

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Ljubljana 2014
letnik 69 (131)
številka 5-6
strani 291–420

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **69** (131)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka **5-6/2014**

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

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

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

Uredniški odbor:

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

Mednarodni uredniški odbor:

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

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

IUS SOFTWARE, d. o. o., GV Založba

Pravnik

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

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

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

Naklada: **500 izvodov**

Izide 12 števil na leto.

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

Naročila

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

Letna naročnina (cene z DDV):

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

IBAN: SI56 0292 2025 7264 074

VSEBINA

Članki

- Gregor Dugar Podjetniško premoženje zakoncev po Družinskem zakoniku – 295
Company Between Spouses According to the Family Code (daljši povzetek v angleščini) – 324
- Til Rozman Faza preizkusa sklepčnosti tožbe – 327
Stage of Examination of Conclusiveness (daljši povzetek v angleščini) – 350
- France Ocepek,
Marko Pahor (Ne)zadovoljivost reforme stroškov zastopanja po odvetniku 2003/2008: Analiza na primeru zastopanja v klasičnih pravnih postopkih pred Okrožnim sodiščem v Ljubljani – 353
(Un)Persuasiveness of the 2003/2008 Reform of Attorneys' Representation Fees: An Analysis on Attorney Representation in Classical Litigation Procedures in Ljubljana District Court (daljši povzetek v angleščini) – 368
- Primož Gorkič Edicijska dolžnost domnevnega storilca v kazenskem postopku – 373

Recenzija

- Tilen Štajnpihler Hrestomatija sociologije prava – 391

Prikaz knjige

- Etelka Korpič
Horvat Normativni temelji delovnih in socialnih razmerij – 405

Avtorski sinopsi – 409

Navodila za avtorje – 421

CONTENTS

Articles

- Gregor Dugar Company Between Spouses According to the Family Code – 295
Longer Summary in English – 324
- Til Rozman Stage of Examination of Conclusiveness – 327
Longer Summary in English – 350
- France Ocepek,
Marko Pahor (Un)Persuasiveness of the 2003/2008 Reform of Attorneys' Representation Fees: An Analysis on Attorney Representation in Classical Litigation Procedures in Ljubljana District Court – 353
Longer Summary in English – 368
- Primož Gorkič Production Orders and Rights of the Defendant in Criminal Procedure – 373

Review

- Tilen Štajnpihler Chrestomathy of Sociology of Law – 391

Book Review

- Etelka Korpič
Horvat Regulatory Bases of Labour and Social Law Relations – 405

Authors' Synopses – 409

Guidelines for Authors – 425

PODJETNIŠKO PREMOŽENJE ZAKONCEV PO DRUŽINSKEM ZAKONIKU*

Gregor Dugar,

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

1. REFORMA PREMOŽENJSKIH RAZMERIJ MED ZAKONCEMA

Družinski zakonik (v nadaljevanju: DZ)¹ prinaša na področju premoženjskih razmerij med zakoncema konceptualne spremembe. Po vzoru tujih ureditev (npr. Nemčija, Avstrija) režim odplačno pridobljenega premoženja zakoncev ni več kogentno pravo, ampak velja samo, če se zakonca s pogodbo ne dogovorita drugače. Zakonca se za pogodbeni premoženjski režim odločita takrat, kadar jima zakoniti premoženjski režim ne ustreza in zato želita sama oblikovati vsebino njunih medsebojnih premoženjskih razmerij. Čeprav sta zakonca svobodna pri urejanju medsebojnih premoženjskih razmerij, je pričakovati, da se bodo zakonci po odpravi kogentnega režima odplačno pridobljenega premoženja pri oblikovanju medsebojnih premoženjskih razmerij zgledovali po premoženjskih režimih, ki jih poznajo tuje ureditve. Z obravnavo najpogostejših in najbolj tipičnih premoženjskih režimov iz tujih ureditev zato zajamem veliko večino premoženjskih režimov, ki bodo veljali za zakonce po DZ, če se bosta zakonca odločila za pogodbeni premoženjski režim. Zakonca se bosta lahko zgledovala po premoženjskem režimu ločenega premoženja, premoženjskem režimu skupnosti povečanja premoženja in premoženjskem režimu skupnega premoženja.

* Prispevek je bil pripravljen na podlagi doktorske disertacije z naslovom Pravna ureditev podjetniškega premoženja zakoncev, ki jo je avtor pod mentorstvom prof. dr. Barbare Novak uspešno zagovarjal 20. septembra 2013 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ DZ je bil 25. marca 2012 zavržen na referendumu, zato do njegove uveljavitve ni prišlo. Besedilo DZ je dostopno na <www.mdds.gov.si/fileadmin/mdds.gov.si/pageuploads/dokumenti___pdf/word/DZak-sprejet-16-6-11.doc> (22. 11. 2013).

V premoženjskem režimu ločenega premoženja ne nastaja skupno premoženje, ampak je premoženje zakoncev ločeno. Obstajata samo dve premoženjski masi zakoncev, in sicer posebno premoženje vsakega zakonca posebej. Zakonca posebno premoženje upravljata in z njim razpolagata samostojno.² V premoženjskem režimu ločenega premoženja sklenitev zakonske zveze nima premoženjskopравnih posledic za zakonca.³ Zakonca se z vidika premoženjskopравnih vprašanj obravnavata tako, kot da ne bi sklenila zakonske zveze. Premoženjski režim ločenega premoženja je zato še posebej mamljiv za zakonce, ki se ukvarjajo s podjetništvom, saj ne nastane skupno podjetniško premoženje ter zato tudi ni problemov s skupnim upravljanjem, odgovornostjo za obveznosti in delitvijo premoženja podjetja ob razvezi zakonske zveze. Zaradi navedenih prednosti je v nemški praksi v pogodbi o ustanovitvi gospodarske družbe pogosto predvidena obveznost družbenikov, da se z zakoncem dogovorijo za premoženjski režim ločenega premoženja oziroma da sklenejo takšen dogovor vsaj glede podjetniškega premoženja.⁴ Podoben trend je mogoče pričakovati tudi v Sloveniji, ko bo prišlo do reforme premoženjskih razmerij med zakoncema in se bosta zakonca lahko odločila za premoženjski režim ločenega premoženja.

V premoženjskem režimu skupnosti povečanja premoženja⁵ med trajanjem zakonske zveze velja režim ločenega premoženja, ob prenehanju zakonske zveze pa pride do izravnave prirasti. Prirast je znesek, za katerega končno premoženje zakonca presega njegovo začetno premoženje. Izravnava prirasti se opravi tako, da se presežek prirasti enega zakonca nad prirastjo drugega razdeli na polovico.⁶

Za premoženjski režim skupnega premoženja⁷ je značilno, da s sklenitvijo zakonske zveze postane vse premoženje zakoncev njuno skupno premoženje. V skupno premoženje zakoncev spadajo tudi premoženjski predmeti, ki so pridobljeni po sklenitvi zakonske zveze.⁸ Izjema so predmeti, ki spadajo v pridržano in posebno premoženje zakoncev. Pridržano premoženje je premoženje, ki ga zakonca s pogodbo o premoženjskem režimu skupnega premoženja

² W. Jaeger, v: D. Henrich (izd.), K. H. Johannsen (izd.), nav. delo, str. 246; C. Dorsel, S. Zimmermann, nav. delo, str. 73.

³ G. Brambing, nav. delo, str. 66; L. Krause, nav. delo, str. 263.

⁴ K. Muscheler, nav. delo, str. 203, 204.

⁵ Nem. *Zugewinnngemeinschaft*. Premoženjski režim skupnosti povečanja premoženja je v Nemčiji zakoniti premoženjski režim – glej določbo prvega odstavka § 1356 BGB.

⁶ Določba drugega odstavka § 1363 BGB.

⁷ Nem. *Gütergemeinschaft*. Premoženjski režim skupnega premoženja je v Nemčiji pogodbeni premoženjski režim – glej določbo § 1415 BGB.

⁸ Določba prvega odstavka § 1416 BGB.

izločita iz skupnega premoženja, premoženje, ki ga je tretji naklonil enemu od zakoncev, ter premoženje, ki ga zakonec dobi z zamenjavo pridržanega premoženja.⁹ Posebno premoženje zakoncev tvorijo pravice, ki niso prenosljive (npr. pravica do odškodnine za nepremoženjsko škodo, neprenosljive terjatve in neprenosljive stvarne pravice).¹⁰ Zakonca s pogodbo o premoženjskem režimu ločenega premoženja ne moreta preprečiti nastanka posebnega premoženja zakoncev, saj so te določbe kogentne.¹¹

Za zakonce, ki se ukvarjajo s podjetniško dejavnostjo, je zanimiv premoženjski režim ločenega premoženja, saj sklenitev zakonske zveze ne vpliva na podjetniško premoženje.¹² V tem poglavju zato predpostavljam, da bosta zakonca izbrala premoženjski režim ločenega premoženja, če se bosta odločila za pogodbeni premoženjski režim, oziroma da bosta iz zakonitega premoženjskega režima izvzela podjetniško premoženje in zanj določila premoženjski režim ločenega premoženja. Premoženjskemu režimu ločenega premoženja je podoben premoženjski režim skupnosti povečanja premoženja. V obeh navedenih premoženjskih režimih je premoženje zakoncev v času trajanja zakonske zveze ločeno. Zaradi podobnosti premoženjskega režima ločenega premoženja in premoženjskega režima skupnosti povečanja premoženja so vse ugotovitve v zvezi s problematiko podjetniškega premoženja zakoncev po DZ v premoženjskem režimu ločenega premoženja smiselno uporabne tudi za premoženjski režim skupnosti povečanja premoženja. Prav tako sta si podobna premoženjski režim skupnosti odplačno pridobljenega premoženja in premoženjski režim skupnega premoženja. Dejstvo, da je premoženjski režim skupnosti odplačno pridobljenega premoženja po slovenskem Zakonu o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (v nadaljevanju: ZZZDR)¹³ kogenten premoženjski režim, premoženjski režim skupnega premoženja po nemškem BGB pa izbirni premoženjski režim, ni relevantno, saj je bistvena vsebinska podobnost premoženjskih režimov. V obeh premoženjskih režimih v času trajanja zakonske zveze nastaja skupno premoženje. Vse ugotovitve v zvezi s problematiko podjetniškega premoženja zakoncev po DZ v zakonitem premoženjskem režimu so zato smiselno uporabne za premoženjski režim skupnega premoženja, če bosta zakonca po sprejetju DZ pogodbeni premoženjski režim uredila po zgledu premoženjskega režima skupnosti premoženja.

⁹ Nem. *Vorbehaltsgut*. Glej določbo drugega odstavka § 1418 BGB

¹⁰ Nem. *Sondergut*. Glej določbo drugega odstavka § 1417 BGB;

¹¹ R. Kanzleiter, v: R. Rixecker (izd.), F. J. Säcker (izd.), nav. delo, str. 709; J. Mayer, v: H. G. Bamberger (izd.), H. Roth (izd.), nav. delo, §1417, r. št. 2.

¹² K. Muscheler, nav. delo, str. 203, 204.

¹³ Ur. l. RS, št. 69/04, 101/07, 122/07, 90/11, 84/12.

Zakonodajalec je v DZ skušal zapolniti pravno praznino na področju podjetniškega premoženja zakoncev. DZ problematiko podjetniškega premoženja zakoncev ureja v dveh določbah. V 83. členu ureja vlaganja zakoncev v podjetje, ki je posebno premoženje enega od njiju, v 84. členu pa skupno podjetniško udejstvovanje zakoncev. Določbi urejata različni situaciji, zato v nadaljevanju obravnavam vsako posebej.

V nobeni od teh dveh določb ni posebej določeno, v katerem premoženjskem režimu se uporabljata. Menim, da določbi veljata tako v zakonitem premoženjskem režimu kot tudi v premoženjskem režimu ločenega premoženja. Dejstvo, da je v določbi 83. člena DZ urejeno vlaganje zakonca v podjetje, ki je posebno premoženje drugega zakonca, ter v določbi 84. člena DZ skupno podjetniško udejstvovanje zakoncev, ne pomeni, da je prva uporabna le v premoženjskem režimu ločenega premoženja in druga v zakonitem premoženjskem režimu. Do vlaganj zakonca v podjetje drugega zakonca namreč lahko pride tudi v zakonitem premoženjskem režimu, saj podjetje, ki ga ima zakonec pred sklenitvijo zakonske zveze oziroma ga je pridobil neodplačno v času trajanja zakonske zveze, spada v posebno premoženje tega zakonca. Podjetje torej ne spada v posebno premoženje zakonca le takrat, kadar se zakonca dogovorita za premoženjski režim ločenega premoženja oziroma v zakonitem premoženjskem režimu s pogodbo izvzameta podjetje iz skupnega premoženja. Enako kot določba 83. člena tudi določba 84. člena DZ o skupnem podjetniškem udejstvovanju zakoncev velja v zakonitem premoženjskem režimu in premoženjskem režimu ločenega premoženja. Pri skupnem podjetniškem udejstvovanju je namreč treba urediti razmerje med zakoncema za primer pripadnosti deleža v podjetju skupnemu premoženju in tudi za primer, ko med zakoncema velja premoženjski režim ločenega premoženja.

2. VLAGANJA ZAKONCA V PODJETJE DRUGEGA ZAKONCA (83. ČLEN DZ)

2.1. Sklepanje pogodb med zakoncema glede podjetniškega premoženja

DZ pri vlaganjih v podjetje, ki je posebno premoženje enega od njiju, zakonca spodbuja, da se s pogodbo dogovorita o obliki udeležbe. Če zakonec vlaga v gospodarsko družbo, drugo pravno osebo ali v podjetje samostojnega podjetnika, ki spada v posebno premoženje drugega zakonca, zakonca s pogodbo določita obliko udeležbe zakonca.¹⁴ Določba velja tako v zakonitem pre-

¹⁴ Določba prvega odstavka 83. člena DZ.

moženjskem režimu kot tudi v režimu ločenega premoženja. V nadaljevanju obravnavam sklepanje pogodb med zakoncema glede podjetniškega premoženja v vsakem premoženjskem režimu posebej.

2.1.1. Sklepanje pogodb med zakoncema v premoženjskem režimu ločenega premoženja

Razumljivo je, da je dogovarjanje zakoncev o vlaganjih enega v podjetje drugega svobodno, kadar zanju velja premoženjski režim ločenega premoženja. Če se zakonca dogovorita, da zanju velja premoženjski režim ločenega premoženja, se lahko tudi svobodno dogovorita o njunem razmerju glede vlaganj v podjetje enega od njiju.¹⁵ Zakonca lahko zato glede vlaganj enega od njiju v podjetje drugega zakonca skleneta pogodbo, v kateri opredelita premoženjskopravne posledice teh vlaganj. V tem primeru se zakončevo nadomestilo za opravljena vlaganja presoja po določbah sklenjene pogodbe.¹⁶

Zakonca lahko pri ureditvi medsebojnega razmerja v zvezi z delom v podjetju enega zakonca izbirata med različnimi pogodbami. Zakonca lahko med seboj skleneta vse pravne posle, ki jih lahko skleneta s tretjimi osebami.¹⁷ Nemška teorija navaja, da se v praksi uporabita predvsem pogodba o zaposlitvi¹⁸ in družbena pogodba,¹⁹ redkeje podjetniška pogodba.²⁰

Če zakonec opravlja delo v podjetju drugega zakonca na podlagi pogodbe o zaposlitvi, dobi plačilo za opravljeno delo po pravilih delovnega prava.²¹ V primeru razveze zakonske zveze zakonec, ki je opravljal delo v podjetju drugega zakonca, zato nima posebnega civilnopravnega zahtevka za plačilo opravljenega

¹⁵ W. Jaeger, v: D. Henrich (izd.), nav. delo, str. 281.

¹⁶ R. Wever, nav. delo, str. 264; R. Wever, v: L. Bergschneider (izd.), R. Schröder (izd.), nav. delo, str. 503; G. Weinreich, v: H. Prütting (izd.), G. Wegen (izd.), G. Weinreich (izd.), nav. delo, str. 2081; M. Wellenhofer, v: B. Dauner-Lieb (izd.), T. Heidel (izd.), G. Ring (izd.), nav. delo, str. 73; D. Büte, nav. delo, str. 262; B. Heintschel-Heinegg, v: P. Gerhardt (izd.), B. Heintschel-Heinegg (izd.), M. Klein (izd.), nav. delo, str. 1119; T. Gergen, nav. delo, str. 301. Enako po švicarskem pravu – o tem glej I. Hohl, nav. delo, str. 49.

¹⁷ Določba prvega odstavka 67. člena DZ.

¹⁸ Sodba OLG München, št. 1 U 1722/92 z dne 28. januarja 1993, v: NJW-RR 19/1993, str. 1179–1180.

¹⁹ R. Wever, nav. delo, str. 264; G. Weinreich, v: H. Prütting (izd.), G. Wegen (izd.), G. Weinreich (izd.), nav. delo, str. 2081; C. Limbach, v: B. Dauner-Lieb (izd.), T. Heidel (izd.), G. Ring (izd.), nav. delo, str. 73; W. Schülter, nav. delo, str. 113; D. Büte, nav. delo, str. 311; A. Kraft, P. Kreutz, nav. delo, str. 99.

²⁰ T. Gergen, nav. delo, str. 300.

²¹ O. Haußleiter, W. Schulz, nav. delo, str. 333; B. Koenig, H. Luxburg, nav. delo, str. 268.

dela.²² Pogodba o zaposlitvi je namenjena pravni ureditvi dela, zato je uporabna le v primeru, ko zakonec v podjetje drugega zakonca vlaga delo. S pogodbo o zaposlitvi pa niso urejena stvarna vlaganja zakonca. Za sklenitev pogodbe o zaposlitvi velja delovno pravo, zato se z njo v nadaljevanju ne ukvarjam.

Pri sklenitvi družbene, podjetne ali katerekoli druge pogodbe civilnega prava, ki jo zakonca skleneta po prvem odstavku 83. člena DZ, je treba opozoriti na splošna pravila o obličnosti pravnih poslov med zakoncema. DZ v prvem odstavku 83. člena za pogodbe o udeležbi glede podjetniškega premoženja zakoncev ne predpisuje posebne oblike, vendar je pri tem treba upoštevati splošna pravila DZ o obličnosti pravnih poslov med zakoncema. Pogodbe med zakoncema glede medsebojnih pravic in obveznosti morajo biti sklenjene v obliki notarskega zapisa.²³ Ta določba velja tudi, če med zakoncema velja premoženjski režim ločenega premoženja.²⁴ Zakonca morata zato skleniti družbeno ali katerokoli drugo pogodbo civilnega prava glede vlaganj enega zakonca v podjetje drugega zakonca v obliki notarskega zapisa.

2.1.2. Sklepanje pogodb med zakoncema v zakonitem premoženjskem režimu

Pri vlaganjih zakonca v podjetje drugega zakonca DZ ne daje prednosti dogovorom zakoncev le v premoženjskem režimu ločenega premoženja, temveč tudi v zakonitem premoženjskem režimu. To pomeni, da se zakonca glede vlaganj enega zakonca v podjetje drugega lahko dogovorita svobodno, ne glede na določbe zakonitega premoženjskega režima.

Po DZ med zakoncema načeloma velja zakoniti premoženjski režim. Premoženjski režim ločenega premoženja velja le, če se zakonca zanj dogovorita s pogodbo o ureditvi premoženjskopравnih razmerij.²⁵ Če zakonca ne sklene ta pogodbe o ureditvi premoženjskih razmerij, med njima velja zakoniti premoženjski režim.²⁶ V tem primeru veljajo vsa pravila zakonitega premoženjskega režima, tudi pravilo o nastanku skupnega premoženja. Določba prvega odstavka 83. člena DZ odstopa od tega pravila, saj zakoncema dopušča, da določita drugačno usodo premoženja, ki po splošnih pravilih zakonitega pre-

²² R. Wever, nav. delo, str. 267; E. M. Brandt, v: J. Hauß (ur.), W. Schulz (ur.), nav. delo, str. 1726; M. Wellenhofer, v: B. Dauner-Lieb (izd.), T. Heidel (izd.), G. Ring (izd.), nav. delo, str. 73; D. Büte, nav. delo, str. 311; T. Gergen, nav. delo, str. 299; R. Wever, v: L. Bergschneider (izd.), R. Schröder (izd.), nav. delo, str. 523.

²³ Določba drugega odstavka 67. člena DZ.

²⁴ V. Žnidaršič Skubic, v: K. Zupančič (red.), nav. delo, str. 176.

²⁵ Določba 68. člena DZ.

²⁶ V. Žnidaršič Skubic, v: K. Zupančič (red.), nav. delo, str. 177.

moženjskega režima spada v skupno premoženje zakoncev. Po pravilih zakonitega premoženjskega režima namreč premoženje, ki je pridobljeno z delom v času trajanja zakonske zveze oziroma na podlagi skupnega premoženja, spada v skupno premoženje zakoncev.²⁷ Določba prvega odstavka 83. člena DZ pa zakoncema omogoča sklenitev dogovora, po katerem npr. zakonec na podlagi vlaganj pridobi v podjetju delež, ki spada v njegovo posebno premoženje, pa čeprav vlaganja po pravilih zakonitega premoženjskega režima spadajo v skupno premoženje zakoncev. Zakonca lahko torej pri vlaganjih v podjetje drugega zakonca razpolagata s skupnim premoženjem, čeprav velja med njima zakoniti premoženjski režim.

Dopustnost sklepanja pogodb o ureditvi premoženjskih razmerij med zakoncema po mojem mnenju ne sega tako daleč, da bi lahko zakonca, ki ne skleneta pogodbe o ureditvi medsebojnih premoženjskih razmerij, svobodno spremenjala zakoniti premoženjski režim s pogodbami v zvezi z vlaganji v podjetje enega od zakoncev. Če se zakonca ne odločita za premoženjski režim ločenega premoženja, med njima velja zakoniti premoženjski režim. Veljavnost zakonitega premoženjskega režima pomeni tudi dosledno uporabo vseh njegovih določb, tudi določb o nastanku skupnega premoženja zakoncev. Zato menim, da se zakonca v okviru zakonitega premoženjskega režima ne moreta svobodno dogovarjati o usodi skupnega premoženja s posameznimi pogodbami (npr. pogodbo o udeležbi v gospodarski družbi), ki so namenjene urejanju razmerja med družbenikom in družbo. Te posamezne pogodbe namreč niso namenjene urejanju premoženjskih razmerij med zakoncema. Pravila zakonitega premoženjskega režima imajo prednost, zato zakonca podjetniškega premoženja ne moreta izvzeti iz skupnega premoženja. Zakonca se lahko svobodno dogovarjata o medsebojnih premoženjskih razmerjih le, če sta se dogovorila za premoženjski režim ločenega premoženja. V premoženjskem režimu ločenega premoženja namreč velja, da premoženje, pridobljeno z delom v času trajanja zakonske zveze oziroma na podlagi skupnega premoženja, ni skupno premoženje zakoncev. Samo v tem primeru se zakonca lahko svobodno dogovarjata o vlaganjih, ki sicer po pravilih zakonitega premoženjskega režima spadajo v skupno premoženje.

2.2. Odsotnost posebnega dogovora med zakoncema

2.2.1. Nastanek družbe civilnega prava

Če zakonca ne skleneta dogovora o udeležbi zakonca, ki vlaga v podjetje drugega zakonca, se šteje, da gre za udeležbo po pravilih obligacijskega prava o

²⁷ Določba 70. člena DZ.

družbeni pogodbi (drugi odstavek 83. člena DZ). Med zakoncema torej v zvezi z vlaganji enega od njiju v podjetje drugega nastane družba civilnega prava, ne glede na premoženjski režim, ki velja za zakonca. Sprašujem se, ali je primereno, da se ob odsotnosti dogovora uporabijo določbe o družbi civilnega prava v vseh premoženjskih režimih ter katere določbe o družbi civilnega prava so uporabne.

S problematiko denarnega nadomestila zakonca, ki je opravljal delo v podjetju drugega zakonca, se intenzivno ukvarjata nemška teorija in sodna praksa. Pri iskanju pravne podlage se opirata na pogodbeno pravo. Na podlagi dela zakonca v podjetju drugega zakonca nastane med zakoncema pogodbeno razmerje. Ker zakonca nista izrecno sklenila pogodbe, nemška teorija in sodna praksa menita, da je pogodbeno razmerje med zakoncema nastalo na podlagi konkludentnih ravnanj. Predvsem se omenjajo pogodba o zaposlitvi, družbena pogodba in pogodba družinskega prava *sui generis*, imenovana kooperacijska pogodba.²⁸ Nemška sodna praksa se v odločbah najpogosteje opira na konkludentno nastalo družbo civilnega prava in kooperacijsko pogodbo.²⁹ V DZ je ob odsotnosti posebnega dogovora med zakoncema izrecno predpisana uporaba pravil o družbi civilnega prava, zato se v nadaljevanju ukvarjam le s spoznanji nemške teorije in sodne prakse v zvezi s konkludentnim nastankom družbe civilnega prava med zakoncema. Spoznanja nemške sodne prakse in teorije v zvezi s konstruktom konkludentno sklenjene kooperacijske pogodbe za slovenski pravni red niso uporabna, saj se nemška sodna praksa na to pogodbo sklicuje samo takrat, kadar zakonec v podjetje drugega zakonca prispeva le delo, in ne materialnih prispevkov.³⁰ Določba 83. člena DZ pa enotno ureja delovne in materialne prispevke zakonca v podjetje drugega zakonca.

2.2.2. Notranja družba civilnega prava v nemškem pravu

Nemška sodna praksa pri vlaganjih zakonca v podjetje drugega zakonca poseže po določbah o družbi civilnega prava takrat, kadar zakonca s prispevki sodelujeta v prizadevanju za doseg cilja, ki presega običajne cilje v okviru življenjske skupnosti zakoncev.³¹ Nemška teorija kot primer takšnega ravnanja zakoncev navaja materialni in delovni prispevek zakoncev pri opravljanju podjetniške dejavnosti v podjetju. Zakonca si na podlagi prispevkov prizadevata

²⁸ R. Wever, nav. delo, str. 269–272.

²⁹ R. Wever, nav. delo, str. 272; O. Haußleiter, W. Schulz, nav. delo, str. 333.

³⁰ R. Hoppenz, v: R. Hoppenz (ur.), nav. delo, str. 123; T. Gergen, nav. delo, str. 303.

³¹ R. Hoppenz, v: R. Hoppenz (ur.), nav. delo, str. 123; I. Klenner, nav. delo, str. 56; W. Kogel, nav. delo, r. št. 456.

doseči dobiček pri opravljanju pridobitne dejavnosti. Opravljanje pridobitne dejavnosti pa presega namen življenjske skupnosti zakoncev.³²

Sodelovanje zakonca v podjetju drugega zakonca ne povzroči nastanka klasične zunanje družbe civilnega prava, ampak notranje družbe.³³ Podjetje oziroma delež v podjetju kljub nastanku družbe civilnega prava še vedno spada v posebno premoženje enega zakonca, in ne pripada zakoncema kot družbenikom družbe civilnega prava. Zakonca torej ne oblikujeta družbe na podlagi udeležbe v podjetju, ampak med njima nastane obligacijskopravno razmerje v zvezi z udeležbo enega zakonca v podjetju drugega zakonca. Notranja družba ne nastopa proti tretjim osebam in ne nastane skupno premoženje družbenikov.³⁴ Zakonec, ki ima delež v podjetju, proti podjetju nastopa v svojem imenu, in ne v imenu notranje družbe.³⁵ Pri notranji družbi torej obstaja obligacijsko razmerje le med družbeniki in ni učinkov nasproti tretjim osebam. V poštev pridejo pravila o družbeni pogodbi, ki urejajo razmerje med družbeniki (npr. udeležba na dobičku, denarno nadomestilo ob prenehanju družbe), ne pa pravila o razmerju družbe do tretjih oseb.³⁶

Nemška teorija poudarja, da do konkludentne sklenitve notranje družbe sicer lahko pride v vseh premoženjskih režimih, vendar je pomembna predvsem v tistih primerih, ko zakonec ne dobi ustreznega nadomestila za vlaganja na podlagi določb premoženjskega režima. Do prikrajšanja zakonca zato praviloma pride v premoženjskem režimu ločenega premoženja.³⁷ Dejstvo, da sta se zakonca odločila za premoženjski režim ločenega premoženja, ne pomeni, da odklanjata vsakršno udeležbo na skupno pridobljenem premoženju.³⁸

³² R. Wever, nav. delo, str. 270; R. Wever, v: L. Bergschneider (izd.), R. Schröder (izd.), nav. delo, str. 506.

³³ Nem. *Ehegatteninnengesellschaft*. Navedeno lahko v slovenščino prevedemo kot notranjo družbo civilnega prava med zakoncema. Slovenska teorija družbo civilnega prava, ki nima učinkov proti tretjim, temveč le med družbeniki, imenuje notranja družba (glej B. Zabel, v: M. Juhart (ur.), N. Plavšak (ur.), nav. delo, str. 931). V nadaljevanju zato uporabljam izraz notranja družba.

³⁴ J. Kunz, v: S. Kraus in drugi, 2000, str. 19; E. Sandbiller, nav. delo, str. 169; C. Münch, v: L. Bergschneider, nav. delo, str. 401; P. Lingelbach, v: H. H. Rotax (izd.), nav. delo, str. 195; M. Ruhkamp, v: J. Gerlach, M. Ruhkamp, nav. delo, str. 43; sodba nemškega zveznega vrhovnega sodišča, št. XII ZR 44/89 z dne 11. aprila 1990, v: NJW-RR 18/1990, str. 1090–1092.

³⁵ O. Haußleiter, W. Schulz, nav. delo, str. 333; F. T. Roßmann, v: M. Klein (izd.), nav. delo, str. 138.

³⁶ Wever R., 2009, str. 272, 273.

³⁷ P. Lingelbach, v: H. H. Rotax (izd.), nav. delo, str. 196; M. Schlimm, nav. delo, str. 215; B. Schiebel, nav. delo, str. 344; W. Jaeger, v: D. Henrich (izd.), K. H. Johannsen (izd.), nav. delo, str. 250; W. Kogel, nav. delo, r. št. 458.

³⁸ H. Borth, v: D. Schwab (izd.), nav. delo, str. 1803.

Vsakršen prispevek zakonca v podjetje drugega zakonca še ne more utemeljiti konkludentnega nastanka notranje družbe med zakoncema, ampak mora prispevek preseči okvire življenjske skupnosti zakoncev. Zakonca si morata z delovnimi in premoženjskimi prispevki prizadevati doseči povečanje premoženja, ki presega pridobitev premoženja za potrebe življenjske skupnosti. Pridobitev premoženja za potrebe življenjske skupnosti je npr. nakup ali gradnja hiše za bivanje družine.³⁹ Če zakonca težita k ustvarjanju premoženja, ki presega običajne potrebe življenjske skupnosti, lahko pride do nastanka notranje družbe. Primer takšnega prizadevanja je sodelovanje pri opravljanju podjetniške dejavnosti.⁴⁰ Teorija in sodna praksa sta izdelali več kriterijev, kdaj sodelovanje zakoncev presega običajno medsebojno pomoč zakoncev pri zadovoljevanju materialnih potreb življenjske skupnosti.⁴¹

Najpomembnejša kriterija za presojo, kdaj sodelovanje zakonca v podjetju drugega zakonca presega običajno medsebojno pomoč zakoncev pri zadovoljevanju materialnih potreb življenjske skupnosti, sta obseg dela in materialni prispevki v podjetje. Delo zakoncev mora biti enakovredno. Če zakonec opravlja delo v podjetju drugega zakonca v podrejenem položaju (npr. žena v moževi zasebni ambulanti naroča paciente v času ur za naročanje), med zakoncema ne nastane notranja družba.⁴² Enakovrednost dela ni odvisna od obsega dela, ki ga zakonec opravlja. Tudi zakonec, ki po obsegu dela v podjetju ne dosega zakonca, kateremu pripada podjetje, lahko v podjetju opravlja enakovredno delo. Od obsega dela je odvisna višina prispevka in s tem tudi višina udeležbe na ustvarjeni vrednosti. V določenih primerih je lahko obseg dela, ki ga opravi zakonec v podjetju drugega zakonca, minimalni prispevek v primerjavi z dru-

³⁹ P. Lingelbach, v: H. H. Rotax (izd.), nav. delo, str. 195; R. Hoppenz, v: R. Hoppenz (izd.), nav. delo, str. 123; W. Jaeger, v: D. Henrich (izd.), K. H. Johannsen (izd.), nav. delo, str. 249; O. Haußleiter, W. Schulz, nav. delo, str. 33; B. Heintschel-Heinegg, v: P. Gerhardt (izd.), B. Heintschel-Heinegg (izd.), M. Klein (izd.), nav. delo, str. 529; W. Kogel, v: K. Schnitzler (izd.), nav. delo, str. 1058; E. M. Brandt, v: J. Hauß (izd.), W. Schulz (izd.), nav. delo, str. 1727; W. Jaeger, v: D. Henrich (izd.), K. H. Johannsen (izd.), nav. delo, str. 315. Enako v švicarskem pravu – o tem glej I. Hohl, nav. delo, str. 84, 85.

⁴⁰ H. P. Westermann, v: B. Grunewald (izd.), G. Maier-Reimer (izd.), H. P. Westermann (izd.), nav. delo, str. 3225; H. Borth, v: F. Finke (ur.), R. Garbe (ur.), nav. delo, str. 640; R. Hoppenz, v: R. Hoppenz (ur.), nav. delo, str. 123; O. Haußleiter, W. Schulz, nav. delo, str. 33; M. Wellenhofer, v: B. Dauner-Lieb (izd.), T. Heidel (izd.), G. Ring (izd.), nav. delo, str. 73; A. Roth, v: M. Herberger in drugi (izd.), nav. delo, str. 271; W. Zimmerman, v: H. Borth (izd.), M. Krenzler (izd.), nav. delo, str. 811.

⁴¹ R. Wever, nav. delo, str. 276; R. Wever, v: L. Bergschneider (izd.), R. Schröder (izd.), nav. delo, str. 507; W. Schlüter, nav. delo, str. 113; sodba nemškega zveznega vrhovnega sodišča, št. XII ZR 1/93 z dne 13. julija 1994, v: NJW 39/1994, str. 2545–2547; sodba OLG Köln, št. 19 U 96/94 z dne 3. marca 1995, v: NJW-RR 15/1995, str. 930.

⁴² Sodba nemškega vrhovnega sodišča, št. IV ZR 203/72 z dne 5. julija 1974, v: NJW 45/1974, str. 2045–2046.

gim zakoncem. V teh primerih teorija zanika obstoj družbene pogodbe med zakoncema. Teorija kot indic za enakovredno delo omenja tudi poklicne kvalifikacije zakonca. Če ima zakonec enake poklicne kvalifikacije kot zakonec, ki mu pripada podjetje, to kaže na enakovredno delo zakoncev v podjetju.⁴³

Zakonec lahko sodeluje v podjetju drugega zakonca tudi tako, da poleg dela prispeva še denar ali druge stvari. Po mnenju teorije kombinacija dela in premoženjskih prispevkov nedvomno kaže na voljo zakoncev, da med njima nastane notranja družba.⁴⁴ Nemška sodna praksa v zadnjem času širi uporabnost instituta notranje družbe. Po odločbi nemškega zveznega vrhovnega sodišča iz leta 1999 lahko med zakoncema nastane notranja družba tudi, če je zakonec v podjetje drugega zakonca prispeval samo premoženjski prispevek.⁴⁵

Poleg kriterijev dela in materialnih prispevkov teorija navaja še več okoliščin, ki kažejo na sodelovanje zakonca v podjetju drugega zakonca čez mejo običajne medsebojne pomoči zakoncev. Teorija omenja skupno načrtovanje opravljanja podjetniške dejavnosti, razdelitev dobička in izgube ter delitev dela pri opravljanju dejavnosti.⁴⁶

Pri notranji družbi ne nastane skupno premoženje. Po prenehanju sodelovanja zakonca v podjetju drugega zakonca zato ni mogoče zahtevati delitve oziroma izplačila deleža na premoženju notranje družbe. Prav tako ni mogoče zahtevati delitve udeležbe v podjetju, saj podjetje ali delež v podjetju spada v posebno premoženje zakonca. Zakonec, ki je pomagal drugemu zakoncu v podjetju, ima po prenehanju notranje družbe zoper drugega zakonca obligacijskopравни zahtevek za izplačilo dosežene koristi.⁴⁷ Nemška teorija poudarja, da ne gre za naknadno plačilo za storitve zakonca, ampak za udeležbo pri doseženi koristi. V notranji družbi obligacijskopравни zahtevek torej nadomesti delitev premoženja, do katere pride ob prenehanju zunanje družbe. Nastanek notranje druž-

⁴³ R. Wever, nav. delo, str. 271, 272; R. Wever, v: L. Bergschneider (izd.), R. Schröder (izd.), nav. delo, str. 508, 509; P. Lingelbach, v: H. H. Rotax (izd.), nav. delo, str. 195; O. Haußleiter, W. Schulz, nav. delo, str. 336; W. Kogel, v: K. Schnitzler (izd.), nav. delo, str. 1063, 1064; M. Krenzler, nav. delo, str. 158; B. Heintschel-Heinegg, v: P. Gerhardt (izd.), B. Heintschel-Heinegg (izd.), M. Klein (izd.), nav. delo, str. 1120.

⁴⁴ R. Wever, nav. delo, str. 278; R. Wever, v: L. Bergschneider (izd.), R. Schröder (izd.), nav. delo, str. 509.

⁴⁵ Sodba nemškega zveznega vrhovnega sodišča, št. XII ZR 230/96 z dne 30. junija 1999; v: NJW 40/1999, str. 2962–2967.

⁴⁶ R. Wever, nav. delo, str. 280, 281; R. Wever, v: L. Bergschneider (izd.), R. Schröder (izd.), nav. delo, str. 510, 511; H. Borth, v: J. Ebert (izd.), F. Finke (izd.), nav. delo, str. 694; P. Ulmer, nav. delo, str. 28.

⁴⁷ O. Haußleiter, W. Schulz, nav. delo, str. 339; H. Borth, v: F. Finke (izd.), R. Garbe (izd.), nav. delo, str. 640; B. Heintschel-Heinegg, v: P. Gerhardt (izd.), B. Heintschel-Heinegg (izd.), M. Klein (izd.), nav. delo, str. 1121.

be za zakonca ne pomeni le udeležbe pri nastali koristi, ampak tudi pri izgubi do višine prevzetega vložka.⁴⁸

Višina izplačila dosežene koristi se ravna glede na udeležbo zakoncev v notranji družbi. Udeležba zakoncev v notranji družbi je odvisna od njunih prispevkov, torej glede na delo in materialne prispevke. Sodišče v vsakem konkretnem primeru oceni prispevek zakonca v podjetju drugega zakonca glede na vse okoliščine konkretnega primera. Pri tem upošteva njegovo delo in materialne dobrine, ki jih je prispeval v podjetje drugega zakonca.⁴⁹ V dvomu sta zakonca pri doseženi koristi udeležena z enakima deležema.⁵⁰

2.2.3. Uporaba določb o družbi civilnega prava v slovenskem pravu

DZ predvideva nastanek družbe civilnega prava med zakoncema tako v premoženjskem režimu ločenega premoženja kot tudi v zakonitem premoženjskem režimu. Z vidika premoženjskega režima ločenega premoženja ni zadržkov za nastanek družbe civilnega prava med zakoncema. Za premoženjska razmerja med zakoncema ne veljajo pravila družinskega prava, temveč splošna premoženjskopravna pravila. Enako kot v nemškem pravu tudi po DZ v premoženjskem režimu ločenega premoženja ni ovir za nastanek družbe civilnega prava.

Imam pa pomisleke pri nastanku družbe civilnega prava med zakoncem v zakonitem premoženjskem režimu. Nemška teorija in sodna praksa posegata po konstrukciji konkludentno nastale notranje družbe civilnega prava le v premoženjskem režimu ločenega premoženja. V drugih premoženjskih režimih ni potrebe po tej konstrukciji, saj udeležbo zakoncev na ustvarjeni vrednosti zagotavljajo že pravila premoženjskega režima.⁵¹ Menim, da mora enako veljati po DZ, če za zakonca velja zakoniti premoženjski režim. Zakoniti premoženjski režim velja, če zakonca nista sklenila pogodbe o ureditvi premoženjskih razmerij.⁵² To pomeni, da se uporabijo tudi pravila o nastanku skupnega premoženja. Povečana vrednost deleža v podjetju drugega zakonca, do katere je prišlo na podlagi dela zakoncev oziroma na podlagi skupnega premoženja,

⁴⁸ R. Wever, nav. delo, str. 294, 295; K. Schellhammer, nav. delo, str. 111; R. Wever, v: L. Bergschneider (izd.), R. Schröder (izd.), nav. delo, str. 519; O. Haußleiter, W. Schulz, nav. delo, str. 341; L. Bergschneider, nav. delo, str. 167.

⁴⁹ R. Wever, nav. delo, str. 296, 297; R. Wever, v: L. Bergschneider (izd.), R. Schröder (izd.), nav. delo, str. 520, 521; P. Lingelbach, v: H. H. Rotax (izd.), nav. delo, str. 196; O. Haußleiter, W. Schulz, nav. delo, str. 339; B. Heintschel-Heinegg, v: P. Gerhardt (izd.), B. Heintschel-Heinegg (izd.), M. Klein (izd.), nav. delo, str. 1121; sodba nemškega zveznega vrhovnega sodišča, št. XII ZR 1/93 z dne 13. julija 1994, v: NJW 39/1994, str. 2545–2547.

