena. Ti primeri so celo zelo pogosti, še zlasti pri odškodninskih zahtevkih iz prometnih nesreč. V kazenskem postopku je obsojen povzročitelj nesreče, v pravdi pa oškodovanec nato za povračilo škode toži zavarovalnico (enako tudi v primeru, če nato toži delodajalca, ko je bil v kazenskem postopku obsojen delavec – na primer voznik tovornjaka ali avtobusa). Sodna praksa v Sloveniji šteje, da je pravno sodišče tudi v tem primeru vežano na obsodilno sodbo kazenskega sodišča.¹⁷ Pri tem se vprašanje, ali je takšna širitev vežanosti na tretjo osebo v skladu z ustavnimi procesnimi jamstvi, zaenkrat še ni izpostavilo. Pač pa je avstrijsko ustavno sodišče zavzelo stališče, da vežanost na kazensko obsodilno sodbo, kolikor učinkuje tudi v škodo oseb, ki v kazenskem postopku niso imele možnosti sodelovati, krši pravico stranke, da se v postopku izjavi.¹⁸ Avstrijsko ustavno sodišče je zavzelo stališče, da je ureditev, da vežanost na kazensko obsodilno sodbo učinkuje zoper vse, torej tudi v škodo oseb, ki v kazenskem postopku niso bile udeležene, v nasprotju s 6. členom EKČP. Pravice, da se izjavi, stranka namreč ne more učinkovito izvrševati v primeru, ko sodišče njenih navedb in ugovorov ne upošteva, ker šteje,

¹⁵ V tem smislu tudi Berden, str. 85, Papler, str. 25.

¹⁶ Sodba VS RS II Ips 149/2002 z dne 5. 12. 2002.

¹⁷ Na primer sodba VS RS II Ips 298/2002 z dne 19. 2. 2003.

¹⁸ Odločba avstrijskega Zveznega ustavnega sodišča z dne 12. 10. 1990, G 73/89, str. 105.

da je vezano na ugotovitve, vsebovane v prejšnji sodbi, ta sodba pa je bila izdana v postopku med drugimi osebami, v katerem prizadeta stranka sploh ni mogla sodelovati.¹⁹ Posledično je mogoče zaključiti, da ureditev, da pravnomočna obsodilna sodba v kazenskem postopku učinkuje tudi v škodo tretje osebe (na primer zavarovalnice), očitno pomeni poseg v ustavno pravico do izjavljanja v postopku (pravice do kontradiktornega postopka). Vprašanje pa je, ali je ta poseg nedopusten. Morda pa ga je upošteva je test proporcionalnosti in interes ekonomičnosti in pospešitve postopka (vsaj v času, ko je ureditev kazenskega postopka takšna, da obsodba za določeno kaznivo dejanje temelji na izčrpnem ugotavljanju materialne resnice), mogoče šteti za ustavno sprejemljivega.²⁰ Morda je treba upoštevati, da prav določba o vezanosti na kazensko obsodilno sodbo močno olajša delo sodišču v pravnem postopku, in če bi izrekli, da ta vezanost v postopkih proti na primer zavarovalnici ne učinkuje, bi njen praktični pomen močno zmanjšali (čeprav je po drugi strani tudi res, da so v praksi redki primeri, da v kasnejšem pravnem postopku po obsodbi storilca v kazenskem postopku zavarovalnica ugovarja samemu temelju – na primer protipravnosti ravnanja storilca kot njenega zavarovanca).

3. Domneva nedolžnosti in kaznivo dejanje kot predhodno vprašanje v pravi

Domneva nedolžnosti je procesno jamstvo, ki se nanaša na kazenski postopek. Vendar se nekatera vprašanja glede tega ustavnega jamstva (glede kaznivega dejanja) lahko pojavijo tudi v pravnem postopku. Kadar je odločitev o neki posledici na civilnopravnem področju od-

¹⁹ Avstrijsko ustavno sodišče je tudi zavrnilo argumente, s katerimi se je utemeljevala takšna *erga omnes* učinkujoča vezanost na kazensko sodbo. Pravnapolitični razlogi varstva avtoritete kazenske sodbe, zaradi katerih naj bi bilo nujno, da nihče ne sme postavljati pod vprašaj ugotovitev v pravnomočni kazenski obsodilni sodbi, po presoji ustavnega sodišča nikakor ne morejo upravičiti kršitev pravice stranke do sodnega varstva (katere del je spoštovanje načela kontradiktornosti). Vprašanje subjektivnih meja vezanosti je v neposredni zvezi z načelom kontradiktornosti oziroma s pravico stranke, da se v postopku izjavi, in iz te pravice izhaja zahteva, da sodba lahko veže le osebe, ki so imele možnost sodelovati v postopku, v katerem je bila izdana. Res je sicer, da človekove pravice, med njimi tudi pravica do sodnega varstva (ter v njenem okviru pravica stranke, da se izjavi) niso neomejene. Omejene so s pravicami drugih ljudi, in zato (na primer njihove pravice do sodnega varstva) je v določenih primerih nujno širjenje subjektivnih meja vezanosti (na primer pri potencialnem enotnem sosporništvu, pri statusnih zadevah). Vendar je vsako takšno omejitev, tako ko gre za odločanje o civilnih pravicah kot o kazenskih obtožbah (6. člen EKČP, 22. in 23. člen Ustave) treba utemeljiti z ustavno sprejemljivimi razlogi. Absolutnost kazenske sodbe ni sporna, če jo razumemo tako, da kazenska obsodilna sodba učinkuje v korist oseb, ki v kazenskem postopku niso sodelovale (upnik, delodajalec), in da torej učinkuje v škodo obojenca tudi na drugih pravnih področjih. Načelo kontradiktornosti namreč ne preprečuje širjenja subjektivnih meja vezanosti v korist, pač pa le v škodo drugih oseb. Ni pa videti ustavno sprejemljivega razloga, ki bi opravičeval sklep, da je pri identičnih dejanskih stanjih sodišče vezano na kazensko obsodilno sodbo tudi v primerih, ko je toženec v pravi oseba, ki v kazenskem postopku ni bila udeležena (na primer zavarovalnica).

²⁰ O tej problematiki izčrpno piše: Galič, Obsto j kaznivega dejanja kot predhodno vprašanje v pravi ter identična dejanska stanja, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, 1997, str. 55–81, str. 74 in nasl.

visna od ugotovitve, ali je bilo storjeno kaznivo dejanje (praktično najbolj pomembno: **glede dolžine zastaralnega roka odškodninske obveznosti po 353. členu OZ**), je obstoj kaznivega dejanja predhodno vprašanje v pravdi. V tem primeru se postavlja vprašanje, ali domneva nedolžnosti po 27. členu Ustave pravnemu sodišču preprečuje, da bi kot o predhodnem vprašanju odločalo o obstoju kaznivega dejanja, kadar to še ni bilo pravnomočno ugotovljeno v kazenskem postopku.

Domnevo nedolžnosti določa Ustava RS v 27. členu: kdor je obdolžen kaznivega dejanja, velja za nedolžnega, dokler njegova krivda ni ugotovljena s pravnomočno sodbo. Povsem enaka je tudi določba 3. člena Zakona o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 63/94; v nadaljevanju: ZKP). Na enak način domnevo nedolžnosti določa tudi EKČP v drugem odstavku 6. člena. Smiselno enake so bile tudi določbe prej veljavnih ustav SFRJ in SRS ter prejšnjega ZKP. V teh določbah je na primer Stanković videl takšen »poseben predpis«, ki pravnemu sodišču preprečuje, da bi samo odločalo o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju v primeru, ko o tem še ni pravnomočno odločilo kazensko sodišče.²¹ Enako je bilo tudi stališče dela sodne prakse, vendar z omejitvijo (utemeljeno z razlogi pravičnosti oziroma varstva interesov upnika), da lahko pravno sodišče samo odloči o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju v tistih primerih, ko kazenskega postopka ni mogoče izvesti.²² Enako slednjemu je tudi stališče Strohsacka.²³ Nasprotno pa na primer Triva, Belajec, Dika²⁴ ter Juhart²⁵ zastopajo stališče, da pravno sodišče predhodno vprašanje obstoja kaznivega dejanja sme samo rešiti, vendar svojega stališča z vidika problematike domneve nedolžnosti natančneje ne argumentirajo. Enako je bilo dolgo tudi stališče Vrhovnega sodišča Slovenije (na primer sklep z dne 22. 4. 1982, II Ips 30/82).²⁶ Po tedanjem mnenju VS domneva nedolžnosti po ustavi in ZKP izključuje zgolj ugotavljanje kazenske krivde in izrekanje kazenskih sankcij v kateremkoli drugem postopku, razen v kazenskem, ne preprečuje pa pravnemu sodišču ugotavljanja, ali ima določeno dejanje (objektivno) znake kaznivega dejanja. Z rešitvijo predhodnega vprašanja pravno sodišče ne ugotavlja kazenske krivde, zato določba ustave in ZKP (»nihče ne more veljati za *krivega* ...«) s tem ne more biti prekršena. V novjšem času je **Vrhovno sodišče** zgoraj predstavljeno stališče spremenilo in sprejelo stališče, da **domneva nedolžnosti po 27. členu Ustave načeloma preprečuje** pravnemu sodišču, da bi samostojno odločalo o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju, če kazenski postopek še ni

²¹ Stanković, str. 83.

²² Na primer Vrhovno sodišče BIH v odločbi z dne 16. 11. 1982, Pž 245/82, obj. v: Zbirka sodnih odločb, št. 4, 1982, odl. št. 273.

²³ Strohsack, str. 170, 193.

²⁴ Triva, Belajec, Dika, str. 66.

²⁵ Juhart, str. 95.

²⁶ Obj. v: Pravnik, 1983, str. 377.

bil pravnomočno zaključen. Ob tem pa vendarle dopušča **izjemo**; pravno sodišče sme samo odločati o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju, kadar je očitno, da kazenskega postopka sploh več ne more biti (za najnovejšo sodno prakso glej tudi poglavje 4).²⁷

3.1. Praksa Evropskega sodišča za človekove pravice

Na vprašanje namena in vsebine domneve nedolžnosti se nanaša bogata sodna praksa ESČP (in tudi Evropske komisije za človekove pravice), ki se je izoblikovala ob reševanju individualnih pritožb oseb zaradi kršitve te pravice, ki jo določa drugi odstavek 6. člena EKČP (čeprav se nobena od odločb ne nanaša neposredno na vprašanje odločanja o obstoju kaznivega dejanja kot predhodnega vprašanja v pravdi). Že v primeru *Krause proti Švici* je (tedanja) Komisija za človekove pravice zavzela stališče, da domneva nedolžnosti zavezuje *vse državne organe*. Zato bi kršitev te pravice povzročil minister, ki bi po televiziji dal izjavo, da je določena oseba kriva kaznivega dejanja, čeprav je kazenski postopek še v teku.²⁸ Takšne izjave drugih državnih organov namreč lahko vplivajo na ravnanje sodišča v kazenskem postopku, saj se lahko zgodi, da sodišče v kazenskem postopku zato ne more več izhajati iz domneve nedolžnosti. Podoben je položaj tudi v primeru, ko pravno sodišče ob reševanju neke civilnopravne zadeve samostojno ugotovi obstoj kaznivega dejanja (ker je od tega na primer odvisna odločitev o dolžini zastaralnega roka), saj mora v takšnem primeru pravno sodišče v obrazložitvi sodbe, zakaj je uporabilo daljši zastaralni rok, to utemeljiti z ugotovitvijo, da je toženec storil določeno kaznivo dejanje. Korak dlje pa je bil storjen v primeru *Sekanina*.²⁹ Pritožnik je bil v kazenskem postopku pred porotnim sodiščem pravnomočno oproščen obtožbe za kaznivo dejanje umora. Po pravnomočno končanem kazenskem postopku pa je pred sodiščem vložil (civilnopravni) zahtevek za povračilo škode za čas, ki ga je prebil v preiskovalnem priporu.³⁰ Sodišče pa je v tem postopku zahtevek za plačilo odškodnine zavrnilo z utemeljitvijo, da kljub oprostilni sodbi v kazenskem postopku ni odstranjen dvom o utemeljenosti obtožbe za kaznivo dejanje umora ter da ta dvom obstaja še naprej (kar je utemeljilo s konkretnimi okoliščinami iz kazenskega spisa). Sodišče je ob tem še navedlo, da je v kazenskem postopku porota odločila v skla-

²⁷ Sodba II Ips 548/2002 z dne 18. 9. 2003: Pravno sodišče sicer lahko samo ugotavlja, ali je bila škoda storjena s kaznivim dejanjem. Vendar le izjemoma, ko kazenski postopek proti storilcu ni mogel začeti teči ali se končati z meritorno odločbo (na primer zaradi storilčeve smrti ob ali po dejanju, zaradi njegove duševne bolezni ob ali po dejanju, amnestije ali umika tožilčeve obtožbe, o katerem oškodovanec ni bil obveščen). Ker pa v konkretnem primeru ni bilo ovir za morebiten kazenski postopek zoper povzročitelja škode, je treba dati tu prednost domnevi nedolžnosti ter načelu, da pravno sodišče (praviloma) ne sme samo ugotavljati, ali je bila škoda storjena s kaznivim dejanjem.

²⁸ *Krause v. Switzerland*, DR 125, 9077/80.

²⁹ *Sekanina proti Avstriji*, Series A, št. 266, ter Poročilo Komisije v Series B, št. 247.

³⁰ Da gre za civilnopravni zahtevek, izrecno trdi Matscher, str. 607.

du s pravilom in *dubio pro reo*, kar tudi kaže na to, da dvom o storitvi kaznivega dejanja še ni odstranjen. Pritožnik je pred strasbourškimi organi zatrjeval kršitev domneve nedolžnosti po členu 6/2 EKČP. Avstrijska vlada je v odgovoru na pritožbo ugovarjala, da se na domnevo nedolžnosti v predmetnem postopku ni mogoče sklicevati – domneva nedolžnosti naj bi veljala le v kazenskem postopku, ta pa je bil že pravnomočno zaključen, ko se je odločalo v spornem odškodninskem postopku.³¹ Komisija je stališče avstrijske vlade zavrnila in v poročilu zavzela stališče, da določbe člena 6/2 EKČP ni mogoče interpretirati dobesedno, ampak je treba šteti, da se nanaša tudi na primere, ko prizadeta oseba ni oziroma ni več v kazenskem postopku ter jo morajo upoštevati tudi drugi organi ter druga sodišča, poleg tistih, ki odločajo o kazenski obtožbi. Noben organ ne sme obravnavati človeka, kot da je kriv za kaznivo dejanje, razen če ni bil pravnomočno obsojen pred pristojnim sodiščem. Pravilo se nanaša tudi na sodišča, ki morajo obravnavati nekazenskopravne posledice kaznivega dejanja.³² Evropsko sodišče v sodbi temu stališču komisije sicer ni pritrdilo (ni pa ga tudi ovrglo), ampak se mu je enostavno izognilo. Utemeljilo je namreč, da je postopek odločanja o odškodnini zaradi pripora tako močno povezan s predhodnim kazenskim postopkom, da ju je mogoče šteti za celoto. Evropsko sodišče je zato navedlo, da mu ni potrebno odgovoriti na široko vprašanje, ali domneva nedolžnosti glede kaznivega dejanja velja tudi zunaj kazenskega postopka.³³ Odločilo pa je, da je v obravnavanem primeru člen 6/2 EKČP bil prekršen, saj domneva nedolžnosti pomeni tudi, da sodišče v svojih odločbah ne sme več izrekati, da še obstaja sum o tem, da je določena oseba storila kaznivo dejanje po tem, ko je ta oseba v kazenskem postopku z meritorno pravnomočno sodbo že bila oproščena obtožbe.³⁴ **V dveh novejših zadevah (*Ringvold proti Norveški*³⁵ *Y proti Norveški*) pa je Evropsko sodišče jasno potrdilo, da bi bilo v nasprotju z domnevo nedolžnosti, če bi sodba pravnega sodišča vsebovala ugotovitev kazenske odgovornosti za osebo, ki v kazenskem postopku ni bila pravnomočno obsojena.**

Domneva nedolžnosti načeloma preprečuje pravnemu sodišču, da samostojno odloča o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju. Vendar pa je to stališče treba relativizirati. Treba je namreč upoštevati tudi položaj tožnika oziroma njegovo pravico do sodnega varstva po 23. členu Ustave. Ta pravica tožnika bi bila prekršena, če bi tudi v tistih primerih, ko kazenskega postopka sploh ni mogoče izvesti (na primer zaradi smrti storilca, naknadne

³¹ *Sekanina proti Avstriji*, A/266, par. 33.

³² *Ibid*, par. 36, 37.

³³ *Sekanina proti Avstriji*, A/266, par. 22.

³⁴ *Ibid*, str. 29; s tem je Evropsko sodišče postavilo ločnico do tistih primerov, ko sodišče v kazenskem postopku, ki se ne zaključi z meritorno odločbo, nato odločajo o povrnitvi stroškov in obdolžencu naložijo (delno) plačilo stroškov z utemeljitvijo, da obstaja na primer verjetnost (sum), da je bila obtožba utemeljena. Takšno ravnanje je dopustno, ker se postopek ni zaključil z meritorno oprostilno sodbo (tudi v takšnih primerih pa bi bila, kot rečeno, nedopustna obrazložitev, iz katere bi izhajalo, da sodišče šteje, da je obdolženec kriv; gl. na primer primer Minelli).

³⁵ Application no. 34964/97, 11. 2. 2003.

storilčeve duševne bolezni, pred uvedbo kazenskega postopka uveljavljene amnestije ali pomilostitve ipd.), togo vztrajali pri stališču, da pravdno sodišče ne sme samo reševati predhodnega vprašanja obstoja kaznivega dejanja. Upoštevanje ustavnih pravic tožnika torej v takšnem primeru omejuje pravico do domneve nedolžnosti toženca, zato je vsaj v teh primerih treba šteti, da pravdno sodišče sme samo odločati o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju.³⁶

3.2. Razlikovanje od identičnih dejanskih stanj

Omeniti velja še, da navedena problematika pride v poštev, kadar obstoj kaznivega dejanja predstavlja predhodno vprašanje v pravdi, ne pa v primeru t. i. identičnih dejanskih stanj (na kar se nanaša 14. člen ZPP). O identičnem dejanskem stanju govorimo, kadar obstoj kaznivega dejanja ni pogoj za nastanek določene civilnopravne posledice, ampak gre zgolj za primer, ko sodišče v pravnem postopku obravnava isti historični dogodek, kot ga je predhodno že obravnavalo sodišče v kazenskem postopku, ko je ugotavljalo obstoj kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti. Iz nekega dejanja (historičnega dogodka) lahko izvira na primer odškodninska obveznost tako v primeru, če je to dejanje tudi kaznivo dejanje, kot v primeru, če kaznivega dejanja ni bilo. Civilna odgovornost je namreč strožja od kazenske – kar je treba razumeti v smislu, da je prag kazenske odgovornosti višji kot prag civilne odgovornosti oziroma da se storilec lažje izogne kazenski kot civilni odgovornosti. Iz nekega obravnavanega dejanskega stanja lahko izhaja civilna obveznost, čeprav to dejanje obenem ni tudi kaznivo dejanje. Nastanek odškodninske obveznosti torej ni odvisen od tega, ali škodno dejanje obenem pomeni tudi kaznivo dejanje (razen v primerih, obravnavanih v prejšnjem poglavju), zato se pravnemu sodišču ob odločanju o zahtevku ni treba spuščati še v vprašanje obstoja kaznivega dejanja (ne gre torej za predhodno vprašanje). Res je, da se predpostavke odškodninske obveznosti (kot ugotavlja Evropsko sodišče za človekove pravice) deloma pokrivajo s predpostavkami kazenske odgovornosti, vendarle pa gre za samostojne predpostavke civilnega odškodninskega prava. Zato ni ovire – niti z vidika domneve nedolžnosti –, da pravdno sodišče v kasnejšem pravnem postopku ugotovi obstoj civilne odgovornosti, čeprav je bil predhodni kazenski postopek pravnomočno zaključen s kazensko sodbo. V že omenjenih primerih *Y in Ringvold* je ES tako zavrnilo argument pritožnika, ki je uveljavljal, da bi ga oprostilna sodba v kazenskem postopku nujno morala rešiti tudi odškodninske obveznosti (če seveda obsodba na plačilo odškodnine ne vsebuje tudi ugotovitve o kazenski odgovornosti – o teh primerih glej zgoraj).³⁷ ES ugotavlja, da je ureditev, da oprostitev kaznivega dejanja še ne pomeni obenem nujno tudi, da ni temeljev za odškodninsko obveznost, v evropskih državah pogosta in je plod

³⁶ Podobno tudi Strohsack, str. 170, VS BIH v odločbi z dne 16. 11. 1982, gl. zgoraj.

³⁷ *Ringvold proti Norveški* (št. 34964/97) in *Y proti Norveški* (no. 56568/00), sodbi z dne 11. 2. 2003.

različnih vsebinskih kriterijev odločanja in dokaznih pravil, ki veljajo za kazenski in pravdni postopek. Tako ekstremna interpretacija domneve nedolžnosti, za kakršno sta se zavzemala pritožnika, bi bila neprimerna in bi lahko povzročila, da bi se storilec rešil obveznosti, ki jih ima po civilnem pravu že s tem, ko bi bil v kazenskem postopku oproščen. Že prej pa je bilo omenjeno, da bi določba EKČP o domnevi nedolžnosti prišla v poštev, če bi civilna sodba vsebovala sklepanje o kazenski odgovornosti.³⁸

4. Komentar k novejši sodni praksi v Sloveniji

a) Identična dejanska stanja in vezanost na pravnomočni sklep o izrečenem vzgojnem ukrepu zoper mladoletnika

Zakon glede identičnih dejanskih stanj določa vezanost na kazensko obsodilno sodbo. Postavlja se vprašanje, ali je po analogiji to vezanost mogoče širiti. Sam zastopam stališče, da ne, če gre (med drugim) za ustavitev postopka zoper mladoletnika zaradi razlogov smotrnosti. Drugačen pa je položaj, če se postopek zoper mladoletnega storilca zaključi z izrekom vzgojnega ukrepa. Tako po vsebinski presoji kot tudi po procesnih kautelah se ta ukrep namreč izenakačuje z obsodilno sodbo zoper polnoletnega storilca. Vrhovno sodišče je zato izreklo:

»Kadar temelji tožbeni zahtevek na istem dejanskem stanju, na podlagi katerega je že bilo odločeno v kazenskem postopku zoper mladoletnega storilca, je pravdno sodišče glede obstoja kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti mladoletnega storilca po 14. členu ZPP vezano tudi na pravnomočni sklep o izrečenem vzgojnem ukrepu, izdan v tem kazenskem postopku zoper mladoletnega storilca.«³⁹

Glede na namen in smisel ureditve se je s tem stališčem Vrhovnega sodišča mogoče strinjati.

b) Ko Vrhovno sodišče sporoča: »Le nekateri izmed tistih ljudi, ki so oproščeni v kazenskem postopku, so nedolžni, drugi pa so krivi in so se rešili zgolj zaradi pravila *in dubio pro reo*«

Glede predhodnih vprašanj velja pravilo, da če je na matičnem področju vprašanje obstoja določenega pravnega razmerja že pravnomočno rešeno, je pravdno sodišče, kjer se to kasneje postavi kot predhodno vprašanje, vezano na odločitev organa na matičnem področju (13. člen ZPP). To velja tudi v primeru, ko se v pravi kot predhodno vprašanje (v zvezi z dolžino zastaralnega roka odškodninske obveznosti) postavi vprašanje obstoja kaznivega dejanja. Pravdno sodišče je zato vezano na pravnomočno odločitev kazenskega sodišča, s katero je to ugotovilo bodisi obstoj bodisi neobstoj kaznivega dejanja. Če je v kazenskem postopku

³⁸ Ibidem.

³⁹ VS RS II Ips 55/2013 z dne 5. 2. 2015.

pravnomočno ugotovljeno, da je kaznivo dejanje bilo storjeno (torej obsodilna sodba), je za zastaranje odškodninske terjatve treba uporabiti (če je daljši) rok za zastaranje kazenskega pregona. Če pa je v kazenskem postopku pravnomočno ugotovljeno, da kaznivo dejanje (v objektivno-subjektivnem smislu) ni bilo storjeno (torej oprostilna sodba), je treba uporabiti splošen zastaralni rok odškodninske obveznosti. Jasno je (vsaj moralo bi biti), da tako kazenska obsodilna kot kazenska oprostilna sodba pomeni pravnomočno odločitev o obstoju oziroma neobstoju kaznivega dejanja na matičnem področju, in je zato pravdo sodišče na ti dve sodbi vezano (dilema je le glede kazenske zavrnilne sodbe – več o tem v nadaljevanju). Odločitev o obstoju kaznivega dejanja namreč predstavlja tudi pravnomočna oprostilna sodba, izdana v kazenskem postopku – pomeni namreč pravnomočno in dokončno odločitev, da kaznivo dejanje ni bilo storjeno. Iz 13. člena ZPP zato jasno izhaja, da je pravdo sodišče, ko gre za predhodna vprašanja, vezano tudi na oprostilno sodbo kazenskega sodišča. Treba je upoštevati, da se določba 14. člena ZPP, ki govori le o vezanosti na kazensko obsodilno sodbo, nanaša na drug pravni institut – identična dejanska stanja.

Kot izraz nerazumevanja tako procesnega kot tudi (modernega) ustavnega prava velja omeniti stališče Cigoja, ki je zapisal, da naj bi pravdo sodišče v takšnih primerih sicer bilo vezano na oprostilno sodbo, če je ta izdana, ker ni bilo storjeno kaznivo dejanje ali ni bilo kazenske odgovornosti (danes 1. in 2. točka 358. člena ZKP), ne pa tudi, če je bila izdana, ker ni dokazano, da je obdolženec storil kaznivo dejanje (danes 3. točka 358. člena ZKP).⁴⁰ Po Cigojevem mnenju sodišče, kadar izda oprostilno sodbo iz tega razloga, ravna v skladu z načelom *in dubio pro reo*, zato takšna sodba ne pomeni odločitve, da kaznivo dejanje ni bilo storjeno. Nesprejemljivost tega stališča je očitna: vsaka pravnomočna oprostilna sodba je dokončna in pravnomočna odločitev, da kaznivo dejanje ni bilo storjeno, in zato z vidika pravnega sodišča predstavlja pravnomočno rešitev predhodnega vprašanja. Očitno je tudi, da je to stališče (iz leta 1980) popolnoma nezdružljivo s kasneje sprejetimi stališči Evropskega sodišča za človekove pravice že v zadevi *Sekanina*, še toliko bolj pa v zadevah *Ringvold* in *Y proti Norveški* (glej zgoraj).

Šokantno pa je, da je omenjeno Cigojevo stališče, ki v bistvu izhaja iz razumevanja na ravni gostilniških debat, da so oproščeni v kazenskem postopku dveh vrst – eni, ki so res nedolžni, drugi pa so tisti, ki so v resnici krivi, le dokazati se jim tega ni dalo – danes povzelo kar Vrhovno sodišče Republike Slovenije. Vrhovno sodišče je namreč v letu 2012 izreklo:

»Glede vezanosti pravnega sodišča na oprostilno kazensko sodbo so mnenja v teoriji delno neenotna [...]. Po mnenju revizijskega sodišča je odločilen razlog, zaradi katerega je bila izdana oprostilna sodba: če je bila izdana zaradi pomanjkanja dokazov, pravdo sodišče nanjo ni vezano.«⁴¹

⁴⁰ Cigoj S., Teorija obligacij, Ljubljana, 1980, str. 170.

⁴¹ VS RS II Ips 196/2011 z dne 5. 4. 2012.

In naprej: »*Pravno sodišče je torej vezano na:*

- obsodilno kazensko sodbo (zato po zaključku kazenskega postopka prične zastaranje odškodninske terjatve, ki je bilo med tem pretrgano, skladno z določbo prvega odstavka 392. člena ZOR teči znova in se izteče v roku iz 377. člena ZOR(24)), ter na
- *oprostilno kazensko sodbo, razen v primeru, ko je bila ta izrečena iz razloga in dubio pro reo* [...].«

Stališče je v nasprotju s temeljnimi nauki tako civilnega kot tudi kazenskega procesnega prava ter v nasprotju z ustavnimi (in s strani ESČP potrjenimi) jamstvi varstva človekovih pravic. Napake tega stališča so številne in očitne:

1. Na področju civilnega procesnega prava: Vrhovno sodišče utemeljuje, da kadar je odločitev sprejeta po pravilih o dokaznem bremenu (v kazenskem: *in dubio pro reo*), to ne pomeni vsebinske odločitve niti o obstoju niti o neobstoju prejudicialnega pravnega razmerja. To seveda ni res. Vrhovno sodišče spregleda, da so tudi v civilnih sporih pogoste odločitve na temelju dokaznega bremena (le pravilo o dokaznem bremenu je v civilnih zadevah drugačno). Vsaj doslej nikomur še ni padlo na pamet, da bi takšnim odločitvam odvzel učinek pravnomočnosti. Vezanost na pravnomočno odločitev o predhodnem vprašanju na matičnem področju je namreč tudi izraz pozitivnega učinka pravnomočnosti – *res iudicata pro veritate habetur*. Sodba, izdana po pravilih o dokaznem bremenu (*Beweislasturteil*), je meritorna, vsebinska sodba. Vsaj tako je doslej nesporno veljalo. Nam Vrhovno sodišče sedaj sporoča, da sodbe, sprejete na podlagi pravil o dokaznem bremenu, nimajo pozitivnih učinkov materialne pravnomočnosti?
2. Na področju ustavnih jamstev: lahko razumemo, da je avtor, ki se je sicer ukvarjal z materialnim civilnim pravom leta 1980, torej v času, ko je bil splošen občutek za pomen ustavnih pravic v tedanji državi nižji kot danes ter ko tudi ESČP še ni izdelalo celovite doktrine o obsegu vplivanja domneve nedolžnosti, štel, da oprostitev v kazenskem postopku iz razloga »pomanjkanja dokazov« ne more imeti učinkov pravnomočnosti (vezanosti za kasnejši pravdni postopek). Ni pa mogoče sprejeti, da to ponovi Vrhovno sodišče v letu 2012, po tem, ko je ESČP v zadevi *Sekanina* izreklo, da domneva nedolžnosti pomeni tudi, da sodišče v svojih odločbah **ne sme več izrekati, da še obstaja sum o tem, da je določena oseba storila kaznivo dejanje po tem, ko je ta oseba v kazenskem postopku z meritorno pravnomočno sodbo že bila oproščena obtožbe**, oziroma ko je v zadevi *Ringvold* izreklo, da je v nasprotju z domnevo nedolžnosti, če bi sodba pravnega sodišča vsebovala ugotovitev kazenske odgovornosti za osebo, ki v kazenskem postopku ni bila pravnomočno obsojena (glej zgoraj). Velja ponovno opozoriti, da tu ne gre za položaj kot pri identičnem dejanskem stanju, ko po oprostitvi (na primer obtožbe za kaznivo dejanje hude telesne poškodbe) ni ovir, da se v pravnem postopku ugotovi utemeljenost odškodninskega zahtevka v zvezi z istim dejanjem. Tu civilnemu

sodišču namreč ni treba v obrazložitev pisati, da je bilo storjeno kaznivo dejanje – presoja pač zgolj predpostavke civilnopravne norme. Ko pa gre za kaznivo dejanje kot predhodno vprašanje (pri dolžini zastaralnega roka), pa bo civilno sodišče, če bo hotelo uporabiti daljši zastaralni rok, v obrazložitvi sodbe moralo utemeljiti, da je bila škoda storjena z določenim kaznivim dejanjem. Očitno je to nezdružljivo z oprostilno sodbo v kazenskem postopku (in zgoraj omenjenimi zahtevami ESČP).

3. Na področju kazenskega procesnega prava: Enako kot Cigoj tudi Vrhovno sodišče zagreši temeljno napako v tem, ko enakovredno (izmenjujoče) govori o oprostilni sodbi iz razloga, »ker ni dokazano, da je obdolženec storil kaznivo dejanje«, in oprostilni sodbi iz razloga »in dubio pro reo«. Vendar to seveda nista sinonima. Do oprostilne sodbe po 3. točki 358. člena ZKP namreč pride tudi v primerih, ko je z gotovostjo jasno, da obdolženec ni storil očitane kaznivega dejanja. Tudi v teh primerih namreč ne pride do oprostitve po prvi točki (»če dejanje, ki ga je bil obtožen, ni kaznivo dejanje«). Na ta razlog za oprostilno sodbo se sodišče lahko sklicuje le, če (v terminologiji civilnega procesa) že sama obtožnica *ni sklepčna* – tj. če bi bilo treba obdolženca oprostiti tudi, če bi bila vsa dejstva, zatrjevana v obtožnici, resnična (ko je torej napaka obtožbe v sferi materialnega prava, ne v tem, da se opira na neresnična dejstva).

Vrhovno sodišče je omenjeno očitno napačno in protiustavno stališče zavzelo *obiter dictum*. V obravnavani zadevi se namreč kazenski postopek ni zaključil z oprostilno sodbo, pač pa s sklepom o ustavitvi (o tem spodaj). Vrhovnemu sodišču se zato o vprašanju (ne)vezanosti na kazensko oprostilno sodbo ne bi bilo treba izrekati. Že zato omenjeno stališče ne bi smelo ustvarjati vodila za bodočo sodno prakso nižjih sodišč. Kot je povedalo že Ustavno sodišče, je – ko se tudi v kontinentalnem pravnem krogu gradi zavest o pomenu enotnosti sodne prakse – treba upoštevati razliko med stališči, ki so zavzeta *obiter dictum*, in stališči, ki tvorijo *ratio decidendi*. Le za slednja velja, da imajo ustavnopravno veljavo z vidika problematike (ne)enotne sodne prakse.

c) Vezanost na kazensko zavrnilno sodbo in na druge odločbe kazenskega sodišča, s katerimi se kazenski postopek konča

V omenjenem judikatu se je Vrhovno sodišče opredelilo tudi glede tega, ali je pravdo sodišče, ko gre za kaznivo dejanje kot predhodno vprašanje, vezano na kazensko zavrnilno sodbo in na sklepe, s katerimi se kazenski postopek konča. Tudi to vprašanje je bilo sporno. Po eni strani namreč kazenska zavrnilna sodba (in temu podobni akti o zaključku kazenskega postopka) ne pomeni meritorne odločitve o (ne)obstoju kaznivega dejanja (drugače kot kazenska oprostilna sodba, vključno s tisto, izdano v položaju »in dubio pro reo«!). Gre za sodbo, izdano iz procesnih razlogov. Zato je tu logično mogoče reči, da vsebinsko vprašanje obstoja kaznivega dejanja ni rešeno. Po drugi strani pa je v kazenskem postopku procesni učinek kazenske zavrnilne sodbe isti kot učinek oprostilne sodbe (zato obdolženec tudi nima pravnega interesa

za pritožbo). To pa bi govorilo v prid stališču, da naj bo na kazensko zavrnilno sodbo pravdo sodišče vezano enako kot na oprostilno sodbo. Upoštevati pa je treba morda tudi to, da so nekateri razlogi, ki pripeljejo do zavrnilne sodbe (ali ustavitve kazenskega postopka ali zavrženja obtožnice), po vsebini isti kot razlogi za izdajo oprostilne sodbe, nekateri pa ne (zastaranje, amnestija, smrt storilca). Zato je lahko smotrno in uravnoteženo, da se tudi glede vezanosti na omenjene akte v okviru odločanja o kaznivem dejanju kot predhodnem vprašanju opre na to razmejitev. Prav to izhaja iz omenjenega judikata Vrhovnega sodišča, ki (ob zgoraj navedenem) doda, da je pravdo sodišče vezano tudi na:

» – *zavrnilno kazensko sodbo, ko je bila ta izdana zato, ker škodno dejanje ni kaznivo dejanje, in na sklep o zavrženju obtožnega akta in na sklep o ustavitvi postopka, ki sta bila izdana zato, ker škodno dejanje ni kaznivo dejanje [...].*

Na druge odločbe kazenskega sodišča pravdo sodišče ni vezano. Ob upoštevanju v nadaljevanju navedenih omejitev sme zato pravdo sodišče obstoj kaznivega dejanja ugotavljati kot predhodno vprašanje.«⁴²

Glede na povedano se je s tem kompromisnim stališčem Vrhovnega sodišča glede (ne)vezanosti na kazensko zavrnilno sodbo, sklep o ustavitvi kazenskega postopka in zavrženje obtožnega akta mogoče strinjati.

Podobno tudi: »*Pri ugotavljanju obstoja kaznivega dejanja kot predhodnega vprašanja pa sodišče v pravnem postopku ni vezano na morebitno obtožnico v predhodnem kazenskem postopku, ki se je zaključil brez meritorne odločitve o storitvi kaznivega dejanja in kazenski odgovornosti storilca.*«⁴³

d) Vpliv kazenskega postopka (in kaznivega dejanja) na pretrganje zastaralnih rokov

Morda praktično najbolj pomembna posledica kaznivega dejanja glede zastaranja odškodninske obveznosti ni sama dolžina zastaralnega roka, pač pa učinek kazenskega postopka na pretrganje zastaranja (čl. 353/2 OZ). Glede tega je sodna praksa nekdanj (oškodovancu

⁴² VS RS II Ips 196/2011 z dne 5. 4. 2012.

⁴³ VSM sodba I Cp 903/2013 z dne 16. 10. 2013. Sodišče prve stopnje je tako pravilno ugotovilo, da je pokojni K. J. storil kaznivo dejanje po tretjem odstavku 183. člena KZ in na tako ugotovitev vezalo daljši zastaralni rok za zastaranje odškodnine terjatve iz 377. člena ZOR v zvezi s 3. točko prvega odstavka 111. člena KZ. Ob tem je sodišče prve stopnje tudi pravilno ugotovilo, da je bil 10-letni zastaralni rok pretrgan zaradi okoliščine, ker je storilec K. J. v času, ko je tekel zastaralni rok, vedno znova storil enako hudo kaznivo dejanje, pri čemer je bilo zadnje od šestnajstih nadaljevalnih kaznivih dejanj storjeno v šolskem letu 2004/2005 ... Glede na navedeno tako sodišče druge stopnje v okviru pravilne uporabe materialnega prava zaključuje, da je bilo zastaranje pretrgano tudi za spolna dejanja, ki niso bila izrecno (17) zajeta z obtožnico ter da je tudi za ta dejanja zastaranje po zaključku kazenskega postopka začelo teči znova. Kadar je namreč nadaljevalno kaznivo dejanje sestavljeno iz več dejanj istega kaznivega dejanja, pri čemer vsako dejanje ne predstavlja samostojnega dejanja, temveč le del nadaljevalne kriminalne dejavnosti, začne zastaranje teči šele od dneva, ko je bilo storjeno zadnje posamezno dejanje iz sestave nadaljevalnega kaznivega dejanja (18).

naklonjeno) vztrajala, da z zaključkom kazenskega postopka začne teči nov zastaralni rok, po drugi strani pa (oškodovancu nenaklonjeno), da to velja le v primeru, če se kazenski postopek zaključi z obsodilno sodbo.

Glede na opisano utemeljevanje, da je v določenih primerih mogoče kot predhodno vprašanje ugotoviti obstoj kaznivega dejanja, čeprav se kazenski postopek ni zaključil z obsodilno sodbo, je razumljivo, da je Vrhovno sodišče prilagodilo tudi stališča glede pretrganja zastaranja. Izreklo je:

» ... (zato v vseh teh primerih zastaranje s pravnomočnim zaključkom kazenskega **postopka sicer ne prične teči znova, je pa tožba pravočasna**, če je bila le vložena pred zaključkom kazenskega postopka, pa čeprav je rok iz 376. člena ZOR potekel že pred njeno vložitvijo; v primeru, ko oškodovanec do konca kazenskega postopka ni vložil odškodninske tožbe, a je v kazenskem postopku uveljavljal odškodninski zahtevek in je bil napoten na pravdo, pa pod pogojem, da je odškodninsko tožbo vložil v trimesečnem roku od dneva pravnomočnosti odločbe kazenskega sodišča iz 390. člena ZOR(25)).

Ko je kazenski postopek sicer tekel, **a se je zaključil z odločbo, ki pravnega sodišča ne veže**, je zaradi pretrganja zastaranja (drugi odstavek 377. člena ZOR) odškodninska tožba pravočasna, če je vložena kadarkoli pred zaključkom kazenskega postopka, ne glede na to, kdaj je potekel rok iz 376. člena ZOR, in ne glede na izid kazenskega postopka. Od presoje, ali prične po pravnomočnosti zaključka kazenskega postopka z odločbo, ki pravnega sodišča ne veže, zastaranje znova teči, pa je odvisno, ali je pravočasna tudi tožba, vložena pred iztekom od tega trenutka dalje štetega roka iz prvega odstavka 377. člena ZOR.

[....]

Ugodnost daljšega zastaralnega roka za odškodninsko terjatev pa je pogojena z ugotovitvijo, da je bila škoda povzročena s kaznivim dejanjem (prvi odstavek). In obstoj kaznivega dejanja je ob zaključku kazenskega postopka na v tej točki obravnavan način še vedno negotov oziroma neznan. Ker zakon oškodovančevu pravico do daljšega zastaralnega roka veže na obstoj kaznivega dejanja, mora imeti oškodovanec možnost dokazati obstoj te predpostavke svoje pravice. **Realizira jo lahko z vložitvijo odškodninske tožbe znotraj roka iz 377. člena ZOR, pravnomočno sodišče pa mora v primeru ugovora zastaranja najprej rešiti predhodno vprašanje o obstoju kaznivega dejanja; ugotovitev, da je bila škoda storjena s kaznivim dejanjem, hkrati pomeni ex post ugotovitev, da je zastaranje po pretrganju prišlo znova teči**, zaradi česar je ugovor zastaranja neutemeljen, in obratno.

Dolgoletna praksa, da začne zastaranje po koncu kazenskega postopka znova teči – razen izjemoma – samo v primeru izdaje obsodilne kazenske sodbe, je posledica neločevanja med predhodnim vprašanjem (13. člen ZPP) in identičnim dejanskim stanjem (14. člen ZPP).«⁴⁴

⁴⁴ VS RS II Ips 196/2011 z dne 5. 4. 2012.

Stališče je razumljivo. Vsaj v nekaterih primerih (četudi ne v primeru kakršnihkoli kazenskih oprostilnih sodb) lahko pravno sodišče samostojno reši predhodno vprašanje obstoja kaznivega dejanja (glej zgoraj). V teh primerih bi bilo narobe reči, da le kazenska obsodilna sodba povzroči učinek pretrganja zastaranja.

e) Prekinitev postopka zaradi čakanja na izid kazenskega postopka v primeru identičnih dejanskih stanj

Pogosto se v sodni praksi ponavljajo napake, da sodišče pravdni postopek prekine in čaka na zaključek kazenskega postopka v položaju identičnih dejanskih stanj. Praksa je napačna, saj zakon podlage za prekinitev v teh primerih ne daje. To je tudi razumljivo – če se bo kazenski postopek namreč zaključil z oprostilno sodbo, pravno sodišče nanjo (pri identičnih dejanskih stanjih) ni vezano. Kljub temu lahko pride do obsodbe v pravdi. To pomeni, da se prekinitev pravnega postopka izkaže za nepotrebno odlašanje brez koristi v vsakem primeru, ko se kazenski postopek ne bo zaključil z obsodilno sodbo. Pravilna sta zato naslednja dva judikata:

»Okoliščina, ali je toženec zagrešil očitano kaznivo dejanje poneverbe s tem, ko si je protipravno prisvajal tožničin denar, z vidika predmetnega pravnega postopka predstavlja pravno relevantno dejstvo, ni pa od tega odvisna odločitev o tožbenem zahtevku. Ker torej ne gre za predhodno vprašanje, pač pa 'zgolj' za obravnavanje istih okoliščin oziroma istega historičnega dogodka (v pravnem in kazenskem postopku), razlog za prekinitev postopka ni podan. Zakonskega predvidenega razloga prav tako ne predstavlja izogibanje podvajanju dokazov.«⁴⁵

»ZPP v določbi 206. člena omogoča prekinitev postopka, če so za to izpolnjeni predvideni razlogi. Po 1. točki prvega odstavka 206. člena ZPP sodišče odredi prekinitev postopka, če sklene, da ne bo samo reševalo predhodnega vprašanja, v drugem odstavku istega člena pa so predvidene okoliščine, pri katerih zakon sodišču zgolj daje možnost, da prekine postopek, če oceni, da je to smotno (med ostalim tudi v primeru, če je odločitev o tožbenem zahtevku odvisna od tega, ali je bilo storjeno kaznivo dejanje). Pritožba pravilno opozarja, da vprašanje, ali je bila škoda, ki je nastala tožeči stranki, povzročena s kaznivim dejanjem, ni predhodno vprašanje za ta pravdni postopek. Predhodno vprašanje je vprašanje o obstoju ali neobstoju kakšne pravice oziroma pravnega razmerja, od rešitve katerega je odvisna meritorna odločba o glavni stvari. Določbe 1. točke prvega odstavka 206. člena ZPP ni mogoče uporabiti v primerih, ko pravno in kazensko sodišče rešujeta identično dejansko stanje. Teorija in sodna praksa prekinitev pri identičnem dejanskem stanju zavračata (Pravdni postopek, Zakon s komentarjem, 2. knjiga, Komentar dr. Vesne Rijavec k 206. členu). Obstoj kaznivega dejanja pa je predhodno vprašanje v pravnem postopku le v izjemnih primerih, in sicer takrat, ko je kaznivo dejanje pogoj za nastanek določene civilnopravne posledice, za kar pa v obravnavi

⁴⁵ VSL sklep I Cp 1600/2014 z dne 2. 7. 2014.

nem primeru ne gre. Ker za prekinitev postopka ni pravne podlage niti po določbi prvega niti po določbi drugega odstavka 206. člena ZPP, je pritožbeno sodišče ugodilo pritožbi in sklep razveljavilo na podlagi 3. točke 365. člena ZPP.⁴⁶

f) Pravni učinek odločitve policije o vrnitvi stvari oškodovancu

Vzemimo primer: Tožnik je s tožbo zahteval povračilo škode od države. Škoda ustreza protivrednosti stvari, ki so bile tožniku odvzete. On je bil namreč predhodno osumljenec v (pred) kazenskem postopku in takrat mu je policija zasegla določene predmete ter jih izročila oškodovancu. Podlaga za to ravnanje je bila v prvem odstavku 110. člena Zakona o kazenskem postopku:

»Če gre za stvari, ki nedvomno pripadajo oškodovancu in niso potrebne kot dokaz v kazenskem postopku, se izročijo oškodovancu še pred koncem postopka.«

Kazenski postopek se je sicer zaključil z ustavitvijo. Policija mu stvari ni mogla vrniti, saj so bile že predane oškodovancu. V odškodninski pravdi proti državi je sodišče tretje stopnje kot bistveno izpostavilo, da tožnik ni izkazal nastanka škode (ni dokazal, da so bile odvzete stvari njegove). Sodišče prve stopnje je ocenilo, da se po 110. členu ZKP predmeti lahko vrnejo v vsaki fazi postopka, torej tudi v predkazenski. Sodišče druge stopnje pa je ocenilo, da protipravnega ravnanja ni bilo tudi zato, ker za uporabo 110. člena ZKP ni treba, da je postavljen premoženjskopравни zahtevek. V ustavni pritožbi pritožnik uveljavlja naslednja bistvena argumenta:

1. Stvari so mu bile odvzete, ne da bi oškodovanec to sploh zahteval. Člen 110 ZKP je umeščen v poglavje o »premoženjskoprnem zahtevku«, zato je logično, da veljajo ista pravila, torej da mora biti zahtevek postavljen. Tako pa ni bila zagotovljena kontradiktornost, od policije tudi ni prejel nobenega sklepa o ravnanju po 110. členu ZKP, zoper katerega bi se lahko pritožil.

2. Ni mu mogoče očitati, da ni »dokazal, da so stvari bile njegove«. Po 11. členu Stvarnopravnega zakonika (SPZ) se domneva, da je posestnik premične stvari njen lastnik.

Po stališču sodišč poseben zahtevek oškodovanca (v smislu premoženjskoprnega zahtevka) za vrnitev stvari ni potreben. Ko je o vrnitvi odločila že policija, se to nujno povezuje tudi z okoliščino, da sodne odločbe o tej vrnitvi sploh ni. Iz tega pa izhaja nujna posledica, da so tudi pravni učinki odvzema stvari in izročitve oškodovancu nujno drugačni, kot če je o tem odločeno v postopku na podlagi premoženjskoprnega zahtevka. Premoženjskopравни zahtevek vzpostavi »pravdo v okviru kazenskega postopka«, odločitev o tem zahtevku postane *res iudicata*. Vsega tega pa v primeru, ko o vrnitvi odloči že kar policija, ne more biti. Jasno

⁴⁶ VSL sklep I Cp 3267/2011 z dne 14. 3. 2012.

je torej, da lastninska pravica imetniku s takšnim ravnanjem – drugače kot z odločitvijo o premoženjskopравnem zahtevku – ni mogla biti odvzeta. Pritožnikova trditev, da je izgubil lastninsko pravico, ker mu je policija stvar odvzela in jo predala drugi osebi, ne drži. Torej tudi ne drži predpostavka, da vrnitev stvari od imetnika (če je pritožnik res lastnik) ni mogoča. Seveda bi se lahko izkazalo, da od imetnika stvari res ni mogoče dobiti nazaj (ker je »izginil«, ker je stvar v vmesnem času uničil, ker se uspešno izogiba sojenju ...). V tem primeru bi pritožnik res izkazal nastanek škode. Zgolj zaradi okoliščine, da mu je policija stvar vzela in jo predala drugi osebi, pa ne – tudi če bi pritožnik res bil lastnik.

Ravnanje sodišč v obravnavani zadevi bi bilo nezdržljivo z ustavnimi pravicami, če bi pritožniku po eni strani odvzeli stvar in jo izročili domnevnemu oškodovancu, ne da bi bila vzpostavljena ustrezná procesna jamstva (najbrž tudi zahtevke), po drugi strani pa bi tej odločitvi priznavali učinek odločitve o lastninski pravici. Seveda je z vidika pravice do zasebne lastnine lahko nedopusten kakršenkoli poseg države v uživanje lastnine (odvzem stvari) brez ustreznega pravnega temelja. Vendar tu ne gre za neposredno presojo tega ravnanja v kazenskem postopku, pač pa za presojo odločitve o odškodninski tožbi proti državi. Tu bi morala biti izkazana škoda.

Stališče, da »ko je stvar, ki jo je nekdo imel v posesti, uničena, pa ta od storilca zahteva odškodnino, mora tožnik zatrjevati in dokazati, da je na tej stvari imel lastninsko pravico«, je, menim, pravilno. Člena 11 SPZ najbrž ni mogoče uporabiti za primere, ko nekdo zahteva odškodnino za uničeno stvar. Treba je namreč upoštevati, da je odškodninska tožba v teh primerih »surogat« za reivindikacijsko tožbo. Ker stvari ni mogoče vrniti (»v naravi«), domnevni lastnik zahteva odškodnino. Vendar pri tem »surogatu« ne more biti na boljšem, kot bi bil v primeru, če bi stvar še obstajala in bi od tistega, ki si jo je prilastil (na primer tat), zahteval vrnitev. V tem primeru bi domneva 11. člena SPZ učinkovala proti lastniku ter v korist tatu (tudi tat je lastniški posestnik). Ni dvoma, da mora pri reivindikaciji tožnik dokazati, da je lastnik. Zato se zdi logično, da tožnik v pravdi, ki je »surogat« za reivindikacijsko tožbo (odškodnina za stvar, ki je ni mogoče vrniti), ne more biti na boljšem glede razporeditve dokaznega bremena.



Pravni letopis 2016

Nomotehnika

V.

ALBIN IGLIČAR

*Sistemska in nomotehnična vprašanja splošnih pravnih
aktov javnega zavoda (primer osnovne šole)*

ANDREJA KURENT

Nomen est omen – Ime ima pomen

Izvirni znanstveni članek
UDK 340.134:373.3(497.4)

Sistemska in nomotehnična vprašanja splošnih pravnih aktov javnega zavoda (primer osnovne šole)

DR. ALBIN IGLIČAR,
zaslužni profesor na
Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

I.

Za normalen obstoj in delovanje različnih oblik združevanja ljudi so potrebna pravila za vedenje in ravnanje članov teh združb (*Ubi societas, ibi ius*). Če imajo odnosi med člani družbene skupine naravo potencialno konfliktnih razmerij, ki so eksistenčno pomembna, in je mogoče udeležence nadzorovati ter jih tudi prisiliti k določenemu načinu obnašanja, ki mora biti natančno določeno, je treba takšne odnose urejati s pravnimi normami. Take norme – pravna pravila – je treba sprejemati na organiziran način in poskrbeti za organizirano sankcijo zoper kršitelje teh pravil.

Navedena teza velja tako za državno organizirane oblike združevanja ljudi kot za organizirane skupnosti (organizacije), ki se oblikujejo v civilni družbi. Organizacije civilne družbe izvajajo svojo pravotvorno dejavnost originarno (na primer lokalne skupnosti) ali izvedeno iz zakona ali splošnega pravnega akta samoupravne lokalne skupnosti (na primer pravila šolskega reda v osnovni šoli). V tem primeru je regulatorna pristojnost z javnim pooblastilom delegirana na nedržavni subjekt.¹ Podlaga so lahko tudi zakonske določbe, ki priznavajo organizacijam civilne družbe notranjo avtonomijo (na primer pravila društva, statut univerze). Poleg državnih splošnih pravnih aktov z zakonsko in podzakonsko veljavo, ki so veljavni na celotnem državnem ozemlju,² pravne subjekte torej zavezujejo še predpisi lokalnih skupnosti, v katerih delujejo, ter splošni pravni akti organizacij civilne družbe, v katere so včlanjeni.

¹ Že leta 2009 je Državni zbor z Resolucijo o normativni dejavnosti (Ur. l. RS, št. 95/09) opozoril: »Opazno je ne dovolj premišljeno podeljevanje javnih pooblastil ob nezadostnem stalnem nadzoru nad njihovim izvajanjem, kar povzroča nepreglednost urejanja določenega področja in razpršenost odgovornosti.«

² Po podatkih Zakonodajnega supervizorja družbe Tax-fin-lex je 9. 5. 2016 v Sloveniji veljalo 810 zakonov in 18.832 podzakonskih predpisov.

Opisano stanje omogoča tudi razmah pravnega pluralizma v globalni družbi. Ob državi kot osrednjem pravotvornem subjektu se pojavljajo tudi subjekti civilne družbe kot ustvarjalci pravnih norm, od lokalnih skupnosti in društev do gospodarskih organizacij in avtonomnih javnih služb.³ Pri tem poteka tako oblikovanje in sprejemanje splošnih in abstraktnih pravnih norm kakor tudi izdajanje posamičnih in konkretnih pravnih norm, vključno z izvajanjem nadzora nad uresničevanjem pravnih norm v družbeni stvarnosti oziroma v dejanskem vedenju in ravnanju pravnih subjektov. Domet te avtonomne (samoupravne) normativne dejavnosti je lahko v posameznih globalnih družbah večji ali manjši, vendar je nekaj prostora za navedeno samostojno aktivnost zagotovljenega v vsakem družbenem sistemu. Poleg tega na pravotvorno dejavnost države vpliva civilna družba s svojim delovanjem, pri čemer je ta vpliv tem večji, čim bolj je država demokratična.⁴

Obseg in samostojnost avtonomnega prava sta odvisna od zelo številnih okoliščin, tako da se to pravo lahko pojavlja v bolj dosledni oziroma popolni obliki ali pa je do neke mere odvisno od državnega prava. Na splošno velja, da vsebino avtonomnih pravnih norm lahko oblikujejo samoupravni subjekti v okviru ustave in zakonov,⁵ tako da so znotraj teh omejitev svobodni; na področju sankcioniranja pa so končne oziroma najbolj drastične sankcije pridržane državnim organom. Glede na stopnjo povezanosti z državo in njenim pravom je mogoče razlikovati različne vrste avtonomnega prava ter ugotavljati njegovo večjo ali manjšo samostojnost in večjo ali manjšo odvisnost od državnega prava.