⁵⁰ O. Haußleiter, W. Schulz, nav. delo, str. 341.

⁵¹ C. Rödl, nav. delo, str. 21.

⁵² Določba 68. člena DZ.

spada v skupno premoženje zakoncev.⁵³ Zakonec, ki je vlagal v podjetje drugega zakonca, dobi ustrezno nadomestilo za vlaganja že na podlagi določb zakonitega premoženjskega režima ob delitvi skupnega premoženja, zato ni potrebe po nastanku družbene pogodbe med njima in reševanju njunih premoženjskih razmerij po določbah Obligacijskega zakonika (v nadaljevanju: OZ)⁵⁴ o družbi civilnega prava, saj lahko sodišče o ustreznem nadomestilu odloči hkrati z odločanjem o delitvi preostalega skupnega premoženja.

Po nemški teoriji in sodni praksi med zakoncema nastane notranja družba civilnega prava.⁵⁵ Enako kot v nemškem BGB tudi v OZ notranja družba civilnega prava ni izrecno omenjena. Slovenska teorija se sicer z notranjo družbo kot obliko družbe civilnega prava podrobneje ne ukvarja, vendar pa dopušča njen obstoj. Po mnenju slovenske teorije nastane notranja družba takrat, kadar se družbeniki odločijo, da ne bodo poslovali s tretjimi osebami.⁵⁶ Slovenska teorija in sodna praksa kriterijev za razmejitve med zunanjo in notranjo družbo nista razvili, zato lahko pri ugotavljanju, katera oblika družbe civilnega prava nastane med zakoncema, uporabimo kriterije nemške teorije.

Za razlikovanje med notranjo in zunanjo družbo civilnega prava sta bistvena kriterija obstoj premoženja družbe in nastopanje v pravnem prometu.⁵⁷ Za notranjo družbo je značilno, da ne nastane premoženje družbe. Premoženje, v zvezi s katerim se oblikuje notranja družba, pripada enemu družbeniku. Ta samostojno in v svojem imenu upravlja to premoženje. Na podlagi vlaganj imajo drugi družbeniki do družbenika, ki je imetnik premoženja, samo obligacijsko-pravni zahtevek za denarno izplačilo v višini, ki bi ustrezala njihovem deležu ob delitvi premoženja družbe, če bi to obstajalo.⁵⁸ Primerjava navedenega razmerja med družbeniki z razmerjem med zakoncema v zvezi z vlaganji enega od njiju v podjetje drugega pokaže, da razmerje med zakoncema ustreza temu kriteriju. Zakonec, ki vlaga v podjetje drugega zakonca, na podlagi vlaganj namreč ne postane soimetnik zakončevega deleža v podjetju. Delež v podjetju kljub vlaganju spada v posebno premoženje zakonca. Z vidika pripadnosti deleža v podjetju se torej nič ne spremeni. Ker delež v podjetju spada v posebno premoženje enega od zakoncev, premoženje družbe ne nastane. Pri razmerju

⁵³ Določba 70. člena DZ.

⁵⁴ Ur. l. RS, št. 97/07.

⁵⁵ H. Dittfurth, v: H. Prütting (izd.), G. Wegen (izd.), G. Weinreich (izd.), nav. delo, str. 1409; P. Lingelbach, v: H. H. Rotax (izd.), nav. delo, str. 195.

⁵⁶ B. Zabel, v: M. Juhart (red.), N. Plavšak (red.), nav. delo, str. 931.

⁵⁷ T. Heidel, J. Pade, v: B. Dauner-Lieb (izd.), T. Heidel (izd.), G. Ring (izd.), nav. delo, str. 3215.

⁵⁸ A. Bergmann, v: M. Herberger in drugi (izd.), nav. delo, str. 783.

med zakoncema je torej izpolnjen kriterij neobstoja premoženja družbe, kar kaže na nastanek notranje družbe med zakoncema.

Drugi bistveni kriteriji za razlikovanje med notranjo in zunanjo družbo civilnega prava je nastopanje v pravnem prometu. Za notranjo družbo je značilno, da družba proti tretjim ne nastopa, ampak nastopajo v svojem imenu in za račun notranje družbe njeni družbeniki.⁵⁹ Enako velja pri družbi civilnega prava med zakoncema po DZ. Pri družbi med zakoncema proti tretjim praviloma nastopa zakonec, ki mu pripada delež v podjetju. Za tretjega se šteje tudi gospodarska družba, v kateri ima družbenik delež. Zakonec nasproti gospodarski družbi ne nastopa v imenu družbe civilnega prava, ampak v svojem imenu. Družba civilnega prava med zakoncema glede vlaganj enega od njiju v podjetje drugega tudi po drugem razlikovalnem kriteriju ustreza notranji družbi, zato lahko sklenem, da med zakoncema po DZ nastane notranja družba civilnega prava.

Ugotovitev, da med zakoncema v zvezi z vlaganji enega od njiju v podjetje drugega nastane notranja družba civilnega prava, vpliva na uporabo zakonskih določb o družbeni pogodbi. Ker ne obstaja premoženje družbe in družba ne nastopa v pravnem prometu, za notranjo družbo ne moremo uporabiti vseh določb o zunanji družbi civilnega prava. Določbe, ki se nanašajo na premoženje družbe, ter določbe o zastopanju družbe niso uporabne. Pri notranji družbi med zakoncema je predvsem pomembna določba o delitvi izgube in dobička ter o odpovedi družbene pogodbe.⁶⁰ Zakonec, ki je vlagal v podjetje drugega zakonca, je upravičen do dela koristi in je dolžan nositi del izgube.⁶¹ Po prenehanju družbe ima zakonec, ki je vlagal v podjetje drugega zakonca, pravico do ustreznega nadomestila za vlaganja. Višina nadomestila je enaka vrednosti deleža, ki zakoncu pripada v notranji družbi glede na njegov prispevek.⁶²

Pri nastanku notranje družbe med zakoncema zaradi vlaganj enega od njiju v podjetje drugega velja še opozoriti, da po nemški sodni praksi in teoriji notranja družba nastane le takrat, kadar zakonec pri pomoči v podjetju drugega zakonca preseže pomoč, ki jo je dolžan nuditi drugemu zakoncu.⁶³ Med zakoncema torej ne nastane družba v vseh primerih pomoči, ampak mora ta presegati običajno pomoč med zakoncema v zakonski zvezi. Nemška sodna

⁵⁹ A. Bergmann, v: M. Herberger in drugi (izd.), nav. delo, str. 783; T. Heidel, J. Pade, v: B. Dauner-Lieb (izd.), T. Heidel (izd.), G. Ring (izd.), nav. delo, str. 3216.

⁶⁰ A. Bergmann, v: M. Herberger in drugi (ur.), nav. delo, str. 783.

⁶¹ Določbi prvega in drugega odstavka 994. člena OZ.

⁶² T. Heidel, J. Pade, v: B. Dauner-Lieb, T. Heidel, G. Ring (izd.), nav. delo, str. 3217.

⁶³ R. Wever, nav. delo, str. 276; R. Wever, v: L. Bergschneider (izd.), R. Schröder (izd.), nav. delo, str. 507; W. Schlüter, nav. delo, str. 113; sodba nemškega zveznega vrhovnega sodišča, št. XII ZR 1/93 z dne 13. julija 1994, v: NJW 39/1994, str. 2545–2547.

praksa in teorija ta pogoj izpeljujeta iz določbe o gospodinjstvu in opravljanju poklicne dejavnosti, po kateri morata zakonca pri poklicnem udejstvovanju upoštevati interese drugega zakonca in družine.⁶⁴ Menim, da kaže enak pogoj za nastanek notranje družbe med zakoncema prevzeti tudi pri razlagi določbe DZ o vlaganjih zakonca v podjetje drugega zakonca. V DZ je mogoče dolžnost medsebojne pomoči med zakoncema izpeljati iz določbe 59. člena, po kateri razmerja med zakoncema temeljijo na vzajemnem spoštovanju, zaupanju in medsebojni pomoči. Medsebojna pomoč zakoncev zajema tudi običajno in občasno pomoč zakonca v podjetju drugega zakonca. Kot primer je mogoče navesti npr. občasno pomoč pri čiščenju pisarne, ureditev poslovne dokumentacije, tehnično in računalniško pomoč. Meja, kdaj pomoč v podjetju preseže občasno in običajno pomoč, je odvisna od okoliščin konkretnega primera. Smiselni kriterij pri določitvi meje, ko pomoč zakonca v podjetju drugega zakonca preseže dolžnost medsebojne pomoči zakoncev v zakonski zvezi, vidim v okoliščini, da je podjetje na račun pomoči zakonca privarčevalo pri plačilu tretjim za istovrstno storitev. Če je npr. zakonec, ki je po poklicu računovodja, le enkrat in v manjšem obsegu pomagal zakoncu pri obračunu davka v podjetju in bi sicer zakonec, ki mu pripada podjetje, to lahko storil tudi sam, ne vidim razloga za nastanek notranje družbe med zakoncema. Če je zakonec več mesecev brezplačno vodil celotno računovodstvo podjetja in zato podjetje ni najelo podjetja, ki se ukvarja z vodenjem računovodstva, pa med zakoncema nastane notranja družba, saj je zakončeva pomoč pripomogla k občutnemu zmanjšanju stroškov. Pomembno vlogo pri postavljanju meje morata odigrati sodna praksa in teorija, saj gre pri pojmihi običajna in občasna pomoč za pravna standarda. Zaradi tega tudi menim, da navedenega pogoja za nastanek notranje družbe nima smisla vnesti v zakonsko besedilo, ampak ga bosta napolnili sodna praksa pri obravnavi konkretnih primerov in teorija pri znanstvenem raziskovanju.

3. SKUPNO PODJETNIŠKO UDEJSTVOVANJE ZAKONCEV (84. ČLEN DZ)

3.1. Skupno opravljanje dejavnosti in skupna udeležba pri pridobitni dejavnosti

DZ po novem ureja razmerje med zakoncema pri skupnem podjetniškem udejstvovanju. Določba 84. člena DZ govori o skupnem opravljanju pridobitne dejavnosti oziroma skupni udeležbi pri njej. Bistveno vprašanje za uporabo določbe je, kako razlagati pojma skupno opravljanje in skupna udeležba. Pri

⁶⁴ Določba drugega odstavka § 1356 BGB.

definiranju teh pojmov je poleg korporacijskih pravil treba uporabiti tudi pravila družinskega prava. V določenih primerih namreč korporacijska pravila ne dopuščajo skupnega opravljanja pridobitne dejavnosti ali pa ne zajamejo vseh primerov, ko lahko govorimo o skupni udeležbi zakoncev v podjetju.

Nedvomno zakonca skupaj opravljata dejavnost oziroma sta skupaj udeležena pri opravljanju pridobitne dejavnosti takrat, kadar sta po korporacijskih pravilih oba udeležena v podjetju. Po korporacijskih pravilih so gospodarske družbe tiste pravnoorganizacijske oblike, pri katerih je dopustna udeležba več oseb. Vse oblike gospodarskih družb namreč dopuščajo, da sta v družbi udeleženi dve osebi ali je udeleženih več oseb. Zakonca sta v smislu določbe DZ o skupnem podjetniškem udejstvovanju skupaj udeležena v gospodarski družbi, če sta imetnika vsak svojega deleža v družbi, npr. poslovnega deleža v družbi z omejeno odgovornostjo (v nadaljevanju: d. o. o.) ali vsak vsaj ene delnice v delniški družbi (v nadaljevanju: d. d.). Vpis obeh zakoncev kot skupnih imetnikov enega deleža v družbi je po sodni praksi mogoč le pri d. o. o., pod pogojem, da poslovni delež po pravilih družinskega prava spada v skupno premoženje zakoncev.⁶⁵ Tudi v tem primeru gre po korporacijskih pravilih za skupno udeležbo zakoncev pri opravljanju pridobitne dejavnosti.

V praksi je pogosta situacija, ko zakonec s sredstvi skupnega premoženja ustanovi gospodarsko družbo in se sam vpiše v ustrezni register. Razumljivo je, da delež v družbi lahko spada v skupno premoženje zakoncev le v zakonitem premoženjskem režimu. Sprašujem se, ali je v tem primeru mogoče govoriti o skupni udeležbi zakoncev pri opravljanju pridobitne dejavnosti. Če skupno opravljanje oziroma skupno udeležbo zakoncev pri pridobitni dejavnosti razumemo z vidika korporacijskih pravil, določba ni uporabna, saj je po korporacijskih pravilih v družbi udeležen le tisti zakonec, ki je vpisan v register. Širšo razlago skupne udeležbe zakoncev pri opravljanju pridobitne dejavnosti omogočajo pravila družinskega prava. Premoženje, ki je pridobljeno na podlagi skupnega premoženja zakoncev, spada v njuno skupno premoženje. Delež v podjetju, ki je pridobljen s sredstvi skupnega premoženja, zato na podlagi načela realne subrogacije spada v skupno premoženje zakoncev.⁶⁶ Predmeti skupnega premoženja pripadajo zakoncema skupaj.⁶⁷ Zakonca sta torej na podlagi pravil družinskega prava udeležena skupaj pri opravljanju pridobitne dejavnosti, zato ureditev v določbi DZ o skupnem podjetniškem udejstvovanju zakoncev zajema tudi to obliko podjetniškega premoženja zakoncev.

⁶⁵ Pojasnilo Majde Friškovič, vodje sodnega registra na Okrožnem sodišču v Ljubljani, posredovano po elektronski pošti 29. oktobra 2012.

⁶⁶ V. Žnidaršič Skubic, v: K. Zupančič (red.), nav. delo, str. 180.

⁶⁷ Določba prvega odstavka 71. člena DZ.

Postavi se tudi vprašanje, kako razlagati določbo DZ o skupnem podjetniškem udejstvovanju zakoncev pri opravljanju pridobitne dejavnosti v pravnoorganizacijski obliki podjetnika. Podjetnik je fizična oseba, ki na trgu samostojno opravlja pridobitno dejavnost v okviru organiziranega podjetja (šesti odstavek 3. člena Zakona o gospodarskih družbah, v nadaljevanju: ZGD-1).⁶⁸ Po korporacijskih pravilih je podjetnik lahko le posamična fizična oseba. Če se želi s podjetništvom ukvarjati več oseb, morajo te izbrati katero izmed oblik gospodarskih družb.⁶⁹ Zakonca po korporacijskih pravilih torej ne moreta skupaj opravljati podjetniške dejavnosti s statusom podjetnika. Za skupno opravljanje podjetniške dejavnosti tudi ne moremo šteti situacije, ko imata oba zakonca status podjetnika. V tem primeru namreč obstajata dve podjetji. Po korporacijskih pravilih zakonca zato ne moreta skupaj opravljati pridobitne dejavnosti oziroma biti udeležena pri njej. Enako kot v primeru, ko delež v družbi spada v skupno premoženje, je treba tudi pri podjetniku upoštevati, da podjetniško premoženje, ki je pridobljeno z delom v času trajanja zakonske zveze, v zakonitem premoženjskem režimu spada v skupno premoženje zakoncev. Z vidika pripadnosti podjetniškega premoženja sta zakonca skupaj udeležena pri opravljanju pridobitne dejavnosti, zato se njuno razmerje presoja po določbi DZ o skupnem podjetniškem udejstvovanju zakoncev.

3.2. Prednost dogovora zakoncev pred pravili premoženjskega režima

DZ daje v določbi o skupnem podjetniškem udejstvovanju dogovoru zakoncev glede podjetniškega premoženja prednost pred pravili zakonitega premoženjskega režima. Če sta zakonca sklenila družbeno pogodbo, pogodbo o delu ali drugo tovrstno pogodbo, se za obravnavo njunih premoženjskih razmerij uporabi ta pogodba.⁷⁰ Takšna pogodba ima prednost pred pravili premoženjskega režima, ki velja za zakonca. Če zakonca takšne pogodbe ne skleneta, se uporabijo pravila njunega premoženjskega režima.⁷¹

Sklenitev družbene pogodbe, pogodbe o delu ali druge tovrstne pogodbe med zakoncema ni problematična z vidika pravil družinskega prava, kadar za zakonca velja premoženjski režim ločenega premoženja. Zakonca morata pri sklenitvi pogodbe glede njunega podjetniškega udejstvovanja upoštevati le pravila družinskega prava o obličnosti pravnih poslov med zakoncema.

⁶⁸ Ur. l. RS, št. 65/09, 83/09, 33/11, 91/11, 100/11, 32/12, 57/12, 44/13, 82/13.

⁶⁹ B. Zabel, v: M. Kocbek (red.), nav. delo, str. 471.

⁷⁰ Določba prvega odstavka 84. člena DZ.

⁷¹ Določbi drugega in tretjega odstavka 84. člena DZ.

Tovrstne pogodbe morajo biti sklenjene v obliki notarskega zapisa.⁷² Problematično pa je dajanje prednosti tovrstnim pogodbam v zakonitem premoženjskem režimu.

Teorija svobodno dogovarjanje zakoncev glede podjetniškega premoženja v zakonitem premoženjskem režimu argumentira z dejstvom, da zakoniti premoženjski režim po DZ ni prisilne narave, saj ga zakonca lahko izključita in se dogovorita za pogodbeni premoženjski režim.⁷³ Teorija s tem argumentom zakoncema dopušča, da v okviru zakonitega premoženjskega režima svobodno sklepata družbene pogodbe, pogodbe o delu in druge tovrstne pogodbe glede podjetniškega premoženja zakoncev. Menim, da pravica zakoncev do izbire pogodbenega premoženjskega režima oziroma možnosti za izključitev zakonitega premoženjskega režima ne segajo tako daleč. Za zakonca velja zakoniti premoženjski režim, razen če se s pogodbo o ureditvi premoženjskih razmerij dogovorita za pogodbeni premoženjski režim.⁷⁴ Zakonca torej lahko izključita določbe zakonitega premoženjskega režima le s pogodbo, v kateri določita splošna pravila za njuna medsebojna premoženjska razmerja, oziroma s pogodbo o ureditvi premoženjskih razmerij, s katero iz zakonitega premoženjskega režima izvzameta podjetniško premoženje. Ne moremo pa za tako pogodbo šteti vsakega pravnega posla, ki ga zakonca skleneta glede konkretnega predmeta skupnega premoženja in ki je tak, da po vsebini izključuje določbe zakonitega premoženjskega režima. Ureditev po določbi DZ o skupnem podjetniškem udejstvovanju zakoncev je najbolje ilustrirati s primerom. Zakonca, ki nista sklenila pogodbe o ureditvi premoženjskih razmerij, s sredstvi skupnega premoženja ustanovita d. o. o. V družbeni pogodbi zakonca določita različne deleže v d. o. o. Takšna pogodba ni v skladu s pravilom zakonitega premoženjskega režima, po katerem premoženje, pridobljeno na podlagi skupnega premoženja, spada v skupno premoženje zakoncev. Po eni strani deleža zakoncev na skupnem premoženju po pravilih zakonitega premoženjskega režima nista določena, po drugi strani pa sta zakonca v družbeni pogodbi navedena kot imetnika vsak svojega poslovnega deleža s pripadajočim deležem glede na osnovni kapital d. o. o. Ker ima družbena pogodba po določbi DZ o skupnem podjetniškem udejstvovanju zakoncev prednost pred pravili zakonitega premoženjskega režima, se pravila zakonitega premoženjskega režima o skupnem premoženju in pravila o deležih na tem premoženju ne uporabijo. To pomeni, da poslovna deleža spadata v posebno premoženje zakoncev, čeprav sta zakonca za ustanovitev d. o. o. uporabila sredstva skupnega premoženja in poslovna deleža po pravilih zakonitega premoženjskega režima spadata v skupno

⁷² Določba drugega odstavka 67. člena DZ.

⁷³ V. Žnidaršič Skubic, v: K. Zupančič (red.), nav. delo, str. 208.

⁷⁴ Določba 68. člena DZ.

premoženje zakoncev. Zakonca torej z družbeno pogodbo, s katero ustanovita d. o. o., spremenita skupno premoženje v posebno. Z možnostjo tovrstnega izkrivljanja zakonitega premoženjskega režima, ne da bi zakonca sklenila pogodbo o ureditvi premoženjskih razmerij, se ne strinjam. Zakonca, za katera velja zakoniti premoženjski režim, namreč lahko s sklenitvijo vsake družbene pogodbe, pogodbe o delu ali druge tovrstne pogodbe poljubno spremenita obseg skupnega premoženja. Zakonca bi s tovrstnim poljubnim spreminjanjem skupnega premoženja lahko bistveno posegla v institut skupnega premoženja zakoncev. Od skupnega premoženja, ki je bistveni element zakonitega premoženjskega režima, ne bi ostalo veliko, zato ne bi bilo več mogoče govoriti o zakonitem premoženjskem režimu. Prav tako je pri poljubnem spreminjanju zakonitega premoženjskega režima s posameznimi pogodbami med zakoncema ogrožena pravna varnost tretjih, ki se zanesejo na zakoniti premoženjski režim. Po DZ se v register vpišejo le pogodbe o ureditvi premoženjskih razmerij med zakoncema, ne pa posamezne družbene pogodbe, pogodbe o delu ali druge tovrstne pogodbe, ki jih skleneta zakonca.⁷⁵ Tretji zato na podlagi vpogleda v register pogodb o ureditvi premoženjskih razmerij med zakoncema ne more ugotoviti, da sta zakonca s posameznimi družbenimi pogodbami, pogodbami o delu ali drugimi tovrstnimi pogodbami posegla v zakoniti premoženjski režim. Tako je tretji prepričan, da med zakoncema velja zakoniti premoženjski režim, in se zato zanaša na obstoj skupnega premoženja, dejansko pa je obseg skupnega premoženja zakoncev zaradi posameznih pogodb med zakoncema bistveno manjši. Takšna ureditev zato ni primerna, saj omogoča zavajanje in izigravanje tretjih, ki sklepajo pogodbe z zakoncema.

Družbene ali druge podobne pogodbe glede podjetniškega premoženja po mojem mnenju ne moremo šteti kot pogodbe, s katero se zakonca dogovorita za premoženjski režim ločenega premoženja. Z družbeno pogodbo, pogodbo o delu ali drugimi tovrstnimi pogodbami zakonca uredita posamično pravno razmerje in ne določita splošnih pravil za njuna medsebojna premoženjska razmerja. Zakonca z družbeno pogodbo ustanovita gospodarsko družbo in določita višino udeležbe v ustanovljeni družbi, s pogodbo o delu pa pravice in obveznosti v zvezi s posamičnim delom v podjetju. S tovrstnimi posamičnimi pravnimi posli zakonca ne uredita medsebojnih premoženjskih razmerij glede preostalega skupnega premoženja, ampak le v zvezi s posamezno družbo ali posameznim delom. Zakonca, ki želita izključiti zakoniti premoženjski režim, morata zato skleniti pogodbo o ureditvi premoženjskih razmerij, v kateri določita splošna pravila premoženjskega režima. V tej pogodbi zakonca določita splošna pravila za vsa medsebojna premoženjska razmerja ali le za medsebojna premoženjska razmerja glede podjetniškega premoženja. Bistveno je, da se

⁷⁵ Določba prvega odstavka 94. člena DZ.

ta pravila ne nanašajo na posamično podjetje, temveč na splošno urejajo vsa premoženjska razmerja med zakoncema ali le premoženjska razmerja med zakoncema v zvezi s podjetniškim premoženjem. Na ta način z eno pogodbo enotno, celovito in pregledno uredita njuna premoženjska razmerja. Ne zdi se mi primerno, da se dogovor zakoncev, s katerim izključita zakoniti premoženjski režim, razdrobi po posameznih poslih. Takšno drobljenje pravil o premoženjskih razmerjih med zakoncema po posameznih pravnih poslih lahko hitro privede do nejasnosti in nasprotij. Pogodba o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema je namreč specifičen in kompleksen pravni posel,⁷⁶ zato je še toliko bolj nujno, da se ne drobi po pravnih poslih, ki niso namenjeni urejanju premoženjskih razmerij med zakoncema.

Navsezadnje je treba omeniti še vlogo notarja pri sklepanju pogodbe o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema. Notar mora pred sklenitvijo pogodbe o ureditvi premoženjskopравnih razmerij seznaniti zakonca z zakonitim premoženjskim režimom in ju poučiti o premoženjskih pravicah in obveznostih, ki izhajajo iz DZ.⁷⁷ Zakoncema mora tudi nepristransko svetovati in se prepričati, da sta oba v celoti razumela pomen in pravne posledice vsebine pogodbe o ureditvi premoženjskopравnih razmerij, ki jo želita skleniti, mora se prepričati, da njena vsebina ne nasprotuje ustavi, prisilnim predpisom ali moralnim načelom, ter zakonca seznaniti z registrom pogodb o ureditvi premoženjskopравnih razmerij in učinki vpisa v register.⁷⁸ Namen navedene pojasnilne dolžnosti notarja je, da notar kot oseba javnega zaupanja zakonca nepristransko in razumljivo pouči o pravnih posledicah takšne pogodbe. Notar mora biti tudi pozoren na določbe pogodbe, ki so izrazito v korist enega od zakoncev. Šele ko notar izpolni pojasnilno dolžnost, zakonca lahko izoblikujeta pravo pogodbeno voljo.⁷⁹ Treba je poudariti notarjevo dolžnost, da zakonca, ki bo na podlagi pogodbe dobil manj pravic, kot če bi veljal zakoniti premoženjski režim, na to dejstvo opozori pred sklenitvijo pogodbe z drugim zakoncem. Notar lahko samo opozori zakonca, ne more pa spremeniti vsebine pogodbe, ki je do enega zakonca nepravilna.⁸⁰ Če v zakonitem premoženjskem režimu dopustimo svobodno sklepanje družbenih in podobnih pogodb zakoncev glede skupnega podjetniškega premoženja, ne da bi zakonca prej sklenila pogodbo o ureditvi premoženjskopравnih razmerij, navedena pojasnilna dolžnost notarja odpade. Notar ima sicer splošno pojasnilno dol-

⁷⁶ V. Žnidaršič Skubic, v: K. Zupančič (red.), nav. delo, str. 203.

⁷⁷ Določba prvega odstavka 90. člena DZ.

⁷⁸ Določba drugega odstavka 90. člena DZ.

⁷⁹ V. Žnidaršič Skubic, v: K. Zupančič (red.), nav. delo, str. 203.

⁸⁰ V. vsakem primeru pa mora biti nepoštena pogodba zakonita. V. Žnidaršič Skubic, v: K. Zupančič (red.), nav. delo, str. 203.

žnost po 42. členu DZ, vendar menim, da to prikrajšanemu zakoncu ne daje dovolj varstva. Notar bo namreč pri večjem številu družbenih oziroma drugih pogodb med zakoncema glede podjetniškega premoženja izgubil pregled nad vsemi določbami, ki spreminjajo zakoniti premoženjski režim. Mogoče je tudi, da bodo pogodbe sklenjene pri različnih notarjih. Nadalje je treba upoštevati, da se družbena ali katera druga ustanovitvena pogodba lahko spremeni pozneje in da pri njeni spremembi sodeluje notar, ki ni sestavil prvotne pogodbe. Drobitev določb, s katerimi zakonca posegata v zakoniti premoženjski režim, nujno prinaša nepotrebno zapletenost in nejasnost pri ureditvi premoženjskih razmerij med zakoncema.

Zaradi varstva pravic zakoncev je po mojem mnenju nujno, da zakonca pred podjetniškim udejstvovanjem v pogodbi o ureditvi premoženjskopравnih razmerij določita splošna pravila glede premoženjskih razmerij oziroma vsaj splošna pravila glede podjetniškega premoženja. Le pri dogovarjanju zakoncev glede splošnih premoženjskopравnih pravil ima notar pregled nad vsemi določbami, ki spreminjajo zakoniti premoženjski režim, in si lahko ustvari celotno sliko o premoženjskih posledicah sklenitve takšne pogodbe za zakonca. Takšna splošna pravila potem veljajo tudi za vse poznejše spremembe družbenih ali drugih tovrstnih pogodb. Pravni položaj zakoncev je v tem primeru jasen in predvidljiv, kar omogoča notarju kakovostno izpolnitev pojasnilne dolžnosti in zakoncema preudarno odločitev glede sklenitve pogodbe o ureditvi premoženjskopравnih razmerij.

4. PRAVNA UREDITEV PODJETNIŠKEGA PREMOŽENJA ZAKONCEV *DE LEGE FERENDA*

Zakonodajalec se je urejanja problematike podjetniškega premoženja zakoncev lotil tako, da je z DZ posegel v sedanja pravila družinskega prava in zakoncema omogočil svobodno dogovarjanje glede podjetniškega premoženja. Če zakonec vlaga v gospodarsko družbo, drugo pravno osebo ali v podjetje samostojnega podjetnika, ki spada v posebno premoženje drugega zakonca, zakonca obliko udeležbe zakonca določita s pogodbo.⁸¹ Zakonca sta svobodna tudi pri oblikovanju medsebojnega razmerja pri skupnem opravljanju pridobitne dejavnosti, zato ga lahko uredita z družbeno pogodbo, pogodbo o delu ali drugo tovrstno pogodbo.⁸² Svobodno dogovarjanje zakoncev glede podjetniškega premoženja ni sporno v primeru, ko se zakonca odločita za pogodbeni premoženjski režim in je vsebina sporazuma takšna, da glede podjetniškega

⁸¹ Določba prvega odstavka 83. člena DZ.

⁸² Določba prvega odstavka 84. člena DZ.

premoženja velja režim ločenega premoženja. Dajanje prednosti korporacijskim pravilom je pri sklepanju družbenih pogodb, pogodb o delu in drugih tovrstnih pogodb v premoženjskem režimu ločenega premoženja utemeljeno, saj zakonca lahko svobodno razpolagata s premoženjem.

Zakonodajalec je z DZ posegel v pravila družinskega prava tako, da je dal dogovorom zakoncev prednost tudi pred kogentnimi pravili zakonitega premoženjskega režima. Menim, da spreminjanje pravil zakonitega premoženjskega režima in dajanje prednosti pravilom korporacijskega prava ni ustrezna rešitev problematike podjetniškega premoženja zakoncev. Kakršnokoli poseganje v institut skupnega premoženja zakoncev poruši sistem zakonitega premoženjskega režima, katerega bistvo je nastanek skupnega premoženja zakoncev. Če se zakonca s pogodbo o ureditvi premoženjskih razmerij ne dogovorita drugače, po DZ velja, da vse premoženje, ki ga zakonca pridobita z delom v času trajanja zakonske zveze oziroma s sredstvi iz skupnega premoženja, *ipso iure* spada v skupno premoženje. Če damo prednost korporacijskim pravilom, kar pomeni, da damo prednost vpisu v ustrezni register, lahko zakonca v okviru zakonitega premoženjskega režima poljubno razpolagata s skupnim premoženjem in ga spremenita v posebno premoženje. S tem postane zakoniti premoženjski režim izvotljen.

Problematika podjetniškega premoženja zakoncev je deloma že urejena s korporacijskimi pravili, zato vidim rešitev problematike podjetniškega premoženja zakoncev v pravilni razlagi in dopolnitvi korporacijskih pravil, ne pa v spremembi pravil družinskega prava. Zakonodajalec je v ZGD-1 situacijo, ko korporacijske pravice iz deleža v gospodarski družbi spadajo v skupno premoženje zakoncev, zgledno uredil s korporacijskimi pravili pri d. d. in d. o. o.⁸³ ZGD-1 pri obeh družbah v posebni določbi ureja razmerje med premoženjsko skupnostjo in d. d. oziroma d. o. o. V obeh določbah so urejeni izvrševanje korporacijskih pravic iz deleža, opravljanje pravnih dejanj družbe proti skupnosti ter odgovornost članov skupnosti za obveznosti iz deleža v družbi.

Pri osebnih družbah zakonodajalec ni s posebnimi predpisi uredil razmerja med družbo in imetniki skupnega poslovnega deleža, kot je to storil pri d. d. in d. o. o. V korporacijskih pravilih o osebnih družbah zato obstaja pravna praznina. Odsotnost posebnih pravil o razmerju med osebno družbo in zakoncema kot skupnima imetnikoma korporacijskih pravic iz deleža v osebni družbi je najverjetneje posledica dejstva, da se teorija in sodna praksa še nista izrekli o vprašanju, v katero premoženjsko maso uvrstiti korporacijske pravice

⁸³ Pri d. d. določba 241. člena ZGD-1 in pri d. o. o. določba 480. člena ZGD-1.

iz deleža v osebni družbi, kadar zakonec ali zakonca pridobita korporacijske pravice s sredstvi skupnega premoženja.⁸⁴

Z organizacijskega vidika so osebne družbe podobne kapitalskim družbam. Osebe družbe so pravne osebe, zato družbeniki niso imetniki premoženja osebne družbe, ampak so imetniki korporacijskih pravic iz kapitalskega deleža. Te korporacijske pravice so podobne korporacijskim pravicam družbenikov v kapitalskih družbah, zato je kapitalski delež v osebni družbi po mojem mnenju lahko predmet skupnega premoženja zakoncev. Ne prepričata argument, da je kapitalski delež v osebni družbi praviloma neprenosljiv, in močna osebna povezanost družbenikov v osebni družbi. Neprenosljivost kapitalskega deleža in močna osebna povezanost družbenikov v osebni družbi nista takšni bistveni lastnosti kapitalskega deleža v osebni družbi, da bi se moral kapitalski delež zaradi tega kvalificirati kot posebno premoženje zakoncev. Osebna družba je gospodarska družba, namen katere je trajno opravljanje pridobitne dejavnosti na trgu. Namen osebne družbe je torej ustvarjanje dobička, in ne samo povezava več fizičnih oseb za doseg določenega cilja. Trajnost opravljanja pridobitne dejavnosti je ključni razlog, zaradi katerega je po mojem mnenju kapitalski delež zakoncev v osebni družbi treba uvrstiti v njuno skupno premoženje. Nadalje je kot argument za uvrstitev korporacijskih pravic iz deleža v osebni družbi v skupno premoženje zakoncev, kadar so te pravice pridobljene s sredstvi skupnega premoženja zakoncev, treba navesti, da za ustanovitev osebne družbe ni potreben ustanovitveni kapital. Zakonca se lahko zato v ustanovitveni pogodbi zavežeta, da bo njun vložek v družbo le delo v družbi.⁸⁵ V skladu z ZZZDR je premoženje, pridobljeno z delom v času trajanja zakonske zveze, skupno premoženje.⁸⁶ Menim, da tudi takšna zaveza zakoncev k delu v osebni družbi govori za uvrstitev neprenosljivega kapitalskega deleža zakoncev v skupno premoženje. Stališče, da korporacijske pravice iz deleža v osebni družbi lahko spadajo v skupno premoženje zakoncev, tudi ni v nasprotju s korporacijskimi pravili, po katerih morata biti v osebni družbi udeležena najmanj dva družbenika. Problematika prepovedane enoosebne osebne družbe se pojavi šele takrat, ko sta zakonca edina družbenika v osebni družbi in za pridobitev kapitalskih deležev uporabita sredstva skupnega premoženja. Če

⁸⁴ V slovenski teoriji in sodni praksi pa ni dvoma, da korporacijske pravice iz deleža v kapitalski družbi, ki so pridobljene s sredstvi skupnega premoženja zakoncev, spadajo v njuno skupno premoženje – glej B. Zabel, v: M. Juhart (ur.), N. Plavšak (ur.), nav. delo, str. 996; V. Rijavec, nav. delo, str. 1706; sodba Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 905/2008 z dne 22. oktobra 2009 – baza SOVS; sodba Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 205/2004 z dne 16. decembra 2004 – baza SOVS; sodba Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 306/2009 z dne 24. februarja 2011 – baza SOVS.

⁸⁵ Š. Ivanjko, M. Kocbek, S. Prelič, nav. delo, str. 334, 341, 394.

⁸⁶ Določba drugega odstavka 52. člena ZZZDR.

zakonca za pridobitev kapitalskih deležev uporabita sredstva skupnega premoženja, sta po pravilih družinskega prava skupna imetnika obeh kapitalskih deležev, in ne imetnika vsak svojega deleža, zato je imetnik obeh kapitalskih deležev ista oseba. Menim, da je treba dati prednost pravilom korporacijskega prava. Po teh pravilih velja za družbenika družbe tista oseba, ki je vpisana v register. Če sta zakonca vpisana v register kot imetnika vsak svojega poslovnega deleža, sta v osebni družbi z vidika korporacijskih pravil udeleženi dve različni osebi in zato ne nastane prepovedana osebna družba z enim družbenikom. Opozoriti velja tudi na kogentne določbe o nastanku skupnega premoženja zakoncev. ZZZDR zakoncema ne dopušča, da odstopita od tega režima, zato ta režim med njima velja ne glede na njune medsebojne dogovore. Zakonca se tako ne moreta dogovoriti, da premoženje, ki ga pridobita z delom v času trajanja zakonske zveze oziroma na podlagi skupnega premoženja, ne bi bilo skupno premoženje.⁸⁷ To mora veljati tudi, kadar sta oba zakonca udeležena pri ustanovitvi osebne družbe. Njunih kapitalskih deležev zato ne moremo uvrstiti v njuno posebno premoženje, saj bi to pomenilo, da se zakonca pri ustanovitvi osebne družbe v družbeni pogodbi lahko dogovorita v nasprotju z zakonitim premoženjskim režimom iz ZZZDR. Zakonca, ki se odločita, da bosta na podlagi sredstev iz skupnega premoženja skupaj ustanovila osebno družbo, ne moreta skleniti družbene pogodbe in v njej določiti, da ima eden od zakoncev v osebni družbi kapitalski delež v višini 80 odstotkov, drugi pa v višini 20 odstotkov, če to ne ustreza njunemu prispevku k nastanku skupnega premoženja. Takšen dogovor zakoncev je v nasprotju z zakonitim premoženjskim režimom, saj zakonca z njim obideta zakoniti premoženjski režim in na podlagi dogovora skupno premoženje preoblikujeta v posebno premoženje.

Zaradi odsotnosti posebnih pravil za primer, ko korporacijske pravice iz kapitalskega deleža pripadajo premoženjski skupnosti, je nejasno razmerje med zakoncema kot skupnima imetnikoma korporacijskih pravic in osebno družbo. Pri zapolnitvi te pravne praznine v korporacijskih pravilih se zakonodajalec lahko zgleduje po ureditvi pri d. d. in d. o. o. Korporacijske pravice iz kapitalskega deleža so zelo podobne korporacijskim pravicam iz delnice oziroma poslovnega deleža, zato je najprimerneje, da zakonodajalec v uvodne določbe o družbi z neomejeno odgovornostjo umesti smiselno enako določbo o korporacijskih pravicah v skupnosti kot pri d. d. in d. o. o. V tej določbi naj uredi upravljanje korporacijskih pravic, opravljanje pravnih dejanj družbe proti skupnosti ter odgovornost članov skupnosti za obveznosti iz skupnega kapitalskega deleža. Z ureditvijo teh vprašanj in vpisom obeh zakoncev v sodni register kot skupnih imetnikov korporacijskih pravic ne bi več obstajala kolizija med pravili družinskega in korporacijskega prava.

⁸⁷ K. Zupančič, nav. delo, str. 77.

Pri podjetniku je v praksi največji problem upravljanje podjetniškega premoženja, kadar to spada v skupno premoženje zakoncev. Kadar ima eden od zakoncev status podjetnika in se ukvarja s podjetniško dejavnostjo, podjetniško premoženje, ki je pridobljeno z delom v času trajanja zakonske zveze oziroma na podlagi sredstev iz skupnega premoženja, *ipso iure* spada v skupno premoženje zakoncev. V tem primeru je do upravljanja upravičen tudi zakonec, ki nima statusa podjetnika. Določbe o upravljanju skupnega premoženja se v primeru, kadar ima eden od zakoncev status podjetnika, izkažejo za toge in neživljenjske. Zakonca, kadar ima le eden od njiju status podjetnika in opravlja podjetniško dejavnost, v praksi ne pomislita na sklenitev pogodbe, po kateri bi bil do upravljanja podjetniškega premoženja upravičen samo tisti zakonec, ki ima status podjetnika. Ker mora biti dogovor o posamičnem upravljanju skupnega premoženja zakoncev oziroma njegovega dela sklenjen v obliki notarskega zapisa, toleriranja ukrepov upravljanja zakonca podjetnika s strani drugega zakonca ne moremo šteti za sklenitev dogovora o posamičnem upravljanju podjetniškega premoženja. Prav tako ni mogoča konstrukcija o konkludentnem soglasju zakonca, ki nima statusa podjetnika, saj ta za veliko večino ukrepov upravljanja sploh ne ve. Menim, da bi kazalo pri določbah o upravljanju skupnega premoženja zakoncev v primeru, ko eden od njiju opravlja podjetniško dejavnost s statusom podjetnika in zakonca ne skleneta dogovora o posamičnem upravljanju tega premoženja, uzakoniti domnevo, da se drugi zakonec strinja s tem, da zakonec podjetnik samostojno upravlja podjetniško premoženje, razen če temu izrecno nasprotuje.