Splošni pravni akti avtonomnega prava morajo biti vključeni v pravni sistem določene globalne družbe. Zato je zahtevana skladnost splošnih aktov avtonomnega prava z ustavo in zakoni. V pravnem redu določene globalne družbe ne sme biti notranjih protislovij. O skladnosti predpisov lokalnih skupnosti z ustavo in zakonom v Sloveniji odloča ustavno sodišče. Splošni pravni akti lokalnih skupnosti niso podrejeni državnim podzakonskim predpisom. Takšna podrejenost pa je lahko podana pri virih avtonomnega prava v tistih primerih, ko izdajajo splošne akte samoupravni subjekti zaradi izvrševanja javnih pooblastil (na primer pravila šolskega reda v osnovni šoli).⁶

Za izvajanje negospodarskih javnih služb na področjih vzgoje in izobraževanja, znanosti, kulture, športa, zdravstva, socialnega, otroškega in invalidskega varstva ter socialnega zavarovanja

³ V teoriji so te akte poimenovali socialno (družbeno) pravo (na primer Gurvitch, Ehrlich), v SFRJ pa samoupravno pravo. Več v: Albin Igličar, *Pogledi sociologije prava*, GV Založba, Ljubljana 2012, str. 100–149.

⁴ Pri sprejemanju zakonov mora delovno telo Državnega zbora slišati mnenje civilne družbe; Poslovnik DZ (tretji odstavek 41. člena): »Matično delovno telo mora biti seznanjeno z vsemi predlogi, pobudami in vprašanji, ki jih nanj naslovi civilna družba.« PoDZ, Ur. l. RS, št. 92/07, 105/10, 80/13.

⁵ Prim. tretji odstavek 153. člena in četrto alinejo prvega odstavka 160. člena Ustave RS.

⁶ Peta alineja prvega odstavka 160. člena Ustave RS: »Ustavno sodišče odloča – o skladnosti splošnih aktov, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil, z ustavo, zakoni in podzakonskimi predpisi ...«

se ustanovijo zavodi. Statusne in organizacijske vidike zavoda določi ustanovitveni akt, ki ga sprejme država ali občina (zakon, odlok). Ustanovitveni akt poleg določb o imenu, sedežu in dejavnosti zavoda, sredstvih in odgovornosti zavoda ter medsebojnih obveznostih med ustanoviteljem in zavodom vsebuje tudi določbe o splošnih aktih zavoda (statut, pravila). Splošni pravni akti zavoda (statut, pravila) določajo pristojnosti in način delovanja organov zavoda – kolikor ni to opredeljeno že v ustanovitvenem aktu – ter notranje odnose v zavodu, ki so pomembni za delo in poslovanje zavoda. Splošne akte sprejme svet zavoda; za najpomembnejše je pogosto zahtevano soglasje ustanovitelja.⁷

II.

Splošni pravni akti javnih zavodov morajo – *mutatis mutandis* – slediti vsem nomotehničnim zahtevam glede metod normiranja, strukture splošnega akta in pravnih izrazov.

Pripravljanje delovnih besedil splošnih pravnih aktov (zakonov, uredb, pravilnikov, statutov, odlokov itd.) je zahtevno in odgovorno strokovno delo. Splošni pravni akti in v njih vsebovane pravne norme morajo čim bolj verno odraziti družbeno stvarnost, vnesti vanjo potrebno družbeno stabilnost in hkrati omogočiti objektivno utemeljene družbene spremembe. Za uveljavitev nakazane funkcije prava je treba spoznati osnovne družbene vrednote in postavljene cilje ter nato s splošnimi pravnimi normami, ki jih sprejemamo v določenih postopkih, urediti tiste družbene odnose, ki so pomembni za delovanje posameznikov in njihovih združenj. Oblikovanje splošnih pravnih aktov zahteva poleg poznavanja osnovnih metod normiranja še sposobnost ustreznega jezikovnega izražanja ter primerne struktuiranja teh aktov in strokovno utemeljene postopke njihovega pripravljanja in sprejemanja.

V pripravljanju in sprejemanju splošnih pravnih aktov (a) družbene vrednote prehajajo v splošne in abstraktne pravne norme, (b) opredeljujejo se cilji, ki jih želi doseči normodajalec, ter določajo pravna sredstva za doseg te ciljev, (c) iz množice družbenih odnosov normodajalec odbira tiste odnose, ki jih institucionalizirajo pravne norme, (d) v pravni sistem se vključujejo nove norme ali v sistemu spreminjajo dotlej veljavne norme, (e) normodajalec vnaprej in za nedoločeno število pravnih subjektov določa družbeno vedenje in (f) za nekatere posebne življenjske primere opredeljuje specifične načine ravnanja, ki je drugačno od tipskega ravnanja, ali navaja vzorčne primere splošnega ravnanja.

Poti, načini in pristopi (metode) navedenega organiziranega delovanja, v katerem oblikujemo in postavljamo splošne pravne norme (»postave«), se zato raztezajo od (a) aksiološko-deon-

⁷ Na primer soglasje, ki ga mora dati Vlada RS k statutu univerze.

toloških, (b) pravnopolitičnih, (c) socioloških in (d) logičnih metod do (e) abstraktnih ter (f) kazuističnih vidikov človeškega mišljenja.

a) Pri vrednotnem izhodišču zakonodajne dejavnosti z aksiološko metodo ugotavljamo splošno sprejeta načela, ki jih priznava večina pripadnikov neke globalne družbe. Za vsebino pravnega sistema so načela človeškega dostojanstva, pravičnosti, enakopravnosti, tolerance, svobode, demokracije in varnosti⁸ zavezujoča vodila, ki naj jih operacionalizirajo pravne norme. Vrednote so odraz človekovih potreb in interesov, ki izhajajo iz zahtev ohranjanja življenja, zdravja, (eksistenčne potrebe) pripadnosti in varnosti ter človekovega samozavedanja in samouresničevanja.

Pri oblikovanju pravnega akta so te vrednote izrecno (eksplicitno) zajete v njegovih uvodnih in temeljnih določbah, implicitno pa označujejo celotno vsebino splošnega pravnega akta. V primeru predloga zakona se vrednote, ki se izražajo v zakonodajalčevem namenu, posebej pojasnijo v tistem delu uvoda k predlogu zakona, ki pojasnjuje osnovna načela zakona.

b) Splošne družbene vrednote dobijo na pravnem področju najprej naravo posebnih pravnih vrednot in načel. Ti za normodajalca oziroma zakonodajalca pomenijo cilje, ki naj jih uveljavlja pri oblikovanju pravnega sistema. S pravnopolitično metodo je mogoče ugotoviti pravne cilje in določiti pravna sredstva za njihovo doseganje. Družbene vrednote, pretvorjene v pravne cilje, so v dvajsetem stoletju razvidne na primer iz Splošne deklaracije človekovih pravic (OZN, 1948). Te pravne cilje potem v pravni državi uveljavljajo različni pravni akti, med katerimi ima (v evropskem kontinentalnem sistemu) osrednji položaj zakon. Pravna politika, ki je usmerjena *de lege ferenda*, sledi že oblikovanim ciljem ali pa oblikuje nove pravne cilje in izbira pravna sredstva za doseg teh ciljev. Pogosto so instrumenti pravne politike novi zakoni ali spremembe in dopolnitve starih zakonov. O slabi zakonodajni politiki lahko govorimo, kadar zelo hitro po sprejetju novih zakonov sledi noveliranje.

c) S sociološko metodo iz velikega števila družbenih odnosov odbiramo tiste družbene odnose, ki jih je treba pravno oziroma zakonodajno regulirati. Dosledna uporaba tega pristopa preprečuje pravni voluntarizem in idealizem. Zato naj splošni pravni akt poseže na temeljne in eksistenčno pomembne družbene odnose, potencialno konfliktno odnose, odnose, ki so nadzorljivi in v katere je mogoče subjekte tudi prisiliti, ter odnose, pri katerih je treba točno določiti pravice in dolžnosti. Pri noveliranju zakonodaje je mogoče s sociološko metodo ugotavljati družbene vzroke za neustreznost prejšnje ureditve. Iz teh spoznanj pa lahko izhajajo predlogi za drugačno pravno regulacijo. Zgolj kratkoročni pragmatizem in vsakdanje izkustvo sta pogosto preslaba podlaga za noveliranje zakonodaje. Ocena stanja – kot sestavina uvoda zakonskega predloga – naj bo čim bolj podobna tehtni družboslovni analizi.

⁸ Več v: Vjekoslav Miličić, *Opća teorija prava i države, samozaložba*, Zagreb 2008, str. 33–66.

d) Pomemben vidik normodajne dejavnosti zajema vključevanje novih splošnih pravnih norm v obstoječi pravni sistem. Uporaba logične in dogmatske metode lahko pripomore h konsistentnosti oziroma neprotislovnosti pravnega sistema. Z logičnim deduciranjem iz vrednot, ciljev in načel na zakonska pravna pravila je mogoče dosegati zaključeno pravno regulacijo sorodnih sklopov družbenih odnosov. Pravila deontične logike kaže posebej skrbno upoštevati pri kodifikaciji tradicionalnih pravnih panog. Za dobro delujoč pravni sistem je treba upoštevati še dosedanje dosežke pravne civilizacije in izkušnje iz drugih oziroma tujih pravnih sistemov. Ta vidik pri oblikovanju splošnih pravnih aktov zajamemo z zgodovinsko in primerjalno metodo. Ta dva pristopa sta posebej pomembna pri zakonodajni dejavnosti, vendar pogosto lahko pripomoreta tudi k večji dorečenosti podzakonskih aktov.

e) Metoda abstraktnega normiranja zahteva, da morajo splošni pravni akti vsebovati norme, ki določajo družbeno ravnanje vnaprej nedoločenega števila subjektov za bodoče življenjske primere. Z abstrahiranjem izločimo bistvene skupne značilnosti nekega tipa družbenih odnosov, posamične značilnosti odmislimo (abstrahiramo) ter nato v besedilo pravne norme spremenimo le »skupni imenovalec« v vrsti odnosov. Abstraktnost in splošnost je najbolj poudarjena pri zakonih, potem pa se postopno znižuje (uredba, odlok itd.) vse do posamičnih in konkretnih pravnih aktov (odločba, sodba).

f) Kazuistična metoda normiranja mora biti v dobrem pravnem sistemu izjema, če jo uporabljamo za urejanje posamičnih situacij oziroma urejanje položaja le določenega subjekta. Zlasti zakon naj ne zahaja v posamične situacije. Kadar se kazuistična metoda uporablja za precizno naštevanje in določanje posameznih pravnih položajev, pa je seveda še kako dobrodošla za vzpostavljanje preciznega in jasnega pravnega sistema. Kazuistično normiranje v eksemplifikativni izvedbi sicer povečuje svobodo pravnih subjektov in omogoča življenju ustrezno uporabo pravnih norm, kar je še posebej vidno pri dispozitivnih normah zasebnega in samoupravnega prava.

Splošni akt javnega zavoda naj bo ustrezno zunanje (oblikovno) in notranje (vsebinsko) strukturiran. Razdelitev akta na posamezne zunanje sestavine⁹ je odvisna predvsem od njegovega obsega. Največkrat za dobro preglednost akta zadošča delitev na poglavja in člene. Z vidika notranje strukture je treba posebno pozornost nameniti navajanju pravne podlage za izdajo akta v preambuli in tudi njegovemu naslovu. Naslov mora biti čim bolj precizen in poveden, da ustrezno izrazi sklenjen sklop družbenih odnosov, ki jih splošni pravni akt ureja. Uvodne oziroma splošne določbe so v splošnem aktu javnega zavoda navadno krajše, saj so načelna izhodišča in temelji pravnega urejanja najpogostejše določeni že v zakonskih normah. Osrednje mesto zato zavzemajo centralne določbe, ki pa jim morajo slediti še kazenske določbe. To je potrebno za oblikovanje celovite splošne pravne norme (hipoteza, dispozicija, sankcija)

⁹ Del, poglavje, oddelek, člen – odstavek, točke, alineje.

in popolnosti akta ter njegove uporabnosti oziroma izvršljivosti. V splošnem aktu prav tako ne smejo manjkati prehodne in končne določbe. S prvimi opredelimo, kako se končajo postopki, ki so se v posamičnih primerih začeli še v času veljavnosti prejšnjega akta, ki je urejal isto področje,¹⁰ z drugimi pa odvzamemo veljavnost prejšnjemu splošnemu aktu in določimo začetek veljavnosti novega splošnega akta.¹¹

Z jezikovnega vidika je vse bolj poudarjena težnja po jasnem in nedvoumnem izražanju v sprejetih pravilih. Zato naj pravni akt izhaja iz splošnega ljudskega jezika, zaradi natančnosti pa je seveda treba poseči tudi po izrazih, ki imajo bolj določen in precizen pomen pri določanju pravic in obveznosti pravnih subjektov. V njem se pojavljajo ustaljeni pravni termini, ki zagotavljajo potrebno opredeljenost in konciznost izražanja. V splošnem aktu javnega zavoda so še številni izrazi s področja strokovnega dela zavoda, ki so značilni za posamezno področje človekovega delovanja (šola, bolnišnica, muzej ipd.). V samem slogu pisanja splošnega akta javnega zavoda naj bo izražena njegova splošnost in neosebnost, izražanje naj bo v sedanjiku, ob upoštevanju legalnih definicij, pravne frazeologije, ekonomičnosti jezika in njegove linearnosti.

III.

Veljavna ureditev v Sloveniji določa, da osnovne šole ustanavlja občina, ki je tudi lastnica premoženja, ki ga šola upravlja.¹² Finančna sredstva za opravljanje javne službe osnovna šola pridobiva pretežno iz državnega proračuna (!). Na teh izhodiščih zato občina z odlokom ustanovi osnovno šolo. V tem splošnem pravnem aktu (odlok o ustanovitvi javnega vzgojno izobraževalnega zavoda¹³) so zajete določbe o statusu in dejavnosti zavoda, o njegovih organih, sredstvih za delo, medsebojnih pravicah in obveznostih med ustanoviteljem in zavodom, o javnosti dela in o splošnih aktih zavoda. V istem poglavju so navedena še tako imenovana pravila, s katerimi osnovna šola podrobneje uredi svoje delo in notranjo organizacijo. Poleg tega sprejem navedenih pravil predvideva tudi Zakon o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja.¹⁴ Pravila sprejme svet zavoda v soglasju z ustanoviteljem in morajo biti skladna

¹⁰ Derogacijska oziroma abrogacijska klavzula.

¹¹ Določiti je treba vakacijski rok, torej čas od objave splošnega akta do začetka njegove veljave.

¹² Zakon o financiranju vzgoje in izobraževanja (ZOFVI, Ur. l. RS, št. 16/07 – UPB, 36/08, 58/09, 64/09, 65/09, 20/11, 40/12 – ZUJF, 57/15 – ZPCP-ZD, 47/15) v prvem odstavku 41. člena določa: »Javne vrtce, glasbene šole, osnovne šole in domove za učence ustanavlja lokalna skupnost.«

¹³ Na primer Odlok o ustanovitvi javnega vzgojno-izobraževalnega zavoda Osnovne šole Simona Jenka Kranj (Ur. l. RS, št. 78/99).

¹⁴ Člen 43 ZOFVI: »Javni vrtec oziroma šola ima lahko pravila, ki jih sprejme svet vrtca oziroma šole. S pravili se lahko urejajo vprašanja, ki so pomembna za opravljanje dejavnosti in poslovanja javnega vrtca oziroma šole.«

tudi z (občinskim) odlokom o ustanovitvi osnovne šole. Pravna podlaga za sprejem teh pravil je torej tako v zakonu kot v predpisu samoupravne lokalne skupnosti – odloku občine. Ta dvojna pravna podlaga (državni zakon, občinski odlok) lahko postane problematična z vidika vsebine in z vidika skladnosti z državnim splošnim pravnim aktom oziroma z vidika medsebojne konsistentnosti med avtonomnimi splošnimi pravnimi akti.

Zakon o osnovni šoli¹⁵ predvideva sprejem internega splošnega pravnega akta – pravil šolskega reda. S tem aktom osnovna šola natančneje uredi pravice, dolžnosti in odgovornosti učencev ter druga pravila njihovega obnašanja. Pravila šolskega reda sprejme – po pridobitvi predhodnega mnenja učiteljskega zbora in sveta staršev – svet šole na predlog ravnatelja. Pravna podlaga za pravila šolskega reda je torej v zakonu, saj pomenijo akt za izvajanje javne službe. V tem primeru osnovna šola kot del javne uprave v širšem pomenu besede izvaja določene (kurativne) naloge državne uprave. Izvor pravil šolskega reda je torej v državni oblasti, ki pa je z zakonom poverila nedržavni subjekt, da sme urejati odnose, ki zadevajo pravice in obveznosti udeležencev določene dejavnosti oziroma določena materialna dejanja iz pristojnosti državne uprave (v širšem pomenu besede). Podobna situacija se postavlja še pri splošnem pravnem aktu z imenom hišni red, ki ga tudi navaja Zakon o osnovni šoli. Z njim šola »določi območje šole in površine, ki spadajo v šolski prostor, poslovni čas in uradne ure, uporabo šolskega prostora in organizacijo nadzora, ukrepe za zagotavljanje varnosti, vzdrževanje reda in čistoče ter drugo«. ¹⁶ V istem zakonu je predviden še splošni akt, ki pa nima narave (splošnega) pravnega akta, tj. vzgojni načrt. Z njim šola določi načine doseganja in uresničevanja ciljev in vrednot izobraževalnega procesa ter oblike svoje vzgojne dejavnosti in sodelovanja s starši. ¹⁷ V praksi pri razmejevanju vsebine med vzgojnim načrtom in pravili šolskega reda nastajajo velike težave, zelo veliko pa je tudi nerazumevanja pri naravi obeh dokumentov, saj je vzgojni načrt pravno nezavezujoči, usmerjevalni akt, medtem ko imajo pravila šolskega reda naravo splošnega pravnega akta, ki je pravno zavezujoč.

Osnovna šola ima torej več internih splošnih pravnih aktov, ki imajo podlago v zakonih (ZOFVI, ZOsn) in občinskih odlokih o ustanovitvi osnovnih šol (pravila, pravila šolskega reda, hišni red), splošnih pravnih aktov, ki jih še dodatno predvidijo pravila ali pravila šolskega reda (knjižnični red, pravila reda v telovadnici, jedilnici ipd.), ter nepravilnih aktov usmerjevalne in načrtovalske narave (vzgojni načrt, letni delovni načrt). V praksi najbolj uporabljan splošni pravni akt osnovne šole so pravila šolskega reda. Ta akt določa pravice, dolžnosti in odgovornosti učencev (organiziranost, status, odsotnost, pohvale, nagrade, priznanja, zdra-

¹⁵ Člen 60a Zakona o osnovni šoli (ZOsn, Ur. l. RS, št. 81/06 – UPB3, 102/07, 107/10, 87/11, 40/12 – ZUJF, 63/13).

¹⁶ Člen 31a ZOsn.

¹⁷ Člen 60d ZOsn.

vstveno varstvo, varnost), kršitve pravil, vzgojne ukrepe in vzgojni opomin (lažje, težje kršitve, postopek, vrste ukrepov in opominov, premestitve, prešolanje, ugovor staršev, izbris ukrepa), varstvo pravic (pisno opozorilo, inšpekcijski nadzor).

Najpogostejše pomanjkljivosti in napake v splošnih pravnih aktih osnovne šole izhajajo iz že omenjenega nerazlikovanja med vsebino vzgojnega načrta (dokument pedagoške stroke, usmerjevalni akt priporočilne narave) in vsebino pravil šolskega reda (pravno zavezujoči interni pravni akt). V praksi pravila šolskega reda pogosto niso strukturirana v člene, na katere se je potem mogoče sklicevati pri izrekanju vzgojnega opomina (konkretni akt). Večkrat za pravila šolskega reda ni navedena ustrezna pravna podlaga (napačni člen zakona, večkrat se navaja kar vzgojni načrt namesto zakona ali kar priporočila šole za ravnatelje ipd). Ponekod izda pravila šolskega reda kar ravnatelj ali učiteljski zbor (namesto sveta šole), pojavljajo se nedoslednosti pri strokovnih izrazih in primeri analogije (ko neko dejanje, ki s pravili ni predhodno prepovedano, lahko razrednik opredeli kot prepovedano). Problemi nastajajo tudi z objavljanjem avtonomnih splošnih aktov in določanjem začetka njihove veljave.

Strokovni članek
UDK 342.537(497.4)

Nomen est omen

MAG. ANDREJA KURENT,
sekretarka v Zakonodajno-pravni službi
Državnega zbora RS

1. Uvod

Kot nakazuje naslov prispevka,¹ je vsepovsod pomembna vsaka beseda, predvsem zaradi svoje sporočilne vrednosti. To velja tudi v pravu, še posebej pa v zakonodajni dejavnosti, tako pri oblikovanju zakonskega besedila kot glede postopka, po katerem Državni zbor Republike Slovenije (v nadaljevanju: Državni zbor) sprejema zakone. Zakonodajno dejavnost Državni zbor izvaja v rednem, skrajšanem in nujnem zakonodajnem postopku in na slednjega je fokusiran prispevek.

Temeljni element nujnega zakonodajnega postopka je njegova hitrost, saj v njem sam proces poteka izredno hitro, in to tako v času priprave zakonskega predloga kot v zakonodajnem postopku v ožjem smislu. V slednjem se zakon lahko sprejme tako rekoč čez noč.² Ker Poslovnik državnega zbora (v nadaljevanju: poslovnik)³ ne vsebuje količinskih omejitev obravnavane materije, se po nujnem postopku sprejemajo različno obsežni zakonski predlogi – od najkrajšega z dvema členoma,⁴ a tudi z na primer 269 členi, kolikor jih je vseboval Predlog zakona o reševanju in prisilnem prenehanju bank (EPA 1219-VII).⁵ Hitenje z zakonodajnim postopkom navadno prispeva k neperfektnosti zakona.⁶

¹ Latinski izrek, ki pomeni, da ime ima pomen.

² Tak primer je bil Zakon o dopolnitvi Zakona o obrambi (ZObr-E).

³ Poslovnik državnega zbora, Uradni list RS, št. 35/02, 60/04, 64/07, 92/07, 105/10 in 80/13.

⁴ Zakon o dopolnitvi Zakona o obrambi, Uradni list RS, št. 95/15.

⁵ Sprejeti zakon (Uradni list RS, št. 44/16) vsebuje 270 členov.

⁶ Za perfekten zakon se šteje tisti zakonski predlog, ki je sposoben takojšnje objave v Uradnem listu, brez kakršnihkoli, predvsem nomotehničnih oziroma redakcijskih popravkov.

Pogoje za uvedbo nujnega zakonodajnega postopka ureja poslovnik, ki v 143. členu določa, da Vlada Republike Slovenije (v nadaljevanju: Vlada) lahko predlaga sprejem zakona po nujnem postopku, kadar je sprejem zakona nujen zaradi interesov varnosti ali obrambe države ali zaradi odprave posledic naravnih nesreč ali zato, da se preprečijo težko popravljive posledice za delovanje države.⁷ Državni zbor je v dosedanjih mandatih sprejel več zakonov po nujnem kot rednem zakonodajnem postopku, pri tem pa je vprašljivo, ali so bili vsebinski razlogi, ki jih je navajala Vlada za utemeljitev nujnega postopka, upravičeni.

Nedvomno ni sporna obravnava po nujnem postopku tistih predlogov zakonov, ki jih je treba sprejeti zaradi interesov varnosti ali obrambe ali zaradi odprave posledic naravnih nesreč. Opozoriti je treba, da je tovrstnih zakonov zelo malo. Vlada⁸ je največ predlogov zakonov po nujnem postopku predlagala iz razloga preprečitve težko popravljivih posledic za delovanje države. Drugače od prvih dveh so razlogi nujnosti za preprečitev težko popravljivih posledic za delovanje države, kot tretji možni razlog po poslovniku, težje opredeljivi. Vlada kot edina pooblaščenca predlagateljica nujnega postopka je navedeni razlog v dosedanji praksi Državnega zbora utemeljevala z različno argumentacijo, od tega, da bo državi povzročena velika škoda zaradi težav (tudi le ene same) gospodarske družbe ali segmenta fizičnih oseb, do tega, da je zakon nujno treba sprejeti, brez nadaljnjih razlogovanj; največkrat pa je le navedla rok, do katerega naj bi bil zakon sprejet ali uveljavljen. Tudi pri tem je poudarjala različne časovne elemente, na primer hkratno uveljavitev dveh zakonov, zahteve Evropske unije ali drugih zunanjih elementov, iztek rokov, ki so določeni v zakonu (na primer koncesije, določene olajšave), začetek novega davčnega leta in podobno.

V tujih ureditvah se primerljivi zakonodajni postopki označujejo z več nazivi, tako *fast track procedure* kot *urgent* ali *emergency procedure* ali *state*, države, nastale na območju nekdanje SFRJ, ki uporabljajo postopek, primerljiv našemu nujnemu, pa uporabljajo pojem *bitan postupak*.

Po pravilu zakonodajna intervencija pomeni poseg državnega organa (Državnega zbora) v družbeno življenje. Tako je po tej definiciji vsak zakon interventen, torej nujen. Zato se zastavlja vprašanje, ali se z nujnim zakonodajnim postopkom želi doseči čimprejšnja uveljavitev zakona ali pa je zakon nujno sprejeti, ali je torej pravilno poimenovanje nujni zakonodajni postopek ali pa bi morali ohraniti naziv hitri postopek. V skladu s tem je smiselno opredeliti, kaj naj bi *nujnost* v okviru nujnega zakonodajnega postopka sploh pomenila.

2. Pojma nujnosti in hitrosti v zgodovini poslovnikov

Poslovniške ureditve skupščin kot predhodnic današnjega Državnega zbora so v nekaterih obdobjih pojma nujnosti in hitrosti uporabljale kot ločena, v drugih ne.

⁷ Prvi odstavek 143. člena poslovnika.

⁸ V vseh mandatih Državnega zbora.

Poslovnik Narodne skupščine Kraljevine SHS iz leta 1922, po dostopnih podatkih prvi poslovnik zakonodajnega organa na današnjih tleh, je določal le, da se predlog zakona po *hitrem postopku* prednostno obravnava. Tudi poslovnik zborov Ljudske skupščine LR Slovenije iz leta 1954, sprejeta po prvi slovenski ustavi, sta za predlog zakona po *hitrem postopku* določala, da se obravnava prioriteto, pri čemer se ne upoštevajo določeni roki, če Izvršni svet ali zbor predlog zakona obravnava *kot nujnega*. Pod istimi pogoji se je po poslovniku iz leta 1959 dal zakonski predlog takoj na dnevni red seje. Poslovnik iz leta 1963 je določal, da se posamezen predlog lahko obravnava po *hitrem postopku*. Zbor je lahko sklenil, da bo *nujni postopek* izpeljal takoj. Zahteva po *hitrem postopku* se je morala utemeljiti. Po poslovniku iz leta 1967 so se po *hitrem postopku* obravnavala vprašanja, ki jih je treba nemudoma urediti, ker bi zavlačevanje imelo škodljive posledice za družbo. Leta 1974 je poslovnik določal, da se po *hitrem postopku* lahko izda zakon, če je to *nujno* zaradi preprečevanja določenih posledic ali če to zahtevajo določene okoliščine. Isto dikcijo so obdržali nadaljnji poslovniki, tako tisti iz leta 1981 kot 1993. Bistvene spremembe postopka so bile uveljavljene šele leta 2002 s sprejemom novega poslovnika Državnega zbora.

Do uveljavitve poslovnika leta 2002 se je za ta zakonodajni postopek uporabljalo ime hitri postopek, ki pa ga je poslovnik preimenoval v nujni postopek (za sprejem zakona). Iz gradiva za pripravo novega poslovnika je razvidno, da je zakonodajalec s spremembo imena želel poudariti ne le hitrost sprejema, temveč njegovo nujnost, ker bi sicer nastale nepopravljive posledice za državo. Hkrati je bilo ugotovljeno, da je *hitri postopek* le napačni prevod pojma *hitan postopak*, kot je bil uveljavljen v bivši SFRJ. Tako je prof. A. Igličar⁹ poudaril, da »pravilni prevod te sintagme ni hitri postopek za sprejem zakona, temveč nujni postopek za sprejem zakona. [...] S tem je že etimološko bolj poudarjena izjemnost in nujnost uporabe takšnega postopka, kjer ni v ospredju le čas za izvedbo postopka oziroma njegova hitrost, temveč predvsem razlogi takšnega postopka.« Velja opozoriti, da poudarek na »izjemnosti« postopka glede na število zakonov, sprejetih po nujnem postopku, ni izkazan.

3. Nujnost

Kljub zaostrenim pogojem za uvedbo nujnega zakonodajnega postopka, predvsem pa spremembi samega naziva, je po mojem mnenju vprašljivo, kateri pojem v nujnem zakonodajnem postopku prevladuje. Zastavlja se namreč izhodiščno vprašanje, kaj pomeni *nujnost* izvedbe postopka. Izraze nujnost, nujno, nuja¹⁰ lahko štejemo za nedoločni pojem, pravni standard, ki ga napolni šele (sodna ali zakonodajna) praksa.

⁹ A. Igličar, Državni zbor v funkciji zakonodajalca, v: 15 let uresničevanja Ustave Republike Slovenije, Ljubljana 2007, str. 113.

¹⁰ SSKJ jih pojasnjuje s sinonimi urgenten, silen, neodložljiv.

Za izostritev zato kaže analizirati vire, kjer je pojem »nujnosti« že uporabljen.

Začenši z najvišjim pravnim aktom ugotovimo, da Ustava Republike Slovenije (v nadaljevanju: Ustava) pojem nujnosti uporablja v 90., 37. in 92. členu, vsebinsko delno primerljiv izraz izjemne okoliščine pa v 148. členu. Navedeni členi govorijo o *nujnih ukrepih* (90. in 92. člen) ali o tem, da so določene aktivnosti *nujne* (37. člen).

Za opredelitev pojma nujnih ukrepov si lahko pomagamo z zgodovinsko razlago oblikovanja veljavnih določb 90. člena Ustave. Ustavna komisija Državnega zbora Republike Slovenije, ki je kot matično delovno telo obravnavala Predlog ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije¹¹ (EPA 620-VI), je v obrazložitvi drugega odstavka 1. člena Ustavnega zakona (glede nedopustnosti referendumu o zakonih o nujnih ukrepih za zagotovitev obrambe države, varnosti ali odprave posledic naravnih nesreč) glede nujnosti oziroma nujnih ukrepov zapisala:¹²

»Ustave primerljivih evropskih držav izrecno izključujejo razpis referendumu za *zakone, ki po svoji naravi* niso primerni za neposredno odločanje volivcev, kar zlasti velja za ureditve, kjer lahko referendum zahtevajo volivci. Zavrnitev takih zakonov na referendumu bi pomenila resno oviro za delovanje države oziroma za izvrševanje njenih temeljnih funkcij, zlasti pri sprejemanju *nujnih zakonskih ukrepov*. [...] To velja kljub pomenski in interpretativni odprtosti pravnih pojmov, še posebej tistih na ustavnopravni ravni, ki so taki po naravi stvari in jih ni nikdar mogoče v celoti in vnaprej izčrpno opredeliti že na besedilni ravni.«

V tem je povzeto mnenje Strokovne skupine, ki je navedla: »Predlog zato predvideva, da o teh vprašanjih ne bi bilo dopustno razpisati zakonodajnega referendumu, ne izključuje pa razpisa referendumu o vseh zakonih, ki urejajo ta področja, temveč le o zakonih, ki se sprejemajo zaradi *nujnih ukrepov* na teh področjih. Pri *nujnem ukrepanju* mora biti delovanje *učinkovito in hitro*, kar pa bi razpis in izvedba referendumu preprečevala.«

Te navedbe za izčiščenje pojma nujnosti niso zadostne. V pomoč je zato morda smiselno pritegniti judikaturu Ustavnega sodišča Republike Slovenije (v nadaljevanju: Ustavno sodišče), ki ta pojem uporablja v več odločbah.

Tako je Ustavno sodišče na primer v odločbi U-II-1/12 in U-II-2/12 v okviru zahteve Državnega zbora, naj Ustavno sodišče odloči, da bi zaradi odložitve uveljavitve in zaradi zavrnitve ZSDH in ZUKSB na referendumu nastale protiustavne posledice, ocenjevalo, ali je *uveljavitev zakona nujna*, da bi se zagotovilo varstvo ustavnih vrednot, ki stojijo nasproti pravici do

¹¹ Poročilo o pripravi predloga ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije, EPA 620, z dne 29. 3. 2012 (pravilno: 2013), str. 14.

¹² Poudarke je vnesla avtorica prispevka.

referenduma. Državni zbor je v svoji zahtevi obširno utemeljeval, da naj bi bila uveljavitev teh dveh zakonov kot dveh izmed ukrepov za stabilizacijo javnih financ zaradi zagotovitve sanacije bančnega sektorja in za zagotovitev učinkovitega in preglednega upravljanja državnega premoženja *nujna*. Če se ne sprejmejo *nujni ukrepi*, naj država svojih obveznosti zaradi oteženega zadolževanja oziroma skorajšnje nezmožnosti zadolževanja ne bi mogla več izpolnjevati. V 44. točki obrazložitve navedene odločbe je Ustavno sodišče povzelo: »*Nujnost sprejeti določene ukrepe* je zato v funkciji zagotavljanja učinkovitega delovanja države, ki vključuje tudi zagotavljanje uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, na katere opozarja Državni zbor.« In v 45. točki tudi: »Glede na obstoječe ekonomske in še posebej finančne razmere zato ni mogoče odrekati *nujnosti ukrepom*, ki jih mora sprejeti država, med njimi zlasti ukrepom, ki zadevajo sanacijo bančnega sektorja ter zagotovitev učinkovitega in preglednega upravljanja z državnim premoženjem.« V 54. točki obrazložitve pa: »Državni zbor izkazuje *nujnost* sprejemanja ustreznih ukrepov, med katere glede na navedeno sodita tudi ZSDH in ZUKSB. Zato sta po oceni Državnega zbora *nujna* za zagotovitev javnofinančne vzdržnosti delovanja države v pogojih obstoječe ekonomske krize. Zaradi izpostavljenih razlogov Državnega zbora in zaradi splošno znanih dejstev o javnofinančnem položaju države in finančnem položaju bank v lasti države kot tudi o javnofinančnem položaju drugih držav članic t. i. evroobmočja Ustavno sodišče nima razumnih razlogov, ki bi vzbujali dvom o oceni Državnega zbora.«

Iz navedenega je mogoče razbrati predvsem izhodišče Ustavnega sodišča, da je treba pojem nujnosti zelo dobro utemeljiti, saj merila zanj niso opredeljena.

Pojem nujnosti pa Ustavno sodišče pogosto uporablja, ko opravlja test sorazmernosti. Tako je na primer v odločbi U-I-47/94 v 2. točki obrazložitve navedlo:

»Pri tem je treba opozoriti, da so take omejitve ustavnih pravic zaradi varstva pravic drugih (ali javnega interesa) dopustne samo [...], če so v skladu s tako imenovanim načelom sorazmernosti, torej če so za varstvo teh drugih pravic sploh primerne, če so za doseg tega cilja *nujne* (cilj ni dosegljiv na noben drug način oziroma z blažjim sredstvom ali blažjim posegom v ustavno pravico) in če je poseg v eno ustavno pravico zaradi varstva druge tudi sorazmeren s »težo« ene in druge ustavne pravice (sorazmernost v ožjem pomenu).«

Menim, da bi iz te presoje lahko izluščili kriterij, ki bi lahko bil vodilo za presojo nujnosti nasploh, in sicer, da se lahko nujni postopek uporabi le, če niso na voljo druga sredstva. Vendar glede na osnovno dilemo ob tem trčimo na vprašanje, za kaj bi bila druga sredstva primernejša – za hitrejši ali nujni sprejem zakona.

Iz iste odločbe Ustavnega sodišča (2. točka obrazložitve) izhaja še: »Pri vseh treh vrstah zakonov, pri katerih je z določbo 10. člena ZRLI referendum izključen, bi bilo ta poseg morda sicer možno utemeljiti s potrebo po varstvu javnega interesa oziroma s tem, da bi bile brez takega posega lahko prizadete 'pravice drugih' [...]. Z uporabo mehanizma, predvidenega v

16. členu, po katerem lahko Državni zbor, če meni, da je vsebina zahteve za razpis referenduma v nasprotju z Ustavo, zahteva, naj o tem odloči Ustavno sodišče.« In: »Z uporabo tega mehanizma se je možno izogniti abstraktnemu zakonskemu predpisovanju, da narava v 10. členu navedenih treh vrst zakonov v vsakem primeru opravičuje poseg v ustavno pravico do referendumskega odločanja, in doseči, da bo v vsakem konkretnem primeru moralo Ustavno sodišče presoditi, ali bi bile *z odložitvijo uveljavitve tistega zakona* zaradi referenduma ali z njegovo *neuveljavitvijo* res prizadete tako pomembne ustavne pravice, da bi bilo zaradi tega – ob tehtanju prizadetih ustavnih dobrin – dopustno poseči v ustavno pravico do referendumskega odločanja.« Iz tega primera pa bi lahko sklepali, da Ustavno sodišče pojma hitrosti (odložitev uveljavitve) in nujnosti (neuveljavitve) sprejema oziroma uveljavitve zakona enači.

4. Kaj je »nujno« sprejeti

Če se strinjamo z osnovnim izhodiščem, da je nekatere zakone nujno sprejeti (ne glede na hitrost), je treba ugotoviti, kateri so tisti zakoni, ki jih zakonodajalec *mora* sprejeti.

Njihova opredelitev ni enoznačna, čeprav je nujnost sprejetja zakona v svojih odločitvah poudarilo tudi Ustavno sodišče.¹³ V 30. točki obrazložitve odločbe U-II-1/12 in U-II-2/12 je zapisalo: »Zakonodajalec se *mora* s sprejetjem ustrezne zakonske ureditve odzvati na potrebe na vseh področjih družbenega življenja, kar velja še toliko bolj, če te potrebe zadevajo temeljne delovanja države ali sposobnost učinkovitega zadovoljevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin. [...] Zakonodajalec ima široko polje proste presoje pri urejanju posameznih družbenih vprašanj. Kako jih bo urejal, je stvar primernosti zakonske ureditve, za katero je pristojen in za katero nosi tudi vso politično odgovornost.« V tej odločbi se sklicuje na svojo odločbo U-I-69/03, v kateri je navedlo: »Načelo *prilagajanja prava* družbenim razmeram je eno izmed načel pravne države (2. člen Ustave).«

Kaj se mora torej nujno sprejeti?

Načeloma mora suverena država nujno sprejeti ustavo. A vendar je vsaj za ustavno revizijo predpisan zahteven in počasen postopek.

Ali je po drugi strani »nujno« sprejeti zakon, ki je sporen z vidika Ustave? Po naravi stvari se nujni zakonodajni postopek za sprejem zakona uporabi, da bi zakonodajalec takoj posegel v t. i. družbene odnose, ki povzročajo odziv javnosti. V zadnjem obdobju so take na primer »tajkunske zgodbe«. Tedaj politični akterji, ki sodelujejo v zakonodajnem postopku, zaradi pritiska javnosti (ki je v tujini opredeljen z izrazom »naj se nekaj stori«) z ustavno spornimi zakonskimi ukrepi v nekaterih primerih posežejo tudi v že začete postopke, predvsem na

¹³ Poudarke je vnesla avtorica prispevka.

gospodarskem področju, in s prehodnimi zakonskimi določbami vsaj v pričakovane, če že ne v pridobljene pravice, kar je z vidika spoštovanja ustavnih načel izjemno sporno.

Sicer pa mora Državni zbor po mojem prepričanju sprejeti nekatere vrste zakonov, ki so primeroma zajeti v nadaljevanju.

Nedvomno so to zakoni, ki jih je treba sprejeti zaradi odločb Ustavnega sodišča, saj neupoštevanje teh pomeni kršitev 2. člena Ustave. V takšni odločbi Ustavno sodišče Državnemu zboru postavi tudi rok, v katerem mora neustavnost odpraviti, navadno eno leto.¹⁴ Pri tem se prepletata elementa nujnosti in hitrosti.

Prav tako je nujno sprejeti ustrezno zakonodajo zaradi zahtev Evropske unije, katere članica je Slovenija. Tudi v tem primeru se postavi rok uskladitve, prilagoditve, sprejema novega zakona. Za implementacijo direktiv je večinoma določeno dveletno obdobje. Tudi tu sta prisotna oba elementa.

Nujno je sprejeti zakone, za katere tako določa Ustava, čeprav rok ni določen. Ustava v 143. členu tako predvideva sprejetje zakona o pokrajinah, vendar zakona še ni. Poleg tega je nujno sprejeti zakone, za katere tako določa ustavni zakon, vendar Državni zbor na primer zakona, ki ureja referendum, za katerega je ustavni zakon leta 2013 določil enoletni uskladitveni rok, še ni prilagodil.

Nujno je sprejeti nekatere reforme, na primer zdravstveno, pokojninsko. O tem nas prepričujejo mednarodni subjekti, tako predvidevajo finančni kazalniki. Hkrati so ravno te reforme pravi primer elementa *nujnosti*, ki bi zadostil poslovniškemu pogoju nujnosti, izkazanemu v preprečitvi težko popravljivih posledic za delovanje države (primernost proračuna). A po drugi strani je, zaradi kompleksnosti sistemskih zakonov, ki urejajo vsaj navedeni področji, v naravi stvari, da se tovrstni zakoni ne sprejemajo po nujnem postopku in torej časovna komponenta v tem smislu ni relevantna.

Nujno je sprejeti interventne zakone.¹⁵ Že ime pove, da gre za neodložljivo materijo, ki jo je nujno treba urediti, in to čim prej. Interventnost zakona sicer ni vedno izkazana že v naslovu zakona, vendar so posamezni elementi razpoznavni v zakonskem besedilu.

Po drugi strani je verjetno vsak predlog zakona, ki je vložen v zakonodajno proceduro, (nujno) treba sprejeti. Najverjetneje je težnja po sprejemu in uveljavitvi zakona razlog, da je sploh vlo-

¹⁴ V odločbi U-I-159/08 je Ustavno sodišče opozorilo, da je zakonodajalcu določilo *kratek rok* šestih mesecev za odpravo ugotovljene protiustavnosti, ker je upoštevalo, da bo urejanje plač funkcionarjev sodne veje oblasti že tretjič zaporedoma predmet zakonodajnega urejanja, v odločbi U-I-47/94, s katero je (med drugimi odločitvami) razveljavilo 10. člen ZRLJ, je zakonodajalcu določilo rok šestih mesecev, v katerem mora odpraviti to neustavnost.

¹⁵ Prim. Zakon o interventnih ukrepih zaradi gospodarske krize, Zakon o interventnih ukrepih, Zakon o dodatnih interventnih ukrepih za leto 2012.

žen v zakonodajni postopek; to nedvomno velja vsaj, če je njegova predlagateljica Vlada. Za to se lahko uporabi tudi razlog odvrnitve težko popravljivih posledic za delovanje države, kar je sicer poslovniško določen pogoj, da Državni zbor lahko pristopi k urejanju zakonske materije po nujnem postopku. Prvotni namen zakonodajne aktivnosti naj bi bil izboljšati življenje in delovanje drugih subjektov, torej je nujno sprejemati dobre zakone. Žal pa praksa kaže, da hitro sprejeti zakoni vsebujejo več pomanjkljivosti, so vsaj slabše nomotehnično pripravljeni, niso perfektni in zato tudi ne želene oziroma primerni.

Tvegam (heretično) vprašanje: ali po nasprotnem razlogovanju to pomeni, da zakonov, ki niso predlagani po nujnem postopku, ni (nujno) treba sprejeti?

5. Sklep

Odgovor na uvodoma zastavljeno vprašanje, kaj je nujno sprejeti, ni pravne narave. Pojem nujnosti ostaja nedorečen, zato je s pojmovnega vidika nedefiniran tudi sam nujni postopek. Menim, da imena hitri zakonodajni postopek ni bilo nujno spremeniti v nujni. Kljub drugačni opredelitvi namreč v nujnem zakonodajnem postopku še vedno prevladuje časovna komponenta, torej, da se zakon čim prej sprejme in (večinoma) čim prej uveljavi. Ime hitri zakonodajni postopek bi se lahko ohranilo, saj so tudi njegove zlorabe v praksi Državnega zbora ostale enake.

Nadaljnje razlogovanje v svoji čisti obliki bi lahko postavilo še širša vprašanja, na primer: če je zakon *nujno* treba sprejeti, ali imajo poslanci sploh še možnost glasovati po svoji vesti, kar na načelni ravni določa in zagotavlja Ustava? Ali bi bilo v primeru nujnega ukrepanja poleg nedopustnosti zakonodajnega referendumu treba urediti tudi nedopustnost odločilnega veta Državnega sveta, saj je zakon vendarle nujno treba sprejeti?

Po drugi strani *hitrost* v svoji čisti izvedbi zahteva ne le razmislek o nedopustnosti zakonodajnega referendumu in odločilnega veta, ki časovno zamakne dokončni sprejem zakona v Državnem zboru, temveč tudi o skrajšanju roka za promulgacijo in s tem čimprejšnjo (takojsnjo?) uveljavitev zakona po njegovem sprejemu. Ob tem pa tudi vodilo »hiti počasi« (*festina lente*), tako zelo potrebno v pravnem delovanju ter zlasti pri sprejemanju in spreminjanju zakonodaje, izgubi svoj pravi pomen.

Viri

Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06 in 47/13.

Ustavni zakon o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave, Uradni list RS, št. 47/13.

Poročilo o pripravi predloga ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije, EPA 620-VI, z dne 29. 3. 2012.

Poslovnik Ljudske skupščine LRS in Republiškega zbora Ljudske skupščine LRS, dokumentacija, Republiški zbor Ljudske skupščine LRS, Ljubljana 1954.

Poslovnik Ljudske skupščine LRS in Zbora proizvajalcev Ljudske skupščine LRS, dokumentacija, Ljubljana 1954.

Poslovniki Ljudske skupščine LRS in njenih zborov, sekretariat Skupščine SRS, dokumentacija, Ljubljana 1960.

Poslovnik Skupščine Socialistične republike Slovenije (integralno besedilo), Sekretariat Skupščine SRS, dokumentacija, Ljubljana 1982.

Poslovnik državnega zbora, Uradni list RS, št. 40/93, 80/94, 3/95 – popr., 28/96, 26/97, 46/2000, 3/01, 9/01, 13/01 in 45/01 – odločba US.

Poslovnik državnega zbora, Uradni list RS, št. 35/02, 60/04, 64/07, 92/07, 105/10 in 80/13.

Zakon o interventnih ukrepih zaradi gospodarske krize, Uradni list RS, št. 98/09.

Zakon o interventnih ukrepih, Uradni list RS, št. 94/10.

Zakon o dodatnih interventnih ukrepih za leto 2012, Uradni list RS, št. 110/11, 40/12 – ZUJF in 43/12.

Zakon o dopolnitvi Zakona o obrambi, Uradni list RS, št. 95/15.

Zakon o reševanju in prisilnem prenehanju bank, Uradni list RS, št. 44/16.

Igličar, Albin, Državni zbor v funkciji zakonodajalca, v: 15 let uresničevanja Ustave Republike Slovenije, Pravna fakulteta, Ljubljana 2007.

Pržić, Ilija A., Poslovnik Narodne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca sa objašnjenjima iz parlamentarne prakse i zakonskim odredbama, Državna štamparija Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Beograd 1924.

Odločbe Ustavnega sodišča:

U-I-47/94, Uradni list RS, št. 13/95

U-I-69/03, Uradni list RS, št. 100/05

U-I-159/08, Uradni list RS, št. 120/08

U-I-1/12 in U-I-2/12, Uradni list RS, št. 102/12



Pravni letopis 2016

Obid zakona ter njegovega zaobidenega posla

VI.

MARKO RAVLJEN
Obid zakona

Pregledni znanstveni članek
UDK 340.132.6(430:497.4)

Obid zakona

MAG. MARKO RAVLJEN,
višji finančni inšpektor na
Posebnem finančnem uradu, FURS

1. Obid zakona v nemškem pravu

Korenine skupnega evropskega razumevanja obida zakona izhajajo že iz rimskega prava. Sodobni nauk o obidu zakona (*fraus legis*; nem. *Gesetzesumgehung*; ang. *abuse of rights, avoidance of the law*) ima v številnih evropskih državah izvor v rimski civilnopравни jurisprudenci.¹ Pojav je star približno toliko kot pravo samo.²

V nemški praksi lahko pravne posle vanj udeležene stranke znotraj norm prisilnega prava in znotraj danega okvira določb par. 134 in par. 138 BGB načeloma prosto oblikujejo.³ Avtonomija strank omogoča zelo obsežno vsebinsko svobodo pri sklepanju pogodb. Meje so potegnjene tam, kjer posamezni posel krši zakonsko prepoved (par. 134 BGB) ali dobre običaje (par. 138 BGB; analize tega člena se sicer v predstavljenem članku nisem lotil). Pri tem se ne povsem neutemeljeno določbi par. 134 BGB in par. 138 BGB uvrščata med t. i. ovire učinkovitosti (*Wirksamkeitshindernisse*).

Nemški BGB v določbi par. 134 BGB z naslovom *Zakonska prepoved* določa: *Pravni posel, ki krši zakonsko prepoved, je ničen, razen če iz zakona ne izhaja drugače.*⁴ Par. 134 BGB – kljub

¹ Behrends, str. 3 (in nasl.); Teichmann, str. 1 (in nasl.); Böing, str. 28.

² V republikanskem času rimske jurisprudence (okoli 510–31 pr. n. št.) niso ločevali med obidom zakona, navideznim poslom in kršitvijo zakona. To se je spremenilo v času klasičnega rimskega prava (31 pr. n. št.–285 n. št.). *Corpus Iuris Civilis* vsebuje dve navedbi v *Digestah* iz tedanjega časa s samostojno definicijo obida zakona, še nadaljnja definicija pa se nahaja v kasneje nastalem *Codexu* (o čemer več v nadaljevanju). Böing, str. 29–30.

³ Sieker, v: Mellinshoff/Palm, str. 195.

⁴ Pri tem je pod pojmom »zakon« misljena vsaka pravna norma v skladu s par. 2 EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*), ki tako ni omejena na zgolj s strani parlamenta sprejete zakone, temveč obsega tudi

podani dikciji in samem naslovu – ni omejen zgolj na prepovedne norme, opredeljene v drugih členih tega zakona ali celo v drugih zakonih, temveč je skozi zgodovinski razvoj BGB našel uporabnost tudi v primeru obida zakona (*Gesetzesumgehung*) oziroma zaobidenega posla (*Umgebungsgeschäft*) kot »sredstva« za doseg obida zakona.

Obid zakona oziroma *fraus legis* je tako opredeljen kot doktrina, temelječa na civilnem pravu, ki je našla uporabo na mnogih področjih današnjega prava.⁵ Pri tem je Kallimopoulos⁶ navedel opazko, da se stranke v pravnem prometu ne izogibajo samo prepovednim (*Verbotsnormen*), temveč tudi zapovednim normam (*Gebotsnormen*); še več, govoril je o zaobidu pravnih poslov oziroma »pogodb« (*Umgehung von Verträgen* oziroma *Vertragsumgehung*). Tudi Schurig⁷ je navedel, da ni mogoče zaobiti le prepovednih zakonov, temveč vsako zavezujočo pravno normo, pri čemer poudarja, da ničnost nikakor ni nujna posledica zaobidenega posla.

Heeder⁸ navaja, da je bilo v materialnem pravu dolgo časa sporno, ali se zaobidenje nanaša na prepovedno⁹ ali tudi na zapovedno normo.¹⁰ Teoretiki prve omenjene misli so izhajali iz ugotovitve, da je zapoved bodisi izpolnjena bodisi ne, vendar ni nikoli zaobidena. To na prvi pogled logično izjavo je prvi zavrgel Fuchs,¹¹ ko je dokazoval, da gre dejansko zgolj za vprašanje formuliranja neke norme, če ta izkazuje prepoved ali zapoved; vsaka prepoved nekega dejanja se lahko prav tako formulira kot zapoved opustitve in vsaka zapoved se spet lahko formulira kot prepoved opustitve. Pri tem Heeder¹² ugotavlja, da predstavljeni primeri jasno kažejo, da

odredbe in statute. Medtem ko se »kršitev« iz prvega dela podane definicije par. 134 BGB nanaša na zakonsko prepoved določene vsebine pravnega posla ali njegove sklenitve. Pri tem ni nujno, da kršena individualna norma sama določi ničnost posla (saj sicer ne bi bilo potrebe po par. 134 BGB), temveč zadošča izrek prepovedi ali celo pogojna zagrožitev s kaznijo.

⁵ Thuronyi, str. 158.

⁶ Kallimopoulos, str. 81; podobno Benecke, str. 50–51.

⁷ Schurig, v: Heldrich/Sonnenberg, str. 380.

⁸ Heeder, str. 171–173.

⁹ Heeder navaja tako avtorje starejše (na primer F. Endemann, K. Linckelmann, J. Kohler, R. Magen idr.) kot novejše literature (na primer D. Bickel, F. Gschnitzer ter uredniško komentarji BGB, tj. O. Palandt, W. Erman, P. Rummel in M. Schwimann).

¹⁰ Gre za pretežno avtorje starejše literature (W. Fuchs, A. Bartholomes, P. Neff, F. Ness, W. Wette; T. Rosenstern, O. Kuhn, /že omenjeni/ Kallimopoulos idr.).

¹¹ W. Fuchs, Pseudonyme Rechtsgeschäfte, AcP 115 (1917), str. 119; W. Fuchs, Umgehung des Gesetzes (Fraus legis facta). Eine kritische Studie, Göttingen 1917, str. 22.