5. SKLEP

Zakonodajalec je problematiki podjetniškega premoženja zakoncev v DZ namenil dve določbi. V eni je uredil problematiko vlaganj zakonca v podjetje drugega zakonca, v drugi pa problematiko skupnega podjetniškega udejstvovanja zakoncev. Zakonodajalec v obeh primerih daje prednost gospodarskim, delovnopravnim ali drugim pogodbam med zakoncema glede podjetniškega premoženja pred pravili premoženjskega režima. To ni sporno, če med zakoncema velja pogodbeni premoženjski režim. Kadar pa za zakonca velja zakoniti premoženjski režim, je po mojem mnenju dajanje prednosti tovrstnim pogodbam zgrešeno. Dopustnost sklenitve pogodbenega premoženjskega režima po mojem mnenju ne sega tako daleč, da bi zakonca lahko z medsebojnimi pogodbami poljubno spreminjala določbe zakonitega premoženjskega režima, ne da bi sklenila pogodbo o ureditvi premoženjskih razmerij. Različnih pravnih poslov med zakoncema, ki po vsebini spreminjajo določbe zakonitega premoženjskega režima, ne moremo šteti za pogodbo o ureditvi premoženjskih razmerij. Menim, da lahko zakonca spremenita zakoniti premoženjski režim

oziroma ga prilagodita svojim potrebam samo s sklenitvijo pogodbe o ureditvi premoženjskih razmerij, s katero enotno in celovito določita medsebojna premoženjska razmerja. Drobljenje te krovne pogodbe na več različnih pogodb nujno povzroči nejasnost premoženjskih razmerij med zakoncema in s tem povzroči, da so pravice zakoncev nezavarovane.

Rešitve problematike podjetniškega premoženja zakoncev ne vidim v konceptualnih spremembah zakonitega premoženjskega režima, temveč predvsem v dopolnitvi in pravilni razlagi korporacijskih pravil. Zakonodajalec je problematiko podjetniškega premoženja zakoncev zgledno uredil pri d. d. in d. o. o., s tem ko je pri obeh v posebni določbi uredil razmerje med premoženjsko skupnostjo zakoncev in d. d. oziroma d. o. o. Smiselno enako mora zakonodajalec urediti problematiko podjetniškega premoženja zakoncev pri osebnih družbah. Svojo vlogo pri rešitvi problematike podjetniškega premoženja zakoncev mora odigrati tudi praksa, ki mora dopustiti vpis obeh zakoncev kot skupnih imetnikov deleža v gospodarski družbi. Tako bodo pravila družinskega in korporacijskega prava usklajena, kar bo zakoncema omogočilo, da bosta lahko uveljavila svoje pravice v zvezi s podjetniškim premoženjem.

Literatura

- Heinz Georg Bamberger (izd.), Herberth Roth (izd.): Beck'scher Online-Kommentar. C. H. Beck, München 2011.
- Ludwig Bergschneider (izd.): Beck'sches Formularbuch Familienrecht. C. H. Beck, München 2010.
- Ludwig Bergschneider (izd.), Rudolf Schröder (izd.): Familienvermögensrecht. Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2007.
- Helmut Borth (izd.), Michael Krenzler (izd.): Anwalts Handbuch: Familienrecht. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2010.
- Günter Brambring: Ehevertag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten. C. H. Beck, München 2008.
- Dieter Büte: Zugewinnausgleich bei Ehescheidung. C. H. Beck, München 2012.
- Barbara Dauner-Lieb (izd.), Thomas Heidel (izd.), Gerhard Ring (izd.): Anwalt Kommentar BGB, Familienrecht, 4. zvezek. Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2005.
- Christoph Dorsel, Stefan Zimmermann: Eheverträge, Scheidungs- und Unterhaltsvereinbarungen. Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2009.

- Johannes Ebert (izd.), Fritz Finke (izd.): Familienrecht in der anwaltlichen Praxis. Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2008.
- Fritz Finke, Ronald Garbe: Familienrecht in der anwaltlichen Praxis. Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2001.
- Thomas Gergen: Die Mitarbeit des Ehegatten im Betrieb des anderen, v: Familie, Partnerschaft, Recht, (2010) 6, str. 298–303.
- Peter Gerhardt (izd.), Bernd Heintschel-Heinegg (izd.), Michael Klein (izd.): Handbuch des Fachanwalts Familienrecht. Luchterhand Verlag, Neuwied, Kriftel 2008.
- Joachim Gerlach, Martin Ruhkamp: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Haufe-Lexware, Freiburg 2010.
- Barbara Grunewald (izd.), Georg Maier-Reimer (izd.), Harm-Peter Westermann (izd.): Bürgerliches Gesetzbuch. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2011.
- Jörn Hauß (izd.), Werner Schulz (izd.): Familienrecht – Handkommentar. Nomos, Baden-Baden 2012.
- Otto Haußleiter, Werner Schulz: Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung. C. H. Beck, München 2004.
- Dieter Henrich (izd.): Ehe recht: Trennung, Scheidung, Folgen. C. H. Beck, München 1998.
- Dieter Henrich (izd.), Herbert Kurt Johannsen (izd.): Familienrecht: Scheidung, Unterhalt, Verfahren. C. H. Beck, München 2010.
- Maximilian Herberger (izd.), Michael Martinek (izd.), Helmut Rüßmann (izd.), Stephan Weth (izd.): BGB: Familienrecht. Juris, Saarbrücken 2007.
- Irene Hohl: Gesellschaften unter Ehegatten: Helbing & Lichtenhahn, Basel 1996.
- Rainer Hoppenz (izd.): Familiensachen. C. F. Müller, Heidelberg 2009.
- Šime Ivanjko, Marijan Kocbek, Saša Prelič: Korporacijsko pravo. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Miha Juhart (red.), Nina Plavšak (red.): Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Michael Klein (izd.): Handbuch Familienvermögensrecht. Luchterhand, Köln 2011.
- Ingo Klenner: Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich unter besonderer Berücksichtigung kleiner Familienunternehmen. Verlag Dr. Otto Kovač, Hamburg 2010.

- Marijan Kocbek (red.): Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 1. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2006.
- Bettina Koenig, Harro Luxburg: Trennung und Scheidung einvernehmlich gestalten. Bundesanzeiger Verlag, Köln 2008.
- Walter Kogel: Strategien beim Zugewinnausgleich. C. H. Beck, München 2009.
- Alfons Kraft, Peter Kreutz: Gesellschaftsrecht. Luchterhand, Neuwied, Kriftel 2000.
- Stefan Kraus in drugi: Sozietätsrecht. C. H. Beck, München 2000.
- Lambert Krause: Zugewinnausgleich in der Praxis. ZAP Verlag, Münster 2009.
- Michael Krenzler: Vereinbarungen bei Trennung und Scheidung. C. H. Beck, München 2006.
- Karlheinz Muscheler: Familienrecht. Verlag Franz Vahlen, München 2012.
- Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich: BGB Kommentar. Luchterhand Verlag, Neuwied, Kriftel 2009.
- Vesna Rijavec: Udeležba zakoncev v kapitalskih gospodarskih družbah, v: Podjetje in delo, (2006) 8, str. 1699–1712.
- Kurt Rebmann (izd.), Roland Rixecker (izd.), Franz Jürgen Säcker (izd.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. zvezek, 1. del. C. H. Beck, München 2010.
- Horst-Heiner Rotax (izd.): Praxis des Familienrechts. ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Berlin 2003.
- Christian Rödl: Ehegattenmitarbeit im deutschen und französischen Recht. Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1998.
- Eva Sandbiller: Das Unternehmen in der scheidungsrechtlichen Vermögensaufteilung des gesetzlichen Güterstandes: Ein Vergleich mit der österreichischen Rechtslage. Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt am Main 2001.
- Kurt Schellhammer: Zivilrecht nach Anspruchsgrundlagen – Familienrecht samt Verfahren in Familien- und Betreuungssachen. C. F. Müller, Heidelberg 1998.
- Barbara Schiebel: Vermögensausgleich mittels Ehegatteninnengesellschaft, v: NJW-Spezial, (2004) 8, München 2010, str. 343–344.
- Maren Schlimm: Die Ehegatteninnengesellschaft im außergüterrechtlichen Vermögensausgleich. Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2010.
- Wilfried Schlüter: BGB – Familienrecht. C. F. Müller, Heidelberg 2009.
- Klaus Schnitzler (izd.): Münchner Anwalts Handbuch: Familienrecht. C. H. Beck, München 2010.

- Dieter Schwab (izd.): Handbuch des Scheidungsrechts. Franz Vahlen, München 2004.
- Peter Ulmer: Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft. C. H. Beck, München 1997.
- Reinhardt Wever: Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts. Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld 2009.
- Karel Zupančič: Družinsko pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1999.
- Karel Zupančič (red.) in drugi: Reforma družinskega prava, predlog novih predpisov s komentarjem. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.

COMPANY BETWEEN SPOUSES ACCORDING TO THE FAMILY CODE

Gregor Dugar,

*LL. B., Ph. D., assistant professor at the Faculty of Law,
University of Ljubljana*

The main legal consequence of marriage, extramarital union and registered same-sex partnership union in the property sphere is the formation of common property. The property relations between spouses, extramarital partners and registered same-sex partners are regulated in the same manner, therefore only the spouses will be mentioned further on. All assets that the spouses obtain through work during the marriage are considered the common property of the spouses. The rule on common property is of a compulsory nature, so spouses may not arrange mutual property relations by contract in conflict with this and agree that assets created by work during the time of marriage will not be shared. Assets that a partner brings to a marriage, as well as assets that a spouse obtains during the marriage other than by work, such as by inheritance or gift, are considered her or his personal property. An agreement is possible that by concluding the marriage or from a particular day after conclusion of the marriage all individual assets of the spouses shall become common property. Because there is no economic benefit, such agreements between spouses are in practice rare.

The Marriage and Family Relations Act has been in force since 1. January 1977, but has been amended several times since then. Unfortunately none of the changes amended the property relations between spouses, therefore the Marriage and Family Relations Act is not in accordance with modern family law anymore. The Slovene legal profession has already been suggesting in one way or another that the existing property relations between spouses and same-sex partners no longer correspond to the constitutional provisions for the right to private property and freedom to arrange property relations. The government of The Republic of Slovenia proposed a new Family Code in 2009, which intended to remove coercive regime in common property of spouses. The Family Code was adopted by the Parliament in 2012, however it was rejected in referendum

in 2012, due to the foreseen possibility of marriage and adoption for same-sex partners. As a consequence the Family Code never entered into force.

The Marriage and Family Relations Act was created during the collective ownership period, when entrepreneurship was not yet developed in Slovenia. After Slovenia's independence in 1991 and the adoption of a new constitutional arrangement, entrepreneurship began rapidly developing. Since the very beginning, entrepreneurship has been in the domain of not only unmarried people, but also spouses. The property of some spouses increases significantly thanks to being involved in entrepreneurship. In these cases, an equity stake in a company usually represents the largest part of common property of the spouses. With regard to the proprietary relations between the spouses, the Marriage and Family Relations Act does not define any special rules concerning spouses' equity stake in a company. The new Family Code includes two new provisions about the proprietary relations between the spouses about their participation in a company. The first provision regulates investments of one spouse in the company of the other, whereas the other provision regulates spouses' joint investments in a company. In both cases, the legislator gives priority to commercial, labour and all other contractual agreements conducted between the spouses over the rules of proprietary relations between spouses. This is not disputable when contractual proprietary relationship applies between the spouses. However, I believe that when spouses do not conclude general contract about their proprietary relations, the compulsory rules of the relations between spouses of the Marriage and Family Relations Act should apply. Commercial and labour contracts which are intended to regulate individual commercial or labour relation between them cannot therefore be recognized as a general contract of proprietary relations between spouses and cannot be given the force to prevail above provisions of Marriage and Family Relations Act. The spouses should in order to avoid any doubt conclude a general contract, regulating all aspects of proprietary relations between them in one general contract.

The problems arising from spouses' participation in a company, could not and should not be addressed through conceptual changes of proprietary relation provisions between the spouses, but in supplementation of the corporate law rules instead. The legislator has appropriately regulated the relations between spouses as joint owners of a share in a public limited company and in limited liability company, whereas this approach should also be applied in the given case, regulating the relations between spouses as joint owners of a share in an unlimited company. Judiciary practice will need to play an important role and will need to enable entry of both spouses as joint owners of a share company in a competent register. This will also enable harmonization between family and corporate law provisions and will also enable spouses to assert their rights.

FAZA PREIZKUSA SKLEPČNOSTI TOŽBE¹

Til Rozman,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktorski kandidat
na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in mladi raziskovalec
na Fakulteti za družbene vede Univerze v Ljubljani*

I. UVODNO O SKLEPČNOSTI TOŽBE

Zakon o pravdnem postopku (ZPP)² ureja vprašanje sklepčnosti tožbe v 318. členu, ko določa, da je eden izmed taksativno naštetih pogojev za izdajo (ugoditvene) zamudne sodbe tudi sklepčnost tožbe, tj., »da izhaja utemeljenost tožbenega zahtevka iz dejstev, ki so navedena v tožbi«.³ ZPP v nadaljevanju navedenega člena določa, da če je nesklepčnost mogoče odpraviti z dopolnitvijo posameznih navedb v okviru istega tožbenega zahtevka (gre za t. i. odpravljlivo nesklepčnost), sodišče tožnika k temu pozove s sklepom, v katerem mu določi tudi rok; če tožnik v postavljenem roku nesklepčnosti ne odpravi, sodišče tožbeni zahtevek zavrne.⁴ Velja tudi *a contrario* – če je po presoji sodišča očitno, da nesklepčnosti ni mogoče odpraviti zgolj z dopolnitvijo posameznih navedb v okviru istega tožbenega zahtevka (gre za t. i. neodpravljlivo nesklepčnost), sodišče tožnika k temu niti ne pozove, temveč počaka do izteka roka za od-

¹ Del prispevka je pripravljen na podlagi seminarske naloge z naslovom Nesklepčnost tožbe – razmislek o (sub)optimalnosti sedanje ureditve z vidika dveh momentov, ki jo je avtor pod mentorstvom prof. dr. Aleša Galiča izdelal februarja 2013 na doktorskem študiju gospodarskega prava na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani pri predmetu Izbrana poglavja civilnega procesnega prava.

² Ur. l. RS, št. 26/99, 96/02, 2/04, 52/07, 45/08.

³ Točka 3 prvega odstavka 318. člena ZPP.

⁴ ZPP določa, da morajo biti za izdajo (ugoditvene) zamudne sodbe poleg sklepčnosti tožbe izpolnjeni še pogoji: (1) da je tožba tožencu pravilno vročena v odgovor, (2) da toženec ne odgovori na tožbo v roku, določenem z ZPP, (3) da ne gre za zahtevek, s katerim stranke ne morejo razpolagati, ter (4) da dejstva, na katera se opira tožbeni zahtevek, niso v nasprotju niti z dokazi, ki jih je predložil tožnik, niti z notornimi dejstvi.

govor na tožbo in v primeru, da tožena stranka na tožbo ne odgovori, tožbeni zahtevek zavrne.

Sklepčnost tožbe torej pomeni, da iz življenjskega primera oziroma dejanskega stanja (*terminus minor*), kot ga tožnik opiše v tožbi,⁵ izhaja utemeljenost (v tožbi) postavljenega zahtevka (*terminus maior*) oziroma da je spodnjo in zgornjo premiso pravnega odločanja mogoče povezati ter iz te povezave izvesti sklep.⁶ Če pa iz dejstev, ki jih tožnik navede v tožbi, ne izhaja vtoževana pravna posledica ali če vtoževana pravna posledica ne nastane zoper toženo stranko oziroma do nje ni upravičena tožeča stranka (temveč nekdo drug), tožba ni utemeljena,⁷ tako da tožeča stranka s postavljenim zahtevkom ne bo uspela, četudi se, skladno s sistemom afirmativne litiskontestacije,⁸ v tožbi zatrjevana dejstva, ki jih tožena stranka ne zanika, štejejo za priznana in torej resnična. Povedano drugače – četudi so resnična (oziroma se štejejo za resnična) vsa dejstva, ki jih tožeča stranka zatrjuje v tožbi, na katero toženec ne odgovori, a iz zatrjevanih dejstev ne izhaja utemeljenost tožbenega zahtevka, sodišče ne bo izdalo ugoditvene oziroma prave zamudne sodbe, saj je takšna tožba nesklepčna. Toženčeva pasivnost, ki se manifestira v dejstvu, da ne odgovori na tožbo, namreč vzpostavlja fikcijo,⁹ da priznava (zgolj in samo) dejstva, kot jih je tožeča stranka navedla v tožbi, ne pa da priznava pravno kvalifikacijo oziroma tožbeni zahtevek.¹⁰

Zobec opozarja, da nesklepčnost ni enovit pojav ter pri tem razlikuje **tri različne oblike** nesklepčnosti; prvič, če iz tožbenih navedb ne izhaja nobena pravna posledica; drugič, če iz tožbenih navedb ne izhaja vtoževana pravna posledica; tretjič, če je zgrešena bodisi aktivna bodisi pasivna stvarna legiti-

⁵ Po načelu dispozitivnosti je sodišče vezano na tožbeni zahtevek, tako da ne zadošča zgolj navedba dejanskega stanja, ki naj ga sodišče samo subsumira pod ustrezno pravno normo. Primerjaj z A. Galič: komentar k 180. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2006), str. 123.

⁶ Za več o pravnem silogizmu glej M. Pavčnik, nav. delo, str. 200–210.

⁷ Primerjaj z J. Zobec: komentar k 318. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2009), str. 127.

⁸ Sistem afirmativne oziroma pozitivne litiskontestacije vzpostavlja fikcijo, da toženec priznava neprerekane tožnikove trditve o dejstvih, na katere opira svoj zahtevek. Prav tam, str. 89–94.

⁹ Pravna teorija ni enotna glede vprašanja, ali zamudna sodba temelji na fikciji ali na pravni domnevi, da pasivnost tožene stranke pomeni priznanje dejstev, ki jih tožnik zatrjuje v tožbi. Zobec tako govori o domnevi, Galič pa nasprotno ugotavlja, da gre za fikcijo. Menim, da je (bolj) pravilno zadnje stališče, saj z gotovostjo vemo, da toženec dejstev ni priznal (čeprav jih tudi ni zanikal). Prav tam, str. 133, opomba 392. Glej tudi A. Galič, nav. delo (2003), str. 165.

¹⁰ Primerjaj s sodbo na podlagi pripoznave, glej 316. člen ZPP.

macija.¹¹ Zobec nadalje razlikuje **popolno in delno nesklepčnost** – pri popolni nesklepčnosti je neutemeljen celoten tožbeni zahtevek, pri delni nesklepčnosti pa je neutemeljen le del zahtevka oziroma so neutemeljeni le nekateri izmed (objektivno kumuliranih) zahtevkov – ter **dva vzroka nesklepčnosti**; prvič, ko iz popolno opisanega življenjskega primera ne izhaja vtoževana pravna posledica; drugič, ko iz življenjskega primera zaradi nepopolnega opisa ne izhaja vtoževana pravna posledica.¹²

2. PREIZKUS SKLEPČNOSTI TOŽBE IN PREDHODNI PREIZKUS TOŽBE

2.1. Splošno o razlikovanju med preizkusom sklepčnosti in predhodnim preizkusom tožbe

V okviru predhodnega preizkusa tožbe, ki je prva in obligatorna faza priprave za glavno obravnavo, sodišče preveri, ali ima tožba vse obvezne sestavine ter ali so izpolnjene procesne predpostavke za uvedbo postopka.¹³ Predhodni preizkus tožbe je namenjen zlasti odpravi formalnih pomanjkljivosti po 108. členu ZPP, tj. bodisi nerazumljivosti bodisi nepopolnosti tožbe.¹⁴ Od procesnopravnega instituta formalnih pomanjkljivosti, ki se nanaša na vprašanje dopustnosti tožbe,¹⁵ je treba razlikovati materialnopравни institut sklepčnosti, ki se nanaša na vprašanje utemeljenosti tožbe.¹⁶

Dokler je tožba formalno pomanjkljiva, se sodišču vprašanje njene sklepčnosti (še) ne zastavlja, temveč se od tožnika v okviru predhodnega preizkusa tožbe najprej zahteva, da tožbo popravi oziroma dopolni. Ko so formalne pomanjkljivosti sanirane, je tožba sposobna za vsebinsko obravnavo, tako da jo sodišče (pod predpostavko, da tožba zajema vse sestavine, določene v 180.

¹¹ J. Zobec: komentar k 318. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2009), str. 127–128.

¹² Prav tam.

¹³ V. Rijavec: komentar k 272. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2006), str. 545.

¹⁴ Vloga je nepopolna, če ne vsebuje vsega, kar je treba, da bi se lahko obravnavala. Vloga je nerazumljiva npr. zaradi neberljivosti; ker iz nje ni mogoče razbrati, kaj stranka želi; če je napisana v jeziku, ki pri sodišču ni v uradni rabi; če tožbeni zahtevek zaradi plačila odškodnine za več različnih oblik nepremoženjske škode ni jasno opredeljen oziroma če tožnik ne navede višine odškodnine za posamezno vrsto škode, temveč zahteva odškodnino za vse vrste škode skupaj; če niso izpolnjene predpostavke eventualnega sosporništva. N. Betetto: komentar k 108. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2005), str. 437.

¹⁵ N. Betetto, nav. delo (2009), str. 1640.

¹⁶ N. Betetto: komentar k 108. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2005), str. 439.

členu ZPP,¹⁷ ter da je plačana sodna taksa) pošlje v odgovor tožencu;¹⁸ s tem je vzpostavljeno tristransko razmerje – tožeča stranka, sodišče, tožena stranka. Šele tedaj in zgolj v primeru, da toženec na tožbo ne odgovori (s čimer pride v zamudo), sodišče preizkusi, ali je tožba sklepčna. Če pa tožeča stranka ne odpravi formalnih pomanjkljivosti tožbe, meritorno sojenje, katerega del je preizkus sklepčnosti tožbe, ni mogoče;¹⁹ takšno tožbo bo sodišče zavrglo. Navedeno vodi v sklep, da ni dopusten procesni položaj, ko bi bila tožencu vročena tožba, ki bi imela formalne pomanjkljivosti; takšno tožbo bi namreč sodišče zavrglo, če formalne pomanjkljivosti ne bi bile odpravljene niti po pozivu sodišča.²⁰

Skladno s sedanjo ureditvijo je preizkus sklepčnosti tožbe pridržan zamudnemu postopku,²¹ tj. postopku, do katerega pride zgolj v primeru, da tožena stranka ne poda pravočasnega in obrazloženega odgovora na tožbo.²² Z vzpostavitvijo tristranskega razmerja pridobi tudi toženec pravico do seznanitve z vsemi procesnimi dejanji sodišča ter tistimi pravnimi stališči o sporu, ki jih sodišče razgrinja – če jih sodišče razgrne eni stranki, jih mora tudi drugi stranki.²³ Glede na navedeno je razumljivo, da se sklep, s katerim sodišče skladno s tretjim odstavkom 318. člena ZPP tožečo stranko pozove k odpravi nesklepčnosti, vroči tudi (dotlej pasivni) toženi stranki.²⁴ Navedena določba je izpe-

¹⁷ Prvi odstavek 180. člena ZPP določa: »Tožba mora obsegati določen zahtevek glede glavne stvari in stranskih terjatev, dejstva, na katera tožnik opira zahtevek, dokaze, s katerimi se ta dejstva ugotavljajo, in druge podatke, ki jih mora imeti vsaka vloga (105. člen).« Drugi odstavek 180. člena ZPP določa: »Če je pristojnost sodišča ali pravica do revizije odvisna od vrednosti spornega predmeta, pa predmet tožbenega zahtevka ni denarni znesek, mora tožeča stranka v tožbi navesti tudi vrednost spornega predmeta.«

¹⁸ Člen 276 ZPP.

¹⁹ J. Zobec: komentar k 318. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2009), str. 135.

²⁰ Glej 108. člen ZPP.

²¹ J. Zobec: komentar k 318. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2009), str. 131.

²² Do razveljavitve drugega odstavka 282. člena ZPP je sodišče lahko izdalo zamudno sodbo celo v primeru, ko je toženec pravočasno in obrazloženo odgovoril na tožbo in torej niti ni prišel v zamudo s prvim procesnim dejanjem. Ustavno sodišče je z odločbo US RS št. U-I-164/09 z dne 4. februarja 2010 razveljavilo navedeni odstavek, ki je določal: »Če na poravnalni narok ali na prvi narok za glavno obravnavo, če poravnalni narok ni bil razpisan, ne pride tožena stranka, **sodišče** pod pogoji, ki jih določa ta zakon, **izda zamudno sodbo, čeprav je tožena stranka odgovorila na tožbo**. Če iz navedb tožeče stranke ne izhaja utemeljenost tožbenega zahtevka, na naroku pa tožeča stranka tožbe ustrezno ne popravi, sodišče tožbeni zahtevek zavrne.« (Poudaril T. R.)

²³ J. Zobec: komentar k 318. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2009), str. 131–132.

²⁴ Zobec opozarja, da četudi zahteva po vročitvi sklepa ni izrecno zapisana, je takšno postopanje sodišča (z vidika enakopravnosti strank in z vidika pravice do informacije) samoumevno. Prav tam, str. 138, opomba 407.

ljava načela materialnega procesnega vodstva, katerega del je tudi zahteva po kontradiktornosti;²⁵ toženi stranki je torej treba zagotoviti seznanitev s pravnim stališčem sodišča, še posebej zato, ker se bo na podlagi primerjave med stališčem sodišča (da je prvotna tožba nesklepčna) in popravljeno tožbo, ki ji je poslana v odgovor, lahko odločila, ali bo na popravljeno tožbo odgovorila; če bo menila, da nesklepčnost ni odpravljena, bo s pasivnostjo dosegla učinkovito pravno varstvo (pod predpostavko, da bo tudi sodišče zavzelo stališče, da tožba ni ustrezno popravljena).²⁶

2.2. Razlikovanje med formalno pomanjkljivo in nesklepčno tožbo

Četudi ZPP v 180. členu jasno določa, da mora vsaka tožba vsebovati (med drugim tudi) določen zahtevek glede glavne stvari in stranskih terjatev ter dejstva, na katera tožnik opira zahtevek, je meja med formalno pomanjkljivo tožbo (ki navedenega ne vsebuje) ter nesklepčno tožbo (ki je sicer formalno popolna, a neutemeljena) v praksi včasih težko razpoznavna.²⁷ Gre predvsem za vprašanje, katera dejstva in koliko dejstev mora tožnik zatrjevati ter kako podrobno jih mora opredeliti.²⁸ Galič pri tem omenja dve temeljni teoriji, tj. teorijo individualizacije in teorijo substanciranja; prva zagovarja stališče, da mora tožeča stranka v tožbi opredeliti pravno kvalifikacijo,²⁹ druga pa zagovarja, da »mora tožnik navesti toliko dejstev in tista dejstva (ne pravne kvalifikacije), ki utemeljujejo sklep, da bi v primeru, če se zatrjevana dejstva izkažejo za resnična, sodišče moralo zahtevku ugoditi«. ³⁰ Nobena izmed teorij ni uporabna v svoji čisti obliki; teorija individualizacije je v očitnem nasprotju z določbo tretjega odstavka 180. člena ZPP (iz katere izrecno izhaja, da tožeči stranki v tožbi ni treba navesti pravne podlage, če pa jo navede, sodnik nanjo ni vezan),³¹ stališče teorije substanciranja pa ne razlikuje med formalno pomanj-

²⁵ Betettova ugotavlja, da je določilo 285. člena ZPP treba razumeti kot splošno načelo (!), ki sodišču nalaga dolžnost, da poskrbi za to, da se sporni predmet vsestransko razišče. N. Betetto: komentar k 285. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2006), str. 584.

²⁶ J. Zobec: komentar k 318. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2009), str. 132 in 138.

²⁷ »[N]esklepčna tožba je popolna, le utemeljena ni.« Prav tam, str. 130.

²⁸ A. Galič: komentar k 180. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2006), str. 129. Primerjaj z N. Betetto, nav. delo (2009), str. 1639.

²⁹ Primerjaj z določbo tretjega odstavka 180. člena ZPP.

³⁰ A. Galič: komentar k 180. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2006), str. 129.

³¹ Tožeči stranki ni treba niti v tožbi niti kadarkoli pozneje navesti pravne podlage, ki za dejstva, kot jih zatrjuje v tožbi, predpisuje nastop pravne posledice iz tožbenega zahtevka, saj sodišče pozna pravo po uradni dolžnosti. Prav tam, str. 134.

kljivo ter nesklepčno tožbo.³² V tej zvezi Galič opozarja na novejšo nemško teorijo in sodno prakso, ki uporabljata t. i. razrahljano teorijo substanciranja, po kateri (za formalno popolnost tožbe) tožeči stranki v tožbi ni treba navesti vseh (pravotvornih) dejstev, ki so potrebna za njeno sklepčnost, temveč le tista dejstva, ki so potrebna za identifikacijo zahtevka.³³ V dejanskem smislu je namreč formalna popolnost tožbe manj od njene sklepčnosti, saj je tožba lahko nesklepčna, četudi je (formalno) popolna.³⁴

Betettova ugotavlja, da je razlikovanje med nepopolno in nesklepčno tožbo najmanj težavno pri t. i. neodpravljeni nesklepčnosti, saj gre za primere, ko tožnik dejansko stanje opiše popolno, a si zmotno razlaga pravo, tako da vtožuje nekaj, do česar ni upravičen.³⁵ Težavnejše je razlikovanje, ko gre za primere odpravljeve nesklepčnosti, npr. ko tožeča stranka iz opisa življenjskega primera izpusti kakšno pravotvorno dejstvo in je zaradi tega tožba nesklepčna; če pa tožbeni zahtevki ni določen oziroma spornega predmeta ni mogoče individualizirati oziroma življenjskega primera ni mogoče ločiti od drugih življenjskih primerov, tožba ni nesklepčna, temveč je nepopolna.³⁶

Ker izdaja zamudne sodbe temelji na fikciji, da tožena stranka priznava tožnikove trditve o dejstvih, velja opozoriti tudi na položaje, ko tožeča stranka namesto zatrjevanja nekaterih dejstev uporablja pravne abstrakcije (zatrjuje, da ima nepremičnino v posesti, da toženec opravlja nevarno dejavnost ipd.);³⁷ v tem primeru namreč ni predmeta fikcije, tj. dejstev, na katerih temelji izdaja (ugoditvene) zamudne sodbe.³⁸ Navedeno dilemo se zdi smiselno preseči z razlikovanjem med položajem, ko tožeča stranka uporablja pravne abstrakcije, ki so ji znane ter so enostavne (npr. zatrjuje, da je lastnica), ter položajem, ko gre za uporabo zahtevnejših pravnih abstrakcij (npr. tožeča stranka zatrjuje, da je nepremičnino priposestvovala); prve naj se štejejo za dejanske trditve, druge pa ne, saj so rezultat pravnega silogizma.³⁹ V praksi se lahko pojavi težava pri uporabi predstavljenega kriterija, in sicer pri iskanju odgo-

³² Prav tam, str. 129–131.

³³ Prav tam, str. 130.

³⁴ N. Betetto: komentar k 108. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2005), str. 439.

³⁵ N. Betetto, nav. delo (2009), str. 1641.

³⁶ Prav tam, str. 1641–1642. Glej tudi J. Zobec: komentar k 318. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2009), str. 128–129.

³⁷ Primerjaj z D. Wedam Lukić, nav. delo, str. 986.

³⁸ Primerjaj z J. Zobec: komentar k 318. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2009), str. 133, vključno z opombo 392.

³⁹ J. Juhart, nav. delo (1957), str. 202–233. Glej tudi N. Betetto, nav. delo (2009), str. 1643–1646.

vora na vprašanje, katere pravne abstrakcije naj se štejejo za enostavne (in torej za dejanske trditve) ter katere za zahtevnejše (ki nimajo narave dejanskih trditev); pri tovrstnem razmejevanju se zdi najbolj prepričljivo stališče, naj se upoštevajo vse okoliščine konkretnega primera, vključno z izobrazbo stranke, ki takšne abstrakcije uporablja, saj razmejitve med enimi in drugimi ni mogoče določiti *ex ante*.⁴⁰

3. (NE)PRIMERNOST SEDANJE UREDITVE

3.1. Sodišče vroči tožencu nesklepčno tožbo in ga pozove k odgovoru

Skladno s sedanjo ureditvijo mora sodišče vsako (tudi *prima facie* očitno nesklepčno) tožbo, ki ima vse sestavine iz 180. člena ZPP in je zanjo plačana sodna taksa, vročiti toženi stranki v odgovor. Še več; sodišče mora toženo stranko pozvati k odgovoru na (nesklepčno) tožbo ter jo (napačno) opozoriti, da bo, če na tožbo ne odgovori pravočasno in obrazloženo, (1) »izdalo sodbo, s katero bo tožbenemu zahtevku ugodilo [sic!]⁴¹« ter (2) ji naložilo plačilo vseh stroškov postopka.⁴² ZPP namreč sodišču ne nalaga obveznosti, da toženo stranko obvesti (1) o tem, da sklepčnosti tožbe, ki ji jo vroča v odgovor, še ni preizkušalo, ter (2) o možnosti nastopa zanjo ugodnih posledic morebitne nesklepčnosti tožbe.⁴³ Tožena stranka, ki ravna skladno s pozivom sodišča, tj. poda odgovor na (nesklepčno) tožbo, si s takšnim ravnanjem »škodi«, saj izključi zase najugodnejši razplet: če tožeča stranka kljub pozivu sodišča, naj odpravi nesklepčnost, tega ne stori, namreč sodišče brez kakršne koli aktivnosti tožene stranke tožbeni zahtevek zavrne.

⁴⁰ N. Betetto, nav. delo (2009), str. 1643–1646.

⁴¹ Drugi odstavek 277. člena ZPP.

⁴² Da gre za poziv sodišča, naj naslovljenec (toženec) ravna na način, h kateremu je pozvan, tj. naj poda odgovor na tožbo, in ne zgolj za nevtralno obvestilo sodišča o tem, da je bila vložena tožba ter da ima tožena stranka nanjo pravico odgovoriti, izhaja iz (1) poimenovanja takšnega pisanja ter (2) 277. in 278. člena ZPP. Podobno tudi Rijavčeva, ki ugotavlja, da je kot pogoj za izdajo zamudne sodbe predvidena pravilna vročitev tožbe tožencu skupaj s pozivom, da mora (!) na tožbo v danem roku odgovoriti, pri čemer mora poziv vsebovati tudi opozorilo na posledice, če toženec na tožbo ne bo pravočasno odgovoril. V. Rijavec: komentar k 272. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2006), str. 561.

⁴³ Četudi po meni dostopni in znani sodni praksi sodišča vključujejo v poziv tožencu, naj odgovori na tožbo, kratko opozorilo, da bo sodišče tožbenemu zahtevku (na katerega toženec ne bo odgovoril pravočasno in obrazloženo) ugodilo le, ko bodo izpolnjeni pogoji iz 318. člena ZPP, bi bilo z vidika zagotavljanja pravne varnosti kot temeljne pravne vrednote primerneje, da bi zahtevo po takšnem obvestilu zapovedal že ZPP (sodna praksa namreč ni formalni pravni vir, temveč se nanaša na uporabo teh).

Ugotavljam, da v primeru, ko je vložena nesklepčna tožba, v sedanji ureditvi doseže najugodnejši razplet tisti toženec, ki ne ravna na način, h kateremu ga pozove sodišče pod grožnjo izdaje (ugoditvene) zamudne sodbe, temveč ostane pasiven; s tem ko ne poda odgovora na tožbo, sodišču šele omogoči, da (v zamudnem postopku) ugotovi, da je tožba (že od vložitve!) nesklepčna. Na vprašljivo smiselnost ureditve opozarja tudi Galič, in sicer poudarja, da si lahko toženec poslabša položaj ravno z obrazloženim odgovorom na tožbo, v katerem opozori na nesklepčnost tožbe.⁴⁴ Galičeva kritika se sicer nanaša na ureditev, ki je veljala pred novelo ZPP-D,⁴⁵ a ker jedro kritike, kot jo razume, ni v odsotnosti tega, kar je v zvezi z obravnavano problematiko prinesla novela ZPP-D, tj. da sodišče tožečo stranko pozove k odpravi nesklepčnosti in njeno tožbo zavrne šele, če nesklepčnosti kljub pozivu ne odpravi, ostaja Galičeva kritika *mutatis mutandis* aktualna tudi glede zdaj veljavne ureditve. Edina sprememba je, da je (od novele ZPP-D) položaj toženca, ki ne poda odgovora na nesklepčno tožbo, boljši (kot če bi podal odgovor) pod novim, dodatnim pogojem, tj. da tožnik po pozivu sodišča ne odpravi nesklepčnosti.

Če tožnik vloži nesklepčno tožbo, bo tako v primeru, ko toženec poda pravočasen in obrazložen odgovor, kot tudi v primeru toženčeve zamude sodišče na temelju materialnega procesnega vodstva⁴⁶ od tožnika zahtevalo vsa potrebna pojasnila za razjasnitev okoliščin, ki so pomembne za odločitev; v obeh primerih bo torej tožnik spodbujen, naj dopolni nepopolne navedbe o pravotvornih dejstvih, ter v obeh primerih bo sodišče, če tožnik tega ne bo napravil, tožbeni zahtevek zavrnilo. Kljub temu pa med položajema obstaja pomembna razlika; če toženec poda odgovor na tožbo in se torej spusti v obravnavanje zadeve, bo lahko sodišče tožnika spodbudilo k navajanju (nepopolnih oziroma manjkajočih) pravotvornih dejstev tudi ustno na glavni obravnavi (in ne le v okviru pisnega materialnega procesnega vodstva), obenem pa bo toženec dodatno finančno in časovno obremenjen. Finančna izguba tipične tožene stranke, ki poda odgovor na nesklepčno tožbo prek odvetnika, se odraža v tem, da bo morala skladno s 152. členom ZPP predhodno sama kriti vse dejanske stro-

⁴⁴ »Vprašanje je tudi, ali je smiselno, da je položaj toženca (ob nesklepčni tožbi) bistveno boljši, če ne naredi nič, kot če poda obrazložen odgovor na tožbo (morda prav glede njene nesklepčnosti!), saj bo v tem primeru prišlo do glavne obravnave, na kateri bo tožnik vsaj na prvem naroku neovirano lahko navajal nova dejstva.« A. Galič, nav. delo (2003), str. 168.

⁴⁵ Sodišče tožeče stranke ni pozvalo k odpravi nesklepčnosti, kot to velja od novele ZPP-D, temveč je nesklepčno tožbo, če toženec nanjo ni odgovoril, *a limine* zavrnilo.

⁴⁶ V primeru zamudnega postopka lahko sodišče izvaja materialno procesno vodstvo na podlagi 286.a člena ZPP, v primeru toženčevega pravočasnega in obrazloženega odgovora na tožbo pa lahko sodišče izvaja materialno procesno vodstvo na podlagi 285. in 286.a člena ZPP.

ške zastopanja, povrnjeni pa ji bodo le v znesku, ki je določen normativno (z odvetniško tarifo) ter je praviloma nižji od dejansko nastalih stroškov; pogosta praksa številnih odvetnikov namreč je, da zastopanje stranke pogojujejo s sklenitvijo dogovora o plačilu, ki je višje od tistega, predpisanega z odvetniško tarifo.⁴⁷ Časovna izguba tipične tožene stranke pa se odraža v času, potrebnem za iskanje odvetnika, ki mu bo stranka zaupala ter podelila pooblastilo za zastopanje, ter v času, namenjenem sestankom in drugi komunikaciji z odvetnikom zaradi priprave obrazloženega odgovora na tožbo.⁴⁸

Velja še opozoriti, da ima že sama vročitev tožbe s strani sodišča (še posebej glede na dejstvo, da se tožba vroči skupaj z opozorilom in pozivom sodišča iz 277. člena ZPP) nezanemarljiv učinek na toženo stranko; razumno je sklepati, da vročitev tožbe z vidika toženca ni nevtralnno (procesno) dejanje, temveč neprijeten dogodek, ki ga vznemiri. Zamisliti si je mogoče tipično reakcijo tožene stranke, ki sta ji vročena tožba in poziv, naj na tožbo obrazloženo odgovori, sicer bo sodišče izdalo zamudno sodbo, s katero bo ugodilo tožbenemu zahtevku, tožena stranka pa bo nosila tudi vse stroške postopka. Takšno sodno pisanje stranko gotovo čustveno vznemiri, saj je po njenem videnju pred njo bodisi izgubljena pravda (če na tožbo ne odgovori, bo sodišče izdalo ugoditveno zamudno sodbo) bodisi dolg, drag in negotov sodni postopek. Navedeno je pomembno zato, ker mora biti v (pravdnem) postopku zagotovljeno spoštovanje človeka kot subjekta v postopku.⁴⁹ Če in dokler je vložena tožba nesklepčna, toženčev pravni položaj ni ogrožen zaradi tožbe, temveč zaradi njene vročitve! Neprijetnih posledic, ki jih vročanje nesklepčne tožbe povzroči tožencu, ni mogoče zanemariti ter zavrniti s strogo formalističnim razumevanjem tožene stranke zgolj kot procesnega subjekta, in ne tudi kot človeka, čigar čustvovanje, čas in denar so pomembni in ki se je znašel v (njemu pogosto težko razumljivem) sodnem postopku.

Glede na navedeno ugotavljam, da sta kljub enakemu izreku sodbe v obeh primerih, tj. tožbeni zahtevki se zavrne, »poti« do takšnega rezultata pomembno različni; ena od toženca ne zahteva dobesedno ničesar, druga pa zahteva toženčevo aktivno pravičanje (ter vse s tem povezane časovne, finančne in druge obremenitve). Če tožniku nesklepčnosti tožbe ne bo uspelo odpraviti, je izrek

⁴⁷ Tudi stranka, ki ne poda odgovora na tožbo prek odvetnika, ima zaradi priprave odgovora na tožbo lahko določene finančne (neposredne ali posredne) stroške – npr. z odplačnim pravnim svetovanjem ali zaradi izgubljenega dobička oziroma izpada prihodkov zaradi časa, ki ga je namenila pripravi odgovora na tožbo.

⁴⁸ Če stranka ne poda odgovora na tožbo prek odvetnika, temveč sama, je njena časovna izguba povezana s časom, potrebnim za študij zadeve in pripravo obrazloženega odgovora.

⁴⁹ A. Galič, nav. delo (2003), str. 158.

sodbe že vnaprej znan, zato ne vidim stvarnega in razumnega razloga, da se toženca poziva k (časovno, finančno in drugače obremenjujočemu) pravdanju, ki z ničimer ne prispeva h končni odločitvi sodišča. Toženec namreč, paradoksalno, svojih koristi s pravdanjem ne more varovati bolj učinkovito kot s popolno pasivnostjo. Če pa bi tožniku uspelo odpraviti nesklepčnost tožbe, je absurdno, da bi mu k temu pomagal ravno toženec s tem, ko bi podal odgovor na tožbo (s čimer bi tožniku omogočil, da nesklepčnost lahko odpravi tudi ustno na glavni obravnavi).

3.2. Toženčeva dilema

Kljub brezmejnosti teoretično možnih specifičnih pravno relevantnih okoliščin vsakega konkretnega primera je mogoče položaje toženca, ko mu sodišče vroči nesklepčno tožbo ter ga pod grožnjo izdaje zamudne sodbe pozove, naj nanjo poda obrazložen odgovor, razvrstiti v tri tipične oblike.

(1) **Če je tožena stranka prava nevešča** (*mutatis mutandis* velja enako tudi v primeru, ko ima tožena stranka prava neveščega pooblaščenca), se ji vprašanje sklepčnosti tožbe in morebitnih posledic nesklepčnosti tožbe ne zastavlja, saj bi to predpostavljalo precejšnje pravno znanje, tako s procesnega kot tudi materialnopravnega vidika (ki pa ga prava nevešča oseba po naravi stvari nima). Takšna stranka bo pozivu sodišča bodisi sledila bodisi ga ne bo upoštevala, pri čemer svoje odločitve ne bo utemeljila z racionalnim in pravnim razmislekom, temveč bo odločitev opravila na drugačni podlagi; če na tožbo ne bo odgovorila, njeno ravnanje ne bo plod razsodne in razumne odločitve (temveč npr. nepriznavanja avtoritete sodišča, nepravočasnega odgovora na tožbo ipd.), četudi bo rezultat takšnega ravnanja zanj najkoristnejši. Da pasivnosti (prava neukega) toženca ni mogoče šteti za racionalno ravnanje, izhaja tudi iz dejstva, da sodišče toženca (1) opozori, da bo v primeru njegove pasivnosti ugodilo (!) tožbenemu zahtevku, ter ga (2) izrecno pozove k odgovoru na tožbo, toženec pa ravna tako, da ne upošteva takšnega opozorila in poziva.

(2) **Če je tožena stranka (dovolj) prava vešča** (da se ji po prejemu tožbe in poziva sodišča, naj na tožbo odgovori, zastavi vprašanje, ali je tožba sklepčna, obenem pa so ji tudi znane posledice nesklepčnosti tožbe), bo v negotovosti, ali je tožba (tudi) po prepričanju sodišča nesklepčna. Če odmislimo primere nesklepčnosti, v katerih je neutemeljenost tožbenega zahtevka *prima facie* očitna, menim, da stališče sodišča o sklepčnosti tožbe vedno pomeni negotovost, četudi je tožena stranka prava vešča.⁵⁰ (Prava vešča) tožena stranka je pred

⁵⁰ Ne glede na pravno znanje stranke (ali njenega pooblaščenca) pravda in njen izid vedno pomenita določeno stopnjo negotovosti; tako tudi tožbe, ki je po prepričanju prava veščega nesklepčna in je zato najkoristneje nanjo ne odgovoriti, sodišče morda ne bo

dilemo: ali naj v primeru, ko meni, da tožba ni sklepčna, vseeno (iz previdnosti) odgovori nanjo, s čimer tvega izgubo možnosti za doseg učinkovitega pravnega varstva s pasivnostjo (pod predpostavko, da tožeča stranka nesklepčnosti kljub pozivu sodišča ne bi odpravila), ali pa naj na tožbo ne odgovori in s tem tvega izdajo ugoditvene zamudne sodbe (če bi se izkazalo, da je tožba po prepričanju sodišča vendarle sklepčna).

(3) Če ima tožena stranka prava veščega pooblaščenca, ki je oziroma naj bi bil zaradi svojega pravnega znanja sposoben presoditi sklepčnost vložene tožbe, ter se obenem tudi zaveda, da je za stranko najkoristnejše, da na nesklepčno tožbo ne odgovori, ostaja dilema iz 2. točke, tj. da (niti prava vešč stranka) niti prava vešč pooblaščenec ne more z gotovostjo sklepati, da je tožba tudi po prepričanju sodišča nesklepčna. Menim, da je tudi sicer dvomljivo, ali bi odvetnik (kot tipičen prava vešč pooblaščenec), ki mu tožena stranka podeli pooblastilo za zastopanje, stranki svetoval pasivnost in jo s tem *de facto* odslovil, češ da je tožbeni zahtevek glede na dejstva, navedenega v tožbi, neutemeljen; ob očitnem finančnem interesu odvetnika, da poda odgovor na tožbo, se zdi takšen položaj manj verjeten. Ker se tožba vroča toženi stranki (saj ta ob vložitvi tožbe še nima pooblaščenca), se stranka neposredno seznani z obvestilom in pozivom sodišča, da bo v primeru njene pasivnosti ugodeno tožbenemu zahtevku; iz tega razloga je razumno pričakovati, da marsikatera tožena stranka niti ne bi privolila v (malo verjeten) predlog odvetnika, naj (kljub drugačnemu pozivu in opozorilu sodišča) na tožbo ne poda odgovora, saj da je ta nesklepčna.

Ker je stališče sodišča o (ne)sklepčnosti tožbe negotovo, posledice zamude pa stroge, ugotavljam, da lahko (v sedANJI ureditvi) toženec, zoper katerega je vložena nesklepčna tožba, zavestno ravna racionalno praviloma le tedaj, ko sta kumulativno izpolnjena dva pogoja: (1) toženec je vešč prava in nima pooblaščenca, (2) tožba pa je *prima facie* očitno nesklepčna. V vseh drugih primerih (ti so v večini) pa se zdi, da neodgovora toženca na (nesklepčno) tožbo ni mogoče šteti kot »njegov smiselni [sic!] predlog, da sodišče zahtevek zavrne, ker tožba ni sklepčna«, ⁵¹ temveč prej kot izraz toženčevega brezbriznega odnosa do sodišča. Pa tudi sicer menim, da je od toženca, ki mu je v odgovor (!) vročena nesklepčna tožba, neprimerno zahtevati molk ter mu zapovedati pasivnost kot edini način, na katerega lahko – ne da bi si škodoval – »izjavi«, da je vložena tožba po njegovem mnenju nesklepčna ter da iz tega razloga predlaga

vrnilo tožeči stranki, temveč bo na njeni podlagi izdana ugoditvena zamudna sodba, saj se stališče sodišča lahko razlikuje od stališča »prava veščega«, ki je (zmotno) menil, da je tožba nesklepčna.

⁵¹ A. Galič, nav. delo (2003), str. 165.

njeno zavrnitev; sedanja ureditev tožencu s tem *de facto* odvzema pravica do izjavljanja v postopku.⁵²

4. ZGODOVINSKI VIDIK UREDITVE V ZPP

Problematika, na katero opozarja prispevek, po mojem védenju ni bila predmet obravnave vodilnih jugoslovanskih (civilnih) procesnopravnih teoretikov, kar je glede na razlike med sedanjjo (novela ZPP-D)⁵³ in nekdanjo jugoslovansko ureditvijo tudi razumljivo. Niti ZPP/57⁵⁴ niti ZPP/76⁵⁵ nista predvidela odgovora na tožbo kot obvezne faze postopka,⁵⁶ zato toženčeva zamuda z odgovorom na tožbo (če ga je sodišče zahtevalo) ni imela za posledico nastopa zamudnega postopka (v okviru katerega bi sodišče izvedlo preizkus sklepčnosti).⁵⁷ Ureditvi namreč niti nista poznali instituta zamudne sodbe, temveč sodbo zaradi izostanka, ki pa se je izdala le po opravljenem naroku in na zahtevo tožeče stranke.⁵⁸ Če je bila tožba nesklepčna, je sodišče tožnika pozvalo, naj jo spremeni oziroma dopolni;⁵⁹ če tožnik nesklepčnosti ni odpravil na naroku, je sodišče s sodbo zavrnilo tožbeni zahtevek,⁶⁰ če pa je tožnik predlagal izdajo zamudne sodbe in za to niso bili izpolnjeni pogoji, je sodišče takšen predlog s sklepom zavrnilo, tožnik pa je imel zoper sklep na voljo posebno pritožbo.⁶¹

Po mojem mnenju je v primerjavi z ZPP/99⁶² (ki je v tretjem in četrtem odstavku 318. člena določal, da sodišče tožnika, ki je vložil nesklepčno tožbo, s

⁵² T. Rozman, nav. delo, str. 15–16. Obširno o pravici do izjavljanja oziroma kontradiktornosti glej A. Galič, nav. delo (2004), str. 159–313. Glej tudi A. Galič: komentar k 5. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2005), str. 53–63.

⁵³ Ur. l. RS, št. 45/08.

⁵⁴ Ur. l. FLRJ, št. 4/57.

⁵⁵ Ur. l. SFRJ, št. 4-37/77.

⁵⁶ ZPP/57 (272. člen in prvi odstavek 274. člena) ter ZPP/76 (283. člen in prvi odstavek 285. člena) sta določala, da predsednik senata v primeru, ko meni, da ni zadosti podlage za odločitev o kakšnem vprašanju, ki je nastalo med predhodnim preizkusom tožbe, počaka z odločitvijo do prejema odgovora na tožbo ali do pripravljalnega naroka ter da lahko »zahteva od toženca, naj odgovori na tožbo, če je zaradi zamotanosti spora ali zaradi večjega števila zahtevkov, uveljavljenih v tožbi, smotrno, da se toženec pismeno izjavi o navedbah v tožbi«. Glej tudi J. Juhart, nav. delo (1974), str. 321–322.

⁵⁷ ZPP/57 (četrti odstavek 274. člena) in ZPP/76 (četrti odstavek 285. člena) sta določala, da če toženec v roku ne odgovori na tožbo, predsednik senata razpiše pripravljalni narok ali narok za glavno obravnavo.

⁵⁸ J. Zobec, nav. delo (2009), str. 129.

⁵⁹ J. Juhart, nav. delo (1974), str. 368–369. Glej tudi S. Triva, nav. delo, str. 214.

⁶⁰ Četrti odstavek 321. člena ZPP/57 ter četrti odstavek 332. člena ZPP/76.

⁶¹ J. Juhart, nav. delo (1974), str. 369.

⁶² Ur. l. RS, št. 26/99.

sklepom pozove k popravi (!) tožbe, takšen sklep pa se vroči le njemu, ne pa tudi tožencu)⁶³ ter v primerjavi z novelo ZPP-A⁶⁴ (ki je razveljavila vračanje nesklepčne tožbe v popravilo)⁶⁵ zdaj veljavna ureditev (novela ZPP-D)⁶⁶ ustrežnejša, saj (1) sodišče tožnika s sklepom pozove k odpravi nesklepčnosti (in ne več k popravi tožbe), (2) takšen sklep pa se vroči tudi toženi stranki.⁶⁷

5. PRIMERJAVA Z NEMŠKIM CIVILNIM PROCESNIM PRAVOM

Četudi se slovensko civilno procesno pravo zgleduje po nemškem civilnem procesnem zakonu Zivilprozessordnung (ZPO),⁶⁸ tako da sta si ureditvi (v splošnem) vsebinsko podobni,⁶⁹ se glede zamudne sodbe (*Versäumnisurteil*) konceptualno razlikujeta. Prvič, v nemški ureditvi pride zamudna sodba v poštev v večjem številu primerov kot v slovenski ureditvi – sodišče izda zamudno sodbo, če stranka ne pristopi na prvi ali katerikoli naslednji narok za glavno obravnavo oziroma če pristopi, a se ne spusti v obravnavanje,⁷⁰ ali pa če toženec, kadar se sodnik odloči za pisni pripravljalni postopek po § 276 ZPO, v dveh tednih od vročitve tožbe ne izjavi, da se namerava braniti.⁷¹ Drugič, nemški (opozicijski) sistem je do stranke v zamudi bistveno manj strog glede pravnih učinkov zamudne sodbe kot pa slovenski (restitucijski) sistem.⁷² Tretjič, ZPO predvideva izdajo zamudne sodbe zgolj na zahtevo (nasprotne)

⁶³ Tretji odstavek 318. člena ZPP/99 določa: »Če iz dejstev, ki so navedena v tožbi, ne izhaja utemeljenost tožbenega zahtevka, tožeča stranka pa v roku, ki ga je določilo sodišče s sklepom, tožbe ustrezno ne popravi, izda sodišče sodbo, s katero tožbeni zahtevek zavrne.« Četrty odstavek 318. člena ZPP/99 določa: »Sklep iz prejšnjega odstavka se vroči samo tožeči stranki. Zoper sklep ni dovoljena posebna pritožba.«

⁶⁴ Ur. l. RS, št. 96/02.

⁶⁵ Tretji odstavek 318. člena ZPP-A: »Če iz dejstev, ki so navedena v tožbi, ne izhaja utemeljenost tožbenega zahtevka, izda sodišče sodbo, s katero tožbeni zahtevek zavrne.«

⁶⁶ Ur. l. RS, št. 45/08.

⁶⁷ J. Zobec: komentar k 318. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2009), str. 130–138.

⁶⁸ ZPO je temeljni civilni procesni predpis v Nemčiji, ki drugače od ZPP ureja tudi pretežni del izvršilnega prava.

⁶⁹ V. Rijavec in L. Ude, nav. delo, str. 20. Glej tudi A. Galič, nav. delo (2004), str. 20.

⁷⁰ § 330 ter prvi in drugi odstavek § 331 ZPO.

⁷¹ Tretji odstavek § 331 ZPO. Opozoriti velja, da je izbira postopka za pripravo glavne obravnave, tj. bodisi zgodnji prvi narok za ustno obravnavo bodisi pisni predpostopek, v domeni sodnika, pri tem pa velja, da je izbira pisnega predpostopka primernejša za bolj kompleksne primere. H. J. Musielak, nav. delo, str. 47–56.

⁷² J. Zobec, nav. delo (2007), str. 6.

stranke,⁷³ ZPP pa le *ex officio*. Ker so z vidika tega prispevka pomembne zlasti tiste razlike med nemško in slovensko civilno procesno ureditvijo, ki se nanašajo na učinke in možnost izpodbijanja (prave) zamudne sodbe, se v nadaljevanju zgoščeno osredotočam zlasti nanje.

ZPO določa, da postane zamudna sodba (začasno) izvršljiva že z dnem izdaje,⁷⁴ in sicer brez (tožnikovega) plačila varščine.⁷⁵ Če pride v postopku s pravnimi sredstvi do razveljavitve ali spremembe (na tožnikov predlog že izvršene) prvostopenjske sodbe, je tožnik odškodninsko odgovoren tožencu za škodo, ki mu je nastala zaradi takšne izvršbe.⁷⁶ Institut začasne izvršljivosti odvrča toženca (dolžnika) od vlaganja pravnih sredstev zgolj z namenom odloga izvršbe, obenem pa tožniku (upniku) zagotavlja učinkovito pravno varstvo ter mu (na njegovo tveganje) omogoča takojšnjo realizacijo zahtevka.⁷⁷

Toženec, zoper katerega je bila izdana zamudna sodba, ima zoper njo na voljo posebno, nedeolutivno pravno sredstvo, in sicer ugovor (*Einspruch*).⁷⁸ Če ugovora ne vloži, postane (izvršljiva zamudna) sodba tudi pravnomočna.⁷⁹ Če pa toženec poda pravočasen in obrazložen ugovor zoper zamudno sodbo, sodišče razpiše glavno obravnavo, na kateri se zadeva, o kateri je že (nepravnomočno) odločeno z začasno izvršljivo zamudno sodbo, obravnava enako, kot če toženec ne bi prišel v zamudo; toženčev ugovor vrne celoten pravdni postopek v stanje pred toženčevo zamudo.⁸⁰ Po opravljeni glavni obravnavi sodišče izda sodbo, s katero odločitev iz zamudne sodbe bodisi obdrži v veljavi bodisi jo nadomesti z novo.⁸¹ Posebej velja poudariti, da ZPO za dovoljenost ugovora zoper zamudno sodbo ne zahteva zatrjevanja in dokazovanja upravičenosti zamude; toženec je lahko v zamudi iz kateregakoli razloga. V nemškem (opozicijskem) sistemu je torej zamudna sodba zlasti izraz disponiranja, in ne sankcija za neaktivnost in zavlačevanje.⁸²

Enako kot v slovenski procesni ureditvi je tudi po ZPO eden od pogojev za izdajo zamudne sodbe sklepčnost tožbe,⁸³ ki je sodišče ne preizkusi pred

⁷³ § 330 in § 331 ZPO. Glej tudi T. Karst, nav. delo, str. 250.

⁷⁴ § 704 ZPO. Glej tudi H. J. Musielak, nav. delo, str. 120.

⁷⁵ Točka 2 § 708 ZPO.

⁷⁶ Drugi odstavek § 717 ZPO.

⁷⁷ H. J. Musielak, nav. delo, str. 403–407.

⁷⁸ § 338 ZPO. Glej tudi H. J. Musielak, nav. delo, str. 121 in 122.

⁷⁹ T. Karst, nav. delo, str. 251.

⁸⁰ § 342 ZPO.

⁸¹ § 343 ZPO. Glej tudi T. Karst, nav. delo, str. 251.

⁸² J. Zobec, nav. delo (2007), str. 6.

⁸³ H. J. Musielak, nav. delo, str. 116.

odpošiljanjem tožbe tožencu v odgovor, tako da se tožencu v odgovor vroči tudi nesklepčna tožba. Med slovensko in nemško procesno ureditvijo pa je s stališča tega prispevka bistvena razlika: nemška civilna procesna ureditev namreč ne postavlja toženca, ki meni, da je tožba zoper njega nesklepčna, v položaj, ko mora bodisi iz previdnosti odgovoriti na (po njegovem prepričanju nesklepčno) tožbo bodisi z neodgovorom tvegati izdajo zamudne sodbe s strogimi posledicami. Ker je v nemškem sistemu učinke zamudne sodbe mogoče enostavno odpraviti z obrazloženim in pravočasnim (zamudo neupravičujočim) ugovorom kot posebnim pravnim sredstvom zoper zamudno sodbo,⁸⁴ lahko toženec s tem, ko namenoma ne opravi prvega zahtevanega procesnega dejanja,⁸⁵ preizkusi, ali je tožba tudi po prepričanju sodišča nesklepčna. Če je, se bo toženec branil šele, ko (če) bo njegov pravni položaj ogrožen, tj. ko (če) bo tožnik nesklepčnost odpravil. V nasprotnem primeru, tj. če tožnik nesklepčnosti ne bo odpravil, bo toženec s pasivnostjo dosegel najbolj učinkovito pravno varstvo. Če pa je tožba po prepričanju sodišča sklepčna, bo toženec podal pravočasen in obrazložen ugovor, s čimer mu je dana »še ena možnost«, da sodeluje v prvostopenjskem in kontradiktornem postopku. Ravno s tem, ko sodišče toženca (ki meni, da mu je bila v odgovor vročena nesklepčna tožba) seznani s svojim pravnim stališčem, da je tožba sklepčna in da bo, če se toženec ne bo uspešno branil, zamudna sodba postala pravnomočna, obenem pa mu omogoča, da se z zamudo neupravičujočim ugovorom spusti v (prvostopenjsko in kontradiktorno) obravnavanje zadeve, nemški sistem učinkovito ureja problematiko, na katero v zvezi s slovensko ureditvijo opozarja ta prispevek. V slovenski civilni procesni ureditvi so namreč učinki zamudne sodbe za zamudnika bistveno bolj usodni, saj zamudna sodba učinkuje enako kot katerakoli druga sodba, ZPP pa tudi ne predvideva posebnih (do zamudnika »prijaznih«) pravnih sredstev zoper zamudno sodbo in predpisuje ožje pritožbene razloge. Po ZPP lahko zamudnik takšno sodbo izpodbija le s pritožbo zaradi bistvene kršitve določb pravnega postopka ali zmotne uporabe materialnega prava⁸⁶ oziroma lahko poda zamudo upravičujoči predlog za vrnitev v prejšnje stanje.

Zaradi konceptualne različnosti nemškega (opozicijskega) in slovenskega (restitucijskega) sistema zamudne sodbe je razumljivo, da ni mogoč, kot pravi Zobec, »iztrgan prenos«⁸⁷ posameznega instituta iz enega v drug sistem. To

⁸⁴ Prav tam, str. 121–128.

⁸⁵ Pri ustnem pripravljalnem postopku je prvo zahtevano procesno dejanje toženca, da pristopi na prvi narok ter se spusti v obravnavanje zadeve; pri pisnem pripravljalnem postopku pa je prvo zahtevano procesno dejanje toženca njegova izjava, ki jo mora podati v dveh tednih, da se namerava braniti.

⁸⁶ Drugi odstavek 338. člena ZPP.

⁸⁷ J. Zobec, nav. delo (2007), str. 6 in 7.

še zlasti velja za ugovor kot posebno, nedeolutivno pravno sredstvo zoper zamudno sodbo, saj je smiselno vezan na začasno izvršljivost (še ne pravno-močne) zamudne sodbe, ki je prav tako slovenskemu civilnemu izvršilnemu pravu tuj institut. »Paketni«⁸⁸ prenos nemškega (opozicijskega) sistema zamudne sodbe v slovenski civilni proces bi sicer odpravil v tem prispevku obravnavano problematiko, a bi pomenil radikalno spremembo slovenske ureditve, katere učinek na pospešitev postopka bi bil močno negotov, saj bi (zamudo neupravičujoči) ugovor zoper zamudno sodbo tožencu omogočal zavlačevanje postopka.⁸⁹ Glede na navedeno menim, da niti »iztrgani« niti »paketni« prenos rešitev iz nemške procesne ureditve, po kateri se slovenska sicer pogosto zgleduje, ne bi bila primerna za slovensko civilno procesno pravo.

6. PRIMERJAVA S ŠVEDSKIM CIVILNIM PROCESNIM PRAVOM⁹⁰

Za slovensko civilno procesno ureditev je zanimiva rešitev švedskega civilnega procesnega prava, ki je podobno kot slovensko nastajalo pod močnim vplivom germanskega pravnega kroga.⁹¹ Jedro švedske procesne ureditve je zakon o sodnem postopku Rättegångsbalken (RB), ki ureja tudi civilni postopek.⁹² Švedski sistem zamudne sodbe je razmeroma zapleten in ga RB ureja na več mestih. Temeljno pravilo je, da sodišče izda zamudno sodbo (*tredskodom*), če stranka bodisi ne odgovori na tožbo bodisi se ne udeleži ustne pripravljalne obravnave ali glavne obravnave ter so kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji: (1) tožbene navedbe niso v nasprotju s splošno znanimi dejstvi; (2) iz tožbenih navedb izhaja utemeljenost tožbenega zahtevka; (3) gre za zahtevke, ki so v dispoziciji strank; (4) izdajo zamudne sodbe zahteva nasprotna stranka; (5) stranka je bila pred zamudo opozorjena, da bo v primeru njene zamude sodišče izdalo zamudno sodbo.⁹³

Stranka, zoper katero je izdana zamudna sodba, ima na voljo posebno pravno sredstvo, in sicer lahko v enem mesecu poda t. i. predlog za ponovno obravnavo zadeve (*ansökan om återvinning*), v kateri je bilo odloženo z zamudno

⁸⁸ Prav tam.

⁸⁹ Primerjaj prav tam.

⁹⁰ Za pomoč pri pravilnem razumevanju v prispevku predstavljene švedske civilne procesne ureditve se zahvaljujem dr. Katrin Lainpelto z Univerze v Stockholmu, dr. Hansu Eklundu s Pravne fakultete Univerze v Uppsali ter odvetniku Simonu Anderssonu.

⁹¹ S. Strömholm, nav. delo, str. 1–18.

⁹² C. Broman in M. Granström, nav. delo, str. 706.

⁹³ Štiriinštirideseto poglavje RB ter § 11 in prvi odstavek § 12 dvainštiridesetega poglavja RB.

sodbo.⁹⁴ Če takšnega predloga ne poda, zamudna sodba začne učinkovati.⁹⁵ Predlog za ponovno obravnavo zadeve je treba podati pisno pri sodišču, pri katerem bi bilo treba opraviti zamujeno dejanje. Če je bila zamudna sodba izdana zaradi strankine zamude v pripravljalnem postopku (npr. toženec ni odgovoril na tožbo), mora zamudnik v predlogu za ponovno obravnavo zadeve navesti vse potrebno, da se pripravljalni postopek zaključi (npr. toženec navede vse, kar je po § 7 dvainštiridesetega poglavja RB treba navesti v odgovoru na tožbo).⁹⁶ Na podlagi predloga za ponovno obravnavo zadeve sodišče vrne postopek v tisto stanje, v katerem je bil pred zamudo.⁹⁷ Tožencu je tako dana še ena, tokrat zadnja⁹⁸ priložnost, da se – ne glede na (ne)upravičenost njegove zamude – vključi v prvostopenjski kontradiktorni postopek in nasprotuje tožbenemu zahtevku.

Z vidika prispevka je ključno pravilno razumevanje določbe prvega odstavka § 5 dvainštiridesetega poglavja RB. Ta sodišču (kot pravilo) nalaga, da tožbo, ki vsebuje vse, kar zahteva določba prvega odstavka § 2 dvainštiridesetega poglavja RB, nemudoma po prejemu vroči tožencu v odgovor (*svaromål*); kot izjemo pa določa, da lahko sodišče, če iz tožbenih navedb ne izhaja utemeljenost tožbenega zahtevka ali je kakorkoli drugače očitno, da je tožbeni zahtevek neutemeljen, tožbeni zahtevek *a limine* zavrne kot neutemeljen, tj. ne da bi tožbo (ki sicer vsebuje vse, kar zahteva določba prvega odstavka § 2 dvainštiridesetega poglavja RB) predhodno poslalo tožencu v odgovor.⁹⁹ V kontekstu in terminologiji slovenskega civilnega procesnega prava to pomeni, da sodišče po prejemu tožbe najprej preizkusi njeno popolnost (če ni popolna, sodišče toženca po § 3 dvainštiridesetega poglavja RB, pozove naj jo dopolni), nato pa še njeno sklepčnost. Šele ko je tožba popolna in sklepčna, jo sodišče odpošlje tožencu in ga pozove, naj nanjo odgovori v postavljenem roku.¹⁰⁰ Z vročitvijo tožbe je torej toženec seznanjen s prepričanjem sodišča, da iz tožbenih navedb izhaja utemeljenost tožbenega zahtevka, zaradi česar je njegov pravni položaj ogrožen in se mora braniti. S tem švedski model učinkovito preprečuje položaj, ki ga v slovenskem civilnem procesu problematizira ta prispevek.

⁹⁴ Prvi odstavek § 9 štiriinštiridesetega poglavja RB.

⁹⁵ C. Broman in M. Granström, nav. delo, str. 719.

⁹⁶ Prvi in drugi odstavek § 9 štiriinštiridesetega poglavja RB.

⁹⁷ Prvi odstavek § 10 štiriinštiridesetega poglavja RB.

⁹⁸ Drugi odstavek § 10 štiriinštiridesetega poglavja RB.

⁹⁹ Prvi odstavek § 5 dvainštiridesetega poglavja RB. Glej tudi C. Broman in M. Granström, nav. delo, str. 714.

¹⁰⁰ RB ne določa roka, v katerem mora toženec podati odgovor na tožbo; primeren rok za odgovor določi sodišče v pozivu tožencu, in sicer ob upoštevanju vseh okoliščin primera. C. Broman in M. Granström, nav. delo, str. 709.

Opozoriti velja, da švedska sodišča predstavljeno določbo prvega odstavka § 5 dvainštiridesetega poglavja RB uporabljajo redko in restriktivno (kot rečeno, gre za izjemo od splošnega pravila), zlasti v luči 6. člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin,¹⁰¹ ki zagotavlja pravico do poštenega sojenja. Določbo je mogoče uporabiti le tedaj, ko gre za t. i. popolno nesklepčnost (tožbeni zahtevek je v celoti neutemeljen); če je tožba le delno nesklepčna, jo je (v celoti) treba vročiti tožencu v odgovor. Stališča o tem, ali mora sodišče tožniku, čigar tožbeni zahtevek je (zaradi delne ali popolne nesklepčnosti tožbe) delno ali v celoti neutemeljen, pomagati pri oblikovanju zahtevka, so na Švedskem različna, in sicer z vidika zahteve po nepristranskoosti sodišča. Velja opozoriti, da RB v civilnih postopkih niti ne zahteva obveznega zastopanja po odvetniku niti ne omejuje dejavnosti zastopanja pred sodišči na odvetnike,¹⁰² kar gotovo ne pripomore h kakovosti tožb; kljub temu pa so v praksi (zlasti v zapletenih primerih) izjemno redki primeri, ko stranke ne bi zastopal odvetnik.¹⁰³

Po mojem prepričanju je – enako kot nemški model – tudi švedski model zamudne sodbe neprimeren za »paketni« prenos v slovensko civilno procesno pravo. Res je, da bi odpravil obravnavano problematiko, a bi pomenil radikalno spremembo, tožencu pa bi, zlasti zaradi kombinacije preizkusa sklepčnosti tožbe še pred njenim odpošiljanjem v odgovor ter posebnega, zamudniku »prijaznega« pravnega sredstva zoper zamudno sodbo, omogočal zavlačevanje postopka. Drugače je glede prenosa posameznega instituta švedskega modela zamudne sodbe oziroma pravilneje faze preizkusa sklepčnosti. Menim, da bi bilo smiselno po švedskem vzoru preizkus sklepčnosti tožbe premakniti (iz zamudnega postopka) v fazo pred odpošiljanjem tožbe v odgovor, kot bo pojasnjeno v nadaljevanju.

7. NESKLEPČNE TOŽBE NAJ SE NE VROČAJO TOŽENI STRANKI V ODGOVOR

7.1. Prestavitev preizkusa sklepčnosti v zgodnejšo fazo postopka

Prestavitev preizkusa sklepčnosti iz zamudnega postopka, v katerega je skladno z ZPP umeščen zdaj, v fazo, preden sodišče tožbo odpošlje tožencu ter ga pod grožnjo izdaje zamudne sodbe pozove, naj poda pravočasen in obrazložen odgovor, bi z vidika obravnavane problematike pomenila razmeroma enostav-

¹⁰¹ Ur. l. RS, št. 7/94 in nasl.

¹⁰² C. Broman in M. Granström, nav. delo, str. 707.

¹⁰³ Prav tam.

no in učinkovito rešitev. V tem primeru bi namreč toženec, ki mu je bila tožba poslana v odgovor, vedel, da je takšna tožba po prepričanju sodišča sklepčna (sicer mu ne bi bila poslana v odgovor). S tem bi bila odpravljena dilema, pred katero se utegne znajti v sedanji ureditvi; z vročitvijo tožbe bi bila tožena stranka seznanjena tudi z gotovostjo posledice, ki jo bo doletela, če na vročeno tožbo ne bo odgovorila – sodišče bo izdalo ugoditveno zamudno sodbo (s strogimi posledicami za zamudnika). Podobna zamisel je bila v slovenski pravni teoriji že omenjena,¹⁰⁴ četudi v drugačnem kontekstu in brez navajanja vzporednic s švedskim modelom.

Prestavitev preizkusa sklepčnosti iz zamudnega postopka v zgodnejšo fazo postopka ne bi povzročila dodatne obremenitve sodišča, saj to za vsako tožbo, ki je sposobna meritorne obravnave, preverja, ali iz zatrjevanih dejstev izhaja utemeljenost tožbenega zahtevka. Gre torej za vprašanje, v kateri fazi postopka naj sodišče opravi takšen vsebinski preizkus, ne pa za vprašanje, ali bi sodišče moralo izvesti preizkus sklepčnosti tudi v primerih, v katerih ga po veljavni ureditvi ni treba. V sedanji ureditvi namreč v primeru, ko ne nastopi faza zamudnega postopka (ker toženec poda pravočasen in obrazložen odgovor na tožbo), sodišče izvede vsebinsko identičen preizkus (četudi ni poimenovan preizkus sklepčnosti) v okviru materialnega procesnega vodstva po prejemu toženčevega odgovora na tožbo.

7.2. Ali naj se preizkus sklepčnosti premakne v fazo predhodnega preizkusa tožbe

Prestavitev preizkusa sklepčnosti v fazo predhodnega preizkusa tožbe, tj. fazo, v kateri se preverja, ali so podane vse obvezne sestavine tožbe in procesne predpostavke, da toženca in sodišča ne bi obremenjevali s tožbo, ki ne izpolnjuje zahtevanih pogojev za uvedbo postopka, bi bila neprimerna, saj bi povzročila očitno sistemsko nedoslednost in zadrego; vprašanje sklepčnosti tožbe, ki je vprašanje materialnega prava, bi postalo vprašanje popolnosti tožbe, ki je vprašanje procesnega prava.¹⁰⁵ Tožba, ki ne bi vsebovala (tistih in toliko) dejstev, iz katerih bi izhajala utemeljenost zahtevka, bi bila v takšnem primeru nepopolna in ne bi imela zadostne dejanske podlage, zato bi se tožniku vrnila v popravo. Šele ko bi odpravil nesklepčnost, bi bila tožba popolna, če nesklepčnosti ne bi odpravil, pa bi sodišče takšen tožbeni zahtevak zavrglo.

¹⁰⁴ T. Gregorc, nav. delo, str. 91 in 106-107.

¹⁰⁵ Primerjaj z A. Galič: komentar k 180. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2006), str. 129.

Stališče, da mora tožnik v tožbi navesti toliko dejstev in tista dejstva, ki, če so resnična, utemeljujejo tožbeni zahtevek, zajema teorija substanciranja. Podobno mnenje je bilo mogoče zaslediti tudi v slovenski pravni teoriji, in sicer, da je ZPP/99 nalagal sodišču izvedbo preizkusa sklepčnosti že v fazi predhodnega preizkusa tožbe;¹⁰⁶ ob tem velja dodati, da je bilo vprašanje sklepčnosti v ZPP/99 urejeno podobno, kot je urejeno z novelo ZPP-D, predvsem pa je bilo že tedaj umeščeno v 318. člen ZPP s pomenljivim naslovom »zamudna sodba«. Betettova je v tretjem odstavku 318. člena ZPP/99¹⁰⁷ videla »odsev načela materialnega procesnega vodstva v fazi predhodnega [sic!] preizkusa tožbe«.¹⁰⁸ S takšnim stališčem se je težko strinjati, saj je, kot je obširno pojasnjeno tudi v tem prispevku, preizkus sklepčnosti tožbe materialnopravni preizkus in je umeščen v zamudni postopek.¹⁰⁹ Tudi Betettova je pozneje zavzela stališče, da preizkus sklepčnosti ni del predhodnega preizkusa tožbe ter da ga sodišče izvede po vročitvi tožbe tožencu.¹¹⁰

7.3. Preizkus sklepčnosti tožbe kot nova faza

Če naj se nesklepčne tožbe ne vročajo v odgovor tožencu, dokler tožnik ne odpravi nesklepčnosti, pri tem pa izhajamo iz predpostavke, da naj preizkus sklepčnosti ne postane del predhodnega preizkusa tožbe, saj bi takšna rešitev povzročila nakazano sistemsko nedoslednost, bi bilo treba preizkus sklepčnosti premakniti iz zamudnega postopka v »novo« fazo, ki bi bila po švedskem zgledu umeščena med predhodni preizkus tožbe in odpošiljanje tožbe v odgovor; po sedanjí ureditvi traja faza predhodnega preizkusa tožbe do pošiljanja tožbe v odgovor.¹¹¹

Če bi sodišče v »novi« fazi ugotovilo, da tožba ni sklepčna, bi jo vrnilo tožniku in ga pozvalo, naj nesklepčnost odpravi (sklep o tem bi se vročil le tožniku); šele ko bi tožnik odpravil nesklepčnost tožbe (in bi torej pravni položaj toženca postal ogrožen), bi jo sodišče poslalo v odgovor tožencu. Če pa tožnik ne bi odpravil nesklepčnosti niti po pozivu sodišča, bi to vodilo v zavrnitev

¹⁰⁶ N. Betetto, nav. delo (2002), str. 41.

¹⁰⁷ Tretji odstavek 318. člena ZPP/99: »Če iz dejstev, ki so navedena v tožbi, ne izhaja utemeljenost tožbenega zahtevka, tožeča stranka pa v roku, ki ga je določilo sodišče s sklepom, tožbe ustrezno ne popravi, izda sodišče sodbo, s katero tožbeni zahtevek zavrne.«

¹⁰⁸ N. Betetto, nav. delo (2002), str. 41.

¹⁰⁹ A. Galič: komentar k 180. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2006), str. 129–135. Glej tudi J. Zobec: komentar k 318. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2009), str. 88–145. Glej tudi J. Zobec, nav. delo (2002), str. 19–26.

¹¹⁰ N. Betetto, nav. delo (2009), str. 1640.

¹¹¹ V. Rijavec: komentar k 272. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2006), str. 545.

tožbenega zahtevka. V takšnem primeru se zastavlja vprašanje zagotavljanja kontradiktornosti oziroma pravice tožene stranke do izjavljanja, saj ta ne bi bila pritegnjena v postopek, če tožnik ne bi odpravil nesklepčnosti tožbe.¹¹² Kot potencialno rešitev vidim možnost, da bi se kontradiktornost zagotavljala naknadno (a še vedno v okviru istega postopka!), npr. tako, da bi sodišče pred izdajo sodb, s katero bi tožnikov tožbeni zahtevek zavrnilo (ker nesklepčnost ni bila odpravljena niti po pozivu sodišča), toženi stranki omogočilo, da se izjavi ter tudi npr. pripozna tožbeni zahtevek; če tožena stranka zahtevka ne bi pripozнала, bi ga sodišče kot neutemeljenega zavrnilo.

8. SKLEP

Zastavlja se vprašanje primernosti sedanje ureditve ZPP, ki združuje (1) preizkus sklepčnosti (še) v zamudnem postopku ter (2) do zamudnika stroge posledice zamudne sodb. Če toženec ne poda odgovora na (po njegovem) nesklepčno tožbo, tvega izdajo ugoditvene zamudne sodb, ki učinkuje enako kot katerakoli druga sodba, izpodbijati jo je mogoče le s pritožbo (iz omejenih pritožbenih razlogov), predlog za vrnitev v prejšnje stanje pa je utemeljen le, če je do zamude prišlo iz upravičenega razloga. Če toženec iz previdnosti poda odgovor na nesklepčno tožbo, pa s tem izključi zase najugodnejši razplet, da bi že s pasivnostjo dosegel učinkovito pravno varstvo.

Kratka primerjalnopravna analiza nemškega ZPO, švedskega RB in slovenskega ZPP pokaže, da se prva dva od zadnjega razlikujeta (z vidika v prispevku obravnavane problematike) zlasti v tem: (1) zamudna sodba pride v poštev v večjem številu primerov; (2) učinke zamudne sodb je mogoče enostavneje razveljaviti, in sicer s posebnim, zamudni sodbi prilagojenim pravnim sredstvom; (3) zamudna sodba se izda le na zahtevo (nasprotne) stranke, nikdar *ex officio*. Procesni položaj, ki ga problematizira prispevek, po ZPO ni mogoč; toženec, ki meni, da mu je bila v odgovor vročena nesklepčna tožba, bo z molkom preizkusil pravilnost svojega stališča. Če bo imel prav, bo (z molkom) dosegel najučinkovitejše pravno varstvo, pod pogojem, da tožnik (po pozivu sodišča) ne bo odpravil nesklepčnosti. Če pa bo tožba po prepričanju sodišča sklepčna, toženec z molkom ne bo tvegal prav veliko, saj bo z obrazloženim (zamudo neupravičujočim) ugovorom dosegel, da se bo postopek vrnil v stanje pred njegovo zamudo. V švedski civilni procesni ureditvi se nesklepčne tožbe niti ne vročajo tožencu v odgovor, tako da je ta že z vročitvijo tožbe seznanjen s prepričanjem sodišča, da je tožba sklepčna (in torej ogroža njegov

¹¹² Obširno o pravici do izjavljanja oziroma kontradiktornosti glej A. Galič, nav. delo (2004), 159–313. Glej tudi A. Galič: komentar k 5. členu, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo (2005), str. 53–63.

pravni položaj). Glede na navedeno je razumljivo, da nemška in švedska pravna teorija ne namenjata pozornosti problematiki, na katero (v zvezi z ZPP) opozarja ta prispevek.