¹² Verjetno je malo dvoma, da biblijska zapoved »ne ubijaj!« ne ustreza v nemškem kazenskem pravu (par. 212 StGB) zapisani prepovedi »kdor ubije človeka, [...] bo kaznovan [...]«. Prav tako v cestnem prometu rdeča luč na semaforju za pešca pomeni prepoved prečkanja ceste. Vendar na mnogih semaforjih (še posebno v ZDA) stoji ukaz »wait / počakaj«, torej zapoved. Tudi na področju davčnih predpisov lahko ugotovimo, da zakoni, ki določajo davčno obveznost, predstavljajo zapoved, in ne prepoved. Pojavi se vprašanje, ali naj zaradi tega izključimo obstoj davčnega zaobidenja (Heeder, str. 172).

razlikovanje med prepovednimi in zapovednimi normami ni vzdržno in da je tako omejevanje *fraus legis* zgolj na prepovedne norme zgrešeno. Tudi prerod tega mnenja v zadnjem času ne pomeni nadaljevanja starega spora, temveč podaja razlago zgolj zunaj (običajnega) konteksta, po katerem se v materialnem pravu izhaja med obidom zakona in ničnostjo po par. 134 BGB. Pri tem, ko opozori, da se nekateri avtorji sklicujejo zgolj na prepovedno normo iz besedila par. 134 BGB, poda Heeder ugotovitev, da ni vedno jasno razvidno, ali ta izbor besed tudi dejansko pomeni zavestno omejevanje *fraus legis* ali pa samo nadaljevanje običajne terminologije iz par. 134 BGB.¹³

Sicer pa je pri iskanju zadovoljive definicije obida zakona potrebno raziskati bistvo pojma zaobidenega zakona in njegovega namena. Pri zaobidenem poslu gre za to, da udeleženci skozi vrsto izbrane oblike pravnega posla zaobidejo zakonska ali poslovna pravila (se jim izognejo). Zaobideni posel je po svoji naravi resnično želen. Namreč samo tedaj, ko udeleženci posel resnično želijo, je gledano z vidika namena izvedbe zaobidenega posla njegova uporaba tudi smiselna. Zato tudi zaobideni posel ni navidezni posel.¹⁴ Problem definiranja in prepoznavanja obeh poslov temelji na tem, da zaobidena pravna norma ni obidena z direktno uporabo konkretnega dejanskega stana, kar pa ne velja za navidezni posel. Navedenemu vprašanju ločevanja med navideznim in zaobidenim poslom sem se posvetil v tretjem poglavju članka.

Za primer obida zakona gre, če nekdo želi z izbranim pravnim poslom doseči zakonsko nedovoljen uspeh, pri čemer pa pazi, da ne pride v nasprotje z dobesednim pomenom zakona, čeprav želi pravnemu redu prekrizati račune.¹⁵ Če pravni posel ne krši sicer iz zakona dane dobesedne razlage zakonske prepovedi, je pa tako ustrojen, da dosega uspeh, ki je v nasprotju z namenom prepovedne norme zakona, lahko v tem primeru govorimo o zaobidenem poslu.¹⁶ Zakonski obid zato opredeljujemo kot ravnanje, ki sicer ni usmerjeno proti izrecnemu pomenu zakona, vendar krši njegov smisel.

Ta pogled, po katerem se zakonska prepoved in obid zakona med seboj razlikujeta, je skovalo rimsko pravo.¹⁷ Pravna teorija daje zaobidenim poslom tudi naziv »preoblečeni posli« (*verkleidetes Geschäfte*) in naziv »zastrti (prikriti) posli« (*verschleierte Geschäfte*). Jhering je pri opisovanju obida zakona uporabljal tudi izraz »skrite poti življenja« (*Schleichwege des Lebens*).¹⁸

¹³ Prav tam, str. 173.

¹⁴ Flume, str. 408.

¹⁵ Krauss, str. 61.

¹⁶ Armbrüster, v: Säcker, str. 1571; podobno Rüßmann, 2006, str. 223.

¹⁷ Armbrüster, v: Säcker, str. 1572.

¹⁸ Navedeno izhaja iz Pfaffovega dela iz leta 1892, str. 1, 18 (I. Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere, Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts- Buchhandlung, Dunaj 1892).

S par. 134 BGB je želel zakonodajalec odločiti v spornem vprašanju, ali je pravni posel, ki je sklenjen v nasprotju z zakonsko prepovedjo, ničen, tudi če prepovedna norma civilnopravno sankcijo ničnosti ne izreka.¹⁹ Določba par. 134 BGB tako predpostavlja zakonsko prepoved, ne da bi določila, kateri zakoni so prepovedne norme. Še več, takšne prepovedi so lahko vsebovane v poljubnih, še posebno necivilnopravnih zakonih. V slednjem primeru je dana naloga civilnemu pravu, da odloča o civilnopravnih posledicah kršitve. To nalogo izpolnjuje par. 134 BGB kot splošna (prazna) norma (*Blankettnorm*) za vse zakonske prepovedi, ki so povezane s pravnim poslom.²⁰ Člen 134 BGB je zapornica (meja) zasebne avtonomije. Pri tem zakonske prepovedi niso dane na razpolago tudi strankam kot diskrecijska pravica.²¹ Odločanje v okviru načela zasebne avtonomije se ne more izvajati neomejeno, temveč v mejah dovoljenega v pravnem redu.²² Člen 134 BGB velja za vse vrste pravnih poslov, za enostranske posle, pogodbe in sklepe, vendar ima pomen predvsem za pogodbe.²³

Na postavljeno vprašanje o izvoru in pomenu zaobidenega posla v nemškem civilnem pravu je treba najprej opredeliti iz rimskega prava izhajajoče definicije obida zakona:²⁴

Paul. D. 1, 3, 29: »Zakon krši, kdor počne, kar zakon prepoveduje, obide pa ga, kdor ga izigrava, ne da bi prizadel samo besedilo.«²⁵

Ulp. D. 1, 3, 30: »Zakon se namreč goljufa (obide), ko se stori tisto, kar je hotel, da se ne stori, ni pa prepovedal, da bi se to storilo; in ker je besedilo drugačno od pomena, se obid razlikuje od prepovedi.«²⁶

C. 1, 14, 5: »Ni dvoma, da protizakonito ravna tisti, ki s tem, ko se drži besedila zakona, izigrava njegov smisel (voljo): ne izognejo se kazni, ki jo zakon predvideva, osebe, ki izigravajo duh zakona, s tem ko se izgovarjajo, da so se pomotoma držale njegove napačne razlage. Ne morejo skleniti nobenega sporazuma, nobenega dogovora, nobene pogodbe, če jih sklepajo v nasprotju z zakonom.«²⁷

¹⁹ F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, zvezek I, Berlin 1840, str. 210.

²⁰ Uporaba par. 134 BGB tako zadeva tri vprašanja: ali obstaja zakonska prepoved, ali je ta prekršena in kakšne so posledice? Boemke/Ulrici, str. 184.

²¹ Heinrichs, v: Palandt in drugi, str. 111.

²² Larenz/Wolf, str. 723.

²³ Prav tam.

²⁴ Honsell/Mayer-Maly/Selb, str. 118; Honsell, str. 11–12; Medicus, str. 257; Zimmermann, str. 702; Rüßmann, 2002, str. 223, Flume, str. 350; Kranjc, str. 233–234; Römer, str. 10.

²⁵ *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.*

²⁶ *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat rhetōn apō dianoia, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.*

²⁷ *Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente.*

Podane definicije se vežejo na pogled, ko se razlaga zakona ozko veže na dobesedni ustroj predpisa.²⁸ Če pravni posel ne krši sicer iz zakona podano dobesedno razlago zakonske prepovedi, je pa tako ustrojen, da dosega uspeh, ki je v nasprotju z namenom prepovedne norme, lahko v tem primeru govorimo o zaobidenem poslu.²⁹ Če torej posel ne krši dobesednega pomena zakona, temveč njegov duh in namen, potem je podan primer *agere in fraudem legis*.³⁰ Pri tem stranke izkoristijo pomanjkljivo zakonodajalčevo izražanje in po črki zakona ne kršijo njegove prepovedi, v resnici pa skušajo doseči tisto, kar je zakonodajalec hotel prepovedati.³¹ Tako torej obstaja zaobideni posel tedaj, če so stranke dosegle uspeh iz prepovedanega posla z uporabo neke druge pravne oblike, ki izrecno ni prepovedana.³²

Danes se najdejo številne prepovedi v socialno in gospodarsko-politično motiviranih zakonih na področju delovnega prava, cenovnega, davčnega, podjetniškega in gospodarskega, bančne- ga ter drugih področjih prava. Z vse večjim številom prepovednih norm se ni le uporabno področje par. 134 BGB preusmerilo s kazenskega na gospodarsko pravo, temveč tudi postopno razširilo, s čimer je ta določba dobila povsem drugačno težo, kot jo je imela v času njenega nastanka.³³ Že pred pol stoletja je Engert³⁴ ugotavljal, da je v sodobni civilnopravni dogmatiki izraz obid zakona potisnjen v ozadje in v sodni praksi redko uporabljen; nasprotno pa igra obid zakona pomembno vlogo na drugih pravnih področjih, kot so delovno pravo, upravno pravo, kartelno pravo in še posebno davčno pravo.

2. Obid zakona skozi zgodovino

2.1. Obid zakona v rimskem pravu

Fraus legis je že v rimskem pravnem nauku oblikoval trden pravni pojem, katerega točen pravni pomen pa je bil nejasen. Za *fraus legis* je namreč veljalo, da je označeval tako obid kot tudi kršitev zakona.³⁵

²⁸ Medicus, str. 257.

²⁹ Rüßmann, 2002, str. 223.

³⁰ Honsell/Mayer-Maly/Selb, str. 118.

³¹ Korošec, str. 80–81.

³² Rüßmann, 2006, str. 223.

³³ Dorn, v: Schmoeckel, str. 663.

³⁴ Engert, str. 1.

³⁵ Benecke, str. 11.

Sicer pa se je zgodovina obida zakona, tj. *in fraudem legis agere* ali *in fraudem legis facere*,³⁶ začela v rimskem pravu relativno pozno. Sam izraz *fraus*³⁷ je sicer ena izmed najstarejših pravnih besed, zapisana že v Zakoniku XII plošč. Vendar z njim niso označevali obida zakona, temveč se je uporabljal za neposredno kršitev zakona ali vedenjskega reda. Ta pomen nosi tudi v kasnejših zakonih uporabljeni pomen *sine fraude sua*: če je obstajal dvom, ali novejši zakon odstopa od starejšega predpisa (in tega dejansko postavi zunaj veljave), je to vodilo k temu, da je storitev ali opustitev, ki je po novem zakonu dovoljena, medtem ko je bila po starem predpisu prepovedana, *sine fraude sua*, torej ne predstavlja kršitve zakona.³⁸

Fraus se pojavlja tudi v povezavi z *in fraudem creditorium* in *in fraudem patroni*, to je v zvezi z goljufijo, torej v zvezi z neposredno kršitvijo obveznosti.³⁹ Tudi v zvezi s pojmom *in fraudem legis agere* se je najprej označevalo le ravnanje, ki neposredno krši zakon,⁴⁰ tako da sta bila *agere in fraudem legis* in *agere contra legem* identična.⁴¹ Pravni institut obida zakona, ki bi se pojmovno ločeval od kršitve zakona in bi se uporabljal pri navezavi na določene konkretne dejanske stane, je bil vse do časa klasičnega rimskega prava tuj.⁴²

V rimskem pravu je bila uporaba zakonov podana z vidika strogega formalizma. Zakoni so se izključno razlagali dobesedno po črki zakona, vsakršna povezava s smislom in namenom je bila izključena.⁴³ Zaobideni posli so tedaj dosegali svoj vrhunec.⁴⁴ Vendar se je že v poz-

³⁶ Za *fraus legis* uporabljeni sinonimi so *fraus legis facta* (oziroma *fraus legi facta*), *agere in fraudem legis* (oziroma *in fraudem legis agere*) ter *facere fraudem legis* (oziroma *in fraudem legi(s) facere*). Böing, str. 30; Teichmann, str. 3; Berger, str. 477.

³⁷ *Fraus*: škoda, neugodnost; pojem prav tako pomeni zlonamernost, goljufijo (sinonim: *dolus*) in posledično vsak akt ali transakcijo, ki je izvršena z namero ogoljufati drugega ali ga prikrajšati za legitimno prednost (Berger, str. 477).

³⁸ Krüger/Kaser, str. 120; Teichmann, str. 3.

³⁹ Krüger/Kaser, str. 149 in nasl.; Teichmann, str. 3.

⁴⁰ Ulp. D. 14, 6, 7, 3 (SC Macedonianum).

⁴¹ Teichmann, str. 3.

⁴² R. von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung, zvezek II, 4. izdaja, Leipzig, 1903, str. 44; H. Lewald, Besprechung (von Rotondi, Gli atti in frode alla legge), SavZtschr., rom. Abt., zvezek 33, 1912, str. 589; Partsch, Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften, Berlin, 1931, str. 126; M. Kaser, Das römische Privatrecht, zvezek 1, München in Berlin, 1955, str. 217; Krüger/Kaser, str. 140 in 148; nekoliko drugače P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger, Römisches Recht, 3. izdaja, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1949, str. 102. Navedeni avtorji so trdili, da so se že v klasičnem pravu posluževali obida zakona z namenom, da se razširijo meje razlage. Tako Teichmann, str. 4.

⁴³ V klasični dobi rimskega prava, ki je dajalo pozornost obliki pred voljo pogodbenih strank, je bil formalno veljavno sklenjen posel veljaven tudi tedaj, če ni bil resnično želen. H. Honsell, In fraudem legis agere, v: D. Medicus, H. H. Seiler, Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, 1. izdaja, Verlag C. H. Beck, München 1976, str. 113 in nasl.; Schurig, v: Heldrich/Sonnenberg, str. 377 in nasl.; A. Teichmann, Die Gesetzensumgehung im Spiegel der Rechtsprechung, JZ 2003 (Juristenzeitung), str. 762. Povzeto po Benecke, str. 8; podobno Kranjc, str. 206 in 233; Kaser, str. 243; Römer, str. 10.

⁴⁴ Rimska iznajdljivost v zaobidenju strogo formalističnih zakonov je vodila k nekaterim pravnim institutom, ki jih še danes poznamo. To še posebno velja za posel slamnatega moža (*interposita persona*). Prav tako se je razvil fiduci-

norepublikanskem in cesarskem obdobju razumevanje rimske pravne znanosti spremenilo od povsem dobesedne razlage v smer interpretacije pomena zakonske norme.⁴⁵ Tako se je v rimskem pravu, ki je prvotno strogo negovalo dobesedno razlago zakonskega besedila, *agere in fraudem legis* (obid zakona) šele v klasičnem obdobju izenačil z *agere contra legem* (kršitev zakona), vendar pa ne na splošno; za obid zakona je veljalo, ko posel sicer ni kršil črke zakona, vendar pa je kršil duh zakona in je bil nameravan. Splošna izenačitev kršitve zakona in obida zakona je uspela skozi Teodizijevo novelo v letu 439, ki je prepovedala izvajanje vseh pravnih poslov, ki kršijo zakonsko prepoved.⁴⁶ Tako v klasičnem pravu kot *leges perfectae*⁴⁷ stoji *lex non dubium* cesarja Teodozija, ki ga je Justinijan vključil v svoj zakonodajni *Codex*⁴⁸ in še nadalje posplošil. V absolutni monarhiji se je zaradi postopnega naraščanja moči države in iz nje izhajajočega poseganja v sfero posameznika število prepovednih zakonov močno povečalo. Z *lex non dubium* so bile dotedanje in bodoče zakonske prepovedi opremljene s sankcijo ničnosti, ne glede na to, ali je bila ničnost določena v posameznem zakonu ali ne. Vsi prepovedni zakoni so tako postali *leges perfectae* v tradicionalnem pomenu, tako da je dotedanja tristranska delitev odpadla. Absolutni monarh je tako vzpostavil prevlado svojih zakonov pred svobodo oblikovanja pravnih poslov.⁴⁹

arni posel, skozi katerega naj bi nastale pravne posledice določenega pravnega področja, vendar naj bi se pristojnost fiducianta uporabljala zgolj omejeno. Beneckejeva (str. 8–9) pri tem opiše primer rimske prepovedi obrestovanja, zato so se osebe posluževale kupoprodajnih pogodb, katerih odplačilo (vključno z obrestmi) ni bilo opravljeno v denarju, temveč v pšenici, dogovorjena pa je bila tudi pogodbeni kazni. Beneckejeva poudarja, da je še zlasti prihajalo do zaobidenja zakonov, ki so vsebovali neprijetne posege v zasebno življenje; tako so zaobšli pravila o daritvah, dedovanju ali naklonitvi drugim članom družine tako, da so se ti pred tem emancipirali, skozi fingirane prodajne pogodbe ali razdelitev darila na več manjših zneskov. Ali pa primer zaobida kaznovanja zaradi prešuštva ali nečistovanja, ko so se žene vpisale na seznam prostitutk.

⁴⁵ Razlogi za ta razvoj so različni; ležijo v spremenjenem razumevanju zakonov, ki ga spremlja sprememba duhoslovnih in filozofskih nazorov. Benecke, str. 11; podobno Böing, str. 30.

⁴⁶ Dorn, v: Schmoedel, str. 675–676; podobno Zimmermann, str. 702.

⁴⁷ Kot je danes v veljavi, je tudi v klasičnem rimskem pravu veljalo, da ne vodi vsako kršenje zakonske norme k ničnosti pravnega posla. Medtem ko je v veljavnem pravu sankcija odvisna od namena zakona, pa je bila v klasičnem rimskem pravu odvisna od tega, kar je zakon predvidel v primeru njegove kršitve. Tako so klasični juristi razlikovali med *leges perfectae*, ki je posel, ki je kršil zakon, opredelil za ničnega, *leges minus quam perfectae*, kjer se je zakonska kršitev grajala s kaznijo, vendar je ostal posel v veljavi, ter *leges imperfectae*, kjer ni bila predvidena niti kazen niti ničnost posla, ki je kršil zakonsko prepoved.

⁴⁸ C. 1, 14, 5. Zimmermann, str. 702.

⁴⁹ M. Kaser, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht* (Osterreichische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse), str. 67 in nasl.; H. H. Seiler, *Über verbotswidrige Rechtsgeschäfte* (par. 134 BGB), Eine Bestandsaufnahme (v: P. Selmer & ostali (ured.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Berlin/New York, 1987), str. 71. Povzeto po Dorn, v: Schmoedel, str. 657–658.

2.2. Obid zakona v pravu srednjega veka

Srednjeveški glosatorji so v povezavi z rimskim *fraus legis* razvili svoj lastni nauk o obidu zakona. Pri tem so definirali *fraus* kot sebično ravnanje, ki ni usmerjeno le zoper zakon, temveč tudi zoper fiskus ali zoper tretjega.⁵⁰ *Agere in fraudem legis* je po nazoru glosatorjev podan, če krši *mens legis* (duh zakona); to kršitev je potrebno obravnavati kot kršitev zakona in je lahko skupaj z *agere contra legem* zajeta pod pojem »*committere in legem*«. ⁵¹ Obid zakona vodi kot neposredna kršitev zakona k ničnosti pravnih poslov.⁵²

Sistematičen zajem pojma obid zakona pa v omenjenem času ni bil uspešen.⁵³ V razpravah so glosatorji ugotovili, da se pravni pojem zaobidenje pravnega posla pogosto prekriva z navideznim poslom.⁵⁴ Omenjena ozka povezava med naukom o zaobidenem poslu in naukom o navideznem poslu pa se je v tedanjem času kazala (tudi) v reku: *Tot modis committitur simulatio quot modis committitur fraus* (Kolikor načinov za simulacijo, toliko načinov za goljufijo (obid)).⁵⁵ Sicer pa je bil v nemškem srednjem veku izraz obid zakona splošno znan, kar nakazujejo številni reki: »Krumme Wege beschädigen Recht« (Ukrivljene poti škodujejo pravu); »Es ist kein Gesetz: es hat ein Loch, wer's finden kann« (Ni zakona: ima luknjo, kdor jo najde); »Neuen Gesetzen folgt auf der Ferse neuer Betrug« (Novim zakonom sledi za petami nova prevara); »Sobald Gesetz ersonnen, wird Betrug begonnen« (Ko se zakon pripravi, se že začne goljufija); »Wo lex voran, da fraus Gespann« (podoben pomen kot predhodni rek).⁵⁶ Teorija o obidu zakona se ni razvila, temveč so – podobno kot v klasičnem rimskem pravu – za posamične pojave oblikovali specialne zakone.⁵⁷

⁵⁰ Pri tem so razumeli *fraus* kot obliko posebnega *dolusa*, kot goljufivo, zaupanja nevedno ravnanje, z namenom želeti doseganje lastne koristi; pri tem se razlikujejo tri skupine fravduloznega ravnanja: *agere in fraudem legis*, *agere in fraudem fisci* in *agere in fraudem alterius*. *Agere in fraudem fisci* je bil na primer podan, ko grobi kršitelj tik pred obsodbo podari svoje premoženje, ki bi sicer pripadlo državnemu fiskusu. Benecke, str. 12–13; Teichmann, str. 5; Schurig, v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378.

⁵¹ Pfaff, str. 22; H. Coing, *Simulatio in fraus* in der Lehre des Bartolus und Baldus, *Festschrift für Koschaker*, zvezek III, str. 410. Povzeto po Teichmann, str. 5; podobno Schurig v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378.

⁵² Teichmann, str. 5.

⁵³ Prav tam.

⁵⁴ Prav tam. Pri tem Schurig (v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378) navaja, da je razvoj nauka o simuliranem poslu potekal vzporedno in se je tako teoretično razmejil od nauka o zaobidenem poslu, vendar je praktično vplival medsebojno in sta bila oba pojma očitno zamenljiva.

⁵⁵ Še posebno postglosatorja Bartolus in Baldus sta se posvetila kompleksu vprašanj pojmov *simulatio* in *fraus*. Več o tem Flume, str. 351; podobno Kallimopoulos, str. 81; Zimmermann, str. 648; Dorn, v: Schmoeckel, str. 675–676.

⁵⁶ Teichmann, str. 5; podobno Pfaff, str. 8; Benecke, str. 13.

⁵⁷ Teichmann, str. 6.

2.3. Nemška dogmatska umestitev obida zakona od leta 1840

Razvoj v novem veku je bil vse do sprejema BGB zaznamovan skozi hitre spremembe in veliko raznolikost mnenj. Pravni institut obid zakona sicer ni bil jasno definiran, je pa bil vložen trud v njegovo preciziranje.⁵⁸ Preobrat pri umestitvi obida zakona pa je nastopil, ko je Savigny leta 1840 obravnaval ta problem, leta 1851 pa ga je opredelil še Thöl.⁵⁹ Na podlagi ugotovitev obeh raziskav, ki sta v veliki meri še danes podlaga za razpravo, je v naslednjih tridesetih letih nastala obsežna literatura k oblikovanju pojma obid zakona.⁶⁰ Od tega časovnega prostora dalje se je tudi nemška sodna oblast, ki je pred tem komajda uporabljala ta pojem, začela ukvarjati s problematiko obida zakona.⁶¹ Iz Savignyjevih in Thölovih razprav ter kasnejših raziskav lahko oblikujemo tri vidike obida zakona:

a) Razumevanje obida zakona kot navideznega posla

Savigny je obravnaval problem *agere in fraudem legis* v povezavi z razpravljanjem o razlagah zakonov. Obid zakona je označil kot postopek, skozi katerega zakon sicer ni kršen po črki zakona, temveč po njegovem duhu (prevod iz D. 1, 3, 29), in zahteval kot samoumevno uporabo zakona tudi ob teh ravnanjih.⁶² Savigny⁶³ je izhajal iz tega, da ne obstaja nikakršna razlika med simulacijo in obidom zakona.⁶⁴ Tako je sočasno uporabljal dva pojma, ki ju danes dogmatsko ostro razmejujemo med seboj, in sicer simulacijo in obid zakona.

b) Obid zakona kot problem razlage zakona

Thöl je Savignyjeva stališča zavračal, saj je njegov pogled označeval kot preozek; problem obida zakona je dodatno označil kot problem razlage zakona. Obid zakona po njegovem mnenju ni nič drugega kot – morda težje prepoznana – kršitev zakona, ki se ugotovi skozi

⁵⁸ Schurig, v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378; A. Teichmann, Die Gesetzensumgehung im Spiegel der Rechtsprechung, JZ 2003 (Juristenzeitung), str. 5. Povzeto po Benecke, str. 12.

⁵⁹ F. C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, zvezek I, Berlin, 1840, str. 324; Heinrich Thöl, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, Göttingen, 1851, str. 159 in nasl. Povzeto po Teichmann, str. 6; podobno Schurig v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378.

⁶⁰ J. Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, JherJb 16 (1878), str. 91 in nasl.; F. Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von Cession, AcP 63 (1880), str. 157, 172; O. Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, München in Leipzig, 1883, str. 52 in nasl.; A. Barthelmes, Das Handeln in fraudem legis, disertacija, Göttingen, 1889; I. Pfaff, Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere, Dunaj, 1892; P. Neff, Beiträge zur Lehre von der fraudem legis in den Digesten. Povzeto po Teichmann, str. 6.

⁶¹ Reichsgericht, ki je bil od 1879 do 1945 vrhovno sodišče v kazenskih in civilnih zadevah, je začel uporabljati konstrukcijo pojma *agere in fraudem legis* od leta 1890 dalje (RGZ 26, 180 (183)). Tako Teichmann, str. 6. Beneckjeva (str. 15–17) je podrobneje opisala oblikovanje sodne prakse RG glede *fraus legis* skozi 19. stoletje.

⁶² Teichmann, str. 7–9.

⁶³ F. C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1. zvezek, 1840, str. 325.

⁶⁴ Kallimopoulos, str. 96; Schurig, v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378.

razlago pravne norme in se zakonu ustrezno obravnava.⁶⁵ Šele navedena Thölova obravnava leta 1851⁶⁶ je omogočila ločevanje med simulacijo in obidom zakona, ki je lahko dosežena z razširjeno razlago zaobidenega zakona. S tem se je obid zakona metodično razmejil od navideznega posla.⁶⁷

c) Obid zakona kot samostojen pravni institut

V krajši razpravi se je tudi Bähr ukvarjal s problemom obida zakona.⁶⁸ Potem ko je odklonil Savignyjevo rešitev, da se obid zakona obravnava kot navidezni posel, je Bähr predlagal »neko vrsto raztegljive uporabe prepovedovalnih zakonov za takšna ravnanja, ki sicer neposredno ne nasprotujejo prepovedim, vendar služijo njihovemu obidu«. Pri tem ni mislil na ekstenzivno interpretacijo, temveč je zagovarjal samostojen pravni institut obid zakona, s katerim naj bi se opisani pravni posli izrekli za nične.⁶⁹ Nekoliko podrobneje kot Bähr je izraz zajel Pfaff. Kot znak obida zakona je opredelil njegov protipravni namen in kot njegov cilj doseganje gospodarskega uspeha, ki ga pravni red sicer preprečuje. Bähr in Pfaff sta si tako bila enotna, da je pravni institut *Gesetzesumgehung* potreben, da se lahko zoperstavimo zaobidnim ravnanjem. Razlikujeta pa se v tem, da je Bähr želel doseči ničnost dotičnega pravnega posla, medtem ko je Pfaff uporabljal pojem obida zakona z namenom, da se posebne pravne posledice zadevnega zakona razširijo na konkreten dejanski stan izvedenega obida.⁷⁰

Bähru⁷¹ se tako pripisuje ostroumna, prodorna raziskava, v kateri je podal prvo teoretično-pravno obrazložitev razmejčitve med zaobidenim in navideznim poslom, ki še danes velja kot splošno pravilna.⁷² Tako je po Bähru⁷³ zaobideni posel v svoji postavitvi ciljev identičen s prepovedanim, čeprav je bila uporabljena dovoljena pravna forma; sankcijo proti zaobidenemu poslu lahko določi le sodnik, saj sam zakon ne more predvideti vseh možnih oblik zaobidene-

⁶⁵ Več o tem Teichmann, str. 9–11; Benecke, str. 15.

⁶⁶ H. Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Göttingen, 1851.

⁶⁷ Benecke, str. 15; podobno Schurig v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378.

⁶⁸ O. Bähr, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München in Leipzig, 1883, str. 52 (in nasl.); Otto Bähr, *Besprechung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, KrVjSchr., Bd. 30, str. 321 (in nasl.). Povzeto po Teichmann, str. 11; podobno Römer, str. 13.

⁶⁹ V (kasnejšem) nasprotnem osnutku k nastajanju nemškega BGB (*Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Kassel 1892) je podal naslednjo definicijo »posla k obidu zakona« (nem. *Geschäft zur Umgehung des Gesetzes*): »Prepovedanemu poslu je treba enačiti tudi takšen posel, ki skuša v drugi obliki doseči nameravani cilj, kateremu zakon podaja prepoved v izvirni obliki posla.« Teichmann, str. 11–13; podobno Oguz, str. 85–86; Benecke, str. 15.

⁷⁰ Teichmann, str. 11–13; Oguz, str. 84–86; Benecke, str. 15.

⁷¹ O. Bähr, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, 1883, str. 56 in dalje.

⁷² Kallimopoulos, str. 96.

⁷³ O. Bähr, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, 1883, str. 59.

ga posla.⁷⁴ Iz navedenega stališča, da gre pri obidu zakona za problem, ki ga je treba ločiti od vprašanja navideznega posla, je izhajal tudi zakonodajalec BGB in pri tem zavrnil vključitev posebne ureditve zakonskega obida v določbo par. 134.⁷⁵

V času nastajanja BGB je namreč druga komisija obdržala predlog zakonske definicije prve komisije brez nadaljnje razprave. Nadomestila je le formulacijo, da »pravni posel, katerega oblikovanje je skozi zakon prepovedano« (*»ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist«*), s formulacijo »pravni posel, ki krši zakonsko prepoved« (*»ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt«*), in sicer z namenom, da bi jasno povedala, da se ne samo sprejem pravnega posla, ki krši prepoved, temveč tudi pravnega posla, ki ima prepovedano vsebino, lahko opredeli kot ničen posel.⁷⁶

Zakonodajalec BGB je sledil temu novemu nazoru in se odpovedal vključitvi izrecne zakonske določbe glede obida zakona. Bähr je v postopku oblikovanja BGB pripravil predlog, da bi v par. 105 BGB (današnji par. 134 BGB) vključili dodatni stavek o zakonskem obidu, vendar je komisija predlog zavrnila. V utemeljitvi je nakazala, da je *fraus legis* problem razlage (tolmačenja); tako se naj ne bi poseglo v svobodo tolmačenja sodnikov.⁷⁷

3. Znaki obstoja zaobidenega posla po nemškem par. 134 BGB

Pri zaobidenem poslu gre za to, da udeleženci želijo skozi izbrano obliko pravnega posla zaobiti neko zakonsko ali pravnoposlovno določbo.⁷⁸ Pri zaobidenem poslu se ugotovi diskrepanca med tipičnimi in dejanskimi materialnimi posledicami posla. To je mogoče razumeti takole: pravni ustroj daje udeležencem v pravnem prometu na razpolago različne modele ravnanj, s katerih uporabo se dosežejo različni praktični nameni. Obid zakona obstaja tedaj, če osebe uporabijo določen pravni model z namenom, da dosežejo neki drugi namen, kot je sicer običajno za določeno obliko posla. V tem primeru je govora o razhajanju med tipičnimi in dejanskimi posledicami pravnega posla.⁷⁹ Pri uporabi zaobidenega posla se ravnalec giblje med zakonitim in nezakonitim, ko želi doseči pravni rezultat, katerega uresničitve zakon (oziroma zakonodajalec) ne odobrava, ne da bi pri tem izrecno prekršil zakonsko prepoved.

⁷⁴ Kallimopoulos, str. 80.

⁷⁵ Dorn, v: Schmoeckel, str. 675–676.

⁷⁶ Prav tam, str. 662.

⁷⁷ Benecke, str. 17; podobno Dorn, v: Schmoeckel, str. 676; podobno Armbrüster, v: Säcker, str. 1572; Flume, str. 350.

⁷⁸ Prav tam, str. 408.

⁷⁹ Kallimopoulos, str. 90.

V literaturi je podano stališče, da zaobideni posel ni nikakršen navidezni posel. Podobno kot fiduciarni in slamnati posel⁸⁰ je zaobideni posel resnično želen, saj so le na ta način nameravane posledice dosegljive.⁸¹ Vsekakor civilnopravni subjekti niso zavezani, da za dosego svojih ciljev izberejo preprosto, najkrajšo pot. Če pa namesto tega izberejo in prakticirajo zamudno, dolgovezno pravno konstrukcijo, jim veljavnosti ni mogoče zanikati, razen če se kršijo zakonske določbe.⁸² Predpostavka za prepoznanje zaobidenega posla je, da naj bi bila ta zamudna, dolgovezna pot dejansko izvedena. Če pa stranke nasprotno uporabijo neko pisno, vendar nenavadno obliko pogodbe, pri tem pa se zunaj te pisne pogodbe dogovorijo za drugačno ravnanje, gre dejansko za prikriti posel. Tako je dogovor o dejanskem ravnanju prikriti posel v smislu par. 117/2 BGB.⁸³

Razlika med zaobidenim in navideznim poslom je, da si pri prvem stranke želijo pod kakršnimikoli pogoji (torej tudi mimo zakona) doseči namen, ki ga zakon prepoveduje, medtem ko pri navideznem poslu stranke uresničitve posla sploh ne želijo.⁸⁴ Pri zaobidenem poslu sklenejo namesto nedopustne takšno pogodbo, ki temelji na drugačni pravni poti, po kateri bi prišli čim bližje pogodbeni obliki, ki je zakon ne odobrava.⁸⁵ Nasprotno pa gre v primeru navideznega posla za primer, ko se stranke v sklenjenem dogovoru strinjajo glede od zakona odstopajočega ravnanja ali posledic.⁸⁶

Ker je navedeno izhodišče definicije najlažje razumeti ob praktičnih primerih, jih v nadaljevanju podajam v razlagah iz delovnega, upravnega in davčnega prava.

⁸⁰ Sicer pa Beneckejeva (str. 16) opozori na nemško sodno prakso glede slamnatih poslov, kjer jih je sodišče v določenih izjemnih primerih opredelilo bodisi kot navidezne bodisi kot zaobidene posle. Tako je RG v sodbi z dne 20. 3. 1914 (Rep. III 532/12, RDZ, 84, 304) opredelil slamnati posel kot navidezni posel, ker slamnati mož dejansko ni želel izvesti dogovorjenega pravnega posla. Medtem ko iz starejše kot tudi novejše sodne prakse (OLG Hamm z dne 22. 5. 1986 – 2 U 277/85, NJW 1986, 2240; RG z dne 11. 4. 1906 – Rep. VI. 305/05, RGZ 63, 143 (145)) izhajata primera prepoznanja slamnatega posla kot zaobidenega posla, pri čemer je sodišče – kljub prepoznani nameri prevare – v prvem primeru sodbo utemeljilo na par. 134 BGB, v drugem primeru pa na par. 138 BGB. Tako je v obeh primerih sodišče slamnati posel, katerega namen je bil zaobiti koncesijsko dolžnost (gre za primer koncesije za opravljanje gostinske dejavnosti), opredelilo kot neveljaven.

⁸¹ Trüter, str. 74; Kramer, v: Säcker, str. 1319; Römer, str. 22–23. Pri tem pa je potrebno poudariti, da je že sodna praksa Reichsgerichta iz leta 1880 (sodba RG I 395/80 z dne 9. 10. 1880) potrdila, da fiduciarni prenos lastninske pravice (na premočninah) v zavarovanje (*Sicherungsübereignung*) ne predstavlja zaobidenega posla.

⁸² Trüter, str. 74.

⁸³ Prav tam, str. 74–75.

⁸⁴ Oguz, str. 107.

⁸⁵ Prav tam, str. 106.

⁸⁶ Trüter, str. 77.

3.1. Obid zakona s sklepanjem verižnih delovnih pogodb

V pravni literaturi je podan zanimiv primer s področja delovnega prava: če delodajalec sklepa z delavcem skozi vrsto let brez pravega razloga vedno nove pogodbe o zaposlitvi za določen čas (t. i. verižne delovne pogodbe; nem. *Kettenarbeitsverträge*) z namenom zaobidenja delovnopravnega določila, gre za zaobideni posel, ki nato – ko se ugotovi njegov obstoj – vodi k izvedbi ustreznih zaščitnih določil delovne zakonodaje.⁸⁷ Če pa je nasprotno delodajalec ustno obljubil delavcu neomejeno zaposlitev, potem je pisna pogodba o zaposlitvi za določen čas navidezna pogodba. V tem primeru pripadajo delavcu zaščitne norme iz naslova prikritega posla po par. 117/2 BGB. Iz obeh primerov izhaja, da razkritje in sankcioniranje tako zaobidenega kot navideznega posla vodi k istemu učinku, to je prisilni uporabi zaščitne delovnopravne zakonodaje.⁸⁸

Vendar je danes treba z vidika zlorabe delovnopravnih določb upoštevati tudi določbe Direktive Sveta 1999/70/ES z dne 28. 6. 1999 o okvirnem sporazumu o delu za določen čas, ki določa pravila, ki preprečujejo veriženje kratkotrajnih pogodb o zaposlitvi. Navedena direktiva je s prenosom v domači pravni red posameznih držav članic poostrila in uredila pravne posledice pri zlorabi,⁸⁹ prav tako pa je prinesla sodno prakso v evropskem okviru.⁹⁰

3.2. Obid zakona z dogovorom o delitvi plače z namenom ubežanja pred upniki

Primer zaobidenega posla, ki zadeva področje delovnega prava, vendar zajema problem davčnega zaobidenja, je, ko se delodajalec in delojemalec dogovorita, da bo dolжник plačeval plačo v

⁸⁷ Prav tam, str. 74–75; Schurig, v: Heldrich/Sonnenberg, str. 381.

⁸⁸ Trüterjeva (str. 74–75) ob navedenem praktičnem primeru ugotavlja, da gre pri vprašanju, ali gre za navidezni ali zaobideni posel, pogosto bolj za spor glede pravilne dogmatične izpeljave kot za primer pravilnega rezultata.

⁸⁹ V Sloveniji je tako leta 2003 začel veljati Zakon o delovnih razmerjih (ZDR); marca 2013 je ZDR-1 uvedel pomembne novosti na področju boja proti veriženju pogodb za določen čas, in sicer 31. člen (navedba razloga sklenitve delovnega razmerja za določen čas), 49. člen (mirovanje pridobljenih pravic, če je delavec predhodno že bil zaposlen za nedoločen čas) in 55. člen (omejitev sklepanja pogodb o zaposlitvi za določen čas).

⁹⁰ Referenčna zadeva na tem področju je sodba SES v zadevi C-212/04 (Konstantinos Adeneler in drugi v. ELOG – grško ministrstvo za podeželski razvoj in hrano), ki je (v 1. točki izreka) opredelila, da je treba določbo 5, točka 1(a) iz Priloge k Direktivi Sveta 1999/70/ES razlagati tako, da nasprotuje veriženju pogodb o zaposlitvi za določen čas, ki bi temeljilo zgolj na okoliščini, da je tako veriženje predvideno s splošno zakonsko ali podzakonsko določbo države članice. Nasprotno pa pojem »objektivni razlogi« v smislu navedene določbe zahteva, naj bo uporaba te posebne vrste delovnih razmerij, kot jo določajo nacionalni predpisi, upravičena s konkretnimi elementi, ki so povezani z zadevno dejavnostjo, in s pogoji njenega izvajanja. V 3. točki izreka sodbe pa je SES razsodil, da v potrebi po zaščiti zaposlenih za določen čas (ob odsotnosti določb, ki bi delavce enako tretirala kot grške javne uslužbenke) okvirni sporazum nasprotuje uporabi nacionalnih predpisov, ki samo v javnem sektorju absolutno prepovedujejo, da bi zaporedne pogodbe o zaposlitvi za določen čas, ki so imele dejansko namen pokriti »stalne in trajne potrebe« delodajalca in ki jih je treba šteti za zlorabe, prešle v pogodbe o zaposlitvi za nedoločen čas.

višini, ki je s socialnimi predpisi varovana pred posegom upnikov na prejet dohodek, medtem ko bo razliko do pogodbenega zneska nakazal tretji osebi, to je njegovi ženi. Flume⁹¹ govori o »šolskem« primeru zaobidenega posla, temelječem na sodbi Reichsgerichta,⁹² ki je pri opredelitvi zaobidenega posla ugotovil resno, in ne navidezno naravo posla. Davčnopravno se zaobideni posel ne upošteva, zato se zahtevek tretjega (tj. žene), ki se nanaša na odstopljeno plačo, prišteva k davčni osnovi, kar pomeni, da ga mora delodajalec upoštevati pri odmeri dohodnine. Flume prav tako nakaže, da predstavlja odstop denarja tretji osebi razpolaganje z dohodkom, ki podlega tudi zakonskim določilom o obdavčitvi daril.⁹³ V nadaljevanju Flume pri razlagi primera »pogodbe o prenosu plače« (*Lohnschiebungsvertrag*) celo ugotavlja, da je (dohodninski) zakonski dejanski stan glede na celotni znesek zgolj prikrit, in ne odpravljen. Posli, ki so namenjeni prikrivanju davčnega zakonskega dejanskega stana, so v resnici davčne zatajitve (*Steuerhinterziehung*), in ne zaobideni posli.⁹⁴

Kasnejša uvedba pravila o soodgovornosti tretje osebe in dolžnika do upnika je v teh primerih omogočila zaseg iz naslova zahtevka tretjega.⁹⁵

3.3. Drugi primeri obida zakona na področju davčnega prava

Zaobideni posli, ki naj bi se namesto prepovedni normi izognili navezavi na abstraktni dejanski stan določenega zakona, so še posebno pomembni na področju davčnega prava.⁹⁶ Razen predhodno opisanega primera, ki je posegal na delovno področje, bom v zaključku opisal tudi primer, ki posega na področje statusnega gospodarskega prava.

Posebno zanimiv primer iz pravne literature se mi zdi teoretični pristop k razglabljanju o zaobidenju plačila davka iz kapitalskega dobička. Kdor torej prodaja določeno stvar (na primer nepremičnino) iz svojega premoženja, mora razliko med knjigovodsko vrednostjo in prodajno ceno obdavčiti kot dobiček. Takšno ravnanje pa lahko poskuša preprečiti tako, da namesto prodajne pogodbe sklene dolgoročno najemno pogodbo in predkupno pravico z najemnikom. Ali pa sklene s to stranko osebno družbo, v katero vложи nepremičnino, medtem ko druga oseba vложи denarna sredstva. Kasneje se kot družbenika v postopku prenehanja družbe odločita

⁹¹ Flume, str. 408.

⁹² RG 81, 41; podobno RAG 2, 119.

⁹³ Flume, str. 408.

⁹⁴ Prav tam, str. 409.

⁹⁵ Skozi posebne določbe par. 850h ZPO je za zaobideni posel podan učinek, po katerem je tretja oseba iz tega posla podvržena izterjavi, kot da bi bila sama dolžnica. Flume, str. 408; podobno Benecke, str. 39.

⁹⁶ Trüter, str. 73.

za delitev premoženja, pri čemer prvotni lastnik nepremičnine obdrži likvidna sredstva, druga stranka pa nepremičnino.⁹⁷

Kot nazoren primer zaobidne pogodbe, ki posega na drugo pravno področje, je tudi sklenitev pogodbe o nakupu »d. o. o. plašča« (*GmbH-Mantel*)⁹⁸. Z davčnopravnega vidika gre za poskus uporabe t. i. davčnih izgub iz pretekle dejavnosti družbe, ki se nato pri kupcu navedenega plašča (oziroma lupine gospodarske družbe z akumulirano davčno in računovodsko izgubo iz preteklega poslovanja) uporabi za pokrivanje dobičkov in posledično nezavezanost k plačevanju davkov do pokritja teh davčnih izgub.⁹⁹ Nemška sodna oblast je v svoji odločitvi navedeni »nakup plašča« (*Mantelkauf*) opredelila kot neustrezno uporabo določil glede ustanavljanja gospodarskih družb. Tako so sodišča enačila t. i. nakup plašča z ustanovitvijo nove gospodarske družbe, pri čemer niso priznala odbitek predhodnih izgub od novo prigrisposodarjenih dobičkov iz rednega poslovanja s sklicevanjem na par. 42 AO.¹⁰⁰ S spremembo sodne prakse v letu 1987¹⁰¹ pa je BFH v obrazložitvi (ene izmed dveh sodb) opredelil, da »dejstvo, da se v civilnem pravu nakupi plašča deloma prepoznavajo kot zaobideni posli, ne dopušča takojšnjega sklepa za uporabo par. 6 StAnpG.¹⁰² Civilnopravno je zaobidenje interesov upnikov z opustitvijo temeljnih predpisov in predpisov glede odgovornosti sporna. Toda takšen zaobid ne vpliva na obdavčitev tožnice niti na njeno pravico do odbitka izgube.« V skladu s spremenjeno sodno prakso je tako zadostovala le predložitev pravne identitete za izvedbo odbitka davčne izgube, kar je vodilo k obsežni uporabi odbitka izgube v postopku oddajanja davčnih izkazov. Zakonodajalec je na to spremenjeno razsodbo sodišča odgovoril s tem, da je prvič zakonsko uredil pravila glede omejene uporabe davčnih izgub pri t. i. nakupu plašča v smislu par. 8/4 KStG.

Z zgodovinskega vidika je zanimiva tudi sodna praksa Finančnega sodišča rajha (*Reichsfinanzhof* – RFH), ki se nanaša na razsodbo glede odmere prometnega davka na zemljišča iz leta 1921. V skladu s par. 3 tedanjega GrunderwerbStG se je štelo, da je lahko davčni organ preprečil davčni zaobid ali znižanje davčne obveznosti, do katerega je sicer prišlo v primeru, da se je namesto prometa z zemljiščem opravljal promet na način, da so se prenašali zgolj deleži pravnih oseb. Vendar je par. 3 zajemal le primere, ko so se vsi deleži prenesli na tretjo osebo, ne pa primere, ko so se stranke zedinile, da se bodo poslovni deleži prenesli na več oseb. Ven-

⁹⁷ Prav tam.

⁹⁸ V praksi se uporabljata tudi naziva prazni plašč (*leeres Mantel*) ter rabljena družba (*gebrauchte Gesellschaft*).

⁹⁹ Trüter, str. 73.

¹⁰⁰ Prav tam, str. 78.

¹⁰¹ BFH z dne 29. 10. 1986 – I R 202/82, BStBl. II 1987, 308; BFH z dne 29. 10. 1986 – I R 18-319/83, BStBl. II 1987, 310.

¹⁰² Steueranpassungsgesetz (StAnpG) je bil v veljavi od 1934 do 1977. par. 6 StAnpG je predhodnik par. 42 AO.

dar RFH ni dobesedno sledil črki zakona in je v sodbi iz leta 1921¹⁰³ z vidika prepoznanega zaobidenega posla ugotovil nastanek davčne obveznosti v primeru, ko je družba z omejeno odgovornostjo v bistvu ustanovljena zgolj za namen »mobiliziranja« zemljišča ali ko v primeru več kupcev nekateri od njih delujejo (kot fiduciarji) za dejanskega kupca.¹⁰⁴

Zanimiva je tudi sodna praksa Višjega upravnega sodišča (*Oberster Finanzhof* – OFH) na področju davčnega prava, ki se nanaša na dogovarjanje delodajalca in delojemalca glede višine dohodka, da ta pade v nižjo davčno stopnjo dohodnine. Tako je OFH v sodbi iz leta 1948,¹⁰⁵ ki se nanaša na primer, ko je delodajalec sporazumno znižal plačo z 200 na 199 RM oziroma s 300 na 299,90 RM in od novega dohodka odtegnil nižji davek na dohodek – v nasprotju z izreki predhodnih sodb RFH –, odločil, da ne gre za zaobideni posel v smislu (tedaj veljavnega) par. 6 St AnpG.¹⁰⁶

3.4. Obid zakona na upravnem področju

Za razumevanje zaobidenega posla je poučen tudi primer s področja upravnega prava: gostincu G so zaradi pijančevanja odvzeli licenco za gostinstvo.¹⁰⁷ Ker ni hotel opustiti svoje dejavnosti, je prodal gostilno prijatelju P, ki pa ni imel interesa za ukvarjanje z gostinsko dejavnostjo. Pri tem sta se dogovorila, da bo P pridobil svojo licenco za gostinstvo, medtem ko bo G kot poslovodja aktivno vodil gostilno. Podano je vprašanje, ali je takšen dogovor veljaven. Iz določbe nemškega zakona o gostiščih¹⁰⁸ izhaja, da G ne more voditi obrata brez obveznega dovoljenja. Ta zakonska prepoved je bila zaobidena, ko je G v dogovoru s P-jem prišel v položaj, ko lahko vodi gostinski lokal. Zato je dogovor, da bo G vodil gostinski lokal kot njegov poslovodja, v skladu z zakonsko določbo, ki ureja gostinstvo, in določbo par. 134 BGB ničn. Iz navedenega se pojavi tudi vprašanje, če je kupoprodajna pogodba zajeta v posledico ničnosti dogovora. To bi bil primer, ko kupoprodajna pogodba in dogovor predstavljata pravni posel v smislu par. 139 BGB (določba o delni ničnosti) in ni mogoče domnevati, da bi G in P sklenila kupoprodajno pogodbo tudi brez dogovora o poslovođenju gostinskega obrata. V tem primeru kupoprodajna pogodba in dogovor o poslovođenju ne predstavljata samostojnih poslov, ki sta ločena drug od drugega, saj sta G in P pristopila k prometu z gostinskimi obrati oziroma na to, da sledi dodaten dogovor. V skladu z voljo strank v smislu par. 139 BGB tako

¹⁰³ Sodba RFH z dne 26. 4. 1921.

¹⁰⁴ Römer, str. 4.

¹⁰⁵ Sodba OFH z dne 9. 3. 1948, StW 1948, nr. 18.

¹⁰⁶ Römer, str. 4.

¹⁰⁷ Podlaga je podana v nemškem zakonu o gostiščih (*Gaststättengesetz*), in sicer par. 15 v povezavi s par. 4/1/št.1 GaststättenG.

¹⁰⁸ Par. 2/1/s.1 GaststättenG.

obstaja samo en posel. V skladu z dejanskim stanjem kupoprodajna pogodba, ki sicer ni zajeta v par. 134 BGB, ne bi bila sklenjena, če bi pogodbeni stranki vedeli za ničnost v par. 134 BGB zajetega dela celovitega posla, to je dogovora o poslovanju. Tako je G-ju šlo zgolj za zaobid zakona, medtem ko P ni imel nikakršnega lastnega interesa v gostinski dejavnosti. Posledično sta oba dela celovitega posla nična.¹⁰⁹

Z zgodovinskega vidika pa je še posebno zanimiva pravna praksa Višjega upravnega sodišča (*Oberverwaltungsgericht* – OVG) glede zadeve javnega prava po par. 4 pruskega Lovskega reda¹¹⁰ iz leta 1907. Po tej določbi so se lahko zemljišča, ki so bila v rokah enega posameznega lastnika ali več solastnikov, oblikovala v zasebni lovski okraj (*Eigenjagdbezirk*), če je ta obsegal najmanj 75 hektarjev. Po začetnem odobranju s strani OVG se je oblikoval način ravnanja, da se je več lastnikov zemljišč v skupni površini 75 ha združilo in so si vzajemno po 1/100 ali 1/1000 prepustili solastništvo nad zemljišči ter tako ustvarili zaseben lovski okraj. Kasneje je OVG v sodbi iz leta 1923¹¹¹ prepovedal takšno obliko oblikovanja lovskih okrajev (s pridobitvijo lovskih pravic) z utemeljitvijo, da gre za zaobideni posel, katerega učinkovitost se pod nobenim pogojem ne sme priznati.¹¹²

3.5. Vrste izvedbe obida zakona

Stranke pogosto ne uporabijo zakonsko razpoložljive pravne oblike za udejanjenje svojih poslov. Razlog je v tem, da zakonska ureditev glede uporabe tipičnih pravnih oblik vsebuje pravila, ki so za stranke neizvedljiva ali zgolj nadležna. Nadaljnji razlog za uporabo tujeobličnega pravnega posla so lahko prepovedne norme, ki prepovedujejo določene oblike pravnih poslov ali samo doseganje pravnih učinkov, ki jih zakon veže na uporabo določenih pravnih oblik. Z uporabo tujeobličnih pravnih poslov pa se želijo temu izogniti.¹¹³

Sodnik v nemškem pravnem sistemu ni vezan na označbe (tipa) posla, ki jih izberejo pogodbeniki. V nasprotju s pravnimi sistemi, kjer je uporaba določenih besed tesno povezana z nastopom določenih pravnih posledic, pa je v nemškem pravnem ustroju sodniku prosto dano, da na podlagi celovite presoje (*Gesamtbetrachtung*) pravnega posla le-temu dodeli neki

¹⁰⁹ Rüßmann, 2006, str. 224; podobno Bork, str. 304.

¹¹⁰ Jagd-Ordnung für das Königreich Preussen.

¹¹¹ Sodba OVG z dne 22. 2. 1923, OVG 78, 370 (DJZ 1923, Sp. 311).

¹¹² Römer, str. 5.

¹¹³ Baeck, str. 92–93.

drug tip posla. Na podlagi dodelitve k drugemu tipu posla uporabi sodnik za to vrsto posla ustrezne predpise.¹¹⁴

Številčna množica oblik (zakonskega) obida, ki so še posebno zaznane v davčnem, dednem in delovnem pravu in pravu gospodarskih družb, daje določene ponavljajoče se variante oblikovanja strategij zaobidenih poslov. Tako poznamo štiri tipične strategije oziroma pojavne oblike obidnega ravnanja.¹¹⁵

1. Pogodbene stranke sklenejo pogodbo, ki jo prekrijejo z napačno uvrstitvijo sprejetega dogovora oblike. Gre za uvrstitev enega pravnega posla v obleko drugega pravnega posla. Oblike zaobidenih poslov so običajno navezane na norme, katerih posamezne predpostavke so bile (pre)oblikovane skozi sklenitev ali vsebino pravnega posla. Ena izmed značilnih oblik zaobidenega posla se kaže v tem, da stranke skozi obliko dogovorjene pogodbe prikrijejo pravo obliko ali pravni temelj. Govorimo o obliki »prikrievanja kavze« (*Verschleierung der causa*).
2. Druga oblika strategije zaobida, ki nastopa v okviru izvajanja pravnih norm, katerih pravne posledice so vezane na dosego določene številčne meje (konkretna norma), se nanaša na razčlenitev pravnega posla v delne pravne posle, saj bi bile sicer meje prekoračene. Tako se enotni pravni posel razčleni v več posamičnih pravnih poslov, z namenom izogniti se pravnim normi, katere uporaba je odvisna od doseganja določene numerične meje. V literaturi je navedena oblika zaobidenega ravnanja označena kot »razčlenitev enotnega pravnega posla« (*Aufspaltung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts*).
3. Dodatna oblika zaobidenega posla je redna kombinacija več pravnih poslov, ki so kot del nekega skupnega koncepta drug za drugim (zaporedoma) tako razporejeni, da so učinki, ki jih povzroči ena pogodba, kasneje skozi naslednji posel ali naslednje posle v celoti ali deloma obrnjeni. Tako s skupnega gledišča sama oblika celovitega posla nima namere česarkoli spremeniti glede na izhodiščni položaj ali pa se je oblika spremenila le v obsegu preostalih učinkov prve pogodbe. Tako iz namere sprožiti ugodne pravne posledice ali preprečiti določeno negativno posledico udeleženci najprej izpolnijo predpostavke odločilne pravne norme, izpolnijo abstraktni dejanski stan in jo nato z izvedbo (v celoti ali delno) nasprotnih pravnih poslov povrnejo na izhodišče. Navedena oblika zaobidenega ravnanja se označuje kot primer »nasprotujoče oblike (poslov)« (*gegenläufige Gestaltungen*).
4. Z namenom izogiba pravnim normam, ki temeljijo na delovanju ali lastnostih oseb ali njihovega pravnega položaja, se vključi neki drugi subjekt – bodisi fizična bodisi pravna ose-

¹¹⁴ Rezultat pri ugotovitvi zaobidenega posla je enak, kot če bi bil ugotovljen obstoj navideznega posla in bi bile za prikriti posel uporabljene ustrezne določbe v smislu par. 117/2 BGB. Trüter, str. 79.