Bolj kot prenos nemškega modela zamudne sodbe se zdi smiseln prenos rešitve, ki jo pozna švedsko (civilno procesno) pravo – preizkus sklepčnosti naj se izvede v »novi« fazi, ki bi sledila fazi predhodnega preizkusa tožbe in ne bi zajemala odpošiljanja tožbe v odgovor. S premikom faze preizkusa sklepčnosti iz zamudnega postopka v zgodnejšo fazo, tj. fazo pred odpošiljanjem tožbe toženi stranki v odgovor, je mogoče učinkovito urediti problematiko, na katero opozarja prispevek, ob tem pa ne ogroziti sistematike, koherentnosti ter hitrosti pravnega postopka.

Literatura

- Nina Betetto: Zamudna sodba, v: *Pravosodni bilten*, 23 (2002) št. 3, str. 33–42.
- Nina Betetto: Razlikovanje med nesklepčno in nepopolno tožbo, v: *Podjetje in delo*, št. 6-7/2009, str. 1638–1648.
- Nina Betetto: komentar k 108. členu, v: Lojze Ude in Aleš Galič (red.): *Pravdni postopek, Zakon s komentarjem*, 1. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2005, str. 436–443.
- Nina Betetto: komentar k 285. členu, v: Lojze Ude in Aleš Galič (red.): *Pravdni postopek, Zakon s komentarjem*, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2006, str. 582–595.
- Claes Broman in Max Granström: Sweden, v: Shelby R. Grubbs (ur.): *International Civil Procedure*. Kluwer Law International, Haag 2003, str. 705–730.
- Aleš Galič: Sankcije za neaktivnost strank v pravdnem postopku, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 63 (2003), str. 157–186.
- Aleš Galič: *Ustavno civilno procesno pravo*. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Aleš Galič: komentar k 180. členu, v: Lojze Ude in Aleš Galič (red.): *Pravdni postopek, Zakon s komentarjem*, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2006, str. 122–141.
- Aleš Galič: komentar k 5. členu, v: Lojze Ude in Aleš Galič (red.): *Pravdni postopek, Zakon s komentarjem*, 1. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2005, str. 53–63.
- Tatjana Gregorc: *Magistrska naloga: Teoretični in praktični vidiki ter primerjalnopravna ureditev zamudne sodbe*. Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 1999.

- Jože Juhart: Zbiranje pravnega gradiva, v: *Pravnik*, št. 5–8/1957, str. 202–233.
- Jože Juhart: *Pravdni postopek*. Časopisni zavod Uradni list SRS v Ljubljani, Ljubljana 1974.
- Thomas Karst: Federal Republic of Germany, v: Shelby R. Grubbs (ur.): *International Civil Procedure*. Kluwer Law International, Haag 2003, str. 239–269.
- Hans-Joachim Musielak: *Grundkurs ZPO*. Deseta izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2010.
- Marijan Pavčnik: *Argumentacija v pravu*. Druga, spremenjena in dopolnjena izdaja. Cankarjeva založba, Ljubljana 2004.
- Vesna Rijavec: komentar k 272. členu, v: Lojze Ude in Aleš Galič (red.): *Pravdni postopek, Zakon s komentarjem*, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2006, str. 545–546.
- Vesna Rijavec in Lojze Ude: *Zakon o pravnem postopku z uvodnimi pojasnili z novelo ZPP-D*. GV Založba, Ljubljana 2008.
- Til Rozman: Ali ima toženec pravico do izjave, da je tožba nesklepčna?, v: *Pravna praksa*, 32 (2013) 31/32, str. 15–16.
- Stig Strömholm: General Features of Swedish Law, v: Michael Bogdan (ur.): *Swedish legal system*. Norstedts Juridik, Stockholm 2010, str. 1–20.
- Siniša Triva: *Esej o otvorenem pravosuđenju*. Novo parnično procesno pravo, Zbirka radova, Zagreb 1977.
- Jan Zobec: *Pravdni postopek: Nesklepčnost tožbe in zamudna sodba*, v: *Pravna praksa*, 21 (2002) št. 18, str. 19–26.
- Jan Zobec: *Zamudna sodba zoper tožnika – nujnost ali tujek v slovenskem civilnem postopku*, v: *Pravna praksa*, 26 (2007), št. 31/32, str. 6–8.
- Jan Zobec: komentar k 318. členu, v: Lojze Ude in Aleš Galič (red.): *Pravdni postopek, Zakon s komentarjem*, 3. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2009, str. 88–145.
- Dragica Wedam Lukić: *Vloga sodišča in strank pri zbiranju procesnega gradiva*, v: *Podjetje in delo*, št. 6-7/1998, str. 984–991.

STAGE OF EXAMINATION OF CONCLUSIVENESS

Til Rozman,

*LL.B., doctoral candidate at the Faculty of Law, University of Ljubljana,
young researcher at the Faculty of Social Sciences, University of Ljubljana*

In the article the author addresses and briefly describes Slovenian legal regulation of the institute of conclusiveness of an action and differs it from the preliminary examination. The action is conclusive if the claim is founded upon the facts stated in the action and *vice versa* – if the claim is not founded upon the facts stated in the action, the action is inconclusive. The action shall contain a specified relief or remedy claimed in respect of the cause of action, the lateral claims, the statement of facts constituting the cause of action, the statement of evidence proving these facts, and other particulars required in every pleading. Plaintiff is not obliged to describe all the facts of the case and the complete historical event but rather those facts that undoubtedly individualize the claim and enable differentiation from all the other claims. On the other hand, a defence plea must contain a statement of grounds indicating whether the defendant refutes the whole claim of plaintiff or only a partly thereof and, in the latter case, which particular part, otherwise it shall be deemed not to be lodged.

Although the conclusiveness is not a prerequisite for the completeness of an action, it is a *conditio sine qua non* for rendering a default judgment satisfying the claim. It is found that current legal regulation in Slovenia is suboptimal, especially in one aspect – although the claim is not founded upon the facts stated in the action, the action (which contains all matters set forth in Article 180 of the Civil Procedure Act and in respect of which the due amount of court fee has been paid) shall be served by the court upon the defendant to make a defence plea. Furthermore, the defendant shall be instructed by the court that in the event of his failure to file a defence plea within the determined time limit, or if his defence plea does not contain a statement of grounds, the court shall render a default judgment satisfying the claim. Although the sec-

ond paragraph of Article 277 of the Civil Procedure Act requires such instructions, they are obvious incorrect in case of inconclusiveness. If the defendant fails to make a statement of defence against an inconclusive action, the court shall not(!) render a default judgment satisfying the claim but rather set a term by which the plaintiff shall remedy the lack of conclusiveness of an action; if the plaintiff fails to amend the action accordingly within the term, the claim shall be rejected by the court. On the other hand, if it is obvious that the plaintiff is unable to remedy the lack of conclusiveness of an action by amending particular statements within the same claim, the court shall not set a term for elimination of the lack of conclusiveness of an action but shall reject the claim after expiry of the term for filing a defence plea.

A comparison with the German Code of Civil Procedure discovers at least two important differences: (1) a default judgement may only be issued on the application of the party (and not *ex officio* as in the Slovenian Civil Procedure Act) and (2) a default judgement can be attacked by a simple objection without justifying reasons for failing to perform an act of procedure within the prescribed time period (and not only by appeal on the ground of severe violation of civil procedure provisions or on the ground of violation of substantive law as in the Slovenian Civil Procedure Act). Furthermore, according to the German Code of Civil Procedure filing of the objection will prevent the default judgment from becoming final and absolute. If objection is admissible, the court shall examine whether the claim is substantiated and a default judgement will be either reversed or confirmed. Notwithstanding that the defendant fails to make a defence plea, the German Code of Civil Procedure allows the delayed party to engage in trying of the main subject of dispute without justifying reasons for delay. The author concludes that due to the differences between Slovenian and German model of the default judgment, (mere) particular solutions of the German model, esp. objection against default judgment, are not applicable to Slovenian model because such transfer would cause incoherency.

For the Slovenian Civil Procedure Act is more suitable solution of the Swedish civil procedure (Chapter 42, Section 5). It says that if the application is not dismissed, the court shall issue a summons calling upon the defendant to answer the case; if the plaintiff's statement does not constitute a legal basis for the case, or if it is otherwise clear that the case is unfounded the court may, however, immediately enter judgment in the case without issuing a summons. The author suggests that in Slovenian model inconclusive actions should not be served by the court upon the defendant to make a defence plea but should rather be returned to the plaintiff; if the plaintiff fails to remedy the lack of conclusiveness of an action, the claim should be *a limine* rejected by the court. Such solution should be applied rarely (as an exemption from the rule that actions shall be

served by the court upon the defendant to make a defence plea) and only in cases when the entire claim is unfounded; if there is a part of the claim which is founded, an action should be served by the court upon the defendant to make a defence plea. Transferring only the stage of examination of conclusiveness of an action from the Swedish model of default judgement would not cause incoherency of the Slovenian civil procedure and would efficiently eliminate the aforementioned suboptimality of the Slovenian Civil Procedure Act.

Because incomplete and/or inconclusive actions are incapable to affect the defendant, they should not be served by the court upon the defendant to make a defence plea, esp. they should not be served with (false) instruction that in the event of defendant's failure to file a defence plea within the determined time limit, or if his defence plea does not contain a statement of grounds, the court shall render a judgment granting to the relief or remedy claimed by plaintiff. The author concludes with the proposal to amend the Civil Procedure Act in such a way that if the statement in the application does not constitute a legal basis for the case, the court should *a limine*, i.e. without issuing a summons, dismiss the case.

(NE)ZADOVOLJIVOST REFORME STROŠKOV ZASTOPANJA PO ODVETNIKU 2003/2008: ANALIZA NA PRIMERU ZASTOPANJA V KLASIČNIH PRAVDNIH POSTOPKIH PRED OKROŽNIM SODIŠČEM V LJUBLJANI

France Ocepek,

*univerzitetni diplomirani pravnik, magister poslovnih znanosti,
strokovni sodelavec na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije*

Marko Pahor,

*univerzitetni diplomirani ekonomist, doktor ekonomskih znanosti,
izredni profesor na Ekonomski fakulteti Univerze v Ljubljani*

1. UVOD

Teče sedmo leto po obširnejši zakonodajni reformi, izvedeni večinoma leta 2008, katere namen je bil izboljšati slovensko pravosodno okolje in doseči sojenje brez nepotrebnega odlašanja, kar je pravica, varovana s prvim odstavkom 23. člena Ustave RS.¹ Kljub temu da bi morali biti že globoko v Postlukendovi dobi, nas neodvisni in s slovensko družbenopolitično ter pravosodno stvarnostjo neobremenjeni organ Evropskega sodišča za človekove pravice vsakič znova opominja, da še nismo izplavali iz Antelukendove dobe.² Zato bomo v tem prispevku z zdrave časovne oddaljenosti analizirali področje stroškov odvetniškega zastopanja pri zastopanju v klasičnih pravnih postopkih in pokazali, kako lahko v tem primeru *ad hoc* pravodajalsko reševanje stvarnih pravosodnih težav prinese rešitve, za katere lahko utemeljeno dvomimo, da odpravljajo največji problem sodne neučinkovitosti.

¹ Kot posledica celotnega delovanja projekta Lukenda so bili sprejeti npr. novela D Zakona o pravnem postopku (Ur. l. RS, št. 45/08), Zakon o sodnih taksah – ZST-1 (Ur. l. RS, št. 37/08), novela H Zakona o sodiščih (Ur. l. RS, št. 45/08).

² Npr. zadevi *Grešovnik proti Sloveniji* (št. 31594/08) z dne 18. julija 2013 in *Trunk proti Sloveniji* (št. 41391/06) z dne 18. aprila 2013.

Namen prispevka je na konkretnem primeru zastopanja strank pred pravnim oddelkom Okrožnega sodišča v Ljubljani ter pred višjim in vrhovnim sodiščem v isti opazovani pravdni zadevi osvetliti finančne posledice za potencialno pravdno stranko glede na stari/novi sistem odvetniške tarife. Analitično se postavimo najprej v prelomno leto 2007 (Antelukendovo dobo) in na podlagi predpostavke, da se v sedmih letih (žal) ni nič bistveno spremenilo glede vsebinskega in količinskega pravedanja,³ v letu 2014 na podlagi istih pravnih podatkov primerjamo stroškovne učinke spremembe odvetniške tarife. Izbrano vzorčno leto 2007 tako omogoča tako oceno primernosti zakonodajalčevih namenov v času sprejemanja zakona kot tudi oceno sedanjega stanja.

V okviru zakonodajnega paketa Projekta Lukenda⁴ je bil sprejet tudi Zakon o odvetniški tarifi (ZOdvT),⁵ ki je z novim sistemom tarife (v nadaljevanju OT/08) nadomestil cehovsko⁶ sprejeto Odvetniško tarifo (v nadaljevanju OT/03).⁷ ZOdvT je v predlogu zakona Vlada RS pospremila s temi poudarki (Predlog zakona o odvetniški tarifi, EVA 2007-2011-0099, prva obravnava):

- Določitev odvetniške nagrade v točkah je zaradi stabilnih tržnih razmer neprimerna oblika.
- Sedanja (2003) ureditev omogoča zaračunavanje vsake storitve posebej, kar povzroča nepotrebno kopičenje vlog in prelaganje glavnih obravnjav, posledično pa zavlačevanje postopkov.
- Sedanji (2003) način določanja nagrad je zagotovo dražji, postopek pa dolgotrajnejši.

³ Po uradnih sodnih statistikah za obdobje 2001–2012 je povprečje za pravdni oddelek Okrožnega sodišča v Ljubljani 3721 novih zadev in 3751 rešenih zadev na leto, kar ob povprečnem številu nerešenih zadev na začetku leta 5254 pomeni, da je pričakovani povprečni čas reševanja naključne zadeve pred pravnim oddelkom 2,4 leta (»zadeve v delu«, tj. nerešene plus nove – deljeno s povprečjem rešenih in novih zadev, ki sta »zanimivo« – povsem v skladu s teorijo produkcijskega menedžmenta, praktično enaki). Čas takega reševanja je v okvirih ugotovitev v nadaljevanju citiranih publikacij. »Zanimivo« pa je za eno leto daljši od uradno (po novi metodologiji – prvič prikazano leta 2012 in je še aktualno) predstavljenih podatkov o pričakovanem času rešitve, ki so takšni zaradi (napačnega!) deljenja nerešenih zadev konec leta z rešenimi (kar zanemari prav vse zadeve, ki prispejo na novo oziroma, še pomembneje, – so na »zalogi« kot nerešene zadeve na začetku leta). Gre le za eno od zavajajočih nedoslednosti v sodnih statistikah, ki pa si zaslužijo obravnavo v posebnem prispevku.

⁴ Ministrstvo za pravosodje RS, nav. delo.

⁵ Ur. l. RS, št. 67/08.

⁶ Pred tem je tarifo sprejela skupščina Odvetniške zbornice. Ob sprejemu zakona je o postopku sprejema tarife potekala debata, Odvetniška zbornica pa ima še vedno avtonomne »neobvezujoče smernice« za zaračunavanje odvetniških storitev in tarifo, sprejeto na skupščini zbornice 10. aprila 2010 (seveda nepotrjeno s strani ministrstva), ki so dejansko sistemski prepis stare tarife. Odvetniki pogosto v praksi strankam »v skladu z dogovorom« zaračunavajo stroške po starem sistemu (po možnosti z dogovorom določeno vrednostjo točke).

⁷ Ur. l. RS, št. 67/03.

- Zato naj se preide na sistem ene nagrade za celoten postopek, ene nagrade za obravnavo, ne glede na število obravnav. Tak način nagrajevanja naj bi odvetnike spodbujal k čim hitrejši rešitvi zadeve.
- Zmanjševanje sodnih zaostankov kot posledica koncentracije vlog in obravnav.
- Sedanja tarifa ne vsebuje ustreznih finančnih mehanizmov za sporazumno reševanje sporov.
- Zagotoviti učinkovito pravno varstvo tako z ekonomskega kot časovnega vidika (odvetniki naj bi lahko reševali več stvari hkrati po novem sistemu).

V prispevku bomo predstavili svoj pogled na uspešnost zakonodajno zastavljenih ciljev, tako da bomo najprej predstavili statistični pristop, sledijo osnovne statistike proti zahtevnejšim, končamo z oceno primernosti zakonodajne spremembe.

2. STATISTIČNI VZOREC ZA ANALIZO

Statistični vzorec je bil pridobljen leta 2010 pri pripravi magistrskega dela Analiza časovnih zaostankov pravnega oddelka Okrožnega sodišča v Ljubljani,⁸ katerega glavni izsledki so bili širši strokovni javnosti že predstavljeni.⁹ Predstavlja ga 205 naključno izbranih (v letu 2007) arhiviranih spisov na pravnem oddelku Okrožnega sodišča v Ljubljani.¹⁰ Glede zastopanja so bili že tedaj zbrani podatki, ali in kako – sama, po odvetniku ali po pooblaščenцу – je stranka vložila tožbo, odgovor na tožbo, pripravljalne vloge, pravna sredstva, ali je stranka sama na naroku, ali jo je zastopal odvetnik (ali pooblaščenec). Pri vlogah na prvi stopnji se je tako spremljalo le vloge, ki bi prišle v poštev po tarifnih številkah 18 (tožbe), 19 (obrazložen odgovor na tožbo, ugovor zoper plačilni nalog, obrazložene pripravljalne vloge, dokazni predlogi, izvzeli pa smo druge »obrobne« vloge iz četrtega odstavka) in 21 OT/03. Nismo pa opazovali povsem obrobni vlog po zahtevnosti, kot je opravičilo za izostanek z naroka (torej »druge vloge« iz četrtega odstavka 19. številke), ampak smo spremljali procesno pomembnejše vloge, ki bi lahko vplivale na izid postopka. Teh podatkov o odvetniškem zastopanju do zdaj še nismo analizirani.

Glede na zastopanje po odvetniku pri posameznem pravnem dejanju so se stranki pripisali odvetniški stroški glede na pravila OT/03¹¹ in OT/08. Stroški,

⁸ F. Očepek, nav. delo.

⁹ F. Očepek in M. Pahor, nav. delo (Opazovanje ...), F. Očepek in M. Pahor, nav. delo (Trajanje ...).

¹⁰ Več o vzorčenju v F. Očepek, nav. delo, str. 32–34.

¹¹ Vrednost točke po OT/03 je bila 0,459 EUR.

ki so nastali tako, so podlaga za sodno prisojo povrnitve potrebnih pravnih stroškov,¹² niso pa seveda nujno dejanski strošek stranke, ki je praviloma večji za stranske stroške, ki smo jih zanemarili pri obeh modelih tarif (npr. poštnina, kilometrina, obrobne vloge, kot so opravičila itd.), in seveda se ne upošteva dejanski dogovor med stranko in odvetnikom, pri katerem sta ta (načeloma) svobodna.¹³

3. ZASTOPANJE PO ODVETNIKU KOT PRAVILO V PRAVDNEM POSTOPKU PRED OKROŽNIM SODIŠČEM

Samo v 3,9 odstotka zadev (8 zadev v vzorcu) ni bila niti ena stranka vsaj pri enem pravnem dejanju zastopana po odvetniku. Zastopanje po odvetniku je v pravnih pred okrožnim sodiščem pravilo. To sicer nekoliko bolj velja za tožnika (v 92,7 odstotka zadev pri vsaj enem dejanju), manj pa za toženca (v 72,5 odstotka zadev pri vsaj enem dejanju).¹⁴ Večja zastopanost pri tožniku se kaže pri sklopih pravnih aktivnosti: pri pisnih vlogah na prvi stopnji (91,2 odstotka), narokih (90,7 odstotka) in pravnih sredstvih (86,4 odstotka). Zastopanost toženca po odvetniku se je vrtela blizu 70 odstotkov: pri pisnih vlogah na prvi stopnji 69,9 odstotka, na narokih 65,3 odstotka in pri pravnih sredstvih 79,5 odstotka. Iz teh podatkov tako ne razberemo samo, da je odvetniško zastopanje pravilo v klasičnih pravnih pred okrožnimi sodišči, temveč je zastopanje tudi zelo nespremenljivo. Ko se namreč stranka odloči za odvetniško zastopanje, jo odvetnik praviloma spremlja tudi pri vseh pravnih dejanjih od začetka do konca pravnega postopka.

4. OPISNA STATISTIKA

Osnovna opisna statistika nam pove, koliko plačata tožeča in tožena stranka svojemu odvetniku po OT/03 in OT/08. V preglednici 1 tako vidimo, da je največji skupni strošek v eni zadevi 19.663,79 EUR po stari OT/03 in 14.385,00 EUR po OT/08. Največja razlika (razlika skupno 2003–2008) med predvidenim skupnim stroškom med novo OT/08 in staro OT/03 je v eni zadevi tako 6219,89 EUR v »korist« OT/08, ki je za toliko cenejša, 5278,79 EUR pa je v eni zadevi največja razlika v korist OT/03 na drugi strani razpona. Medtem pa je povpreč-

¹² Glej 155. člen Zakona o pravnem postopku (ZPP, Ur. l. RS, št. 26/99 in naslednji), 17. člen OT/03, četrti odstavek 4. člena ZOdvT.

¹³ Člen 18 OT/03, prvi odstavek 4. člena ZOdvT.

¹⁴ Velik del te razlike gre pripisati dejstvu, da so se zavarovalnice v odškodninskih sporih, ki so prevladovali, pogosto zastopale po zaposlenih pooblaščenih.

na razlika med tarifama le 13,77 EUR (za toliko je dražja OT/08). Povprečni skupni strošek zastopanja na zadevo znaša 1853,00 EUR po OT/03 in 1866,77 EUR po OT/08. Kar pomeni, da je pri mediani vrednosti spora 15.857 EUR fiksni strošek zastopanja strank (vsaj) 11,7 odstotka glede na pravdno pogajalsko pogačo, ki je v igri. Najbolj bode v oči razlika med tarifama pri pravnih sredstvih, saj je OT/08 v povprečju opazno dražja, drugi stroški pa so zelo primerljivi. Za poglobljeno statistično razlago je zato zanimivejša primerjava razlike dobljenih aritmetičnih sredin med tarifama s t-testom, ki sledi v naslednji točki.

Preglednica 1 – Osnovne opisne statistike stroškov odvetniškega zastopanja v EUR

Opisne statistike stroškov odvetnika	Aritmetična sredina	Standardni odklon	Maksimum
TŽ pisne vloge 03	611,87 €	527,83	4.578,74
TŽ pisne vloge 08	509,88 €	418,05	4.257,50
TŽ pravna sredstva 03	490,88 €	446,01	2.180,35
TŽ pravna sredstva 08	709,91 €	563,06	2.649,60
TŽ naroki 03	481,76 €	413,30	2.203,30
TŽ naroki 08	461,90 €	299,59	1.902,00
TŽ skupni stroški 03	1.105,65 €	1086,71	8.939,44
TŽ skupni stroški 08	1.052,17 €	891,17	5.219,70
TN pisne vloge 03	407,42 €	569,08	4.131,20
TN pisne vloge 08	434,40 €	510,88	4.257,50
TN pravna sredstva 03	533,81 €	752,38	4.837,40
TN pravna sredstva 08	705,76 €	604,49	2.546,00
TN naroki 03	408,48 €	517,03	2.478,72
TN naroki 08	419,73 €	539,63	4.582,50
TN skupni stroški 03	885,58 €	1279,98	10.724,35
TN skupni stroški 08	965,27 €	1159,90	9.165,30
Skupno pisno 03	941,50 €	926,54	7.413,20
Skupno pisno 08	865,87 €	819,26	8.515,00
Skupno pravna sredstva 03	728,46 €	969,07	7.017,75
Skupno pravna sredstva 08	1.013,03 €	954,31	4.582,80
Skupno narok 2003	887,94 €	855,69	4.406,61
Skupno narok 2008	881,64 €	746,97	6.110,50
Skupno 2003	1.853,00 €	2166,10	19.663,79
Skupno 2008	1.866,77 €	1841,54	14.385,00
Razlika skupno 2003–2008	13,77 €	982,95	6.219,89

5. PRIMERJAVA ARITMETIČNIH SREDIN MED STROŠKI PO STARI IN NOVI TARIFI

Primerjava aritmetičnih sredin istih parov odvetniških tarif pri vsakem primeru, izračunanih po OT/03 in OT/08, nam da zelo zanimive rezultate z veliko razlagalno močjo (preglednica 2). Tako je na podlagi preizkusa statistično značilna razlika med OT/03 in OT/08 pri tožnikovih pisnih vlogah na prvi stopnji, po kateri je zanj za 101,99 EUR dražja stara tarifa, medtem ko je pri pravnih sredstvih za tožnika značilna v povprečju za kar 219,03 EUR manj ugodna nova tarifa OT/08. Pri tožnikih ni značilne razlike med novo in staro tarifo pri narokih in pri skupnem seštevku vseh odvetniških stroškov. Pri tožencih, drugače kot pri tožnikih, ni značilne razlike med tarifama tudi pri pisnih vlogah na prvi stopnji, je pa pri pravnih sredstvih – enako kot pri tožnikih – za tožence značilno veliko dražja (za 171,95 EUR) nova tarifa. Prav tako pri tožencih ni značilne razlike glede stroškov narokov. Na podlagi uporabljenega vzorca primerov ne moremo torej trditi, da se v teh postavkah OT/03 in OT/08 razlikujeta.

Najpomembnejše je testiranje razlike povprečij pri skupnih stroških tožnika in toženca v posamezni zadevi po sklopu pravnih dejanj (pisne vloge, naroki, pravna sredstva) in skupno. Tako ni značilne razlike med OT/03 in OT/08 pri pisnih vlogah in narokih – torej ravno v delu, pri katerem je imel zakonodajalec največja pričakovanja. Pri pisnih vlogah ter pri narokih je statistična stopnja značilnosti previsoka, zato ne moremo trditi, da je med tarifama pomembna razlika. Na drugi strani pa se je občutno podražilo vlaganje pravnih sredstev, pri čemer je nova tarifa v povprečju kar za 284 EUR dražja od stare, kar pri izredno nizki stopnji tveganja ($p < 0,001$) omogoči sprejem domneve o (občutno) večjih stroških pravnih sredstev po OT/08. Navedeni rezultat je bil pridobljen kljub uporabljeni najbolj konservativni predpostavki pri izračunu zastopanja v pritožbenih in revizijskih postopkih – tj. ena tarifa ne glede na to, ali je ista stranka (večkrat) ponovno vložila isto pravno sredstvo zaradi prejšnjih razveljavitev. V informatizirano dostopni bazi sodnih odločb višjih sodišč in vrhovnega sodišča sicer nismo našli izrecne opredelitve do tega vprašanja. Vendar dognanja te analize zaradi (nerazumno visoke) dejanske višine stroška pravnih sredstev po OT/08 pri upoštevni količnikih vodijo v sklep, da odvetnik ni upravičen zaračunavati stroška ponovne pritožbe/revizije. Ne glede na to, da je sodišče (prve, druge oziroma tretje stopnje) praviloma tisto, na katerem je največji del odgovornosti za »napako«, ki pripelje do ponovnega sojenja (enako velja za neracionalno vodene postopke pri razpisovanju narokov za glavno obravnavo, kot bomo poudarili v nadaljevanju). Tako se je v največji meri upoštevalo načelo pavšalizacije stroškov

po OT/08,¹⁵ čeprav bi narava pritožbenega postopka lahko napeljevala k drugačnemu sklepanju (ne pa nerazumljivo visok količnik za pravna sredstva v primerjavi s količniki za *de facto* obsežnejše in običajno tudi zahtevnejše pravno postopanje na prvi stopnji).

Preglednica 2 – Primerjava statistične razlike povprečij med staro in novo tarifo

Primerjava aritmetičnih sredin (OT/03 minus OT/08)	Arit. sredina razlike	Stand. napaka sred.	Stopnja znač. (dvostran.)
TŽ pisne vloge 03 – TŽ pisne vloge 08	101,99	29,33	0,001
TŽ pravna sredstva 03 – TŽ pravna sredstva 08	–219,03	38,71	0,000
TŽ naroki 03 – TŽ naroki 08	19,86	26,21	0,450
TŽ skupni stroški 03 – TŽ skupni stroški 08	53,48	39,73	0,180
TN pisne vloge 03 – TN pisne vloge 08	–26,97	31,91	0,399
TN pravna sredstva 03 – TN pravna sredstva 08	–171,95	67,53	0,015
TN naroki 03 – TN naroki 08	–11,26	32,02	0,726
TN skupni stroški 03 – TN skupni stroški 08	–79,69	43,89	0,071
Skupno pisno 03 – Skupno pisno 08	75,63	48,84	0,123
Skupno pravna sredstva 03 – Skupno pravna sredstva 08	–284,56	60,05	,000
Skupno narok 03 – Skupno narok 08	6,30	50,50	,901
Skupno 03 – Skupno 08	–13,77	68,65	,841

Ena glavnih ugotovitev je, da nova tarifa najverjetneje ni za stranke prav nič niti ugodnejša niti drugačna od stare, saj nam vzorčni podatki ne kažejo na to, da bi bili skupni stroški zastopanja po odvetniku pomembno drugačni po eni in drugi tarifi. Zato lahko ugotovimo, da je zakonodajalcu na primeru klasičnih pravnih postopkov pred okrožnim sodiščem spodletelo pri vzpostavitvi večje ekonomičnosti postopka z vidika stranke.

¹⁵ Glej zadevo Vrhovnega sodišča II Ips 56/2011 z dne 14. aprila 2011 o »enem« naroku (OT/08 bi morala imeti dejansko primernejšo terminologijo, morda bi bilo bolje govoriti o »glavni obravnavi«).

6. PRIMERJAVA ARITMETIČNIH SREDIN MED RAZLIKAMA MED SKUPINAMA Z VEČJIMI STROŠKI PO OT/03 IN VEČJIMI STROŠKI PO OT/08 GLEDE NA SPREMEMBO OT

Nadaljnji vidik pravdne (ne)učinkovitosti pri reformi odvetniških stroškov bomo predstavili z analizo primerjave vzorčnih skupin z večjimi in manjšimi stroški glede na prehod z OT/03 na OT/08. Torej imamo dve glavni skupini: dražje zadeve po OT/08 in dražje zadeve po OT/03, ki sta pridobljeni z razliko med stroški OT/08 in OT/03 v posamezni zadevi. Pri analizi so bile upoštevane zadeve, v katerih je prišlo do zastopanja po odvetniku. V 72 zadevah (37 odstotkov) je bila dražja stara OT/03, v 125 zadevah (63 odstotkov) je bila dražja OT/08 (preglednica 3).

Na prvi pogled je opazna očitna razlika v dolžini oziroma velikosti opazovanih pravnih spremenljivk v prid skupini z večjimi stroški po OT/03 pri večini dejavnikov (skupne vloge strank so pri OT/03 za 11 strani daljše, dolžina zaslišanj v straneh je večja za 4, dolžina izvedenskih mnenj za 5 strani, večkrat so se zamenjali sodniki na prvi stopnji, za 27 je večje število vseh vlog sodišča in strank, v 36 odstotkih več zadev je bil opravljen prvi narok za glavno obravnavo, opravljenih je bilo v povprečju za 2,8 več narokov, celoten postopek je trajal v povprečju dlje za 2,2 leta, večkrat je bilo potrebno tudi večstopenjsko sojenje).

Na drugi strani pa je bil pri OT/03 za osem odstotkov nižji tožnikov uspeh, kar je povezano tudi z naslednjim izsledkom. Prav tako je namreč v skupini OT/08 večji delež procesnih odločb glede na skupino OT/03. Navedeno pomeni, da imajo tožniki v daljših postopkih, v katerih se praviloma meritorno (in ne s procesno odločbo) odloči o pravnem predmetu, slabše možnosti za uspešnost.¹⁶ Skupina OT/08 ima tudi večje povprečje pri vrednosti spora.

Preglednica 3 – Primerjava povprečij med skupinama z večjimi stroški po OT/03 in OT/08 po pravnih dejavnikih in s preizkusom značilnosti

Primerjava povprečij med OT/03 in OT/08	Vrsta OT	N	Aritmetična sredina	Razlika arit. sredin	Stand. napaka razlike	t	Znač. (2-stranska)
Dolžina skupnih vlog strank v straneh	Dražja OT/03	72	21,46	11,10	1,68	6,60	,000
	Dražja OT/08	125	10,36				

¹⁶ Več glej v: F. Ocepek in M. Pahor, M., nav. delo (Opazovanje ...).

Dolžina skupnih zaslišanj v straneh	Dražja OT/03	72	5,32	4,28	0,99	4,34	,000
	Dražja OT/08	125	1,04				
Dolžina skupnih izvedenskih mnenj v straneh	Dražja OT/03	72	6,75	5,19	1,74	2,98	,004
	Dražja OT/08	125	1,56				
Število sodnikov prve stopnje	Dražja OT/03	72	2,03	0,40	0,15	2,65	,009
	Dražja OT/08	125	1,63				
Število vseh vlog strank	Dražja OT/03	72	57,18	27,27	4,22	6,46	,000
	Dražja OT/08	125	29,91				
Pri procesu je prišlo do prvega naroka za glavno obravnavo	Dražja OT/03	72	0,92	0,36	0,06	6,58	,000
	Dražja OT/08	125	0,55				
Število narokov	Dražja OT/03	72	4,10	2,83	0,44	6,49	,000
	Dražja OT/08	125	1,27				
Celotno trajanje postopka v letih	Dražja OT/03	72	4,46	2,29	0,42	5,38	,000
	Dražja OT/08	125	2,17				
Število stopenj v odločanju	Dražja OT/03	72	1,53	0,24	0,09	2,59	,011
	Dražja OT/08	125	1,29				
Tožnikov uspeh v odstotkih	Dražja OT/03	72	40,79	-8,73	5,11	-1,71	,089
	Dražja OT/08	125	49,52				
Procesna odločba (umik tožbe, zamudna sodba, poravnava)	Dražja OT/03	72	0,39	-0,25	0,07	-3,50	,001
	Dražja OT/08	125	0,64				
Vrednost spora v EUR	Dražja OT/03	72	25.441,39	-12.961,96	12.712,30	-1,02	,309
	Dražja OT/08	125	38.403,36				

Vendar za predstavljene razlike med skupinama ne moremo vedeti, ali so tudi statistično pomembne, dokler jih ne preizkusimo z ustreznim preizkusom. Pomembnost razlik smo preverili s t-preizkusom za neodvisne vzorce skupin z večjimi stroški po OT/03 in OT/08. Glede na dolžino vlog strank v straneh se pri značilnosti $p < 0,001$ lahko sprejme sklep, da so vloge strank v skupini OT/03 daljše. Enake ugotovitve je mogoče dobiti pri razliki v korist OT/3 za dolžino skupnih zaslišanj v straneh, dolžino vseh izvedenskih mnenj (stopnja značilnosti pri razliki povprečij je tu 0,004), število vseh vlog (sodišča in strank), pri večji verjetnosti oprave prvega naroka za glavno obravnavo, pri večjem številu narokov, pri celotnem trajanju postopka, pri večji verjetnosti instančnega odločanja (stopnja značilnosti 0,011). Pri stopnji značilnosti 0,009 je lahko sprejet tudi sklep o višjem številu sodnikov v skupini OT/03.

Pri standardni petodstotni stopnji tveganja ne moremo trditi, da se tožnikov uspeh med skupinama razlikuje (nižji v skupini z dražjo OT/03). Vendar je razlika značilna pri 0,089, kar pa je sprejemljivo pri desetodstotni stopnji tveganja. Navedena razlika je logična, če vemo, da je večji delež meritornih zadev med dalj časa trajajočimi pravicami, za katere smo že pokazali, da imajo za tožnika slabši uspeh kot krajše »procesne« zadeve. Pri stopnji značilnosti 0,001 lahko tudi potrdimo razlike glede procesne narave odločb, ki so bolj prisotne v skupini OT/08 in manj v OT/03 (tu velja podobna logika kot pri pojasnjevanju uspeha). Ne moremo pa trditi, da je vrednost spora pomemben razlikovalni dejavnik med skupinama, saj je stopnja značilnosti 30,9 odstotka občutno previsoka. Ugotovitev o nevtralnosti vrednosti spora potrjuje že predhodne ugotovitve o razlagalni moči vrednosti spora v pravdi za uspešnost strank in trajanje kot nevtralnega dejavnika.¹⁷ Zanimivo pa je, da ta statistika vsebuje (sicer šibak) indic, da skupina z dražjo OT/08 vsebuje v povprečju spore z večjo vrednostjo spornega predmeta (razlika 12.961,96 EUR med povprečjema).

Izvedli smo tudi logistično regresijo, ki se uporablja za ustvarjanje verjetnostnih klasifikacijskih modelov, z enakimi neodvisnimi spremenljivkami kot v linearnem regresijskem modelu.¹⁸ Odvisna spremenljivka pa je bila umetna binarna odvisna spremenljivka (angl. *dummy*), ki je preprosto kazala skupino z dražjo OT/03 (0) ali dražjo OT/08 (1). Logistični model je pokazal, da imata med desetimi neodvisnimi spremenljivkami le število narokov in skupna dolžina vlog statistično značilno moč pri predvidevanju, ali bomo lahko zaradi spremembe dejavnika napovedali, v katero skupino stroškov bo padla opazovana pravdna zadeva. Več narokov najbolj povečuje verjetnost, da bo zadeva spadala v dražjo skupino OT/08, medtem ko daljše skupne vloge enako pred-

¹⁷ F. Ocepek, nav. delo, str. 52, 54 in 58.

¹⁸ Podrobnosti statistik tukaj ne predstavljamo, so pa na voljo pri avtorjih.

videvajo pripadnost skupini OT/08, vendar se verjetnost pripadnosti skupini z daljšimi vlogami poveča dokaj šibko.

7. REGRESIJSKA ANALIZA VPLIVA PRAVDNIH DEJAVNIKOV NA SPREMEMBO STROŠKOV OT

Z multiplo linearno regresijsko analizo smo preverili vplive na spremembo odvetniških stroškov (stroški po OT/08 minus stroški po OT/03) s štirimi nadgrajujočimi se modeli:

- V prvem modelu se preizkuša vpliv primarnih dejavnikov spora, in sicer vrste spora po temelju (lastninski, pogodbeni, odškodninski pa so v modelih razvidni iz vpliva na konstante, saj so bili zaradi številnosti vzeti za primerjalno oporo), vrednosti spora ter skupnem številu strank v zadevi.
- V drugem modelu dodamo primarnim dejavnikom spremenljivko, ki opisuje aktivnost sodišča, izraženo s številom opravljenih narokov. Naroke namreč razpisuje sodišče, in ne odvetnik, zato je zakonodajalčevo izhodišče o krivdi odvetnikov za preštevilne naroke napačno, saj je *dominus litis* sodnik in nikakor ne sme biti stranka (269., 280. do 305. člen ZPP). Če sodišča opravljajo vsebinsko »prazne« naroke, je to predvsem njihova krivda, in nikakor ne odvetnikova. Ker tudi če se strinjamo s popularno mislijo ljudskih množic, da odvetniki »vrtijo« sodnike, ki naj jim ne bi bili dorasli, je krivda za to na sodišču, saj do tega sistemsko gledano ne sme prihajati.
- V tretjem modelu dodamo spremenljivkam iz drugega modela kazalnike skupne aktivnosti strank (merjeno v straneh) – dolžino njihovih vlog, dolžino njihovih izvedenskih mnenj ter dolžino zaradi zaslišanja strank in njihovih prič na narokih.
- V četrtem modelu se doda vsem predhodnim spremenljivkam spremenljivke končnih pravnih posledic – tožnikov uspeh (v odstotkih) in trajanje celotnega postopka (do zadnje sodne odločbe o predmetu spora v letih).

V vseh modelih je odvisna spremenljivka razlika stroškov strank (stroški po OT/08 minus stroški po OT/03). Pozitivni koeficienti multiple linearne regresije (b) kažejo, kateri dejavniki z uvedbo nove odvetniške tarife prispevajo k povečanju stroškov za stranke, negativni pa, kateri dejavniki stroške zmanjšujejo.

Za primarne dejavnike spora v prvem modelu lahko ugotovimo (preglednica 4), da nam z vidika pojasnilne moči determinacijski koeficient (R^2) pove, da je pojasnjeno 15,5 odstotka variance spremembe stroškov. Drugi model prinese s seboj največjo pojasnilno moč (61,5 odstotka vsega variiranja spremembe stroškov je pojasnjenega), sprememba pojasnenosti je kar dodatnih 46,1 odstotka variance, torej je izredno močna. Tretji model enako kot drugi značilno

pojasni vpliv na spremembo stroškov ($p < 0,001$), je pa dodatna pojasnilna moč samo 9,4-odstotna. Zadnji model dodatno pojasni le 0,7 odstotka variiranja spremembe stroškov.