¹¹⁵ Sieker, str. 4 in 214–218.

ba –, katerega delovanje bo usmerjal mož v ozadju (*Hintermann*). V strokovni literaturi je to opredeljeno kot primer »vključitve druge osebe« (*Zwischenschaltung einer Person*).

4. Pravni učinki zaobidenega posla v nemškem pravu

V svoji definiciji par. 134 BGB določa ugovor pravnega reda proti načelu (popolne) svobodne izbire. Ustreza razmišljanjem, da določeno ravnanje po eni strani ne more biti zakonsko prepovedano, po drugi strani pa pravni posel ob tem ravnanju ostaja dovoljen.¹¹⁶ V skladu s par. 134 BGB je pravni posel, ki krši zakonsko prepoved, ničen, če iz samega zakona ne izhaja kaj drugega. Tudi ta ničnostni razlog je izjema od siceršnje pogodbene svobode, saj so običajne predpostavke pravnega posla izpolnjene in tako pravne posledice izostanejo zgolj zaradi posebnih zakonskih določil par. 134 BGB.¹¹⁷ Pri tem ni mogoče par. 134 BGB razumeti na način, da vsak posel, ki krši zakon, vodi v ničnost. Najprej je treba preveriti, ali gre v tem primeru za prepovedno normo v smislu par. 134 BGB. Če se temu pritrdi, se postavi vprašanje, ali cilj in namen prepovedne norme zahtevata ničnost zadevnega posla. Da ni vedno tako, nakazuje druga polovica stavka v členu par. 134 BGB.¹¹⁸

Člen 134 BGB je na splošno vsebinsko prazna norma, saj je prepovedan pravni posel samo tedaj ničen, če ni v prepovedni normi zapovedanega kaj drugega. Tega, ali je posel veljaven ali ničen, ne zapoveduje par. 134 BGB, temveč to določa prepovedna norma. Tako se par. 134 BGB omejuje zgolj na prisilne zakonske prepovedi s posledico ničnosti, pri čemer navedeni člen ne določa, kako jih prepoznati. Tako je iskanje podrejeno smislu in namenu prepovedne norme.¹¹⁹ Določilo par. 134 BGB tako povezuje izključitev veljavnega pravnega posla s pridržkom, da se iz prepovedne norme lahko uporabi neka druga sankcija ali ostane celo brez sankcije. S tem ni mišljeno, da navedeno določilo zapoveduje civilnopravne sankcije, saj v primeru, ki se veže na specialni predpis, do uporabe par. 134 BGB sploh ne pride. Nasprotno, če se uporabi »nekaj drugega« (drugi del stavka par. 134 BGB), bo izvzetje ničnosti sledilo smislu in namenu posamezne prepovedne norme.¹²⁰ Po Kramerju¹²¹ je mogoče določbo par. 134 BGB v skladu z upoštevanjem drugih zakonskih okvirov takole konkretizirati: »Pravni

¹¹⁶ Primeroma se to kaže v dejstvu, da pravni red, ki sankcionira umor po kazenskem zakoniku (par. 211 StGB), ne more nekaznovano pustiti morebitni zavezovalni pravni posel, ki je nekoga zavezoval k izvedbi umora. Rüßmann, 2006, str. 218.

¹¹⁷ Schellhammer, str. 1068.

¹¹⁸ Rüßmann, 2006, str. 218.

¹¹⁹ Schellhammer, str. 1070.

¹²⁰ Armbrüster v: Säcker, str. 1567–1568.

¹²¹ Kramer, str. 117.

posel, ki krši zakonsko prepoved, je ničen, razen če iz cilja in namena prepovedne norme ne izhaja, da naj bi bil prepovedani pravni posel veljaven ali samo omejeno ničen.«

Neki pravni posel ni že tedaj ničen, če iz zakona izhaja graja opredeljene oblike in načina sklenitve posla, temveč šele tedaj, ko želi zakon preprečiti pravne posledice tega posla. Izvedba namena zaščite iz prepovedne norme se opravi z razlago prepovedne norme. Le-ta spremlja tudi okoliščino, ali se zakonska prepoved nanaša zgolj na eno ali obe pogodbeni stranki. V prvem primeru pravni posel najpogosteje ostaja v veljavi, medtem ko v drugem primeru postane ničen. Toda to je le groba delitev. Že v primeru enostranske zakonske prepovedi pride do ničnosti posla, če zakonska prepoved drugemu poslovnemu partnerju zagotavlja zaščito, ki jo lahko doseže le skozi posledico ničnosti pravnega posla. Tudi grožnja s kaznijo ali drugim sredstvom za zagotavljanje reda je samo dodaten indic za ničnost posla.¹²²

Ničnost zajema tudi zaobidene posle, ki želijo doseči iz prepovedne norme nekoliko deformiran uspeh na način, da prepovedna norma ni neposredno zajeta. Tu je še posebno zapovedana skrbnost, saj zaobideni posli, v kolikor se jih opazuje zgolj izolirano, nimajo nikakršnih napak. Šele ko se v ozir vzame tudi razlaga prepovedne norme, ki želi na splošno preprečiti uspeh pravnega posla, se uporabi par. 134 BGB.¹²³ Norma tako mora vsebovati prepoved, kar se posreduje skozi razlago. Potrebno je, da zakon želi določeno vedenje prepovedati in se mu izogniti. Drugače povedano: gre za to, ali je posel v skladu s smislom in namenom pravne norme.¹²⁴

Čeprav za prepoved nekega pravnega posla manjka izrecno pravno normiranje, lahko kljub temu pride do ničnosti takšnega zaobidenega posla, ko želi stranka sam cilj in namen prepovedne norme zaobiti z uporabo izbrane pravne oblike. To je primer, ko prepovedna norma ne prepoveduje zgolj posla skozi določeno obliko, temveč želi preprečiti pravni ali gospodarski uspeh tega posla.¹²⁵ Tako je lahko tudi pravni posel, ki ne krši neposredno besedila prepovednega zakona, ničen. Predpostavka je, da zakon popolnoma prepoveduje poslovno želen uspeh.¹²⁶ Če pa se nasprotno nanaša le na določen način izvedbe poslovanja, torej zgolj na uporabo določenega sredstva za uresničitev sicer dovoljenega uspeha, potem ni podan primer obida zakona, temveč gre za dovoljeno uporabo zasebnopravne svobode oblikovanja pravnega posla, če želi zakonsko odobravajoč uspeh doseči na način, ki ni zajet z besedilom oziroma smislom zakona. Vprašanje, ali gre za prvi ali drugi primer, se po današnjem splošnem mnenju ne nanaša samo na prepovedne norme, temveč na vsa pravila prisilnega prava.¹²⁷

¹²² Schellhammer, str. 1070–1071.

¹²³ Rüthers/Stadler, str. 405.

¹²⁴ Boemke/Ulrici, str. 184–185.

¹²⁵ Rüßmann, 2006, str. 224.

¹²⁶ Dorn, v: Schmoeckel, str. 674–675.

¹²⁷ Prav tam, str. 675.

5. Teorija in praksa glede zaobidenega posla v slovenskem davčnem pravu

Medtem ko je slovenski pravni red opredelil zakonski definiciji navideznega posla v civilnem pravu (50. člen OZ) in davčnem pravu (tretji odstavek 74. člena ZDavP-2), pa obid zakona (*fraus legis*) ni predmet opredelitve v obligacijskem, delovnem, gospodarskostatusnem ali drugem pravu, temveč njegova pojavnost izhaja iz strokovne literature in se posredno (s sklicevanjem na literaturo) uporablja v sodni praksi slovenskih sodišč.¹²⁸

Preboj pa je bil dosežen v davčnem pravu (ZDavP-1), kjer je slovenski zakonodajalec z letom 2005 vpeljal definicijo, da »se z izogibanjem¹²⁹ ali zlorabo drugih predpisov ni mogoče izogniti uporabi predpisov o obdavčenju«. Z letom 2005 se je v slovenskem davčnem pravu začela uporabljati tudi določba o davčnih posledicah navideznega (in prikritega) posla.

Pojem davčno zaobidenje (oziroma davčni zaobid)¹³⁰ – kot podvrsta obida zakona – ni pogost predmet teoretične razprave niti praktičnega opisovanja v slovenski literaturi s področja davčnega prava. Še redkeje se slovenski avtorji srečujejo z obidom zakona (*fraus legis*); slednjemu namenjajo pozornost zgolj avtorji, ki se posvečajo zgodovini rimskega prava.¹³¹

Nemški določbi o davčnem zaobidenju v par. 42 AO ima v našem davčnem sistemu primerjalno povsem enako funkcijo četrti odstavek 74. člena ZDavP-2.¹³² Ta določba utemeljuje, da ni mogoče zaobiti davčnega ali drugega zakona z uporabo sredstev izogibanja ali zlorabe.¹³³

Formalna definicija četrtega odstavka 74. člena ZDavP-2, ki se uporablja od 1. 1. 2007, je naslednja: »Z izogibanjem ali zlorabo drugih predpisov se ni mogoče izogniti uporabi predpisov o obdavčenju. Če se ugotovi takšno izogibanje ali zloraba, se šteje, da je nastala davčna obveznost, kakršna bi nastala ob upoštevanju razmerij, nastalih na podlagi gospodarskih (ekonomskih) dogod-

¹²⁸ Na obid zakona (*fraudem legis agere*) se na primer sklicujejo naslednji sodni akti v civilnih zadevah: sodba VS III Ips 31/2011 z dne 5. 7. 2011, sklep VSL II Cp 2524/2012 z dne 8. 5. 2013, sklep VSL II Cp 1708/2014 z dne 29. 4. 2014 ter sodba in sklep VSL I Cpg 269/2015 z dne 8. 7. 2015.

¹²⁹ Pri tem velja poudariti ugotovitev, da se v šestem odstavku 7. člena ZDavP-1 oziroma (pri njegovem nasledniku) v četrtem odstavku 74. člena ZDavP-2 uporabljen izraz »izogibanje« nanaša na nenatančno poimenovanje zakonodajalca za davčno zaobidenje, ki izhaja iz zmotne prevedbe nemškega »umgehung« ter angleškega »avoidance«.

¹³⁰ V slovenski pravni literaturi – s poudarkom na znanstvenih in strokovnih revijah in časopisih z davčnega in ekonomskega področja – avtorji uporabljajo različne izraze (davčno zaobidenje, davčno izogibanje, zakonita evazija, pogosto pa tudi angleški izraz *tax avoidance*), kar kaže na problem neenotnega in nejasnega definiranja navedenega pravnega pojma.

¹³¹ J. Kranjc, Rimsko pravo, 2. izdaja, GV Založba, Ljubljana, 2010; V. Korošec, Rimsko pravo I. del, Splošni del, osebno, stvarno in obligacijsko pravo, Uradni list RS, Ljubljana, 2005.

¹³² Kozina, str. 13.

¹³³ Šumrada, v: Brown, str. 283–284.

kov.« Sicer pa je bilo davčno zaobidenje (v isti formulaciji) opredeljeno že v ZDavP-1, ki se je začel uporabljati dne 1. 1. 2005, in sicer v šestem odstavku 7. člena.

Medtem ko nemški predpis govori o »zlorabi oblikovnih možnosti prava« (*Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts*), sta v slovenskem predpisu uporabljena izpolnitvena pojoja »izogibanje« (oziroma natančneje davčno zaobidenje¹³⁴) in »zloraba drugih predpisov«, navedena z veznikom »ali«. Tudi v nemškem davčnem pravu sta pri definiranju zakonskega dejanskega stana splošne norme o zaobidu, določene v par. 42 AO, izraza »zloraba« (*Missbrauch*) in »davčno zaobidenje« (*Steuerumgehung*) podana drug ob drugem in tako predstavljata znaka tega abstraktnega dejanskega stana.¹³⁵ Definicija zlorabe v nemškem davčnem pravu je podana v par. 42/2/s.1 AO, in sicer ta obstaja, »če je izbrana neprimerna pravna oblika, ki pri davčnem zavezancu ali tretji osebi v primerjavi z ustrežno obliko vodi do zakonsko nepredvidene davčne ugodnosti«. Nemški zakonodajalec je tako zlorabo opredelil kot objektivni (in ne subjektivni) element, vezan samo na ugotovitev dejstva, da je ugotovljena oblika pravnega posla, ki udeležencem v poslu omogoča davčne koristi, ki jih sicer zakonodajalec za to vrsto poslov ni predvidel.

V tem pogledu je slovenski zakonodajalec s tem, ko je določil, da se »z izogibanjem ali zlorabo drugih predpisov ni mogoče izogniti uporabi predpisov o obdavčenju«, postavil nerodno definicijo, ki pa jo je potrebno razumeti v tem kontekstu: kršitev (izogibanje oziroma zaobidenje) določenega »nedavčnega« predpisa povzroči kršitev (izogibanje oziroma zaobidenje) davčnega predpisa. »Druge predpise« je treba razumeti kot množico vseh obligacijskopравnih, delovnopравnih, statusnopравnih ipd. predpisov, katerih rezultat v obliki pravnega posla ali ekonomskega rezultata predstavlja posledico v obliki zaobida davčnega učinka (obdavčitve) na davčnem področju, ki ga je predvidel zakonodajalec.

Tudi drugi stavek četrtega odstavka 74. člena ZDavP-2 je treba analizirati. Ta definira, da se v primeru, »če se ugotovi takšno izogibanje ali zloraba, šteje, da je nastala davčna obveznost, kakršna bi nastala ob upoštevanju razmerij, nastalih na podlagi gospodarskih (ekonomskih) dogodkov«. Podobna je definicija par. 42/1/s.3 AO, ki določa, da »drugače (tj. ko v posameznem davčnem zakonu ni izpolnjen zakonski dejanski stan, ki služi preprečevanju davčnega zaobida; kar smiselno izhaja iz definicije par. 42/1/s.2 AO) nastane pri obstoju zlorabe v

¹³⁴ V določbi četrtega odstavka 74. člena ZDavP-2 vsebovan izraz »izogibanje« predstavlja sopomenko davčnemu zaobidenju (*Steuerumgehung*), kar izhaja tako iz jezikovne kot teleološko primerjalne analize z določbo par. 42 AO.

¹³⁵ Pri tem večina nemških pravnih teoretikov govori o »zaobidenju« in »zlorabi obličnosti« kot sopomenkah, še zlasti z vidika, da (sodobna) nemška literatura zlorabi kot subjektivnemu elementu človekovega ravnanja ne priznava znaka konkretnega dejanskega stana določbe par. 42 AO. Sicer pa izraz »zloraba« izhaja iz naslova par. 42 AO, kakor tudi iz besedila prvega in tretjega stavka prvega odstavka ter prvega stavka drugega odstavka. Drugi izraz, tj. »zaobidenje«, pa je podan v prvem in drugem stavku prvega odstavka.

smislu drugega odstavka takšen davčni zahtevek, kot bi nastal pri pravni obliki, ki je primerna gospodarskemu dogajanju».

Najpomembnejša je po mojem mnenju ugotovitev, da četrti odstavek 74. člena ZDavP-2 predstavlja paralelen predpis nemškemu določilu o zaobidenih poslih, navedenem v par. 42 AO. Navedena določba je v primerljivem nemškem davčnem pravu najbolj uporaben in razširjen pravni instrument davčne oblasti v boju proti izogibanju davčnim obveznostim.

Pri tem je bistvena razlika med navideznim in zaobidenim poslom (tako v slovenskem kot nemškem davčnem pravu) v tem, da se v prvem primeru pogodbeniki pri sklenitvi pravnega posla zavedajo, da sklepajo pravni posel le deklaratorno, medtem ko do izvršitve ne pride. Pri davčnem zaobidu pa pogodbene stranke posel, ki ga resnično želijo, tudi izvedejo, pri čemer ga tako »embalirajo« (pravno oblikujejo), da dosežejo neupravičeno znižanje davčne obveznosti, ki pa je zakonodajalec za ta posel ni predvidel.

Zaradi opredeljene (pomembne) razlike med navideznim in zaobidenim poslom pa ugotavljam, da slovenska davčna praksa (in tudi teorija) določbe o boju zoper davčno zaobidenje ne uporablja. Tako predstavlja četrti odstavek 74. člena ZDavP-2 pomemben pravni instrument, ki pa (v pretežni meri) še ni v »orožarni« slovenske davčne uprave, čeprav ga je zakonodajalec za to predvidel. Navedeno je bilo ugotovljeno tako z vpogledom v dosedanje sodno prakso slovenskih sodišč kot v pojasnila (odgovore) na spletni strani davčnega organa, ki pojma davčni obid (oziroma »davčno izogibanje« ali zgolj brezimensko sklicevanje na četrti odstavek 74. člena ZDavP-2) ne obravnava oziroma uporablja.

7. Sklep

V praksi se povečuje število primerov, ko zavezanci prestopijo (sicer zamegljene) meje legalnega ravnanja z uporabo (modificiranih in zavajajočih oblik) pravnih poslov, prav z namenom doseganja gospodarskih koristi enega ali obeh udeležencev v poslu ter posledično oškodovanja (prevaranja) bodisi nasprotno pogodbene stranke bodisi tretje osebe. Pri opredelitvi problema zaobidenega (pa tudi navideznega) posla ne gre za periferno področje civilnega prava, temveč za njegovo srčiko, kar se kaže v teptanju bistva pravnega posla (kot napake volje) ter nedovoljenem izigravanju načela avtonomije strank in kogentnih pravnih norm.

Literatura

- Armbrüster, Christian. par. 134 Gesetzliches Verbot. V: Säcker, F. J. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2006, str. 1566–1616.
- Benecke, Martina. Gesetzesumgehung im Zivilrecht, Lehre und praktischer Fall im allgemeinen und Internationalen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- Behrends, Okko. Die Fraus legis: Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngeltung in der römischen Gesetzesinterpretation. Göttingen: Otto Schwarz, 1982.
- Berger, Adolf. Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia: American Philosophical Society, 1953.
- Boemke, Burkhard. Ulrici, Bernhard. BGB Allgemeiner Teil, Berlin: Springer Verlag, 2009.
- Böing, Christian. Steuerlicher Gestaltungsmissbrauch in Europa. Hamburg: Verlag dr. Kovač, 2006.
- Bork, Reinhard. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. izdaja. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- Dorn, Franz. par. 134–137 Nichtichkeit I. V: Schmoeckel, M. (ur.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil und §§ 1–240*. Zvezek 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, str. 655–678.
- Engert, Wolfgang. Umgehungsgeschäfte im Grundstückverkehrsrecht. Doktorska disertacija. Hochschule Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln, 1966.
- Fickel, Hartmut. Scheingeschäft und verdecktes Geschäft im Deutschen, Französischen und Italienischen Recht. Doktorska disertacija. Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg 1966.
- Flume, Werner. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts: das Rechtsgeschäft. 2. zvezek, 4. izdaja. Berlin/Heidelberg, Springer Verlag, 1992.
- Heeder, Oliver. Fraus legis. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über das Verbot der Gesetzesumgehung in Deutschland, Österreich, der Schweiz, Frankreich und Belgien, unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Privatrechts. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1998.
- Heldrich, Andreas. Sonnenberg, Hans Jürgen. Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988. Frankfurt am Main: Verlag für Standesamtswesen, 1988.
- Heinrichs, Helmut. Willenserklärung. V: Palandt, O. in drugi (ur.), *Bürgerliches Gesetzbuch*. Zvezek 7, 60. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2001, str. 81–141.
- Honsell, Heinrich. Mayer-Maly, Theo. Selb, Walter. Römisches Recht – Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abteilung Rechtswissenschaft. 4. izdaja. Berlin: Springer-Verlag, 1987.
- Honsell, Heinrich. Römisches Recht. 7. izdaja. Heidelberg/Dordrecht/London/New York: Springer, 2010.
- Kallimopoulos, Georgios D. Die Simulation im bürgerlichen Recht, Eine rechtsdogmatische Untersuchung. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 1966.

- Kaser, Max. Das römische Privatrecht I. 2. izdaja. München: Verlag C.H. Beck, 1971.
- Korošec, Viktor. Rimsko pravo I. del, Splošni del, osebno, stvarno in obligacijsko pravo. Ljubljana: Uradni list RS, 2005.
- Kozina, Jože. Razlikovanje med davčnim izogibanjem, davčnim zaobidenjem in davčno zatajitvijo v davčnem in kazenskem pravu. Magistrska naloga. Maribor: Pravna fakulteta UM, 2011.
- Kranjc, Janez. Rimsko pravo. 2. izdaja. Ljubljana: GV Založba, 2010.
- Kramer, Rainer. Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot und die Nichtichkeit von Rechtsgeschäften (par. 134 BGB). Doktorska disertacija. Rechts- und Wissenschaftliche Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, 1976.
- Kramer, Ernst A. par. 117 Scheingeschäft. V: Säcker, F.J. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2006, str. 1313–1323.
- Krauss, Rudolf. Die Lehre vom Scheingeschäft, Rechtsvergleichende Darstellung des gemeinen, deutschen, österreichischen, schweizerischen und französischen Zivilrechts. Doktorska disertacija. Juristische Fakultät München, 1930.
- Krüger, Hugo. Kaser, Max. Frasu. SavZtschr., rom. Abtlg. (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung). Zvezek 63, 1943.
- Larenz, Karl. Wolf, Manfred. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2004.
- Medicus, Dieter. Allgemeiner Teil des BGB. 9. izdaja. Heidelberg: C. F. Müller Verlagsgruppe, 2006.
- Oguz, Arzu. Probleme der Simulation in rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht. Doktorska disertacija. Hohe Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München 1996.
- Pfaff, Ivo. Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere. Dunaj: Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts- Buchhandlung, 1892.
- Römer, Gustav. Gesetzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht. Zvezek 2. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1955.
- Rüßmann, Helmut. Bürgerliches Vermögensrecht. Saarbrücken/Homburg: Universität des Saarlandes, 2002.
- Rüßmann, Helmut. Bürgerliches Vermögensrecht. Saarbrücken/Homburg: Universität des Saarlandes, 2006.
- Rüthers, Bernd. Stadler, Astrid. Allgemeiner Teil des BGB. 15. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2007.
- Schellhammer, Kurt. Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen – samt BGB Allgemeiner Teil. 7. izdaja. Heidelberg: C. F. Müller Verlagsgruppe, 2008.
- Schurig, Klaus. Die Gesetzesumgehung im Privatrecht. V: Heldrich, A., in Sonnenberg, H.J. (ur.), *Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988*. Frankfurt am Main: Verlag für Standesamtswesen, 1988, str. 375–422.

- Sieker, Susanne. Umgehungsgeschäfte, typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- Sieker, Susane. Steuergleichheit und Steuergestaltung. V: Mellinghoff, R., in Palm, U., *Gleichheit im Verfassungsstaat: Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Paul Kirchhof*. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, str. 195–210.
- Šumrada, Nana. Slovenia. V: Brown, Karen B., *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*. Dordrecht Heidelberg London New York: Springer Science + Business Media B.V., 2012, str. 277–297.
- Teichmann, Arndt. Die Gesetzesumgehung. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1962.
- Thuronyi, Victor. Comparative Tax Law. Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Trüter, Sabine. Steuerlich motivierte Scheingeschäfte, Ihre Behandlung in Zivilrecht. Doktorska disertacija. Universität Hamburg, 1987.
- Zimmermann, Reinhard. The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition. New York: Oxford University Press, 1996.



Pravni letopis 2016

Povzetki
Abstracts

VII.

UDK 347.739(497.4)

Pravni letopis 2016, str. 9–17

GREGOR VERBAJS

Javna dražba v izvršbi

Prispevek obravnava javno dražbo v izvršbi, pri čemer osrednjo pozornost nameni skupni prodaji nepremičnin in prodaji nepremičnine kot celote.

Nepremičnine se v izvršilnem postopku prodajajo po določbah Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ) predvsem na javni dražbi. To pomeni javno prodajo stvari najboljšemu ponudniku, pri čemer se načini prodaje med seboj razlikujejo, saj na primer Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) predpisuje več možnih načinov prodaje (z zvišanjem ali znižanjem izklicne cene itd.) kot ZIZ. Zakonodajalec je z novelo ZIZ-J sprejel spremembe, s katerimi naj bi se dosegla boljša realizacija prodanih nepremičnin. Kljub zakonodajalčevemu dobremu namenu pa način prodaje na javni dražbi v izvršbi ni dovolj izkoriščen oziroma je javno dražbo mogoče razpisati tudi na način, ki bi bil za potencialne kupce privlačnejši in za upnike uspešnejši.

V praksi je problem zlasti v tako imenovani skupni (paketni) prodaji večjega števila nepremičnin in v prodaji nepremičnine kot celote. Sodišča načeloma razpisujejo ločeno prodajo posamičnih nepremičnin (v primerih, ko gre za zaokroženo celoto nepremičnin) in ločeno prodajo zgolj solastniškega deleža dolžnika. Drugače kot v izvršilnem postopku je v stečajnih postopkih skupna (paketna) prodaja nepremičnin in prodaja nepremičnine kot celote redna praksa. Prispevek ponudi praktičen način skupne prodaje nepremičnin in prodajo nepremičnine kot celote v izvršilnem postopku.

Ključne besede: javna dražba, izvršilni postopek, izvršba na nepremičnine, skupna prodaja nepremičnin, prodaja nepremičnine kot celote

UDC 347.739(497.4)

Pravni letopis 2016, pp. 9–17

GREGOR VERBAJS

Public Auction in Execution Procedure

The contribution deals with public auction in the execution procedure, wherein it concentrates on the joint sale of real estate and on the sale of a real estate as a whole.

Real estate is sold in the execution proceedings in accordance with the provisions set out in the Claim Enforcement and Security Act (ZIZ), primarily in a public auction. This means a public sale to the highest bidder, wherein the selling methods differ, as per example the Financial Operations, Insolvency Proceedings and Compulsory Winding-up Act sets out more possible ways of selling real estate (by increasing or decreasing the asking price etc.) than ZIZ. The legislator adopted amendments with the amended ZIZ-J, designed to achieve a better realization of the sale of real estate. Despite the good intentions of the legislator, the option of sale by public auction in the execution proceedings is not sufficiently exploited and the public auction can be called in a way that would be more attractive to potential buyers and more successful for the creditors. In practice, there is a problem especially with the so called joint (package) sale of a large number of real estate and the sale of real estate as a whole. In principle, the courts schedule a separate sale of individual real estate (in the cases of a complete network of real estate) and the separate sale of merely a co-ownership share of the debtor. Unlike in the execution proceedings, in the bankruptcy proceedings, the joint (package) sale of real estate as a whole is the norm.

This contribution offers a practical way of joint sales of real estate and the sale of the real estate as a whole in execution proceedings.

Keywords: public auction, the execution procedure, execution on real estate, joint sale of real estate, sale of real estate as a whole

*UDK 347.739(497.4)**Pravni letopis 2016, str. 19–31*

NINA PLAVŠAK

Prodaja premoženja v stečajnem postopku

V stečajnem postopku se dosežejo najboljši pogoji za plačilo terjatev tako, da se izbere najoptimalnejši način prodaje ali kombinacija načinov prodaje. Najoptimalnejši način prodaje je tisti, za katerega je ob upoštevanju značilnosti premoženja, ki je predmet prodaje, stanja na trgu in poslovno običajnih načinov prodaje premoženja enake vrste, najverjetneje, da bo z njegovo uporabo mogoče doseči najvišjo ceno. Izbira poslovno običajnega načina je pomembna zato, ker neobičajni načini zlasti pri profesionalnih investitorjih (potencialnih kupcih) vzbujajo nezaupanje in jih odvrčajo od udeležbe pri postopkih prodaje.