Preglednica 4 – Rezultati regresijskih modelov za pojasnjevanje razlike med stroški zastopanja po OT/03 in OT/08

Spremenljivka	Model									
	1		2		3		4			
	b	(stand. nap.)	B	(stand. nap.)	b	(stand. nap.)	b	(stand. nap.)		
(Konstanta)	114,359	(191,1)	370,209	(130,3)	631,644	(119,7)	642,341	(135,197)	***	
Vrednost spora (EUR)	0,004	(0,001)	0,004	(0,001)	0,005	(0,000)	0,005	(0,000)	***	
Število strank	-94,759	(72,02)	38,891	(49,5)	71,111	(43,6)	65,432	(43,464)		
Lastninski spori	-128,195	(166,7)	-104,716	(112,7)	-181,439	(100,8)	-177,758	(100,091)		
Pogodbeni spori	57,610	(151,2)	-40,059	(102,4)	-72,859	(91,1)	-52,871	(95,258)		
Število narokov			-251,473	(16,286)	-162,732	(21,296)	-188,552	(24,340)	***	
Dolžina vlog strank v straneh					-38,429	(5,099)	-40,908	(5,196)	***	
Dolžina zaslišanj v straneh					-1,324	(8,683)	-2,801	(8,645)		
Dolžina izvedenskih mnenj v straneh					5,221	(4,921)	6,287	(4,943)		
Celotno trajanje (leta)							44,096	(20,637)	*	
Uspeh tožnika (v %)							-0,853	(1,148)		
R ²	0,155		0,615		0,709		0,716			

*, ** in *** označujejo statistično značilnost pri $p < 0,05$, $p < 0,01$ oziroma $p < 0,001$

Podrobnejša analiza regresijskih modelov po posameznih pravnih dejavnikih pokaže, da ima v prvem modelu samo vrednost spora statistično značilen vpliv ($p < 0,001$) na spremembo stroškov (število strank in vrsta spora nista značilna dejavnika). Število narokov v drugem modelu »aktivnosti sodišča« značilno ($p < 0,001$) pojasni spremembo stroškov, ki so zaradi večjega števila narokov pri OT/03 občutno večji oziroma pri OT/08 manjši (zato je $b = -251,473$ (EUR)). Pri aktivnosti strank v tretjem modelu samo skupna dolžina vlog strank značilno pojasni spremembo stroškov ($p < 0,001$), kaže pa na večje stroške po stari tarifi v primeru daljših vlog. V četrtem modelu je uspeh strank brez značilnega vpliva na spremembo stroškov, na stroške pa vplivajo vrednost spora, število narokov in dolžina vlog strank (pri vseh $p < 0,001$).

Če torej povzamemo rezultate regresijske analize, je večja vrednost spora za stranke po OT/08 dražja, kot je bila v skladu z OT/03, število strank in vrsta spora pa ne vplivata na razliko v stroških. Večje število narokov je za stranke po OT/08 bistveno cenejše, enako pa velja tudi za daljše vloge. Daljši postopki so za stranko nekoliko dražji, vendar je ta razlika malenkostna. OT/08 tako po eni strani spodbuja stranke k večji aktivnosti (več narokov, daljše vloge), po drugi strani pa nagrajuje odvetnike bolj za vrednost spora kot za dejansko opravljeno delo.

8. CELOSTNI STATISTIČNI POGLED NA DOBLJENE REZULTATE ANALIZE

Če celostno analiziramo statistične rezultate o naravi odvetniških stroškov po stari in novi tarifi, moramo poudariti, da razlikovanje med skupinama z dražjimi OT/03 in OT/08 leži v sestavi obeh tarif. Razlike so očitne in samopojasnevalne, če jih primerjamo pri vlogah in narokih. Sistem enega dejanja/enega plačila je v osnovi nasproten sistemu več dejanj/eno plačilo. »Logično« torej je, da bo nova tarifa cenejša pri zapletenejših postopkih in stara cenejša pri enostavnih postopkih. Le dejanski podatki o vrstah pravnih dejanj in o zastopanju po odvetnikih so lahko resna podlaga za zakonodajno reformo v 21. stoletju. Naša analiza kaže, da osnovna statistična distribucija pravnih dejavnikov določa sklep, da sta tarifi kljub večjemu številu dražjih zadev OT/08 (!) v povprečju za stranke klasičnih pravnih postopkov pred okrožnim sodiščem skorajda do evra enaki. Zaradi te distribucije lahko kvečjemu sklepamo, da bi se z dejanskim pospeševanjem postopkov ti za stranke dodatno podražili. Sklepati, da v razmerju stranka/odvetnik le slednji narekuje ritem postopka, naivne in neuke stranke pa se dajo le slepo voditi (za nos), je špekulacija brez realne analize odnosa med principalom in agentom (ter sodiščem kot tretjim nezanemarljivim subjektom).

9. SKLEP: SO CILJI REFORME RES DOSEŽENI?

Časi, ko se je avtomobil dalo popraviti z udarcem kladiva po motorju, so minili. Pa vendar bi si na zakonodajnem področju dostikrat želeli, da bi zakonodajalec raje le malo potrepljal zaganjalnik, ne pa vedno znova kupoval modernjšega, »nemškega«¹⁹ in zraven obljubljal, da ne samo, da se bo zdaj motor v prvo zavrtel, ampak šel tudi dosti hitreje. Torej sprememba, ki na hitrost ne more vplivati, spremembe učinkovitosti vžiga pa tako ali tako noben ne preveri (kupca novitete to niti resno ne zanima).

Naša »mehanična« analiza je pokazala, da zakonodajalec leta 2008 ni imel resno utemeljenih razlogov za spremembo sistema odvetniških stroškov na klasičnem pravnem področju. Nič se ni spremenilo, le prelagali smo odvetniške stroške z enega naslova (predvsem cene zastopanja na narokih, malo manj pri vlogah) na drug naslov (predvsem cene pravnih sredstev). Pravna sredstva so v novem sistemu precenjena na račun zastopanja na prvi stopnji, in to ravno na področju dejanskega stika strank s sodno oblastjo na narokih. Povprečno gledano torej nič novega, razen močnih kazalnikov, ki kažejo, da je na okrožnih sodiščih v klasičnih pravnih zadevah zastopanje za stranke postalo dražje.²⁰ Za zdaj nismo opazno hitrejši kot leta 2007/08, hitrejši ko bomo, več bodo stranke plačevale za odvetnike v klasičnih pravnih postopkih pred okrožnimi sodišči. Vsaka stranka je pri taki tarifi lahko vesela dolgega postopka, saj plača pri njem manj kot po stari tarifi, vsak odvetnik pa bo z veseljem vložil pravno sredstvo in še z večjim odgovor nanj. Oba pa sta v okviru zakonodajne redistribucije sicer na videz na boljšem kot posameznika v izoliranih primerih, vendar skupni družbeni strošek in družbena korist ostajata nespremenjena, zato je sprememba neučinkovita, brez povečanja družbene blaginje.

¹⁹ Na podlagi predstavljene analize ne verjamemo, da je avstrijski sistem (tj. OT/03) sam po sebi boljši in pravičnejši za odvetnike (oziroma stranke, na katerih bi moral biti poudarek), kot je zaslediti v literaturi – M. S. Tischler, nav. delo. Naše ugotovitve kažejo, da med njima v povprečju za stranko ne bo statistično značilnih razlik, kar pomeni izgubo družbene blaginje zaradi nepotrebnih zakonodajnih sprememb, ki s seboj prinašajo fiksne stroške za udeležence sodnih postopkov ter uporabnike in ponudnike odvetniških storitev na splošno.

²⁰ Lahko pa takoj najdemo primere, v katerih se je zastopanje nerazumno pocenilo, na primer v civilnih sporih z nizko vrednostjo spora (glej tudi tar. št. 3220 za nepremoženjske pravice v socialnih sporih) v vrednosti 50 EUR – samo zelo socialno naravnani odvetnik bo zastopal stranko za tako malo denarja. Ko se zastopanje preveč poceni, je namreč težava na ponudbeni strani, ki se takim storitvam začne izogibati.

Literatura

- Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije: Projekt Lukenda. Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije, Ljubljana 2005; <www.mp.gov.si/file-admin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/projekt_Lukenda.pdf> (18. 2. 2014).
- France Ocepek: Analiza časovnih zaostankov pravnega oddelka Okrožnega sodišča v Ljubljani. Magistrsko delo. Univerza v Ljubljani, Ekonomska fakulteta, Ljubljana 2011.
- France Ocepek in Marko Pahor: Trajanje pravnega postopka, končanega pred pravnim oddelkom Okrožnega sodišča v Ljubljani v luči Lukende, v: *Pravnik*, (2013) 5-6, str. 345–372.
- France Ocepek in Marko Pahor: Opazovanje dejanskega pravnega uspeha strank: Primer pravnega oddelka Okrožnega sodišča v Ljubljani, v: *Pravna praksa*, št. 39/2013.
- Mirko Silvo Tischler: Avstrijska tarifa je pravična, v: *Odvetnik*, št. 63/2013, str. 26.

(UN)PERSUASIVENESS OF THE 2003/2008 REFORM OF ATTORNEYS' REPRESENTATION FEES: AN ANALYSIS ON ATTORNEY REPRESENTATION IN CLASSICAL LITIGATION PROCEDURES IN LJUBLJANA DISTRICT COURT

France Ocepek,

*LL.B., MBA, judiciary advisor at the Supreme Court
of the Republic of Slovenia*

Marko Pahor,

*Bachelor of Economics, PhD of Economics, professor
at the Faculty of Economics, University of Ljubljana*

We are presenting the first empirical research on attorneys' fees in the Slovenian civil litigation trial; we wondered whether legislative proclaimed goals in the Attorneys' Fee Act (AFA) are really taking effect in the "law in action" level. We came to controversial conclusions, which are derived from the sample data of the year 2007 recorded cases of Ljubljana District Court Litigation Department, which is the largest department of its kind in Slovenia. We found attorneys' fees being even higher than before the legislative reform that is in direct contradiction to political and legal desires in the time of the AFA proposal and contrary to the propositions found in literature.

Statistical database is a sample of 205 case files of Ljubljana District Court Litigation Department archived in 2007. The year 2007 was chosen as a point of time breach with regard to Lukenda politically driven legislative reform, because in 2008 an extensive statutory novel of litigation law was passed and laws on court taxes and attorneys' fees (AFA 2008) have been changed. Ljubljana District Court Civil Litigation Department was chosen as the largest of its kind in Slovenia.

Legislator had his own aims in 2007 and 2008, when a Proposal of AFA was prepared (it has been enacted in 2008). New law intended to replace previously autonomous enacted Attorneys' Tariff (AT 2003) by the Attorneys' Chamber. Main AFA goals were following according to AFA Proposal (EVA 2007-2011-0099):

- Current regulation is enabling to bill every service separately, which causes too many attorneys proceeding files and postponement of trial hearings.
- Existing model of billing is certainly costlier and litigation process is longer.
- Therefore the new system of one fee for the whole scope of services within broader process activity should be established.
- Courts' process backlogs will be shortened by enforcement of AFA.

In literature review we found commonly accepted hypothesis¹ that old attorneys' fee tariff (AT 2003) is on average more lucrative for attorneys than the new tariff (AT 2008) and hence more "fair". Because there was no empirical research done on the subject matter, we took a closer look to hard data.

We observed data in individual cases by looking for a type of particular procedural activity of a litigation party (written files as lawsuit, answer to lawsuit, proceeding file, appeal file; presence in trial hearings) and a prescribed financial consequence for that party because this particular procedure act was done by attorney. So by using the real data for attorney representation from archived data in 2007, year of legislator reform, we compare effects between AT 2003 and AT/2008. On one hand we have detailed AT 2003 by billing every procedural act on one event basis and on the other hand we have AT/2008 which is billing not single acts but proceeding services within determined scope of activity on one activity level.

It has to be emphasized that such attorneys' fee data do not necessarily represent factual party expenditure for attorney service, which should be larger at least for accessory attorney costs (postal cost, transportation cost, secondary files' costs – for example: delivery of medical excuse for absence from trial hearing). This data also do not include factual fee arrangements between attorney and the client. In fee contracts they have broad freedom to specify service and payment for various instances of case development. But on the other hand it has to be also emphasized that Slovenian courts use attorneys' fee tariff as a binding legal source for acknowledgement of necessary party costs when they are deciding on how much of the cost of the winning party is on burden of the losing one.

¹ Mirko Silvo Tischler: Avstrijska tarifa je pravična, in: *Odvetnik*, No. 63/2013, p. 26.

Descriptive statistics showed us, that in 96.1 % cases parties were represented by attorney in at least one proceeding act (only 8 cases without any attorney representation). We can conclude the representation by attorney is a rule in litigation cases in district court. Higher percentage is for plaintiffs (92.7) and slightly lower for defendants (72.8). We can explain this difference with the fact that more insurance companies are among defendants and those companies frequently use their own employed legal stuff for litigation representation.

There is only EUR 13.77 difference on average in total common costs between AT 2003 and AT 2008, average total common fee per case is so EUR 1.853.00 in AT 2003 and EUR 1,866.77 in AFT 2008. The most striking is the difference between the old and the new tariff for appeals where AT 2008 is substantially more expensive than AT 2003. Otherwise, costs from both tariffs seemed to be pretty close.

We compare means of various procedural activities and elements between the group with higher fees in AT 2003 system and the group with higher fees in AT 2008 system by looking whether the mean difference is statistically significant. 61 % of the cases have higher costs in AT 2008 and 35 % of the cases in AT 2003, while 4 % of the cases were not included in comparison due to the lack of attorney representation. Comparison shows us significant difference between the groups; inside the larger group AFT/2008 there are shorter written files, lower number of trial hearings, shorter duration of total proceedings. On the other hand, there is no significant difference between lawsuit claim value and plaintiff success. Notwithstanding, most activity driven litigation elements do have it; hence we have two distinctive groups that can be further analysed.

We used multiple linear regression analysis to find out which variables have significant effect on attorney cost that party has to take account on in litigation case process. We constructed four consequential models, each new one having variables from the previous one. Models were composed regarding basic legal theory:

1. In the first model we have primary litigation elements. Litigations are sorted by litigation claim substance (property, contract, tort), claim value, total parties' number.
2. In the second model we added elements of court activity (number of trial hearings).
3. In the third model we added elements for common party activity (measured by length of their files in pages, expert opinions, and their witness testimonies).
4. In the fourth model we added plaintiff claim success in final court decision and the duration of the whole litigation process till the final court ruling.

Dependent variable was the difference in attorneys' fee between the old and the new tariff per case (AT 2008 cost minus AT 2003 cost).

Primary litigation elements explain 15.5 % variance of costs' difference, second model explains 61.5 % of costs' variance, and the 46.1 % added explained variance is the highest among four models. The third model explains 9.4 % variance of dependent variable, the fourth model only 0.7 %.

If we examine more closely the regression models, we see in the first model claim value having significant positive influence on dependent variable – meaning AT 2008 is costlier if we treat claim value as an independent variable (number of parties and claim substance without significant influence). In the second model number of trial hearings significantly explains cost' difference, where higher number of trial hearings causes AT 2003 fees to be substantially higher. In the third model party activity only length of the proceeding files significantly explains higher costs according to the old tariff. In the fourth model party success has no significant impact on costs' difference, but claim values, number of trial hearings, and files' length do.

Logistic regression, where we used the same independent variable as in multiple linear regression and fact of higher or lower costs according to AT/2003, AT 2008 system, gives us the number of trial hearings and length of common parties' writings as a significant predictors for being a group member. Both indicators predict that by its higher number the probability of membership in costlier AT 2008 group decreases (increases in AT 2003 group).

Notwithstanding, the practical significance of our findings is much simpler than conducting complicated regression analyses and interpreting them. Robust descriptive statistics grounded the thesis that except for appeals nothing real has changed by introducing AT 2008. This is a very important conclusion that explains "average" effects of change, which are negligible due to distribution of longer, more substantive cases (smaller number of cases) and shorter, more procedurally oriented cases (larger number of cases). First ones are more expensive in AT 2003 and second ones are more expensive in AT 2008. Speaking generally, legislative shift was of tautological nature. If one changes the system from one action/one bill to (more action within) one activity/one bill you could obtain a result where that more activity is cheaper in AT/2008 and costlier in AT/2003. However, this does not explain anything if you do not know what is a real statistical distribution of these two types of cases in real litigation procedures. Basic statistical distribution of case types is namely crucial in this legislative analysis, not the more complicated regression analysis, which is to a great extent self-explanatory (common legal process logic is strongly reflected in regression results). Statistics show AT 2008 as the more expensive choice

for parties and in the same time more lucrative for attorneys (in general). If we judge our results by taking in evidence the form of official judiciary statistics, we see even a larger failure of the legislator because case backlogs have not been reduced in observed civil litigation district department.

We managed to go beyond everyday political rhetoric in search for true reasons and causes of legislative reform of attorneys' tariff. Firstly, we explored some very basic statistics about attorney representation, then we test influences on AFT/2003 and AFT/2008 fee heights. We found out compelling statistics that have not been discussed in Slovenian (expert) public, that contradict literature thesis and the legislator's aim. We emphasize importance of informed legislative process, which was not undertaken in this matter, and we stress out the caveats when interpreting statistics. Redistributive legislative changes (as is the case of the observed field of attorneys' fee), without any new social benefit should not be made, because they are economically inefficient and are not acceptable means to an end, but the end itself.

EDICIJSKA DOLŽNOST DOMNEVNEGA STORILCA V KAZENSKEM POSTOPKU¹

Primož Gorkič,

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

1. IZHODIŠČNI PRIMER IN PROBLEM

Vzemimo za izhodišče naslednji položaj: državni tožilec predlaga kazenskemu sodišču, naj prebere listine, ki jih je obdolženec izročil sodišču šele po tem, ko mu je izreklo denarno kazen (220. člen Zakona o kazenskem postopku – ZKP²). Bo dokaz z branjem teh listin dovoljen ali pa bi sodišče s tem kršilo katero od dokaznih prepovedi?

Opisani položaj je dokaznopravno dokaj zapleten. Do njega (ali do podobnih primerov) lahko pride v več procesnih kontekstih, ne le v primerih izročitve listin na zahtevo in s prisilo, za katero se odloči kazensko sodišče. Še pogostejši bodo podobni položaji takrat, kadar posameznika k izročitvi silijo drugi državni organi, npr. davčni, carinski ali drugi nadzorstveni organi.

Presoja, ali je tak dokaz dovoljen ali ne, je – kot navadno – vsaj dvostopenjska. Prvo vprašanje, ki je tudi predmet tega prispevka, je: ali s tem, ko obdolženca silimo k izročitvi listine ali predmeta, kršimo katero od dokaznih prepovedi? Še jasneje: ali naš pravni red pozna dokazno prepoved, ki bi pri dokazovanju v kazenskem postopku prepovedovala uporabo gradiva, ki ga je obdolženec zaradi prisile izročil državnim organom? Na to vprašanje je treba odgovoriti najprej.³

¹ Prispevek temelji na predavanju Dokumentarni privilegij in dokazi iz drugih postopkov z dne 3. oktobra 2013 v organizaciji Odvetniške zbornice Slovenije.

² Zakon o kazenskem postopku (Ur. l. RS, št. 32/12 – UPB8, 47/13).

³ Šele potem lahko razpravljamo o tem, ali je mogoče enak pristop uporabiti tudi v primerih prisilne izročitve pred drugimi državnimi organi. Vprašanje meril za uporabo dokazov, pridobljenih v drugih, nekazenskih postopkih, v tem prispevku puščam ob strani. Glej Liljana Selinšek: Učinek privilegija zoper samoobtožbo na dopustnost dokazov iz

2. DO ODGOVORA V DVEH KORAKIH

Uporabo sile zoper domnevnega storilca⁴ v kazenskem postopku navadno (seveda ne izključno) obravnavamo v kontekstu privilegija zoper samoobtožbo. Pravica do molka kot ena od prvin privilegija je gotovo osrednja dokazna prepoved, ki domnevnega storilca v kazenskem postopku varuje pred tem, da bi proti svoji volji prispeval k dokaznemu gradivu. In prav gotovo lahko v obdolženčevi lastnoročni izročitvi listine vsaj na prvi pogled prepoznamo ravnanje, s katerim prispeva k dokaznemu gradivu. Zato bo prvi korak pri iskanju odgovorov na izhodiščni vprašanji kratek oris dometa privilegija zoper samoobtožbo. Le tako bo mogoče kasneje oceniti, ali kaže obdolženčevo izročitev listine obravnavati podobno kot njegovo izjavo ali ne, ter prepoznati morebitne razlike pri obravnavanju opisanih ravnanj.

Drugi – osrednji – korak bo namenjen prav temu vprašanju: ali lahko v obdolženčevi izročitvi listine (ali drugega gradiva) prepoznamo ravnanje, ki ga je treba šteti za podobno obdolženčevim izjavam o dejstvih, ki jih poda v kazenskem postopku (obvestilom, zagovoru, izjavi krivde itd.). Z drugimi besedami: ali je mogoče v kazenskem postopku govoriti o pravici odkloniti izročitev listine ali drugega gradiva na podoben način, kot lahko govorimo o pravici do molka?

3. PRVI KORAK: DOMET PRIVILEGIJA ZOPER SAMOOBTOŽBO

V teoriji in sodni praksi, domači in tuji, srečamo dve zrcalni načelni opredelitvi privilegija zoper samoobtožbo. Prva opredelitev se osredotoča na procesni položaj domnevnega storilca. Privilegij domnevnemu storilcu zagotavlja, da se svobodno odloča o tem, ali in kako bo sodeloval z organi kazenskega postopka,⁵ tj. ali bo prispeval k dokaznemu gradivu ali ne. Druga opredelitev,

nekazenskih postopkov, v: *Pravnik*, 65 (2010) 5-6, str. 301-326; ista, Pravna dopustnost dokazov, zbranih v nekazenskih postopkih, v: *Zbornik 2. konference kazenskega prava in kriminologije*, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 75-84; Primož Gorkič: Dokazi, pridobljeni pri carinskem nadzoru ob prehodu državne meje, v kazenskem postopku, v: *Pravna praksa*, 30 (2011) 30-31, str. 9-11; Katja Šugman Stubbs in Primož Gorkič: Dokazovanje v kazenskem postopku. GV Založba, Ljubljana 2011, str. 311-316; odločba Ustavnega sodišča RS (v nadaljevanju: US RS), št. Up-1293/08-24 z dne 6. julija 2011 (Ur. l. RS, št. 60/11).

⁴ Izraz domnevni storilec v tem kontekstu seveda pomeni tistega, ki je lahko nosilec tega jamstva, torej tistega, ki je »obdolžen kaznivega dejanja« (prim. dikcijo 29. člena Ustave RS). Z drugimi besedami: to je tisti, zoper katerega je preiskovanje v najzgodnejših fazah (pred)kazenskega postopka že osredotočeno (K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 245).

⁵ Prim. odločbo US RS, št. Up-134/97 z dne 14. marca 2002 (Ur. l. RS, št. 32/02; OdlUS XI, 114).

ki jo srečamo zlasti v sodbah Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP), pa poudarja položaj organov kazenskega postopka in kaže na tesno prepletanje privilegija in domneve nedolžnosti. Privilegij v tem smislu predpostavlja, da morajo pristojni organi zbirati dokazno gradivo, ne da bi se pri tem zatekli k prisili ali ravnanju zoper voljo domnevnega storilca, tudi če ta ostane povsem pasiven.⁶

Obe opredelitvi seveda kličeta po konkretizaciji. Tu ni prostora za obširno razpravo o dometu privilegija. Ključno je, da privilegij v svojem nespornem jedru domnevnega storilca varuje pred prisilnim izjavljanjem o nekem kazensko-pravno relevantnem dogodku. O nekem kazenskopravno relevantnem dogodku sme domnevni storilec povedati le toliko, kolikor sam zavestno in prostovoljno hoče povedati.⁷ Privilegij se torej nesporno nanaša na izjave vednosti o nekem dogodku,⁸ v tem delu govorimo o pravici do molka. Te izjave pa lahko domnevni storilec poda v različnih procesnih kontekstih, na primer: pri zbiranju obvestil (npr. četrti odstavek 148. člena ZKP), pri zaslišanju (npr. 148.a, 203. in 227. člen ZKP), pri izjavljanju o krivdi na predobravnavnem naroku ali pri pogajanjih o priznanju krivde (prvi odstavek 450.a člena ZKP). Za opisane položaje je značilno, da pride do izjavljanja domnevnega storilca na pobudo (uradne) osebe organa kazenskega postopka, ki pogovor tudi usmerja. A tudi če ne gre za pridobivanje izjave v formalnih okvirih zbiranja obvestil ali zaslišanja osumljenca oziroma obdolženca, je lahko pogovor njihov funkcionalni ekvivalent.⁹ Tako je lahko pravica do molka upoštevana tudi v položajih, ki so podobni prej naštetim, npr. pri razgovoru z informatorjem¹⁰ ali s tajnim delavcem.¹¹ Na drugi strani pa (očitno) spontane izjave domnevnega storilca, katerih prejemnik je organ kazenskega postopka, ne spadajo v okvir pravice do molka.¹²

⁶ Na primer v sodbi ESČP, *Saunders v. Združeno kraljestvo*, št. 19187/91 z dne 17. decembra 1996, obrazložitev tč. 68.

⁷ K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 250.

⁸ Prim. US RS, št. Up-1293/08-24 z dne 6. julija 2011, opomba št. 21: »Prepoved se ne nanaša na izjave o dogodku, ki nimajo informativne vrednosti oziroma s katerimi se ne priznava ali zanika določeno dejstvo o preteklem dogodku, ki je upošteveno z vidika kazenskega prava /... /«

⁹ Glej tudi odločbo US RS, št. Up-1678/08 z dne 15. decembra 2009 (Ur. l. RS, št. 88/10; OdlUS XIX, 14).

¹⁰ Npr. sodba ESČP, *Allan v. Združeno kraljestvo*, št. 48539/99 z dne 5. novembra 2002.

¹¹ Npr. sodba ESČP, *Bikov v. Ruslja*, št. 4378/02 z dne 10. marca 2009.

¹² Prim. odločbo US RS, št. Up-1293/08-24 z dne 6. julija 2011, opomba št. 21: »/... / Prepoved se tudi ne nanaša na izjave, ki se ne upoštevajo zaradi resničnosti njihove vsebine, temveč kot dokaz o dejstvu, da so bile izrečene. Prepoved prav tako ne velja za očitno spontane izjave.« Prim. tudi sodbo Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (v nadaljevanju: VS RS), št. I Ips 500/2008 z dne 9. julija 2009.

Ali je mogoče privilegij zoper samoobtožbo razumeti tudi širše, tj. da domnevnega storilca varuje tudi pred prisilo k drugačnemu, neverbalnemu prispevku k dokaznemu gradivu? Če bi za izhodišče vzeli meje, ki jih je privilegiju postavilo ESČP v zadevi *Saunders*,¹³ bi na prvi pogled lahko rekli, da ne. Vendar pa poznamo tudi primere, ko meje med verbalnim in neverbalnim prispevkom domnevnega storilca ne smemo več delati.¹⁴ Tu vprašanja meja med verbalnimi in neverbalnimi načini prispevanja domnevnega storilca k dokaznemu gradivu gotovo ni mogoče razrešiti, pa tudi treba ga ni. Vprašanje varstva pred prisilno izročitvijo listin je ožje in vendarle nekoliko lažje obvladljivo. Sam akt izročitve (listine) za potrebe praktičnega kazenskega postopka gotovo lahko obravnavamo kot ravnanje, ki ga obdolženec lahko voljno obvladuje. V tem delu je izročitev listine podobna obdolženčevi izjavi in se hkrati razlikuje na primer od odvzema krvi, brisa sluznice in drugih dejanj, ki jih mora obdolženec (z vidika privilegija) zgolj pasivno trpeti. V tem smislu izročitve predmetov ali listin tudi ni mogoče primerjati na primer z beleženjem telesnih odzivov pri poligrafskem testiranju.

A na drugi strani prav tako ni dvoma, da obdolženec na vsebino, ki jo posreduje z listino, ne more več voljno vplivati. V tem se akt izročitve gotovo razlikuje od verbalnega izjavljanja. Izročitev listine ali drugega predmeta je torej nekje vmes: je voljno ravnanje obdolženca (kot njegova izjava), pri katerem pa ne more hkrati oblikovati informacij, ki jih posreduje organom postopka (kot to velja za njegovo telo). Očitno odgovor na vprašanje, ali naj ga pred prisilnim izročanjem listin ali predmetov varuje privilegij zoper samoobtožbo, ne more biti enostaven.

¹³ Sodba ESČP, *Saunders v. Združeno kraljestvo*, št. 19187/91 z dne 17. decembra 1996. V izvirniku: »The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.«

¹⁴ Najprej gre za (upajmo) razmeroma redke in ekscesne primere, ko prisila zoper domnevnega storilca preraste v kršitev prepovedi mučenja, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja; kažejo na to, da so organi kazenskega postopka prispevek domnevnega storilca k dokaznemu gradivu šteli za odločilnega (npr. sodba Vrhovnega sodišča ZDA (v nadaljevanju: VS ZDA), *Rochin v. Kalifornija*, 342 U.S. 165 (1952), in sodba velikega senata ESČP, *Jalloh v. Nemčija*, št. 54810/00 z dne 11. julija 2006).

4. DRUGI KORAK: DOLŽNOST DOMNEVNEGA STORILCA IZROČITI ZAHTEVANO GRADIVO (EDICIJSKA DOLŽNOST)?

Kako rešiti opisano zagato? Ta problem bomo v naslednjem koraku obravnavali z več vidikov: najprej z vidika jezikovne analize veljavnega besedila ZKP, nato z vidika Ustave RS in nekaterih stališč Ustavnega sodišča RS, kasneje pa še judikature ESČP in nekaterih tujih ureditev, ki bi lahko bile koristne za to razpravo.

4.1. Varstvo pred prisilnim izročanjem listin v ZKP

Slovenski ZKP na prvi pogled takega varstva ne zagotavlja. Nasprotno, v drugem odstavku 220. člena ZKP je urejena splošna edicijska dolžnost: kdor ima predmete, ki utegnejo biti dokazilo v kazenskem postopku, jih mora na zahtevo sodišča izročiti, sicer se sme kaznovati z denarno kaznijo in (subsidiarno) celo zapreti. Določba se nanaša tudi na listine (kot je razbrati iz drugih določb tega poglavja, npr. 222. člena ZKP) in na ravni gole jezikovne razlage zavezuje tudi domnevnega storilca, ki ga je mogoče v primeru odklonitve tudi sankcionirati.

Če poskusimo določbo 220. člena ZKP razlagati v luči načelne prepovedi izsiljevanja izjav (11. člen ZKP, identično drugi stavek drugega odstavka 21. člena Ustave RS), ugotovimo dvoje. Prvič, izročitve predmetov in listin zakonodajalec nikakor ne obravnava enako kot podajanja izjav ali priznanja, in drugič, dopušča t. i. posredno prisilo tudi zoper obdolženca. S posredno silo je treba razumeti grožnjo s kasnejšim poslabšanjem procesnega položaja (izrekom in izvršitvijo denarne kazni ali zavora) in jo je treba razlikovati od neposredne (fizične, psihične) prisile, ki je neposredno usmerjena v doseganje določenega ravnanja osebe, zoper katero je usmerjena.¹⁵ Oboje kaže na to, da 220. člen ZKP varstva pred prisilnim izročanjem listin obdolžencu ne zagotavlja. Stališča, ki v slovenski teoriji govorijo zoper uporabo 220. člena ZKP v primeru obdolženca,¹⁶ že razlagajo slovenski zakon v luči stališč ESČP in v tem smislu presegajo golo jezikovno razlago ZKP.

¹⁵ Primož Gorkič: Procesna dejanja obdolženca v kazenskem postopku, doktorska disertacija. Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 2009, str. 160 in nasl.

¹⁶ Zlatko Dežman in Anže Erbežnik: Kazensko procesno pravo Republike Slovenije. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 720; Štefan Horvat: Zakon o kazenskem postopku s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 520; K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 115.

Vendar pa je treba ugotoviti, da je tudi slovenski zakonodajalec v besedilo ZKP vnesel posamične elemente, ki osumljencu in obdolžencu zagotavljajo varstvo pred prisilnim neverbalnim sodelovanjem z organi postopka. Tak primer je šesti odstavek 219.a člena ZKP. Ta ureja dolžnost imetnika ali uporabnika elektronske naprave, da zagotovi dostop do naprave, predloži šifrirne ključe in gesla ter potrebna pojasnila o uporabi naprave. Gre torej za posebno obliko edicijske dolžnosti,¹⁷ ki vključuje ravnanje, podobno izročitvi listine (omogočanje dostopa do elektronske naprave in posredovanje določenih podatkov). A zakonodajalec je položaj osumljenca oziroma obdolženca tokrat uredil drugače: prepovedal je sankcijo v primeru njune odklonitve. Na jezikovni ravni to pomeni, da dolžnost iz šestega odstavka 219.a člena ZKP sicer velja tudi zanj, le sankcije za nespoštovanje te dolžnosti ni. Če se želimo izogniti nepopolni normi, potem lahko v naslednjem koraku kvečjemu sklenemo, da tudi edicijske dolžnosti po šestem odstavku 219.a člena ZKP za osumljenca in obdolženca ni.¹⁸

Dejstvo, da je zakonodajalec dva med seboj primerljiva položaja domnevnega storilca uredil različno, poraja vprašanje, ali po analogiji enako prepoved prisiljevanja domnevnega storilca oblikovati tudi v primeru splošne edicijske dolžnosti iz 220. člena ZKP. Analogija v tem primeru ne more biti sporna, ker ne širi represivnih pooblastil organov postopka. Vse kaže, da je tak argument tudi edini način, na katerega lahko na ravni razlage zakonskega besedila zagotovimo domnevnemu storilcu varstvo pred prisilno izročitvijo listin in drugih predmetov v kazenskem postopku.

4.2. Varstvo pred prisilnim izročanjem listin v Ustavi RS in presoji US RS

Tudi besedilo Ustave RS je na prvi pogled nenaklonjeno varstvu pred prisilno izročitvijo listin ali predmetov. Njene določbe, ki so *sedes materiae* privilegija zoper samoobtožbo, varujejo domnevnega storilca pred prisilo k priznanju, k izpovedbi ali drugi izjavi (19., 21. in 29. člen Ustave RS). Podobno kot ZKP se torej ustavno besedilo osredotoča na varstvo pred prisilo pri izjavljanju domnevnega storilca.

Temu je sledilo tudi slovensko Ustavno sodišče. Iz redkih primerov, ki dajejo slutiti možnost širšega razumevanja privilegija zoper samoobtožbo, razberemo predvsem, da Ustavno sodišče še ni izrabilo priložnosti, da bi vprašanje obdol-

¹⁷ K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 117.

¹⁸ Podobno velja tudi za določbo tretjega odstavka 223.a člena ZKP. Ta izrecno ne ureja dolžnosti izročiti listine ali predmete, ureja pa na podoben način dolžnost sodelovanja pri zavarovanju podatkov na elektronski napravi.

ženčeve edicijske dolžnosti obravnavalo z vidika privilegija zoper samoobtožbo. Primer, ki je tako pritožniku kot Ustavnemu sodišču dal tako priložnost, je gotovo zadeva Up-62/98.¹⁹ V tem primeru je osumljenec policiji v svojem stanovanju izročil obremenilno dokazno gradivo. To ravnanje so redna sodišča označila za »prevzem dokaznega gradiva« s strani policije. Pritožnik je zatrjeval kršitev 35. in 36. člena Ustave RS, torej kršitev pravice do zasebnosti, in pri tem navajal, da bi policisti smeli na tak način ukrepati le na podlagi sodne odločbe. Ustavno sodišče se je v odločbi omejilo na te očitke in jih zavrnilo. Pri tem se zdi, da je vsaj pritožnik imel zadostno podlago za zatrjevanje kršitve privilegija zoper samoobtožbo, vendar je ni izkoristil. Tako je zdaj jasno, da zahteva za izročitev predmetov pomeni poseg v 35. člen Ustave, tako v pravico do zasebnosti kot tudi v splošno svobodo ravnanja.²⁰ Na odgovor, kako presojati take primere z vidika privilegija zoper samoobtožbo, pa bo treba še počakati.

Kakšna so izhodišča, ki bi bila pri tem na voljo Ustavnemu sodišču? Še najprimernejše se gotovo zdi že omenjena odločba Up-134/97.²¹ Odločba združuje navedeni definiciji privilegija zoper samoobtožbo, ki sta, kot rečeno, razmeroma široki. Ključni prvini sta dve: prvič, da se domnevnega storilca pusti, naj se prostovoljno odloča o tem, ali bo sodeloval z organi postopka, in drugič, da mora državni tožilec prepričati sodišče o utemeljenosti obtožbe, tudi če domnevni storilec ostane povsem pasiven. Izročitev listine ali drugih predmetov gotovo pomeni, da domnevni storilec voljno sodeluje z organi postopka in da pri tem ni več pasiven. Takšno izhodišče bi torej lahko bilo podlaga za sklep, da je treba izročitev predmetov in listin obravnavati podobno kot izjave o kazenskopravno relevantnem dogodku.

Vendar pa kasnejše odločbe Ustavnega sodišča tega sklepa ne podpirajo. Tako je Ustavno sodišče med drugim dopolnilo in konkretiziralo predstavljeno opredelitev privilegija zoper samoobtožbo v (tudi že omenjeni) odločbi Up-1293/08.²² Pri tem je pojasnilo, kaj pomeni »sodelovati« z organi postopka, in privilegij osredotočilo na izjavljanje domnevnega storilca. Prostovoljnost »sodelovanja« z organi postopka torej pomeni, da domnevnemu storilcu ni treba ničesar izjaviti v zvezi s kaznivim dejanjem. Takšna konkretizacija gotovo ni naklonjena varstvu pred prisilno izročitvijo predmetov ali listin.

¹⁹ Odločba US RS, št. Up-62/98 z dne 7. januarja 1999 (OdlUS VIII, 287).

²⁰ Npr. v odločbi US RS, št. U-I-108/99 z dne 20. marca 2003 (Ur. l. RS, št. 33/03; OdlUS XII, 22).

²¹ Odločba US RS, št. Up-134/97 z dne 14. marca 2002.

²² Odločba US RS, št. Up-1293/08-24 z dne 6. julija 2011.

Še tesneje je Ustavno sodišče priprlo vrata listinskemu privilegiju v **odločbi Up-1678/08**.²³ Presojalo je sicer na videz povsem drugačno vprašanje: ali predstavlja snemanje obdolženčevega glasu (za potrebe identifikacije imetnika glasu na zvočnem posnetku) poseg v privilegij zoper samoobtožbo? Odgovor Ustavnega sodišča je bil negativen: glas, kolikor nas zanimajo zgolj njegove fizikalne lastnosti, ne sodi v sfero, ki jo varuje privilegij zoper samoobtožbo, ker gre za primer, ki je primerljiv s posegi v obdolženčevo telo, pred katerimi privilegij zoper samoobtožbo ne varuje.

Zakaj je to stališče Ustavnega sodišča pomembno za varstvo pred prisilnim izročanjem listin in predmetov? Posnetek obdolženčevega glasu je plod obdolženčevega voljnega ravnanja, govora. Prav ta voljna razsežnost njegovega ravnanja pomeni, da gre za položaj, ki je primerljiv z izročitvijo listine. A hkrati drži, da obdolženec ne v primeru posnetka njegovega glasu, ne v primeru izročitve listine, ne more voljno vplivati na vsebino podatkov, ki jih posreduje organom postopka – in prav to je bilo za Ustavno sodišče v omenjeni zadevi ključno.

Na tej točki lahko zato sklenemo, da trenutno stanje ustavnosodne presoje ne zagotavlja varstva pred neprostoovoljnim izročanjem listin in predmetov. A hkrati je treba ugotoviti, da so omenjene odločbe sodišča dovolj pisane na kožo posameznim primerom, zaradi česar ostaja Ustavnemu sodišču manevrski prostor tudi za drugačno odločitev. Judikatura ESČP v zvezi s 6. členom EKČP namreč kaže, da bo v nekaterih primerih vendarle treba priznati varstvo privilegija zoper samoobtožbo tudi v primerih prisilnega izročanja listin in drugih podatkov.

4.3. Varstvo listinskega privilegija v judikaturi ESČP

4.3.1. Funke v. Francija

ESČP je v več sodbah obravnavalo položaje, ko so državni organi zoper pritožnike uporabili prisilo (v obliki denarnih kazni) z namenom, da dosežejo izročitev listin oziroma podatkov. Nosilni, najbolj razvpiti primer je gotovo zadeva *Funke v. Francija*.²⁴ Francoski carinski organi so od pritožnika zahtevali izročitev podatkov o njegovem premoženju v tujini, konkretno podatke o premoženju na bančnih računih v tujini. Pri hišnih preiskavah, ki so jih skupaj s policijo opravili pri njem, podatkov (bančnih izpiskov itd.) o teh bančnih računih niso našli. Zato so med preiskavo od njega zahtevali, naj jim te podatke izroči sam. Zahteve so bile časovno in tudi sicer konkretizirane, saj so zahtevali

²³ Odločba US RS, št. Up-1678/08 z dne 15. decembra 2009.

²⁴ Sodba ESČP, *Funke v. Francija*, št. 10828/84 z dne 25. februarja 1993.

podatke za tri določena leta v zvezi z računi pri treh opredeljenih bankah v tujini. Ker zahtevi ni ustregel, mu je sodišče izreklo denarno kazen v dnevnem znesku za vsak dan zamude z izročitvijo teh podatkov. Kazenskega postopka zoper pritožnika niso uvedli.

Vendar pa to ESČP ni preprečilo, da ne bi kljub temu ugotovilo, da je 6. člen EKČP uporabljen. Pritožnik je med drugim zatrjeval, da so francoski organi od njega zahtevali, da prispeva k dokaznemu gradivu zoper samega sebe, ne da bi pri tem uporabili mehanizme mednarodne pravne pomoči in sami pridobili zahtevane podatke. V skopi in v stroki kritizirani sodbi²⁵ je ESČP pritrdilo pritožniku. Ugotovilo je, da so francoski organi pritožnika obsodili in sankcionirali zato, da bi pridobili listine, za katere so menili, da morajo obstajati, ne da bi bili o tem z gotovostjo prepričani. Ocenilo je, da so uporabili prisilo v okoliščinah, ki kažejo bodisi na njihovo nezmožnost bodisi nepripravljenost pridobiti listine na drugačen način. Zato je sklenilo, da so s svojim ravnanjem kršili privilegij zoper samoobtožbo.

Pri zadevi *Funke* gotovo izstopa dejstvo, da je ESČP prepoznalo kršitev privilegija v okoliščinah, ko do kazenskega postopka (v katerem bi bile zahtevane listine uporabljene kot dokaz) sploh ni prišlo. Prav tako ni ugotavljalo, ali je v ravnanju carinskih organov (pri izvajanju preiskave) prepoznati obtožbo (*charge*), ki bi sprožila uporabo 6. člena EKČP. Namesto tega je uporabo 6. člena EKČP navezalo na sodni postopek odločanja o sankciji zoper pritožnika, ki je izročitev zahtevanih podatkov zavrnil. Za sodišče je bilo pomembneje, da so francoski organi uporabili pritožnika kot poglavitni, nenadomestljivi vir podatkov, ki bi jih lahko uporabili zoper njega. Njegov prispevek so šteli za odločilnega in ravnali tako, da brez njegovega sodelovanja do (potencialno?) obremenilnega gradiva sploh ne bi mogli priti.

4.3.2. J. B. v. Švica

Nekaj nejasnosti v zvezi s svojim pristopom k varstvu pred prisilnim izročanjem listin je ESČP razjasnilo v zadevi *J. B. v. Švica* iz leta 2001.²⁶ Švicarski davčni organi so v tem primeru zoper pritožnika uvedli postopek za naknadno odmero davka in od njega zahtevali, naj jim izroči podatke o prihodkih, ki jih je prejel na bančne račune v tujini. Ker je pritožnik zahtevo zavrnil, so jo večkrat ponovili in ga zaradi nespoštovanja zahteve tudi večkrat denarno kaznovali. ESČP je podobno kot v zadevi *Funke* ugotovilo kršitev privilegija zoper samoobtožbo. Vendar pa je bilo v konkretnem primeru bolj previdno:

²⁵ Npr. Andrew S. Butler: *Funke v. France* and the right against self-incrimination: A critical analysis, v: *Criminal Law Forum*, (2000) 11, str. 461 in nasl.

²⁶ Sodba ESČP, *J. B. v. Švica*, št. 31827/96 z dne 3. maja 2001.

ugotovilo je, da so bili švicarski davčni organi pristojni tudi za izrekanje glob zaradi kaznivega dejanja davčne utaje (končna poravnava s pritožnikom je dejansko tudi vključevala tako globo), pa tudi švicarsko zvezno vrhovno sodišče je odločilo, da je 6. člen EKČP uporabljen v tem primeru. Ob upoštevanju vseh okoliščin je ESČP ugotovilo, da gre v postopku pred davčnimi organi za odločanje o obtožbi (*charge*) v smislu 6. člena EKČP. Pred sabo imamo torej odločitev, v kateri uporaba kazenskoprocesnih temeljnih jamstev torej ne more biti sporna, četudi gre za postopek pred davčnimi organi.

ESČP je v takem kontekstu ugotovilo kršitev privilegija zoper samoobtožbo. Švicarski organi so bili zelo vztrajni pri sankcioniranju pritožnikovega nespoštovanja njihovih zahtev za izročitev podatkov, kar je kazalo na to, da so šteli obdolženca za odločilni vir podatkov v postopku, ki bi se lahko (in se tudi na koncu je) končal s sankcijo zaradi kaznivega dejanja. Podatke, ki so jih zahtevali, bi namreč lahko uporabili tako za odmero davka kot za potrebe odločanja o kaznivem dejanju davčne utaje. Hkrati je negativno odgovorilo tudi na vprašanje, ali gre pri izročitvi podatkov za primere, ki jih je v zadevi *Saunders* izključilo iz dometa privilegija zoper samoobtožbo: v tem primeru, tako ESČP, gradiva, ki so ga zahtevali švicarski organi, ni mogoče enačiti z odvzemom krvi, urina oziroma drugimi primeri, ko mora obdolženec dopustiti posege v telo.

Sodba v zadevi *J. B. v. Švica* je očitno večplastna. Odgovarja tako na vprašanja uporabe privilegija zoper samoobtožbo pred drugimi državnimi organi kot na vprašanje, ali se privilegij zoper samoobtožbo lahko razteza tudi na varstvo pred prisilno izročitvijo listin. Odgovor na obe vprašanji je pritrdilen, vsaj v okoliščinah, s katerimi se je srečalo ESČP v tem primeru.

4.3.3. Marttinen v. Finska

Zadnji od primerov, ki jih kaže predstaviti, je zadeva *Marttinen v. Finska*.²⁷ V njej je ESČP nadaljevalo smer, ki jo je začrtalo v prej predstavljenih sodbah *Funke* in *J. B.* Pritožnik se je v tem primeru znašel v dveh vzporednih postopkih, kazenskem in izvršilnem. Kazenski postopek so finske oblasti uvedle zaradi predložitve lažnih podatkov o njegovem premoženju v stečajnem postopku. Vendar pa je postopek zastal v fazi pred vložitvijo obtožbe. V času odločanja pred ESČP še ni bilo znano, ali se je finski državni tožilec odločil vložiti obtožni akt ali ne.

Medtem pa je zoper pritožnika stekel izvršilni postopek. V njem so od pritožnika zahtevali, naj jim zaradi izvedbe rubeža posreduje podatke o svojem

²⁷ Sodba ESČP, *Marttinen v. Finska*, št. 19235/03 z dne 21. aprila 2009.

premoženju. Pritožnik te zahteve ni spoštoval in bil zato denarno kaznovan. Pred finskimi sodišči je med drugim zatrjeval, da je edini namen izvršilnega postopka poiskati podatke in dokazno gradivo za potrebe vzporednega kazenskega postopka. Četudi so finska sodišča zavrnila vsa pritožnikova pravna sredstva zoper odločbe o denarni kazni, je eden od sodnikov finskega vrhovnega sodišča opozoril, da so podatki o pritožnikovem premoženju pomembnih tako za kazenski kot za izvršilni postopek, pri čemer bi bilo mogoče po finskem pravu podatke iz izvršilnega postopka uporabiti tudi v kazenskem.

ESČP je tudi tu moralo najprej ugotoviti, ali je 6. člen EKČP sploh uporabljen, glede na to, da se finški državni tožilec ni odločil za vložitev obtožnega akta. To je pomenilo, da v kazenskem postopku priložnosti uporabiti podatke, ki so jih zahtevali v izvršilnem, niti ni bilo. ESČP je potrdilo pristop, ki ga je zavzelo že v zadevi *Funke*: na 6. člen EKČP, oziroma konkretnije, na privilegij zoper samoobtožbo se je mogoče sklicevati, tudi če obremenilno gradivo ni bilo uporabljeno v kazenskem postopku. Tako je bilo za ESČP odločilno naslednje: prvič, podatki, ki bi jih pritožnik pod prisilo izročil organom izvršilnega postopka, bi bili lahko (!) uporabljeni tudi v kazenskem postopku. Drugič, zahteva za posredovanje podatkov se je nanašala na podatke, ki so bili relevantni tudi v »visečem« kazenskem postopku (podobno je poudarilo že v zadevi *J. B.*). In tretjič, uporabljena prisila (razmeroma visoka denarna kazen) je po presoji ESČP posegla v samo jedro privilegija zoper samoobtožbo.

4.3.4. Analiza

Kaj nas učijo stališča, ki jih je zavzelo ESČP? Prvič, skupna poteza vsem opisanim primerom je, da so zoper domnevnega storilca državni organi dejansko uporabili prisilo tako, da so mu izrekli denarno kazen. Pri tem je pomembno, da je ESČP tudi tako obliko prisile štelo za relevantno. To pomeni, da šteje ESČP za relevantne (in prepovedane) tudi nekatere oblike posrednega prisiljevanja, tj. prisile, ki se kaže v kasnejšem, časovno odmaknjenem poslabšanju procesnega položaja domnevnega storilca.²⁸

Drugič, v prav vseh primerih je ocenilo (ali pa je vsaj tako razbrati iz odločb), da so državni organi pripisovali prispevku posameznika (njegovi izročitvi listin oziroma podatkov) odločilen pomen. V tem smislu vsi opisani primeri pomenijo tudi, da je bilo dokazno breme (ki ga v najširšem smislu nosijo državni organi) prevaljeno na domnevnega storilca. Njegovo sodelovanje je bilo v vseh teh primerih nenadomestljivo.

²⁸ Ne pa vseh: v kontekstu zadeve *John Murray v. Združeno kraljestvo*, št. 18731/91 z dne 8. februarja 1996, ESČP na primer škodljivih učinkov molka obdolženca ni prepoznalo za neskladne s 6. členom EKČP.

Tretjič, ESČP je zelo garantistično odgovorilo tudi na vprašanje, v katerih okoliščinah je privilegij zoper samoobtožbo že uporabljiv. Opisani primeri imajo eno skupno značilnost: v prav vseh primerih se je vprašanje privilegija postavilo v nekazenskih postopkih. A hkrati so situacije gotovo zelo različne: v zadevi *Funke* se ESČP vprašanja uporabnosti zahtevanih podatkov v kazenskem postopku sploh ni dotaknilo, v zadevi *Marttinen* je obravnavalo položaj vzporedno potekajočih postopkov, za katere so relevantna ista dejstva, v zadevi *J. B.* pa je še najbolj dosledno sledilo ustaljenemu pristopu in ugotovilo, da je že odločanje v nekazenskem postopku pomenilo odločanje o kazenski obtožbi (*charge*), zaradi česar so uporabna tudi jamstva v kazenskem postopku. Ob tako raznolikih položajih se je verjetno najbolje zanesti prav na stališče, ki ga je ESČP zapisalo v zadevi *Marttinen*: uporabljena prisila ne bo relevantna z vidika privilegija zoper samoobtožbo takrat, kadar ne bo niti tekočih, »visečih« kazenskih postopkov (za katere bodo zanimiva ista dejstva), niti ne bo mogoče pričakovati, da bi kasneje te podatke uporabili v kazenskem postopku.²⁹ Če bi poskusil to stališče prenesti v slovensko kazensko procesno pravo, tvegam oceno, da je treba pričakovati možnost uporabe zahtevanih podatkov, listin itd. tisti trenutek, ko nastopi dolžnost državnih organov vložiti kazensko ovadbo (145. člen ZKP) in je hkrati tudi že mogoče opredeliti domnevnega storilca. Ob strani puščam vprašanje, kaj to pomeni za prekrškovni postopek.

In končno – kaj torej ostane državnim organom od trenutka, ko ugotovijo, da so zahtevani podatki dejansko ali potencialno zanimivi za kazenski pregon določene osebe? ESČP ponuja odgovor, ki je le deloma zadovoljiv. ESČP je v zadevi *Marttinen* opozorilo na svoje stališče v zadevi *Saunders*, ko je zapisalo, da se privilegij zoper samoobtožbo ne razteza na »dokumente, pridobljene na podlagi odredbe« (ang. *documents acquired pursuant to a warrant*), četudi so pridobljeni od domnevnega storilca. Kako razumeti ta opomnik?

Prvič, gotovo je, da se domnevni storilec ne more uspešno sklicevati na privilegij zoper samoobtožbo, samo zato, ker je sam avtor obremenilne vsebine listine, katere izročitev se zahteva od njega. S svojo voljo na vsebino listine preprosto ne more več vplivati. Drugič, ta napotek kaže na to, da ESČP od državnih organov pričakuje, da se do listin, predmetov itd. dokopljejo sami, tj. brez sodelovanja domnevnega storilca. Hišne in osebne preiskave ter zasegi so preiskovalna dejanja, ki same po sebi ne zahtevajo sodelovanja (aktivnosti) domnevnega storilca pri iskanju in pridobivanju dokaznega gradiva. Zato same po sebi tudi ne morejo biti sporne z vidika privilegija zoper samoobtož-

²⁹ V izvirniku: »/... / where no proceedings (other than the 'coercive' proceedings) were pending or anticipated, the Court found no violation of the right not to incriminate oneself /... /« Sodba ESČP, *Marttinen v. Finska*, obrazložitev, tč. 69.

bo.³⁰ In tretjič, kaj pomeni obravnavati posameznika kot odločilen, nenadomestljiv vir dokaznega gradiva zoper njega samega? Pri tem ni odločilno, ali je posameznik podlegel prisili ali ne, tj. ali je zaradi uporabljene prisile izročil zahtevane listine oziroma podatke. Uporabljena prisila je eden od dejavnikov, ki bo pomemben pri presoji, ali je do kršitve prišlo ali ne. Ključen je odnos državnih organov. V kontekstu navedenih definicij privilegija zoper samoobtožbo to dejansko pomeni, da so državni organi računali na to, da bodo prav z njegovim (izsiljenim) sodelovanjem zbrali obremenilno gradivo. V tem smislu vsi opisani primeri pomenijo tudi, da je bilo dokazno breme (ki ga v najširšem smislu nosijo državni organi) prevajeno na domnevnega storilca. Njegovo sodelovanje je bilo v vseh teh primerih nenadomestljivo, odločilno.

»Težava« v opisanih zadevah pa je v tem, da lahko o odločilnosti in obremenilnosti zahtevanih listin in podatkov le špekuliramo, saj pred seboj nimamo obsodilne sodbe, ki bi temeljila na njih. Na to vprašanje deloma odgovarja primerjalnopravna analiza, zlasti stališča Vrhovnega sodišča ZDA:

4.4. Primerjalnopravni pregled

Če se ozremo po nekaterih drugih ureditvah, ugotovimo, da imajo to vprašanje različno urejeno. Avstrijska ureditev podobno kot naša določa splošno edicijsko dolžnost izročiti (policiji) predmete ali listine, ki bodo predmet zasega (§ 111 avstrijskega StPO); če tega oseba ne želi storiti, sme policija zahtevani predmet ali listino odvzeti s sorazmerno uporabo sile; če to ni mogoče, pa osebo lahko tudi denarno kaznuje (drugi odstavek § 93 avstrijskega StPO) – vendar ne osumljenca in oseb, oproščenih dolžnosti izpovedovati.³¹ V primeru osumljenčeve zavrnitve organi postopka do zahtevanih predmetov lahko pridejo s hišno preiskavo (§ 111 avstrijskega StPO) pod pogoji, ki se zahtevajo za njeno odreditev in izvedbo.

V švicarski (zvezni) ureditvi je položaj nekoliko drugačen. Splošno edicijsko dolžnost ureja zvezni švicarski StPO v § 265. Vendar pa zelo široko določa izjeme (drugi odstavek § 265 švicarskega StPO). Tako po švicarskem pravu ni edicijske dolžnosti obdolženca,³² drugih oseb, ki uživajo pravico do mol-

³⁰ Prim. Š. Horvat, nav. delo, str. 520.

³¹ Stefan Seiler: *Strafprozessrecht*. 9. Aufl. Facultas-WUV, Dunaj 2008, str. 126; Christian Bertel in Andreas Venier: *Einführung in die neue StPO*. 2. Aufl. Springer, Dunaj, New York 2008, str. 77.

³² Za obdolženca šteje oseba, ki je osumljena, obdolžena ali obtožena kaznivega dejanja, bodisi v kazenski ovadbi, obtožnem aktu ali ob izvršitvi katerega od procesnih dejanj organov postopka (§ 111 švicarskega StPO).

ka³³ ali ki so oproščene dolžnosti izpovedovati, in pravnih oseb, ki bi s tem tvegale kazensko ali odškodninsko odgovornost.

Podobno, a manj podrobno ureditev poznajo v nemškem pravu. Nemški StPO določa splošno edicijsko dolžnost v § 95. Dikcija je splošna in velja na prvi pogled tudi za domnevnega storilca. Če oseba ne ravna skladno z zahtevo za izročitev predmetov, jo je mogoče k temu prisiliti z denarno kaznijo ali zapornom, trpeti pa mora tudi stroške zaradi nespoštovanja zahteve (§ 70 nemškega StPO). Vendar pa teh sankcij ni mogoče uporabiti zoper tiste osebe, ki niso dolžne izpovedovati, torej zoper privilegirane priče in zoper domnevnega storilca.³⁴ Položaj je podoben ureditvi v šestem odstavku 219.a člena ZKP.

V kanadskem pravu ureja vprašanje edicijske dolžnosti (v zvezi z listinami in podatki) člen 487.012 Criminal Code. Sodišče lahko zahteva od posameznika, da uradni osebi izroči dokumente (ali overjene kopije) in podatke, če ugotovi, da je to potrebno zaradi dokazovanja kaznivega dejanja, dokumenti in podatki pa so v posesti ali pod nadzorom posameznika. Vendar pa tega sodišče ne more zahtevati od tistega, ki je osumljen kaznivega dejanja, zaradi katerega se dokumenti zahtevajo. Kanadsko pravo torej ne pozna edicijske dolžnosti domnevnega storilca.

V ameriškem pravu se je o vprašanju edicijske dolžnosti opredelilo zvezno Vrhovno sodišče v več zadevah. Nosilna zadeva je gotovo *Fisher v. ZDA*.³⁵ Vrhovno sodišče je moralo ugotoviti, ali zahteva obdolžencu, naj izroči dokumente, ki jih je pripravil njegov računovodja, krši privilegij zoper samoobtožbo. Sodišče je deloma odstopilo od stališča, ki ga je konec 19. stoletja zavzelo v zadevi *Boyd*, tj. da ni mogoče ločevati med zasegi osebnih knjig in papirjev ter izsiljeno samoobdolžitvijo.³⁶ Po tem stališču naj bi bil privilegij uporaben že, če je vsebino listine (na katero obdolženec ne more več voljno vplivati) pripravil, oblikoval obdolženec. V zadevi *Fisher* je Vrhovno sodišče ZDA najprej omejilo domet privilegija zgolj na obdolženčevo izjavljanje. A že v naslednjem koraku je opozorilo, da ima lahko tudi sam akt izročitve »testimonialne« prvine, povsem neodvisno od vsebine dokumenta. To pomeni, da je telesno ravnanje (izročitev) deloma izenačilo z izpovedovanjem ali drugačnim izjavljanjem o kaznivem dejanju. Akt izročitve, tako sodišče, molče sporoča, da zahtevane

³³ Sem spadajo na primer tudi žrtev (oškodovanec, § 117 švicarskega StPO) in seveda priče glede odgovorov na posamezna vprašanja.

³⁴ Claus Roxin in Berndt Schünemann: *Strafprozessrecht*. 25. Aufl., C.H. Beck, München 2012, str. 277.

³⁵ 425 U.S. 391 (1976); v: Boštjan M. Zupančič in drugi: *Ustavno kazensko procesno pravo*. Atlantis, Ljubljana 1996, str. 256 in nasl.

³⁶ 116 U.S. 616 (1886); v: B. M. Zupančič in drugi, nav. delo, str. 244 in nasl.

listine obstajajo, da so v posesti osebe, na katero je zahteva za izročitev naslovljena, in da so po njenem prepričanju to dokumenti, na katere se zahteva nanaša (avtentičnost listin).

Vendar pa to ne pomeni, da vsaka s sankcijo podkrepljena zahteva za izročitev listin pomeni prisilo k izpovedovanju in s tem kršitev privilegija zoper samoobtožbo. V zadevi *Fisher* je Vrhovno sodišče ZDA hkrati uvedlo tudi argument neizogibnega (vnaprejšnjega) sklepa (*foregone conclusion doctrine*). Ta argument pravzaprav pomeni ocenjevanje, ali je obdolženec s samo izročitvijo sploh prispeval k dokaznemu gradivu. Če je odgovor negativen, potem tudi kršitve privilegija ne more biti. Prav tako v zadevi *Fisher* na primer je sodišče ocenilo, da izročitev listin (ki jih je pripravil računovodja) ne pomeni takega prispevka: listine so bile last računovodje, on jih je pripravil in tudi sicer so bile to listine, ki jih navadno pripravljajo računovodje pri pripravi davčnih napovedi. Torej se tožilstvo glede obstoja, posesti ali avtentičnosti listine gotovo ni zanašalo na obdolženca in na testimonialne vidike njegovega akta izročitve.

Kasneje je Vrhovno sodišče ZDA konkretiziralo argument neizogibnega sklepa, morda najbolj konkretno v zadevi *ZDA v. Hubbel*:³⁷ doktrina neizogibnega sklepa je uporabna takrat, kadar organi pregona vedo, da ima oseba zahtevane listine, in se lahko neodvisno (od obdolženca) prepričajo o njihovem obstoju in avtentičnosti (na primer s pomočjo tretje osebe, ki je listine pripravila). V takem primeru akt izročitve ne pomeni obdolženčevega prispevka k dokaznemu gradivu. To stališče lahko hkrati razumemo tudi tako, da mora biti zahteva za izročitev dovolj konkretizirana, da lahko takšno oceno (o obdolženčevem prispevku) sploh naredimo. Če je zahteva za izročitev listine presplošna (*fishing expedition*), potem bo testimonialni prispevek obdolžencu z izročitvijo dokumentov gotovo precejšen, pred prisilo pa ga bo v takem primeru varoval privilegij zoper samoobtožbo.

5. SKLEP O EDICIJSKI DOLŽNOSTI OBDOLŽENCA

Kaj nam sporoča analiza domačih in tujih ureditev ter stališč? Gotovo je, da povsem enotnega pristopa k edicijski dolžnosti obdolženca ni. Nekatere ureditve jasno, določno omejujejo krog naslovnikov edicijske dolžnosti, druge ne. Gotovo je tudi, da ureditev v 220. členu ZKP ni ustrezna in da so teoretična stališča, ki se zavzemajo za omejitev kroga zavezancev po drugem odstavku 220. člena ZKP, tehtna. Vendar pa je v tem trenutku vsaj poskus oblikovati ustrezno razlago, zlasti ob upoštevanju stališča ESČP, tvegan. Razlog je zlasti

³⁷ 530 U.S. 27 (2000).

v tem, da ESČP uživa »privilegij« *ex post* celovite presoje poštenosti postopka, v katerem je bil obdolženec prisiljen k izročitvi listine. Če bi vztrajali pri minimalnih izhodiščih, ki jih je postavilo, potem gotovo ne moremo trditi, da obstaja pravica zavrnila izročitev zahtevanih listin, na katero bi se bilo mogoče sklicevati (kot ekvivalent pravici do molka). ESČP je namreč ugotovilo kršitev privilegija le v primerih, ko je do prisile tudi dejansko prišlo, ta okoliščina pa v slovenski sodni praksi ni ostala neopažena.³⁸

Vendar pa bi takšno stališče pomenilo, da postavljamo obdolženca v nemogoč položaj: če bi želel kasneje ugovarjati kršitev privilegija zoper samoobtožbo, bi pravzaprav moral privoliti, da bo zaradi neupoštevanja zahteve za izročitev tudi dejansko sankcioniran – s tem pa postane privilegij zoper samoobtožbo jamstvo, ki bo dostopno le tistim, ki lahko tako finančno breme prenesejo. Problem neupravičenega razlikovanja glede na premoženjsko stanje obdolženca je najbrž očiten. Zato je verjetno bolje – še vedno glede na minimalne standarde ESČP – sprejeti splošno prepoved sankcioniranja domnevnega storilca, ki ne upošteva zahteve za izročitev listin. Takšno stališče je rezultat kompromisa: če ne moremo vnaprej oblikovati pravice odkloniti izročitev listine, potem lahko vsaj prepovemo sankcioniranje domnevnega storilca.

Še vedno pa ostaja vprašanje, kdaj in v katerih primerih je tako prepoved sploh treba sankcionirati. S tem ko na splošno prepovemo sankcioniranje domnevnega storilca zaradi neizročitve listin, omogočimo, da praksa dosledneje upošteva trenutek, ko osebi procesna jamstva sploh pripadejo, a hkrati omogočimo, da vendarle zahtevamo listine tudi od domnevnega storilca. Gola prepoved sankcioniranja namreč ohranja – na jezikovni ravni – dolžnost posameznika, da zahtevane listine izroči (prim. šesti odstavek 219.a člena ZKP). Kadar do take zahteve (tudi če je splošne narave) pride v fazah postopka, ko preiskovanje še ni osredotočeno nanj, se posameznik na privilegij zoper samoobtožbo (tudi kasneje) ne more sklicevati. V kasnejših fazah postopka pa bo prepoved prisile zoper domnevnega storilca temu dejansko dala na voljo izbiro, ali ravnati skladno z zahtevo za izročitev ali ne.

Vendar pa sankcioniranje domnevnega storilca, ki zavrne izročitev listin ali predmetov, ne bo vedno samodejno pomenilo tudi kršitve privilegija zoper samoobtožbo. Judikatura ESČP je dovolj široka, da omogoča oceno, kdaj organi kazenskega postopka domnevnega storilca štejejo za ključni, nenadomestljiv člen pri zbiranju dokaznega gradiva. Upoštevalo je več dejavnikov, od intenzivnosti prisile, možnosti in pripravljenosti organov samostojno pridobiti zahtevano gradivo do osredotočenosti preiskovanja. V ta prostor najbrž lahko

³⁸ Sodbi VS RS, št. I Ips 4/2008 z dne 5. junija 2008 in št. I Ips 8916/2012-8 z dne 22. novembra 2011.

vstopijo tudi argumenti, ki jih je oblikovalo Vrhovno sodišče ZDA, in omogočajo oceno, ali domnevni storilec sploh prispeva k dokaznemu gradivu. Odgovor bo negativen takrat, kadar organi postopka razpolagajo s takšnimi podatki, da bi lahko tudi samostojno, neodvisno pridobili zahtevane listine (ker so prepričani o njihovem obstoju, vedo, kdo jih ima v posesti, in vedo, da so pomembne za dokazovanje). V takem položaju prispevek domnevnega storilca z izročitvijo listine – četudi testimonialne narave – gotovo ne bo nenadomestljiv.

Ti argumenti so torej uporabni subsidiarno: ob načelni prepovedi sankcioniranja neizročitve listin je treba domnevati, da prisila zoper domnevnega storilca pomeni kršitev privilegija zoper samoobtožbo. Breme nasprotnega dokazovanja bodo nosili organi kazenskega postopka.

HRESTOMATIJA SOCIOLOGIJE PRAVA

Dr. Albin Igličar (ur.): *Pravo in družba, Hrestomatija sociologije prava*, 2., spremenjena in dopolnjena izdaja. Avtorji: Eugen Ehrlich, Jože Goričar, Georges Gurvitch, Jürgen Habermas, Albin Igličar, Niklas Luhmann, Max Weber, Anton Žun. Prevod: Amalija Mergole Maček. Zbirka Pravna obzorja. IUS Software, GV Založba, Ljubljana 2014, 350 strani.

1. O TEMELJIH DRUŽBOSLOVNEGA PREUČEVANJA PRAVA

Sociologija prava je danes presečišče različnih pristopov za nedogmatično, interdisciplinarno raziskovanje prava.¹ A če se ne želimo že v izhodišču zaplesti v razpravo o problematičnosti tako široko zastavljenega, *eklektičnega* pristopa k raziskovanju prava, je smiselno k tej ugotovitvi dodati, da ima ta pristop nesporno trdne temelje. Vsako, tudi najbolj empirično in aplikativno usmerjeno pravno(sociološko) raziskovanje, ima bolj ali manj jasno izhodišče v teoretičnih pojmovanjih, ki osmišljajo družbeni kontekst, v katerega je vpet normativni sistem, ki zanima pravnike: vsak poskus razložiti neki pravni pojav izhaja iz določenih predpostavk o tem, kaj pravzaprav je družba, kakšna je njena osnovna dinamika in predvsem, kako se nanjo veže pravo oziroma kako pravo nanjo (povratno) učinkuje. Ta pojmovni, teoretični in vrednotni družboslovni okvir je pravzaprav skupna dediščina, ki omogoča, da široko polje raziskovanja prava v družbenem okviru ostane bolj ali manj koherentna celota.

To pa še ne pomeni, da glede vloge ali pomena teh teoretskih in pojmovnih izhodišč vlada soglasje. Nasprotno, največkrat lahko v literaturi preberemo, da obsega sociologija prava, bodisi kot akademska disciplina bodisi kot polje (pravnega) raziskovanja, »mnoštvo raznolikih in na videz nespravljenih po-

¹ Prim. Suzanne Baer: *Rechtssoziologie: Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*. Nomos, Baden-Baden 2011, str. 80–81.

gledov in pristopov k preučevanju prava in družbe«. ² Eden od prvih korakov vsakogar, ki ga zanima pravo tudi onkraj (dogmatičnega) okvira, ki ga zarisuje pravno besedilo, je torej, da se razgleda po tem širokem polju (teoretskih) temeljev družboslovnega ukvarjanja s pravom. Ta pestrost pa je velik izziv tudi za tistega, ki skuša ta izhodišča zajeti na enem mestu, jih nekako sistematizirati ter razumljivo in pregledno predstaviti – ne da bi pri tem pozabil na dejansko obsežnost in kompleksnost na eni strani ter svojskost vsakega od teh teoretičnih pristopov na drugi.

2. PRAVO IN DRUŽBA

Prav s temi temelji oziroma izhodišči se ukvarja knjiga, ki jo imam pred sabo. ³ Na omenjeni izziv v zvezi s kompleksnostjo materije, ki jo želi zajeti, ne odgovarja na povsem običajen, učbeniški način. Slovenskemu bralcu skuša namreč temelje družboslovnega raziskovanja prava predstaviti čim bolj *neposredno*, z besedami izbranih avtorjev, ki so prispevali k oblikovanju pravnosociološke misli od njenih začetkov pa vse do danes – kot na začetku pojasnjuje *spiritus agens* in urednik knjige, prof. dr. Albin Igličar:

»Da bi ublažili popolno odsotnost najpomembnejših klasičnih del sociologije prava v slovenščini, so v tej knjigi zbrani v slovenščino prevedeni značilni odlomki iz študij svetovne sociološkopravne literature. Osrednja imena s tega področja človekovega iskanja in razmišljanja so predstavljena z deli njihovih študij ter z urednikovo uvodno razpravo [...].« ⁴

Kot je mogoče razbrati iz uvodne opombe urednika, ima knjiga dvodelno zgradbo. Prvi del zajema spremno študijo z naslovom *Izhodiščne ideje klasikov sociologije prava*, katere avtor je sam urednik. Gre za pester mozaik, ki na nekaj manj kot petdesetih straneh strnjeno in pregledno poda potreben kontekst: enega za drugim predstavi avtorje odlomkov, ki sledijo, pojasni zgodovinske okoliščine ter idejne tokove, v katerih so ustvarjali, ter oriše njihov prispevek k skupni dediščini, ki tvori izhodišče sociološkega ukvarjanja s pravom – s poudarkom na tistih njihovih pisanjih, ki so objavljena v knjigi. Uvodna razprava tako služi kot podlaga za nadaljnje branje ali komentar, h kateremu se bralec vrača med prebiranjem izvornih besedil v drugem delu, če za oporo potrebuje pogled na besedilo iz zunanjega zornega kota.

² Reza Banakar, Max Travers (ur.): *An Introduction to Law and Social Theory*. Prva izdaja, Hart Publishing, Oxford 2002, str. 2.

³ Albin Igličar (ur.): *Pravo in družba*, druga izdaja. Gre za *drugo, spremenjeno in dopolnjeno* izdajo dela, ki je prvič izšlo leta 2000 in je v naslednjem desetletju pošlo.

⁴ A. Igličar, nav. delo (2014), str. 5.

Drugi, osrednji del knjige sestavljajo prevodi besedil svetovnih in domačih avtorjev, ki so nepogrešljivi »za vsa raziskovanja med pravom in družbo tudi v našem prostoru in času«. ⁵ Zaradi takšnega pristopa k predstavitvi pravnosociološke misli je urednik in avtor uvodne študije delo podnaslovil *Hrestomatija sociologije prava*. ⁶ Ta oznaka pa nas opozori še na en pomemben vidik knjige: gre za delo, v katerem so pogloblitve misli klasikov sociologije prava zbrane in predstavljene predvsem v »študijske ali raziskovalne namene«. ⁷ Poglejmo torej, kaj se je prebilo v izbor, ki nam ga ponuja *Pravo in družba*.

3. NEPOSREDNO K VIROM

3.1. Pionir z obrobja

Ne preseneča, da **Eugena Ehrlicha** (1862–1922) pogosto omenjajo kot enega od začetnikov sociologije prava. ⁸ Težko bi sicer trdili, da je bil prvi, ki je skušal delovanje prava povezati z družbeno dinamiko, gotovo pa je med tistimi, ki so v svojih pisanjih prav razmerje med pravom in družbo, ki je v pravni znanosti in takrat še mladi sociologiji zavzemalo bolj obrobno mesto, pritegnili v središče. V svojem osrednjem delu *Temelji sociologije prava* (v izvirniku: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*), od izida katerega je lani minilo natanko 100 let, je pod imenom sociologija prava zakoličil svojevrsten, neortodoksen pogled na pravo (in pravno znanost), in to v času, ko je vsebino tega pojma za svoj zakon terjal suveren. To delo, ki je bilo leta 1936 prevedeno tudi v angleški jezik in je imelo velik vpliv na pravno teorijo in prakso v ZDA, ⁹ se začne z naslednjo, pogosto citirano uvodno mislijo:

»Pogosto je rečeno, da mora biti knjiga napisana na način, ki omogoča, da povzamemo njeno vsebino v eni sami povedi. Če bi to delo podvrgli temu preizkusu, bi se lahko ta poved glasila: Središče pravnega razvoja, tako danes kot v kateremkoli drugem času, ni pri zakonodajalcu, niti pravni zna-

⁵ Prav tam.

⁶ Urednik pojem hrestomatija uvodoma pojasni z besedo *cvetnik* oziroma s pomočjo slovarja tujk kot »pretehtan izbor iz spisov najboljših pisateljev, zlasti v učne namene«. Ibidem. V tem kontekstu pa bi lahko po mojem mnenju govorili npr. tudi o (strokovni) čitanki.

⁷ Prav tam.

⁸ Albin Igličar: Pogledi sociologije prava. GV Založba, Ljubljana 2009, str. 100 in nasl.

⁹ Prevod nosi naslov *Fundamental principles of the sociology of law*, uvodno razpravo zanj pa je takrat prispeval znani dekan Harvardske pravne fakultete, utemeljitelj t. i. *sociološke jurisprudence*, Roscoe Pound.

nosti, niti v sodni praksi, temveč v družbi sami. Ta poved vsebuje nemara bistvo vsakega poskusa postaviti temelje sociologije prava.¹⁰

S svojim vztrajanjem, da je izvor prava treba iskati neposredno v delovanju skupnosti, na katero je vezano, je Ehrlich razširil zorni kot pravnega preučevanja: ne moremo se več zadovoljiti z dogmatičnim razčlenjevanjem normativne ravni, temveč je treba pritegniti tudi pravo, kot se udejanja v praksi. Približno v istem času, ko je Pound v ZDA pisal o danes vsem znani dihotomiji med t. i. »*law in books*« ter »*law in action*«, je Ehrlich na drugi strani sveta razvijal svoj pojem »živega« ali »živečega prava« (nem. *Lebendes Recht*), katerega vpliv (ali metaforična moč) je segel krepko čez prostorske in časovne koordinate, v katerih je bil zasnovan.¹¹ Ehrlich je namreč (kot profesor rimskega prava) večino svoje akademske kariere deloval tako rekoč *na obrobju* Avstro-Ogrske monarhije, v Bukovini (danes del Romunije in Ukrajine), daleč od središča, a je bil obenem ves čas v stiku s tamkajšnjimi miselnimi tokovi: naj spomnim le na dolgo polemiko s slovitim Hansom Kelsnom.¹² Prav ta dinamika med obrobjem in središčem je bila po mnenju nekaterih¹³ pomemben vir navdiha za Ehrlichov unikaten pogled pravo (in pravno znanost).

Hrestomatija *Pravo in družba* v branje ponudi prevod osmega in devetega poglavja *Temeljev sociologije prava*. Gre za poglavji, ki sta medsebojno tesno povezani in se ukvarjata z oblikovanjem in zgradbo t. i. *pravnih določb* oziroma *pravnih načel*, kot jih imenuje slovenski prevod. To je sicer vpogled le v droben del Ehrlichovih zamisli o pravu, vendar zelo dobro ponazori svojevrstnost njegovega pristopa, s katerim se je namenil razbiti takrat pogosto dogmatično zaprto pojmovanje prava. Če se omejim le na en primer, je po mojem mnenju ena od bistvenih stvari, na katere opozori Ehrlich prav v prevedenih odlomkih, pomen *ustvarjalne vloge pravnikov* za normalno delovanje pravnega sistema.

»Če želimo iz norm odločanja oblikovati pravno načelo, jim moramo dodati predvsem nadaljnje duhovno delo, kajti iz njih je potrebno izluščiti tisto, kar je splošno veljavnega, in to izraziti na primeren način. To duhovno delo, pa naj ga opravlja kdorkoli, je jurisprudenca. [...] Pravna načela vselej oblikujejo pravniki, pretežno na podlagi norm odločanja v sodniških raz-

¹⁰ Eugen Ehrlich: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Duncker & Humblot, Berlin 1989.

¹¹ Prim. npr. s pojmom »the living constitution« v ZDA, glej W. H. Rehnquist, nav. delo, str. 401 in nasl.

¹² Pregledno o tem npr. Mikhail Antonov: *History of Schism: the Debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich*, v: *ICL Journal*, 5 (2011), str. 5 in nasl.; B. Van Klink, v: Marc Ertogh (ur.), nav. delo, str. 127 in nasl.

¹³ Glej npr. Roger Cotterrell, v: Marc Ertogh (ur.), *Living law: reconsidering Eugen Ehrlich*. Hart Publishing, Oxford, Portland 2009, str. 76.

sodbah. Jurisprudenco torej izvaja sodnik, ki na primer pri utemeljevanju sodbe normo odločanja že oblikuje takšno, kakršna naj bi bila zavezujoča v prihodnjih primerih. [...] Jurisprudenco ustvarja pisec in učitelj, [...]ki] v svojih delih ali pri pouku predstavlja pravna načela, ki naj bi po njegovem prepričanju veljala za primere, ki jih obravnava. [...] Z jurisprudenco se konec koncev ukvarja tudi zakonodajalec, ki je norme odločanja kot pravna načela spravil v zakonsko obliko, seveda le takrat, kadar ne vsebujejo le državnega prava. [...] Da bi norma odločanja postala pravno načelo, se mora vsakokrat prebiti skozi jurisprudenco, pa naj bo sodniška, pisateljska, zakonodajna ali uradniška.«¹⁴

Ehrlichovo izpostavljanje vpliva različnih poklicnih profilov pravnikov na vsebino prava (kar je še danes eden osrednjih tematskih sklopov sociologije prava)¹⁵ nakazuje na primer potrebo po drugačnem, bolj pluralnem razumevanju pravnih virov, kar je povezano z vrsto pomembnih vprašanj, na primer o naravi pravnega odločanja, pravni varnosti ter predvidljivosti in podobno.

3.2. Na poti racionalizacije Zahoda

Max Weber (1864–1920) še zdaleč ni ime, ki bi bilo omejeno na sociologijo prava: poleg Marxa in Durkheima velja za enega od utemeljiteljev sodobnega družboslovja.¹⁶ Najbrž najboljši primer njegovega širokega, eklektičnega razmišljanja o temeljnih vprašanjih družbe je njegov *magnum opus*, leta 1922 posthumno izdano delo *Gospodarstvo in družba* (v izvirniku: *Wirtschaft und Gesellschaft*),¹⁷ v katerem so poleg sociologije prava obsežno zaokroženi tudi njegovi pogledi na ekonomijo, religijo, politiko in delovanje oblasti in tako naprej.

Weber načne razpravo o pravu, še preden v knjigi pridemo do (obsežnega) poglavja, ki nosi naslov *Sociologija prava*.¹⁸ Na začetku drugega dela knjige poda izhodiščno opredelitev prava, razpravlja o razlikah med pravniškim in sociološkim načinom razmišljanja o pravnih problemih in tako naprej. A tudi če bi hoteli iz njegovega temeljnega dela izluščiti le njegovo razmišljanje o pravu, preprosto ne moremo v celoti odmisлити tudi nekaterih drugih poudarkov,

¹⁴ Eugen Ehrlich, v: A. Igličar, nav. delo (2014), str. 69–71.