V drugem delu prispevka avtorica razloži, kako je mogoče optimizirati prodajo kontrolnega paketa delnic (oziroma poslovnega deleža) v stečajnem postopku z ustrezno kombinacijo načina prodaje kontrolnega paketa delnic, ki se navadno uporablja v poslovni praksi pri prostovoljni (zunajsodni) prodaji, in kogentnih pravil ZFPPIPP o prodaji premoženja stečajnega dolžnika.

Ključne besede: stečajni postopek, prodaja v stečajnem postopku

UDC 347.739(497.4)

Pravni letopis 2016, pp. 19–31

NINA PLAVŠAK

Sales of Assets in Bankruptcy Proceedings

To achieve the best conditions for the settlement of creditors' claims in bankruptcy proceedings the most optimal method of asset sale shall be chosen. The most optimal method of sale is one which, having regard to the characteristics of the property that is the subject of the sale, the situation on the market and the method of sale that is commonly used in the professional practice for a sale of the property of the same kind, is most likely to achieve the highest price. Selecting the method that is commonly used in the professional practice is an important choice because the unconventional methods, in particular in the case of professional investors (potential buyers) raise suspicion and discourage participation in the proceedings of the sale.

In the second part of the contribution the author explains how it is possible to optimize the sale of a controlling package of shares (shareholding) with the appropriate combination of method, which is usually used in business practice in a voluntary (non-judicial) sales, and compulsory rules governing the sale of the assets of the bankrupt in the Insolvency act.

Keywords: bankruptcy proceedings, sale of assets in bankruptcy proceedings

UDK 347.453:347.282(497.4)
Pravni letopis 2016, str. 35–44

BOJAN BREŽAN

Pogodba o finančnem leasingu (nepremičnin) in predkupna pravica

Pogodba o finančnem leasingu tipično vsebuje določbe, na podlagi katerih ob koncu leasingnega obdobja pride do prenosa lastninske pravice na predmetu leasinga na leasingojemalca. Ker ima v tem delu elemente prodajne pogodbe, se zastavlja vprašanje, ali pridejo v poštev pravila o predkupni pravici, če ta obstaja na predmetu leasinga. Problem je pereč zlasti na področju nepremičninskega prava, kjer so razširjene zakonite predkupne pravice. V prispevku je zavzeto stališče, da pravila predkupne pravice za finančni leasing niso uporabljiva. Stališče je utemeljeno na interpretaciji namena instituta predkupne pravice in na različnosti med pogodbo o finančnem leasingu in prodajno pogodbo.

Ključne besede: leasing, finančni leasing, nepremičnine, leasing nepremičnin, predkupna pravica, zakonita predkupna pravica, prenos lastninske pravice

UDC 347.453:347.282(497.4)
Pravni letopis 2016, pp. 35–44

BOJAN BREŽAN

Financial Lease Contract (regarding Real Property) and the Pre-emption Right

A financial lease contract typically contains provisions, providing for the transfer of ownership over the leased asset from the lessor to the lessee upon the expiration of the lease term. Since it can be said that in this part it contains elements of a sale and purchase contract, it raises the question of whether it is subject to the rules on pre-emption rights, should such rights exist over the leased asset. The issue is particularly topical in the area of real estate law, where statutory pre-emption rights are abundant. The article postulates that pre-emption rights should not apply to financial lease contracts. The position is grounded in the interpretation of the purpose of the institute of pre-emption right and the difference between a financial lease contract and a sale and purchase contract.

Keywords: leasing, financial lease, real estate, lease of real property, pre-emption right, statutory pre-emption right, transfer of ownership

UDK 347.453:340.142(497.4)
Pravni letopis 2016, str. 45–64

ŽIGA RAZDRIH

Finančni leasing v novejši praksi Vrhovnega sodišča RS

Avtor v prispevku obravnava posamezna vprašanja v zvezi s finančnim leasingom, pri čemer posebno pozornost nameni predstavitvi aktualne prakse Vrhovnega sodišča RS s tega področja in njenemu kritičnemu ovrednotenju. Osrednja raziskovalna pozornost je namenjena vprašanju, kakšne so posledice razveze leasinske pogodbe, s posebnim poudarkom na problematiki odškodnine. Avtor razpravlja tudi o vprašanjih nedobave predmeta leasinga, aktivne legitimacije za uveljavljanje plačila zavarovalnine na podlagi pogodbe o premoženjskem zavarovanju predmeta leasinga in poročstva za obveznosti leasingojemalca, pri čemer zavzame argumentirano stališče do nekaterih spornih vprašanj.

Ključne besede: finančni leasing, sodna praksa, razveza pogodbe, odškodnina, nedobava predmeta leasinga, aktivna legitimacija za uveljavljanje plačila zavarovalnine, poročstvo

UDC 347.453:340.142(497.4)
Pravni letopis 2016, pp. 45–64

ŽIGA RAZDRIH

Financial leasing in the Recent Practice of the Supreme Court of Republic of Slovenia

The author discusses some particular questions regarding financial leasing and highlights current jurisprudence of the Supreme Court of Republic of Slovenia in this field and its critical evaluation. The research focuses mainly on the dissolution of a leasing contract with special attention given to the issue of damages. Furthermore, the author deals with undelivery of the object of the lease, legitimacy of insurance claim regarding the object of the lease and guaranty of lease payments, pointing out his view about some of the major open problems.

Keywords: financial leasing – case law – dissolution of a leasing contract – damages – undelivery of the object of the lease – legitimacy of insurance claim regarding the object of the lease – guaranty of lease payments

*UDK 347.426.4:340.142(497.4)**Pravni letopis 2016, str. 67–81*

ANA BOŽIČ PENKO

Razmislek in sodna praksa Vrhovnega sodišča o nekaterih aktualnih vprašanjih odškodninskega prava v zvezi z nepremoženjsko škodo

Obligacijsko pravo je živo pravo. Še posebej to velja za odškodninsko pravo. To varuje premoženjske in nepremoženjske vrednote. Nepremoženjske vrednote in načini njihove kršitve se s časom in družbenimi razmerami spreminjajo. Pravno varstvo mora tem spremembam slediti in se jim prilagajati. Večinoma je to mogoče brez sprememb obligacijskih predpisov, le z njihovo razlago. Pomembno vlogo pri tem ima sodna praksa, ki ima prav tako zasluge za razvoj pojma nepremoženjske škode v zadnjem času.

Prispevek se ukvarja z aktualnimi vprašanji nepremoženjske škode v novejši praksi Vrhovnega sodišča, predvsem ali Obligacijski zakonik pravno priznane oblike nepremoženjskih škod in upravičence do odškodnine določa taksativno ali primeroma, ali oškodovancu pripada odškodnina za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve pogodbe. V zvezi z vprašanjem podedljivosti odškodnine za nepremoženjsko škodo opozori tudi na odločbo Ustavnega sodišča U-I-88/15-9, Up-684/12-32 z dne 15. 10. 2015, s katero je bilo ugotovljena neustavnost v Obligacijski zakonik prevzete določbe 201. člena prej veljavnega Zakona o obligacijskih razmerjih, ki je podedljivost odškodnine pogojevala s pravnomočnostjo sodbe.

Ključne besede: nepremoženjska škoda, priznane oblike škode, numerus clausus, podedljivost odškodnine, nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe, sodna praksa

UDC 347.426.4:340.142(497.4)

Pravni letopis 2016, pp. 67–81

ANA BOŽIČ PENKO

The Reflection and the Case Law of the Supreme Court on Certain Topical Issues of Tort Law in Respect of Non-Pecuniary Damage

Law of obligations is a live law. This is particularly true for tort law. It protects pecuniary and non-pecuniary values. Non-pecuniary values and the ways of breaching them are changing over time and due to social circumstances. Legal protection should track these changes and adapt to them. This is possible to a large extent without changing the obligation regulations but merely by using the right interpretation. Judicial practice plays an important role in it. Thanks to judicial practice, the term non-pecuniary damage has recently been introduced.

The article deals with current issues of non-pecuniary damage in the recent practice of the Supreme Court and particularly with the question whether the Code of Obligations conceives legally recognized forms of non-pecuniary damage and the beneficiaries of compensation taxatively or personally, and with the question whether the victim is entitled to compensation for non-pecuniary damage due to the breach of contract. On the issue of heritability of compensation for non-pecuniary damage, it underlines the decision of the Constitutional Court UI-88 / 15-9, Up-684 / 12-32 dated 15. 10. 2015, which proved that provision of Article 201 of the formerly valid Law of Obligations was unconstitutional because it conditioned the heritability of compensation with the finality of judgement.

Keywords: non-pecuniary damage, recognized forms of damage, *numerus clausus*, inheritability of damages, non-pecuniary damages for breach of contract, case law

UDK 347.426.6:338.486.23(497.4)

Pravni letopis 2016, str. 83–103

NINA ZUPAN

Odškodnina za izgubljeni dopust v domači sodni praksi: kaj se lahko naučimo?

Po odločitvi Sodišča EU v zadevi *Leitner v. TUI*, ki ima za države članice zavezujoč učinek, se tudi pri nas priznava nepremoženjska škoda zaradi izgube užitka na počitnicah. Vrhovno sodišče je odločilo, da za zagotovitev skladnosti slovenskega prava z Direktivo Sveta 90/314/EGS o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih ni treba (dodatno) spreminjati zakonodaje, temveč je na podlagi prava EU lojalne razlage mogoče izhajati iz že obstoječega zakonskega okvira. V praksi se lahko pojavijo številna vprašanja v zvezi s tovrstnimi odškodninskimi zahtevki, ki izvirajo iz pomanjkljive implementacije Direktive. Iz razlogov pravne varnosti bi zato vendarle kazalo razmisliti tudi o zakonodajnih spremembah. Poseben izziv pa bo tudi odmera višine odškodnine, glede česar se domača sodna praksa šele vzpostavlja.

Ključne besede: izguba užitka na počitnicah, odškodnina za nepremoženjsko škodo, *Leitner v. TUI*

Keywords: the loss of enjoyment of the holiday, compensation for non-material damage, Leitner v. TUI

*UDK 347.953(497.4)**Pravni letopis 2016, str. 107–119*

VESNA BERGANT RAKOČEVIĆ

Medsebojna vezanost na odločbe sodišč v civilnih zadevah

Prispevek obravnava vprašanja medsebojne vezanosti na odločbe sodišč v civilnih zadevah. Čeprav se lahko zdi, da so enake odločitve v podobnih zadevah nujnost, ki pogojuje zaupanje v sistem sojenja oziroma je odsev težnje po predvidljivosti sodnih odločb, je to v bistvu izjema, osredotočena na predhodna vprašanja in na intervencijski učinek. Ta vezanost je praviloma pogojena s tem, da se je imela stranka, ki naj jo neka odločitev veže, v postopku sprejemanja te odločitve možnost izreči oziroma v tem postopku sodelovati. Pogoste so sicer situacije, ko je vezanost le navidezna, ker gre le za identična odločilna dejanska vprašanja, kjer pa je vpliv pravnomočne odločitve ali dejanske ugotovitve le tolikšen, kolikor je ta prepričljivo argumentirana, upoštevajoč morebitno različno trditveno in dokazno ponudbo. Nujnost enotne odločitve (vezanost) lahko terja materialnopravna narava razmerja, a jo je včasih procesno težko zagotoviti. Obravnavana so še nasprotujoča si ravnanja iste stranke v več različnih postopkih, kar se lahko prepreči prek instituta prepovedi zlorabe pravic.

Ključne besede: medsebojna vezanost, predhodno vprašanje, intervencijski učinek, identična dejanska vprašanja, nasprotujoča si ravnanja, zloraba pravic

UDC 347.953(497.4)

Pravni letopis 2016, pp. 107–119

VESNA BERGANT RAKOČEVIĆ

Interdependence of Judgments in Civil Proceedings

This article tackles the multifaceted question of interdependence of judgments in civil proceedings in view of the desired predictability of judicial decisions. Although it might seem that conformable decisions (or interdependent judgments) in similar civil matters are a necessity and help build the confidence in the judicial system they are in fact the exception, focused on preliminary questions and the so called intervention effect. This interdependence is generally subject to the condition that the party who is to be bound by a decision from another case had had the opportunity to participate in the process of adopting that decision. More frequent are situations where there is no formal linkage although the relevant facts and issues are identical; the influence of a final decision is then limited to the persuasiveness of its arguments, taking into account the possible difference of pleading and proof submitted by the parties. The requirement of conformable decisions (interdependent judgments) may be required by the nature of the substantive relationships in question, although it is sometimes difficult to ensure. Contradictory action of the same party in different cases can be prevented by the proper application of the general principle against the abuse of rights (*venire contra factum proprium*).

Key words: interdependence of judgments, conformable decisions, preliminary questions, intervention effect, contradictory action, identical facts, abuse of rights

UDK 343.153:347.951

Pravni letopis 2016, str. 121–140

ALEŠ GALIČ

Predhodno vprašanje in identična dejanska stanja v razmerju med kazenskim in pravdnim postopkom

Avtor obravnava dva položaja, ko se sodišče v pravdnem postopku srečuje s kazensko sodbo oziroma vprašanjem obstoja kaznivega dejanja. Za predhodno vprašanje gre v tistih redkih primerih, ko je obstoj civilnopravne obveznosti odvisen od obstoja kaznivega dejanja. Če kazenskega postopka še ni bilo je sporno, ali tedaj domneva nedolžnosti pravnemu sodišču preprečuje, da bi samostojno odločalo o obstoju kaznivega dejanja. Glede predhodnih vprašanj je pravdno sodišče vezano na kazensko obsodilno in oprostilno sodbo, sporna pa je vezanost na kazensko zavrnilno sodbo. Pri identičnem dejanskem stanju, je pravdno sodišče, ki obravnava isti historični dogodek kot ga je pred tem kazensko sodišče, vezano le na kazensko obsodilno sodbo. Gre za edini primer, ko je v slovenskem pravu uveljavljena vezanost kot *collateral estoppel*. Vezanost na kazensko obsodilno sodbo je v nasprotju z načelom kontradiktornosti in s pravico stranke do zaslišanja v postopku, v kolikor gre v škodo oseb, ki v kazenskem postopku niso imele možnost sodelovati.

Ključne besede: predhodno vprašanje, kaznivo dejanje, civilno procesno pravo, presumpcija nedolžnosti

UDC 343.153:347.951

Pravni letopis 2016, pp. 121–140

ALEŠ GALIČ

A Criminal Offence as a Preliminary Question in Civil Proceedings and Civil and Criminal Cases Based on the Same Cause of Action

Concerning the interaction between criminal and civil law, there are extremely few cases in Slovenian legislation where the existence of a criminal offence is a pre-condition for the application of a certain consequence in the field of civil law. The only such a case in the field of Law of Obligations concerns the length of the prescription period for obligations in torts; if the event that caused the damage was a criminal offence, the prescription period may be longer (Article 353, Code of Obligations). In such a case, a civil court is bound by both the conviction and the acquittal of the wrongdoer in criminal procedure (thus, if the wrongdoer was acquitted, the civil court may not in a later action for damages use a longer prescription period based on a finding that the wrongful act was a criminal offence). If, however, a criminal procedure has not taken place yet and the civil court is faced with a preliminary question of whether a criminal offence was committed (because this is decisive for the determination of the length of the prescription period), the civil court may not, in principle, decide on this preliminary question by itself. According to the position of the Supreme Court, if a civil court would find, even if just as a preliminary question, that the wrongful act was a criminal offence although a criminal procedure has not been accomplished yet, it would violate the presumption of innocence (Article 27 of the Constitution).

Cases where a criminal offence represents a preliminary question in civil proceedings need to be distinguished from so called »identical historical event«; which are cases, where in order to establish civil liability the court needs to establish (partially) the same facts as were previously established in criminal proceedings. For such cases, the Civil Procedure Act provides for a certain effect of a collateral estoppel, produced by a conviction in a criminal case. In a case when the same cause of action resulted in previous conviction of the wrongdoer in criminal procedure it is easier for the aggrieved party to pursue its civil claim. The CPA (Article 14) determines that when the claim is based on the same state of facts that has already been adjudicated in criminal proceedings, the court shall be bound by the final condemnatory sentence issued in criminal proceedings, but only in respect of the existence of criminal offence and criminal liability of the offender. For instance, in such a claim, the defendant will be precluded from raising an objection that his act was not illegal or objection that there was no causal link or that no damage occurred. In fact, this is the only case of the so-called collateral estoppel in Slovenian civil procedure (there is no such effect between two civil procedures, just between a criminal and a subsequent civil procedure).

Keywords: preliminary question, criminal offence, civil procedure, presumption of innocence

UDK 340.134:373.3(497.4)
Pravni letopis 2016, str. 143–150

ALBIN IGLIČAR

Sistemska in nomotehnična vprašanja splošnih pravnih aktov javnih zavodov

Splošne pravne akte sprejemajo na organiziran način tudi samoupravne skupnosti in javni zavodi. Zgodovinsko gledano je ta funkcija najprej pripadala lokalnim skupnostim, cerkvenim organizacijam in znanstvenim korporacijam (statuti mest, splošni akti kanonskega prava, statuti univerz). V moderni družbi se takim aktom pridružujejo statuti gospodarskih družb, kolektivne pogodbe z veliko vlogo sindikatov in splošni akti javnih zavodov. Po tej poti se uveljavlja pravni pluralizem, ki zmanjšuje monopol države pri sprejemanju splošnih pravnih norm. Organi samoupravnih organizacij in skupnosti tako dopolnjujejo vlogo pravnih institucij.

Ključne besede: civilna družba, samoupravno pravo, splošni pravni akt, javni zavod, osnovna šola

UDC 340.134:373.3(497.4)

Pravni letopis 2016, pp. 143–150

ALBIN IGLIČAR

Systemic and Nomotechnical Questions of General Legal Acts of Public Institutions

Adoption of general legal acts is going on in an organized way also in some self-managing communities and public institutions. Already by tradition such a function belongs to local self-government and to religious organizations and scientific corporations (statutes of towns and/or municipalities, general acts of canon law, statutes of universities), and in modern society to various companies and syndicate associations (statutes of joint-stock companies, collective agreements) and public institutions. In this way pluralism of the legal system is being enforced and monopoly of the state in setting general legal norms is diminishing. Organs of self-managing organizations and communities supplement the role of legal institutions.

Keywords: civil society, autonomy law, general legal act, public institution, elementary school

UDK 342.537(497.4)

Pravni letopis 2016, str. 151–159

ANDREJA KURENT

Nomen est omen

Tako poslovniki slovenske skupščine kot Poslovnik državnega zbora so do leta 2002 uporabljali ime hitri postopek, od tedaj naprej pa je nujni zakonodajni postopek. Zastavlja se vprašanje, ali je bilo preimenovanje upravičeno, saj ni jasno, ali se z nujnim zakonodajnim postopkom želi doseči čimprejšnja uveljavitev zakona ali pa je zakon nujno treba sprejeti. Pojem nujnosti namreč ni dovolj jasno opredeljen, niti z navezavo na druge pravne vire, ki ta pojem uporabljajo. Primerjalno so navedeni primeri pravnih aktov, ki bi jih bilo »nujno« treba sprejeti.

Ključne besede: Zakonodajni postopek, hitri postopek, nujni postopek, Državni zbor, Vlada

UDC 342.537(497.4)

Pravni letopis 2016, pp. 151–159

ANDREJA KURENT

Nomen est omen

In the past, both the Rules of Procedure of the former Slovenian Assembly and the Rules of Procedure of the National Assembly, used the term »fast-track procedure«. In 2002, this type of legislative procedure was renamed to »urgent«. The question that arises is whether such change of denomination is justified. In fact, it is not clear whether urgent legislative procedure means that a law is to enter into force as soon as possible, or that a law must urgently (i.e. necessarily) be adopted. The term »urgent« is not sufficiently clarified, not even by reference to other legal sources that use the same word. Examples of legal acts that need to be adopted »urgently« are provided.

Keywords: Legislative procedure, fast-track procedure, urgent procedure, National Assembly of Republic of Slovenia, Government of Republic of Slovenia

UDK 340.132.6(430:497.4)
Pravni letopis 2016, str. 163–188

MARKO RAVLJEN

Obid zakona

Strokovna literatura utemeljuje trditvi, da je obid zakona (*fraus legis*) »star približno toliko kot pravo samo« in da se nanj gleda kot na »darilo rimskega prava« posameznim področjem evropskega pravnega reda. V zgodnjem rimskem pravu je bila sicer uporaba zakonov podana z vidika strogega formalizma. Zakoni so se razlagali izključno dobesedno po črki zakona, vsakršna povezava s smislom in namenom je bila izključena. Tedaj so zaobideni posli dosegali svoj vrhunec, vendar se je že v poznorepublikanskem in cesarskem obdobju razumevanje rimske pravne znanosti spremenilo v smer interpretacije pomena zakonske norme. Splošna izenačitev kršitve zakona in obida zakona je uspela s Teodozijevo novelo leta 439. Cesar Justinijan je *lex non dubium* vključil v svoj *Codex* (C. 1, 14, 5). V srednjem veku pa so glosatorji v povezavi z rimskim *fraus legis*om razvili lastni nauk o obidu zakona, vendar pa jim pojma še ni uspelo sistematično zajeti. Razvoj v novem veku je bil vse do sprejema BGB zaznamovan s hitrimi spremembami in veliko raznolikosti mnenj. Preobrat pri umestitvi obida zakona v nemško pravno sistematiko je nastopil po tem, ko je ta problem leta 1840 obravnaval Savigny in ga je nato leta 1851 opredelil še Thöl. Na podlagi ugotovitev obeh raziskav, ki sta še danes pomembna podlaga za razpravo, se je v nadaljnjih tridesetih letih oblikovala obsežna literatura k oblikovanju pojma obid zakona. Od tega obdobja naprej se je s problematiko obida zakona začela ukvarjati tudi nemška sodna oblast, ki je pred tem ta pojem komajda uporabljala. Zakonska ureditev *fraus legis* v nemškem prostoru je bila končno urejena s sprejetjem BGB.

Danes obid zakona opredeljujemo kot ravnanje, ki sicer ni usmerjeno proti izrecnemu pomenu zakona, vendar krši njegov smisel. Tukaj pravni posel sicer ne krši iz zakona podane dobesedne razlage zakonske prepovedi, je pa tako ustrojen, da dosega uspeh, ki je v nasprotju z namenom prepovedne norme zakona. Obid zakona je posledično potrebno strogo ločevati od kršitve zakona (*agere contra legem*), čeprav obe ravnanji sprostita enake učinke. V primeru obida zakona tako ni kršen zakon v svojem besedilu, je pa zagotovo zaobidena njegova vsebina (*sententia*) in zakonodajalčeva volja (*voluntas*). In v tem se obid zakona razmejuje od navideznega posla, ki pa je oblika kršitve zakona. V primeru navideznega posla se izkazani pravni posel orientira samo na golo pravo, ne pa tudi na vsaj minimalni dejanski (ekonomski) uspeh. V nasprotju z navideznim poslom pa *fraus legis* ne temelji na »laži«, temveč gre za uresničeni (udejanjeni) pravni posel, vendar na način, ki nasprotuje duhu zakona.

Velja poudariti, da – drugače kot za navidezni posel – za zaobideni posel ne obstaja neko splošno zakonsko določilo. V nemškem civilnem pravu se zaobideni posel sicer v praksi navezuje na določbo o zakonski prepovedi in v nemalo primerih na zakonsko prepoved ravnanja proti dobrim običajem, medtem ko je pravilo *fraus legis* na slovenskem civilnopravnem področju podano zgolj kot teoretična misel, izhajajoča iz rimskega prava. Sicer pa je danes obid zakona v civilnopravni dogmatiki (tako v nemškem kot slovenskem prostoru) potisnjen v ozadje in v sodni praksi redko uporabljen; nasprotno pa igra obid zakona pomembno vlogo na drugih pravnih področjih, kot so delovno, dedno, upravno, kartelno in še zlasti davčno pravo. Nemško davčno pravo ima določbo o davčnem zaobidenju zapisano v par. 42 AO, medtem ko v našem davčnem sistemu to nalogo opravlja četrti odstavek 74. člena ZDavP-2.

Ključne besede: *fraus legis*, *agere in fraudem legis*, obid zakona, zloraba prava, zaobideni posel, navidezni posel, verižne delovne pogodbe, davčno zaobidenje, protizaobidni predpis

UDC 340.132.6(430:497.4)
 Pravni letopis 2016, pp. 163–188

MARKO RAVLJEN

Abuse of Law in German and Slovenian Law

In law literature it is given support in arguments that abuse of law (avoidance of law; *fraus legis*) »is about the same age as the law itself« and that it is seen as a »gift of Roman law« for individual legal areas of the European legal system. In the early developing period of the Roman law the application of the law was followed by strict formalism. Laws were exclusively interpreted literally by the letter of the law, any connection with the spirit and purpose of the particular law was excluded. The existence of circumvented transaction achieved its climax in that early period, but already in the late Republican and then following Imperial period understanding of Roman legal science has changed in the way of growing importance of the interpretation of legal norms. General equation of violation of the law and circumvent the law (abuse of law) has succeeded through *Justinianus Codex Theodosianus* in the year 439. Byzantine emperor Justinian also included *lex non dubium* in his *Codex Justinianus* (C. 1.14.5). Later in the medieval period its own doctrine of abuse of law was developed. However, the systematic capture of the notion of abuse of law in that time failed. Development in the modern period was until the adoption of German BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) marked through rapid changes and great diversity of opinions. The turnaround in placement of abuse of law in the German legal scheme was done by Savigny (1840) and later by Thöl (1851). Based on the findings of both studies (which even today largely serve as a basis for discussion) in the next thirty years a vast literature was written about development of legal phrase of abuse of law (*Gesetzesumgehung*). From this time onwards also the German judicial authorities started to address the problem of abuse of law, which had previously hardly used this term. Regularization of *fraus legis* in Germany was finally regulated by the adoption of BGB.

Today abuse of law is defined as behavior that is not directed against the strict sense of the law, but violates its meaning. Transaction therefore does not violate the law by virtue of the specified literal interpretation of the statutory prohibition, but is so constituted that achieves success, which is contrary to the purpose prohibitive norms of the law. Consequently Abuse of law must be strictly distinguished from the violation of the law (*agere contra legem*), although both practices released the same effects. In case of abuse of the law there is no violation of the law in its text, but it is certainly bypassed its content (*sententia*) and intention of the legislature (*voluntas*). And in that abuse of law differentiate itself from simulation (sham), which represents violation of law. In the case of simulation the transaction is oriented only

on the bare legal appearance and not on actual (economic) success. In contrast to the sham transaction is *fraus legis* is not based on »lies«, but it is embodied in reality implemented transaction, but in a manner which is contrary to the spirit of the law.

It should be stressed that - unlike for simulation - for *fraus legis* there is no general statutory provision. In practice of the German civil law abuse of law is related to the provision of basic legal prohibition (§ 134 BGB) and also in many cases to the provision of legal prohibition of unmoral conduct (§ 138 BGB), while the *fraus legis* rule of the Slovenian civil law is given merely as theoretical idea, resulting from Roman law. Otherwise, today is abuse of law in civil dogmatic (both in German and Slovenian area) pushed into the background and in the case-law rarely used. But in contrary to that, abuse of law plays an important role in other legal areas such as labor law, inheritance law, administrative law, cartel law and especially tax law. German tax law has a provision on tax avoidance stated in § 42 AO, while in Slovenian tax system this task has been carried out by the fourth paragraph of Article 74 of the ZDavP-2.

Keywords: *fraus legis*, *agere in fraudem legis*, avoidance of law, abuse of law, transaction of avoidance, sham transaction, chain labor contracts, tax avoidance, anti-avoidance clause