¹⁵ Glej npr. Roger Cotterrell: *The Sociology of Law: An Introduction*. Druga izdaja, Oxford University Press, Oxford 2005, str. 179 in nasl.

¹⁶ Prim. Anthony Giddens: *Sociology*. Druga, spremenjena in posodobljena izdaja, Polity Press, Cambridge 1993, str. 706–710.

¹⁷ Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*. Peta, revidirana izdaja, Mohr, Tübingen 1980.

¹⁸ Prav tam, str. 387–513.

ki niso neposredno povezani le s pravom, kot je na primer njegova tipologija (legitimnosti) oblasti ali uradniška (birokratska) oblika organiziranja družbe oziroma države.

V uvodu svojega znamenitega dela *Protestantska etika in duh kapitalizma* Weber zapiše:

»Sin modernega evropskega kulturnega sveta se bo pri obravnavanju univerzalnih zgodovinskih problemov nujno in upravičeno vprašal, kakšen splet okoliščin je pripeljal do tega, da so se prav na tleh zahodne civilizacije in zgolj tu pojavili kulturni fenomeni, ki se – kot si radi zamišljamo – uvrščajo v razvojno linijo z *univerzalnim* pomenom in veljavo.«¹⁹

Mnogi ugotavljajo, da je tudi njegovo razmišljanje o pravu tesno povezano z njegovo osrednjo preokupacijo z edinstvenostjo Zahoda, torej z vprašanjem, kako je mogoče, da je prav v tem delu sveta prišlo do družbeno-ekonomske preobrazbe, ki je privedla do nastanka kapitalizma.²⁰ Pri Webbru je ekonomski sistem sicer le eden od dejavnikov, ki (vzajemno) vplivajo na podobo prava v neki družbi, a lahko za potrebe te razprave povsem upravičeno služi kot pot do tistega dela Webbrovega razmišljanja o pravu, ki je izpostavljen v hrestomatiji *Pravo in družba*. Če je po Webbru temeljni motiv sodobnega gospodarstva t. i. »ekonomski racionalizem«,²¹ potem je razumljivo, da zahteva in obenem omogoča pravni sistem, ki je združljiv s takšnim motivom. Zato ne preseneča, da nekateri, ko razpravljajo o njegovi sociologiji prava, med drugim govorijo kar o t. i. Webrovem »zakonu«, ki pravi, da razvoj prava poteka v smeri *racionalizacije*, tj. vedno večje specializacije in birokratizacije.²²

Pravo in družba nam predstavi dva odseka iz tega obsežnega poglavja v Webrovem *magnum opus*, ki ju povezuje zlasti vprašanje *formalnih (oblikovnih)* značilnosti modernega prava in njegove *racionalizacije*.²³ Izbrani besedili dajeta bralcu dober, čeprav omejen vpogled v Webrovo razmišljanje o tistih družbenih tendencah, ki po njegovem mnenju omogočajo takšno dinamiko pravnega razvoja: njegovo sekularizacijo, vlogo laikov v sodnih postopkih in

¹⁹ Max Weber: *Protestantska etika in duh kapitalizma*. Prevedla Pavel Gantar (uvod), Štefan Vevar (ostalo); spremna beseda Frane Adam. *Studia humanitatis*, Ljubljana 2002, str. 7.

²⁰ Prim. Alan Hunt v: R. Banakar in M. Travers (ur.), nav. delo (2002), str. 22.

²¹ M. Weber, nav. delo (2002), str. 63–64.

²² Jean Carbonnier: *Pravna sociologija*. Prevedla Mileva Filipović, redaktor prevoda Mira Žiberna. Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, Novi Sad 1992, str. 106.

²³ Gre za peti odsek in sklepni, osmi odsek v poglavju *Sociologija prava* z naslovoma: »Formalna in materialna racionalizacija prava« ter »Formalne lastnosti sodobnega prava«.

razmah uradniške (birokratične) oblike vladanja.²⁴ Za ponazoritev te splošne dinamike pravnega razvoja dobro služi na primer naslednja Webrova misel:

»Če splošni razvoj prava in pravne poti razčlenimo na »razvojne stopnje«, sega od karizmatičnega pravnega razodetja pravnih prerokov, preko empiričnega oblikovanja prava in iskanja pravice, kar je bilo v rokah pravnih veljakov (kavtelno in prejudicijsko oblikovanje prava), pa vse do oktroiranega prava s strani posvetnega imperija in teokratskih oblasti, ter končno do sistematično postavljenega prava in do »strokovne pravne prakse«, ki jo na podlagi svoje literature in formalnologične usposobljenosti izvajajo strokovno izobraženi pravni strokovnjaki.«²⁵

Ob branju Webrovega besedila ne dobimo le jasne predstave o njegovem slogu pisanja, temveč kmalu postane jasno, da Weber pri razpravljanju o *splošnih* družbenih tendencah izhaja iz zakladnice svojega bogatega znanja o *konkretnih* pravnih sistemih in njihovih družbenih kontekstih (na različnih koncih sveta in v različnih zgodovinskih obdobjih).

Glede na to, da je tudi Webrovo pisanje močno zaznamoval duh časa, v katerem je nastalo, pa je najbolj zanimivo to, kako pogosto lahko v njem prepoznamo probleme, ki so (s sociološkopravnega vidika) aktualni še danes:

»Kakorkoli že se pod takšnimi vplivi lahko izoblikujeta pravo in pravna praksa, je njuna usoda zaradi tehničnega in ekonomskega razvoja v vsakršnih okoliščinah in vsemu laičnemu pravosodju navkljub neizogibno to, da laiki izpričujejo vse večje *nepoznavanje* prava, ki s tehničnega in vsebinskega stališča narašča.«²⁶

3.3. Mnogoterost družbe in mnogoterost prava

Georges Gurvitch (1894–1965) je širšemu krogu bralcev najbrž najmanj poznan med avtorji, zastopanimi v hrestomatiji *Pravo in družba*. Kot opozarjajo nekateri, je to predvsem posledica dejstva, da gre za enega redkih sociologov 20. stoletja, ki mu lahko prilepimo oznako »edinstven«: kljub jasnim vplivom fenomenologije in strukturalizma v njegovih delih njegovo misel težko enoznačno povežemo s katerokoli sociološko šolo, prav tako pa ne moremo trditi, da je iz njegovega dela vzniknila kaka nova, jasno razpoznavna smer preučevanja prava v družbi.²⁷ Vsekakor gre za enigmatičnega pisca z bogatimi

²⁴ Javier A. Trevino: *The sociology of law: classical and contemporary perspective*. St. Martin's Press, New York 1996, str. 180.

²⁵ Max Weber, v: A. Igličar, nav. delo (2014), str. 180.

²⁶ Max Weber, v: A. Igličar, nav. delo (2014), str. 195.

²⁷ P. McDonald, nav. delo, str. 24.

življenjskimi izkušnjami in širokim interesi, ki sežejo preko okvira sociologije prava. Le za ponazoritev: leta 1962 sta jo z ženo po srečnem naključju odnesla brez poškodb, ko je v njenem pariškem stanovanju odjeknila eksplozija podtaknjene bombe (najverjetneje s strani skrajno desničarske organizacije), namenjene likvidaciji predanega profesorja, ki se je na Sorboni aktivno zavzemal za francosko dekolonializacijo severne Afrike.²⁸ Danes ni veliko akademikov, pravnikov ali sociologov, ki bi se lahko »pohvalili« s tem, da so jim zaradi njihovega pedagoškega in raziskovalnega udejstvovanja stregli po življenju.

Premišljevanje o pravu je Gurvitcha zaposlovalo predvsem v njegovem zgodnjem obdobju, po emigraciji iz Sovjetske zveze v Francijo, kjer je našel svojo novo domovino.²⁹ Tam je med obema vojnama razvijal zlasti svojo misel o t. i. *socialnem pravu* (franc. *droit social*),³⁰ s katero je postal eden vidnejših avtorjev glede problematike t. i. *pravnega pluralizma*, ki tako prežema tudi njegovo poznejše delo, da nekateri o njegovi sociologiji prava govorijo kot o »antietatistični«.³¹ Odlomek iz hrestomatije *Pravo in družba* je dobra ponazoritev tega:

»Glede današnjega pravnega sistema, ki se korenito spreminja, smo že opozorili na obe nasprotujoči si težnji po pluralistični demokraciji in po tehnokraciji; vendar ne moremo vnaprej opredeliti pravilnosti, ki bodo določale sam razvoj. Kar zadeva druge pravilnosti, ki jih je mogoče zabeležiti, lahko nesporno ugotovimo vzporedno potekajoče propadanje zakona in pogodbe ter vračanje k partikularizaciji pravnih pravil, ki veljajo za posamezne ozke skupine pravnih interesentov. Temu se pridružuje še vse močnejša krepitev socialnega pravnega reda v prid individualnih pravnih pravil, vse večji pomen *ad hoc* ugotovljenega kot tudi intuitivnega prava v škodo vnaprej določenega prava, kot tudi naraščajoči vpliv običaja, socialnih deklaracij, sodnih in drugih praks, kolektivnih sporazumov, odredb itd. v okviru intuitivnega prava na račun zakona; vrh tega prihaja do vse silnejšega boja med pravnimi pravili različnih razredov in znotraj teh plasti.«³²

²⁸ P. Bosserman, nav. delo, str. 2040.

²⁹ V poznih letih je svojo pozornost od prava preusmeril k drugim področjem, čeprav na prehodu najdemo tudi še dela, ki imajo neposreden pomen za pravnike, npr. *Deklaracija socialnih pravic* (v izvirniku: *La déclaration des droits sociaux*) iz leta 1944 oziroma 1945.

³⁰ To je bila tudi tema njegove doktorske disertacije, v knjižni obliki izdanega dela *Ideja socialnega prava* (v izvirniku: *L'Idée du droit social*) iz leta 1932.

³¹ J. Carbonnier, nav. delo, str. 97.

³² Georges Gurvitch, v: A. Igličar, nav. delo (2014), str. 139.

Njegovo osrednje delo s tega področja, *Osnove sociologije prava* (v izvirniku: *Éléments de Sociologie juridique*), pa je nastalo med drugo svetovno vojno (1940), ko je na vabilo New School of Social Research iz New Yorka gostoval v ZDA (zato ne preseneča, da je delo morda bolj razširjeno v angleškem prevodu pod naslovom *Sociology of law*, ki je izšel le dve leti za izvirnikom). Že zgradba knjige daje slutiti ambiciozno širino in sistematičnost Gurvitchevega načina razmišljanja, ki ga je vodil tudi pri sociološkem razčlenjevanju drugih področij. Temeljne naloge je po njegovem mnenju mogoče strniti v tri problemske sklope: mikrosociologijo, makrosociologijo in genetično sociologijo prava.³³

Hrestomatija *Pravo in družba* predstavlja dve poglavji iz tega Gurvitchevega dela: četrto poglavje, ki zajema pretežni del *makrosociologije* prava, v kateri Gurvitch predstavi svojo razdelitev različnih »strukturnih tipov globalnih družb«, s katerimi funkcionalno poveže določene »tipe pravnih sistemov«,³⁴ ter peto poglavje, o *genetični* sociologiji prava, v katerem Gurvitcha zanima »raziskovanje tendenčnih pravilnosti znotraj vsakega tipa pravnih sistemov« ter »razvojna stopnja dejavnikov teh pravilnosti in še splošneje vseh preobrazb pravnega življenja«.³⁵

3.4. Logika sistema

Za nekatere je **Niklas Luhmann** (1927–1998) najradikalnejši in obenem najambicioznejši zagovornik znanstvenega opazovanja in opisovanja prava: ponuja povsem določen odgovor na vprašanje, kako je mogoče ustrezno opisati pravo kot družbeni fenomen, a zanj še zdaleč ne bi mogli trditi, da je preprosto.³⁶ V izhodišču njegovega pristopa k opisovanju različnih vidikov družbene realnosti, med drugim tudi družbenega fenomena, ki ga imenujemo pravo, je pojem *sistem*. A Luhmannov *sistem* je bistveno drugačen od sistema (pravil in načel), ki je navadno v uporabi med pravniki, ter tudi od sistemov drugih sociologov, ki jih – podobno kot Luhmanna – združujemo pod oznako *teorija družbenih sistemov* ali krajše, *sistemska teorija*.³⁷

³³ Podobno zgradbo najdemo npr. tudi v Gurvitchevem delu o sociologiji znanosti, prim. Georges Gurvitch: *The social framework of knowledge*. Prevedla Margareth A. Thompson in Kenneth Thompson, Harper & Row Publishers, New York, Evaston, San Francisco, London 1971.

³⁴ Georges Gurvitch, v: A. Igličar, nav. delo (2014), str. 107–108.

³⁵ Georges Gurvitch, prav tam, str. 135.

³⁶ Klaus A. Ziegert, v: R. Banakar, M. Travers (ur.), nav. delo (2002), str. 56.

³⁷ Začenši s sistemske teorije Talcotta Parsonsa, glej npr. J. A. Trevino, nav. delo, str. 317 in nasl.

Pomemben del Luhmannovega izjemno bogatega in pestrega opusa³⁸ je prav njegovo ukvarjanje s pravom, saj se pojavlja tako rekoč od začetka njegove kariere pa vse do njegove smrti.³⁹ Za hrestomatijo *Pravo in družba* je bilo izbrano eno od njegovih zgodnejših del, v katerem se Luhmann posveča pravu, *Legitimnost skozi postopek* (v izvirniku: *Legitimation durch Verfahren*) iz leta 1969. Kot pove že naslov, Luhmann razčlenjuje vprašanje, zakaj ljudje (pod določenimi pogoji) sprejemamo pravo kot *legitimno*, kar je eno osrednjih problemskih področij v sociologiji prava. Luhmann skuša pokazati, da imajo odločilno vlogo v sodobnih pravnih sistemih pri tem pravni *postopki*, od volilnega in zakonodajnega do upravnega in sodnega. To povezavo predstavi skozi prizmo delovanja (socialnega) *sistema*, ki jo v poznejših delih nadgradi in uporabi pri razčlenjevanju drugih temeljnih vprašanj glede delovanja prava.

Glede na kompleksnost Luhmannove sociološke teorije je bilo za hrestomatijo razumljivo izbrano celotno besedilo *uvodnega* poglavja v tem Luhmannovem delu, v katerem avtor najprej predstavi svoje specifično pojmovanje (družbenega) sistema, na kratko opredeli pojem legitimnosti in nazadnje pokaže, kako je mogoče tudi na določen pravni postopek gledati kot na določen (družbeni) sistem. Na tem mestu bo morala zadostovati le kratka ponazoritev, ki pa vendarle dobro nakaže kompleksnost njegove misli in njegovega sloga:

»Takšni postopki kot konkretni sistemi ravnanja zavzemajo edinstveno mesto v prostoru in času. S tem pridobivajo specifični pogled na svoje okolje in lastni smisel, ki se izraža v posebni konstelaciji dogodkov, simbolov in prikazov ter ga je praviloma mogoče hitro prepoznati. [...] Čistilke, ki prezgodaj vstopijo v sodno dvorano, ali obiskovalci gostinskega lokala, ki namesto pogrnjenih miz naletijo na volilne plakate, kabine, volilne liste in uradne izraze na obrazih, takoj opazijo, da so zašli v nek drugi sistem, ki izključuje določene vedenjske možnosti in odpira druge. Motijo, situacijo definirajo kot motnjo in se na ta način uklanjajo pravilom motenega sistema. Vendar nimajo na voljo nobenega načina vedenja, ki bi ustrezal sistemu. Ne morejo biti tam, hkrati pa se ne morejo izogniti niti temu, da ne bi bili tam. Poskusi, da bi vzpostavili komunikacijo z namenom, da se opravičijo, bi motnjo le še podaljševali. Neredko je zato brezsystemskega beg edina možnost, da motnemu sistemu izkažemo spoštovanje.«⁴⁰

³⁸ Njegova strokovna bibliografija obsega več kot 700 enot, glej R. Rogowski, nav. delo, str. 2675.

³⁹ Pregled glej npr. Thomas Raiser: *Grundlagen der Rechtssoziologie*. Četrta izdaja, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, str. 120.

⁴⁰ Niklas Luhmann, v: A. Igličar, nav. delo (2014), str. 230.

3.5 Med legalnostjo in legitimnostjo

Jürgena Habermasa (1929–) pogosto omenjajo kot enega najvplivnejših (še živečih) filozofov na svetu.⁴¹ Ko je svojo izhodiščno zavezanost »čisti« družbeni kritiki, ki jo je v šestdesetih letih prejšnjega stoletja razvijal v okviru t. i. frankfurtske šole, nadgradil z bolj konstruktivnim in celovitim pristopom k temeljnim problemom sodobne družbe in njene ureditve, so bila njegova nadaljnja razmišljanja o družbeni komunikaciji, diskurzivni etiki, pojmovanju racionalnosti, (deliberativni) demokraciji, javnosti in civilni družbi, kozmopolitanizmu in tako naprej deležna toliko pozornosti kot pisanja le malokaterega družbenega teoretika.

Z vidika celotnega Habermasovega filozofskega opusa pravo sicer ni povsem v ospredju, a so njegova razmišljanja danes kljub temu že tako rekoč »klasični« prispevek k razumevanju nekaterih osrednjih pravnih pojmov, kot so na primer pravna država, temeljne človekove pravice ali sodna kontrola ustavnosti. V tem smislu je treba morda izpostaviti prav njegovo obsežno delo *Dejanskost in veljavnost* (v izvirniku: *Faktizität and Geltung*)⁴² iz leta 1992, v katerem se je Habermas »vrnil« k svojim prejšnjim razmišljanjem o pravu.⁴³

To njegovo delo je zastopano tudi v hrestomatiji *Pravo in družba*. Objavljen je prevod drugega poglavja knjige, z naslovom *Sociološki koncepti prava in filozofski koncepti pravičnosti*. V tem delu knjige skuša Habermas postaviti svojo opredelitev prava, ki bi premostila pomanjkljivosti dveh različnih tradicij osmišljanja tega družbenega fenomena: *filozofske*, ki se osredotoča na normativne, vrednotne prvine prava (s pravičnostjo na čelu), ter empirične oziroma *sociološke*, ki nasprotuje nekritičnemu opiranju na normativno razsežnost prava na račun dejanskosti oziroma družbene resničnosti, ki se pogosto ne sklada s temi ideali.⁴⁴ Tako svojo misijo napove tudi Habermas sam:

» [...] razvijam dvojno perspektivo, ki omogoča, da pravni sistem od znotraj rekonstrukcijsko jemljemo resno v njegovem normativnem jedru ter ga od zunaj sočasno opišemo kot sestavni del socialne resničnosti.«⁴⁵

⁴¹ James Bohman in William Reigh: Jürgen Habermas, v: Stanford Encyclopedia of Philosophy, <<http://plato.stanford.edu/entries/habermas/>> (25. 5. 2014).

⁴² Morda je komu bolj znan angleški prevod z naslovom *Between facts and norms, Contributions to a discourse theory of law and democracy* v prevodu Williama Rehga, MIT Press, 1996.

⁴³ Bo Carlsson, v: R. Banakar, M. Travers (ur.), nav. delo (2002), str. 90–91.

⁴⁴ Mathieu Delfem, v: R. Banakar, M. Travers (ur.), *Law and social theory*, 2nd ed. Hart Publishing. Oxford 2013, str. 85.

⁴⁵ J. Habermas, v: A. Igličar, nav. delo (2014), str. 243.

V skladu s tem se Habermas v tem poglavju po eni strani loti kritike eminentnih (pravnih) filozofov, kot sta na primer *John Rawls* in *Ronald Dworkin*. Po drugi strani pa je odločen, da prava ne bo v celoti prepustil na (ne)milost sociologom, kjer mu s svojo sistemsko logiko stoji nasproti zlasti njegov dolgoletni rival *Niklas Luhmann*.⁴⁶ Bistvo, ki nam ga želi pri tem sporočiti, pa je, da mora vsako pojasnjevanje sodobnega prava upoštevati njegovo dvojno naravo: ne sme biti niti »sociološko prazno« niti »filozofsko slepo«. ⁴⁷ V tem smislu je za Habermasa pravo ujetnik obeh, legitimnosti in legalnosti.

3.6. Na domačih tleh

V primerjavi s prvo izdajo knjige *Pravo in družba* sta zadnji dve poglavji druge izdaje novost. Hrestomatija je bila namreč v drugo obogatena z dvema besediloma, ki bralcu predstavita slovenski prispevek k sociologiji prava. Obe besedili sta bili kot samostojna znanstvena članka prvič objavljeni leta 1968: prvo je prispevek **Jožeta Goričarja** (1907–1985) z naslovom *Pravna veda in sociologija prava: o nekaterih obče metodoloških vprašanjih*, drugo prispevek **Antona Žuna** (1917–1978), naslovljen *Problem razmerja med filozofijo prava, pravno znanostjo in sociologijo prava*. Kot v uvodni študiji pravi urednik knjige, prof. Igličar, gre za avtorja, ki sta postavljala temelje sociologiji prava kot raziskovalni in pedagoški disciplini v slovenskem pravnem prostoru.⁴⁸

Oba prispevka sta v nekem smislu konstitutivne narave do predmeta svojega preučevanja, ki je v obeh primerih v pretežnem delu *sociologija prava*: načrtati skušata *problemsko polje* takrat (v našem prostoru) mlade znanstvene discipline, tj. opredeliti tisti del pravne pojavnosti, ki zahteva sociološko usmerjen pogled, in nakazati razmerje do drugih vidikov pravnega preučevanja. Ob številnih problemih (na primer razmerje med državo in pravom in tako naprej), ki se odprejo pri obravnavanju teh vprašanj, pa je najpomembnejši prispevek, ki presega disciplinarne meje, povezan s *pojmovanjem prava*: opozarjata na nevarnost izključitve *realne pravine* iz opredelitve prava in posledično neuglaščenost ali nekoherentnost med posameznimi ravni pravnega raziskovanja, ki ovira razvoj na tem področju.

Ob obravnavanju tovrstnih problemov pa ne preseneča, da oba prispevka družita tudi skrb za *metodološka* vprašanja (sociološko)pravnega raziskovanja. Tako odpre po eni strani Goričar svojo razpravo z naslednjim besedami:

⁴⁶ Glede divergentnosti njunih stališč – na primeru prepletanja prava in politike pri pojmovanju demokracije – glej npr. Mathieu Delfem: *Sociology of law, Vision of a scholarly tradition*. Cambridge University Press, Cambridge 2008, str. 162 in nasl.

⁴⁷ William Rehg, v: J. Habermas, nav. delo, str. xxiii.

⁴⁸ A. Igličar, nav. delo (2014), str. 50, 62.

»Med metodami, ki jih uporablja pravna veda, je tudi sociološka, to pa iz preprostega razloga, ker sta tako pravna veda kakor sociologija družbeni vedi. Zato, da lahko o tem vprašanju govorimo naprej, moramo najprej odgovoriti na tole uvodno vprašanje: kaj razumemo s sociološko metodo [...] in kakšnim namenom rabi ta metoda v pravni vedi?«⁴⁹

Žun pa skuša v svoji razpravi mestoma metodološki vidik ponazoriti celo na delu pravnikov v praksi:

»Spričo te osnovne značilnosti sociološkega vrednotenja prava je sociološka analiza usmerjena na proučevanje dinamične komponente prava, na odkrivanje njegove prilagojevalne tendence. Odtod izhaja tudi primarno metodološko navodilo za pravnikovo delo: reševanje konkretnih primerov naj ne temelji na formalni logiki »črke« marveč na sociološki analizi »duha« norme.«⁵⁰

Na koncu ne gre prezreti, da so »diskusijski družabniki«, na katere se za oporo v svojih besedilih (izrecno) obračata slovenska predstavnika, najpomembnejši svetovni avtorji, ki so (do tistega časa) prispevali k razvoju pravnosociološke misli, med njimi seveda tudi tisti, katerih besedila so zbrana v hrestomatiji.⁵¹

4. SKLEP

Ker gre v tem prispevku le za kratek prikaz, ki ne more biti več kot oris knjige in pglavitnih misli v njej, upam, da je mogoče iz njega ugotoviti vsaj naslednje: vsakdo, ki ima namen na enem mestu zajeti dediščino sociološke misli kot eno od izhodišč za preučevanje prava in jo predstaviti kot smiselno celoto, stoji pred težavno nalogo, saj ima pred sabo izjemno obsežno, raznovrstno in zapleteno gradivo. Moja naloga je bila na srečo le, da ugotovim, kako je to uspelo snovalcem hrestomatije *Pravo in družba*.

Delu daje svojstven pečat izhodiščni *pristop* k predstavitvi gradiva. Z izborom besedil ključnih avtorjev s tega širokega področja nam omogoči, da se brez posrednika poglobimo v miselni svet vsakega od njih, se seznanimo z njegovim načinom pisanja in strukturiranja misli; da se v besedilu posvetimo podrob-

⁴⁹ Jože Goričar, v: A. Igličar (ur.), nav. delo (2014), str. 291.

⁵⁰ Anton Žun, v: A. Igličar (ur.), nav. delo (2014), str. 318.

⁵¹ Tako bomo pri *Goričarju* poleg Ehrlicha in Gurvitcha našli npr. tudi klasike, kot sta Durkheim in Marx, in pri nas morda nekoliko manj znana pravna sociologa Theodorja Geigerja ter Nicholasa S. Timasheffa, Žun pa ob velikanih, kakršna sta Kelsen in Radbruch, dodaja npr. še Roscoeja Pounda, Noberta Bobbia in druge.

nostim, za katere v drugače zasnovani knjigi ne bi bilo prostora.⁵² S tem morda res izgubimo nekaj širine, a lahko to vsaj deloma nadoknadimo s *pretehtanim izborom* avtorjev in njihovih besedil, ki so vključena v hrestomatijo. Mislim, da se je to v tej knjigi posrečilo. Seveda lahko vedno ugovarjamo, da bi bilo bolje, ko bi vključili tega in izpustili onega avtorja ali namesto njegovih zgodnjih besedil vključili poznejša, a poglavitno je, da je knjigi uspelo ustrezno prikazati vso raznolikost, ki jo najdemo na tem področju.

Pravo in družba zajame začetnike ali utemeljitelje sociologije prava, na primer Ehrlicha, in predstavlja bolj sodobne (teoretske) usmeritve v tej disciplini, ki jih zastopata Luhmann in Habermas. Predstavi avtorje s »kultnim« statusom, kot je Weber, ter avtorje, ki so se tako ali drugače izmaknili najširši prepoznavnosti, kakršen je na primer Gurvitch. In kot smo videli, se ne omeji na tujo teorijo, temveč vključi tudi slovenska avtorja, ki sta pravo razčlenjevala s sociološkega zornega kota. Pri vsem tem pa je nemara pomenljivo to, da so (z izjemo Habermasa) vsi pisci, zastopani v hrestomatiji, imeli (tudi) *pravno* izobrazbo.

Knjiga je tudi dober *prese*k *najpomembnejših tematik*, s katerimi se ukvarja sociologija prava. Goričar in Žun refleksivno razpravljata o *vlogi sociologije prava* v širšem okviru pravne znanosti ter načenjata vprašanja *sociološke metode*. Habermas problematizira *sociološko pojmovanje prava* in svari pred neupravičeno ozko, zaprto opredelitvijo tega družbenega fenomena. Tega se posredno dotakne tudi Weber, ko v svojem besedilu načne vprašanje *ločevanja* oziroma *prepletenosti pravnih norm in drugih vrst družbenih norm* (na primeru verskih zapovedi). S tem je mogoče povezati tudi Ehrlichovo besedilo, ki opozarja na *pluralizem pravnih virov* (v vsebinskem smislu) in poudarja pomen *pravniških poklicev* ter *profesionalne pravne kulture*. Gurvitch pokaže, kako lahko na pravo gledamo kot na *odvisno spremenljivko*, ki se veže na določen tip družbene organizacije, oziroma skuša opredeliti *dejavnike*, ki pogojujejo podobo in prihodnji razvoj prava v neki določeni družbi. Z zadnjim lahko povežemo tudi Webra, ki skuša v zgodovinskem razvoju sodobne zahodne družbe najti izvor formalnih in racionalnih elementov sodobnega prava. In nazadnje je tu še Luhmann, ki knjigo obogati s sociološkim vprašanjem *par excellence*, tj. vprašanjem *legitimnosti* pravnega sistema.

Tilen Štajnpihler,
doktor pravnih znanosti,
docent za sociologijo prava na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

⁵² Ne pozabimo, da ne gre le za posamične, kratke odlomke ali navedke brez vsakega konteksta, temveč za razmeroma obsežna besedila, ki zajemajo celotna poglavja.



NORMATIVNI TEMELJI DELOVNIH IN SOCIALNIH RAZMERIJ

Dr. Zvone Vodovnik: *Normativni temelji delovnih razmerij in Normativni temelji socialnih razmerij*. Študijsko gradivo v dveh delih, GV Založba, Ljubljana 2013, 204 in 186 strani.

1. UVOD

Avtor je učbenik Normativni temelji delovnih in socialnih razmerij razdelil na dva dela. V prvem, ki vsebuje šest poglavij, obravnava normativne temelje delovnih razmerij, v drugem pa v sedmih poglavjih normativne temelje socialnih razmerij.

Oba dela monografije vsebujeta obsežno domačo in tujo literaturo, pravne ter druge vire. Prvi del je opremljen z 272, drugi pa s 184 opombami pod črto. Besedilo prvega dela obsega 201 strani, drugega pa 185 strani. K vsakemu delu je dodano kazalo, ki zagotavlja preglednost. Monografija sistematično in celovito predstavi glavna področja individualnega in kolektivnega delovnega prava ter prava socialne varnosti. Gre za področja, ki so v slovenski znanstveni in strokovni literaturi slabo obdelana. Posebno vrednost knjigi daje obravnava posebnosti delovnih razmerij javnih uslužbencev, saj je uslužbensko pravo v teoriji še dokaj neraziskano. Delo je pomembno tudi zato, ker zaposlitvena in socialna razmerja povezuje v celoto in jih predstavi tudi skozi vidik ustavne ureditve. V posameznih poglavjih delo odlikuje tudi prikaz evropske pravne ureditve obravnavanega področja, ki je upoštevno za Slovenijo kot članico in njene državljane. To so razlogi, zaradi katerih je mogoče trditi, da bo publikacija dobrodošla ne samo študentom, ki jim je zlasti namenjena, temveč tudi kot pregledni pripomoček drugim bralcem, ki se želijo seznaniti s pomenom glavnih področij dela in sociale ter s temelji delovnega in socialnega prava.

2. NORMATIVNI TEMELJI DELOVNIH RAZMERIJ

V prvem delu avtor predstavi delo kot človekovo dejavnost, ki ga lahko opravlja sam ali v različnih oblikah organizacij, kjer je delo vodeno in urejeno s pravili delovnega prava. Sledi pregled ustavnih temeljev razmerij na področju dela, zaposlovanja in socialne varnosti. Z vidika delovnega in socialnega prava razloži različne funkcije ustavnih pravil, to je urejevalno, usmerjevalno in interpretativno. Poudari nekatera pomembna ustavna načela, ki se nanašajo na delovna in socialna razmerja, kot je na primer načelo demokratičnosti, pravne in socialne države, načelo varovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin (svoboda dela, socialne varnosti, zdravstvenega varstva, izobrazbe in šolanja, ustvarjalnosti, sindikalne svobode, pravice do stavke ...). Avtor razloži pristojnosti Ustavnega sodišča Republike Slovenije na področju delovnih in socialnih razmerij ter predstavi glavne elemente postopka pred tem sodiščem. Za tem predstavi povezanost med delovnim in socialnim pravom ter civilnim, kazenskim, upravnim, mednarodnim in statusnim oziroma korporativnim pravom. Oriše tudi pristojnosti posameznih državnih organov na obravnavanem področju in vpliv pravnega reda EU na nacionalno pravno ureditev delovnih in socialnih razmerij. Tretje poglavje prvega dela monografije o delovnih razmerjih je v celoti namenjeno predstavitvi značilnosti individualnega delovnega prava. V tem delu avtor oriše pregled pravic in obveznosti delavca in delodajalca ter vseh pomembnejših institutov delovnega razmerja. Obsežno predstavi tematiko sklepanja pogodbe o zaposlitvi in njenih različnih oblik; nadaljuje s predstavitvijo pravic, obveznosti in odgovornosti strank pogodbe v času trajanja pogodbe o zaposlitvi (delovni čas, izobraževanje, disciplinska in odškodninska odgovornost). Podrobno oriše različne načine prenehanja pogodbe o zaposlitvi, vključno z ureditvijo pravnega varstva nekaterih (ranljivih) kategorij delavcev, ter nadzor nad izvajanjem delovne zakonodaje. Kolektivna delovna razmerja avtor obravnava v četrtem poglavju, v katerem izčrpno opiše socialni dialog na evropski in nacionalni ravni. Podrobno predstavi pravno ureditev kolektivnega sporazumevanja, zlasti kolektivnih pogodb od sklenitve, veljavnosti do prenehanja. Predstavi tudi tematiko sodelovanja zaposlenih pri upravljanju ter stavko, ki je legitimno sredstvo delavcev, s katerim lahko ti izvajajo pritisk na delodajalce, da bi dosegli boljše delovne pogoje ali uresničili druge ekonomske in socialne pravice. Avtor predstavi tudi izbrane primere iz sodne prakse, ki se nanaša na zakonitost stavke. V petem poglavju celovito predstavi posebnosti delovnopravnega položaja javnih uslužbencev. Oriše vse pomembnejše pravne institute, ki so urejeni kot posebni na področju uslužbenskih razmerij, kot so delovna mesta, nazivi, položaji, javni natečaj, izobraževanje, premestitve, prenehanje delovnega razmerja in podobno. Poseben poudarek nameni plači v javnem sektorju s predstavitvijo vseh njenih

glavnih sestavin (osnovne plače, dodatkov in delovne uspešnosti), kakor tudi sistemizaciji, kadrovskemu načrtu in kadrovske evidenci. Zadnje, šesto poglavje prvega dela učbenika se nanaša na individualne in kolektivne delovne spore, kakor tudi zunajsodno reševanje sporov, vključno s posebnostmi postopka pred delovnimi in socialnimi sodišči. Avtor ob tem obravnava in prikaže tudi pravni sredstvi zaradi kršitve človekovih pravic in temeljnih svoboščin, in sicer ustavno pritožbo, o kateri odloča Ustavno sodišče Republike Slovenije, in tožbo, ki jo lahko prizadeti po izčrpanju vseh domačih pravnih poti vložijo na Evropskem sodišču za človekove pravice.

3. NORMATIVNI TEMELJI SOCIALNIH RAZMERIJ

Drugi del monografije obravnava tematiko pravne ureditve socialne varnosti. Avtor razloži različne sisteme socialne varnosti. Obsežneje predstavi tiste, ki danes v večini evropskih držav, vključno s Slovenijo, temeljijo na obveznih socialnih zavarovanjih – pokojninskem, invalidskem, zdravstvenem in zavarovanju za primer brezposelnosti. Zanje je značilno, da se financirajo zlasti z obveznimi prispevki. Drugi v svetu uveljavljeni modeli preprečevanja in odpravljanja posledic uresničevanja socialnih tveganj se financirajo zlasti iz državnega in občinskih proračunov. Njihova glavna vloga je socialno varstvo, ki obsega denarne dajatve in storitve, ki imajo naravo socialne pomoči. Poseben poudarek avtor nameni načelom socialne varnosti (enotnosti, vzajemnosti, solidarnosti, univerzalnosti, demokratičnosti in drugim), ki so predvsem pomembna kot okvir za oblikovanje predpisov in razlago pravnih norm. Za trg dela, zaposlovanje in zavarovanje za primer brezposelnosti avtor med drugim navaja: »Značilnosti zaposlovanja in trga dela so ključnega pomena za narodno gospodarstvo kot tudi za posameznika, njegovo preživljanje, socialni položaj njega in njegove družine ter kakovost življenja.« Ob upoštevanju teh izhodišč predstavi pomen in vlogo aktivne politike zaposlovanja in pravic zavarovancev za primer brezposelnosti (denarno nadomestilo). Predstavi tudi novo zakonsko ureditev štipendiranja (2013) ter glavne značilnosti Javnega sklada Republike Slovenije za razvoj kadrov in štipendije. Pri orisu veljavnega sistema pokojninskega in invalidskega zavarovanja avtor razčleni posamezne institute tega sistema (starostno in predčasno pokojnino, pravice invalidov in druge), uveljavljanje in varstvo pravic iz obveznega pokojninskega in invalidskega zavarovanja, njegovo financiranje in organiziranost. Enako predstavi tudi zdravstveno zavarovanje in zdravstveno varstvo. Socialno varstvo avtor prikaže v šestem poglavju knjige. Razčleni vlogo države pri zagotavljanju socialnega varstva. Posebej predstavi denarne socialnovarstvene pravice (denarna socialna pomoč in varstveni dodatek) in socialnovarstvene storitve (osebna pomoč, pomoč družini, institucionalno varstvo in druge). Sedmo poglavje na-

meni starševskemu varstvu in družinskim prejemkom. Predstavi vrste starševskega dopusta, to je porodniški, očetovski, dopust za nego in varstvo otroka ter posvojiteljski dopust, ter družinske prejemke, določene z zakonom (starševski dodatek, pomoč ob rojstvu otroka, otroški dodatek, dodatek za veliko družino, dodatek za nego otroka in delno plačilo za izgubljeni dohodek).

Etelka Korpič Horvat,
univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti,
sodnica na Ustavnem sodišču Republike Slovenije

AVTORSKI SINOPSISIS

*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 347.626:346.26

**DUGAR, Gregor: Podjetniško premoženje zakoncev
po Družinskem zakoniku****Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131), št. 5-6**

Besedilo Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih je nastalo v času družbene lastnine, ko podjetništvo v Sloveniji še ni bilo razvito. Po osamosvojitvi Republike Slovenije leta 1991 in sprejetju nove ustavne ureditve se je podjetništvo v Sloveniji začelo pospešeno razvijati. S podjetniško dejavnostjo se ukvarjajo tudi osebe, ki so v zakonski zvezi. Premoženje nekaterih zakoncev se občutno poveča prav na račun podjetniške dejavnosti. V teh primerih delež v gospodarski družbi praviloma pomeni največji del skupnega premoženja zakoncev. Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih pri urejanju premoženjskih razmerij med zakoncema ne predpisuje posebnih pravil v zvezi z udeležbo zakoncev v gospodarski družbi. Družinski zakonik, ki je bil v letu 2012 zavržen na referendumu, vsebuje dve novi določbi o premoženjskih razmerjih med zakoncema v zvezi z njuno udeležbo v podjetju. Avtor analizira skladnost teh dveh določb z drugimi določbami družinskega prava o premoženjskih razmerjih med zakoncema in predstavi svoj pogled na ureditev premoženjskih razmerij med zakoncema v zvezi z njuno udeležbo v podjetju.

Original Scientific Article

UDC: 347.626:346.26

DUGAR, Gregor: Company Between Spouses According to the Family Code**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 5-6**

The Marriage and Family Relations Act was created during the collective ownership period, when entrepreneurship was not yet developed in Slovenia. After Slovenia's independence in 1991 and the adoption of a new constitutional arrangement, entrepreneurship began rapidly developing. Since the very beginning, entrepreneurship has been in the domain of not only unmarried people, but also spouses. The property of some spouses increases significantly thanks to being involved in entrepreneurship. In these cases, an equity stake in a company usually represents the largest part of common property of the spouses. With regard to the property relations between the spouses, the Marriage and Family Relations Act does not define any special rules concerning spouses' equity stake in a company. The new Family Code, which was rejected on referendum in 2012, includes two new provisions about the property relations between the spouses about their participation in a company. The Author analyses the accordance of these two provisions with other provisions of family law about property relations between spouses and presents his view of the regulation of the property relations between the spouses about their participation in a company.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.922.61

ROZMAN, Til: Faza preizkusa sklepčnosti tožbe**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 5-6**

Avtor v prispevku obravnava in kratko predstavi veljavno ureditev instituta sklepčnosti tožbe ter ga razlikuje od faze predhodnega preizkusa tožbe; sklepčnost ni pogoj za popolnost tožbe. Avtor ugotavlja neprimernost veljavne ureditve, ki se kaže zlasti v ureditvi položaja toženca, ki mu je vročena nesklepčna tožba – četudi iz dejstev, ki so navedena v tožbi, ne izhaja utemeljenost tožbene zahtevke, mora sodišče tožbo (ki ima vse sestavine iz 180. člena Zakona o pravdnem postopku in za katero je plačana sodna taksa) vročiti toženi stranki, da nanjo odgovori, ter jo pri tem opozoriti, da bo v primeru, da v postavljenem roku ne bo odgovorila na tožbo ali da odgovor na tožbo ne bo obrazložen, izdalo zamudno sodno. Navedeni položaj je obravnavan z vidika veljavne in primerjalnopravne ureditve ter z vidika pravne teorije. V zadnjem delu prispevka avtor predlaga spremembo Zakona o pravdnem postopku.

Original Scientific Article

UDC: 347.922.61

ROZMAN, Til: Stage of Examination of Conclusiveness**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 5-6**

In the article the author addresses and briefly describes current legal regulation of the institute of conclusiveness of an action and differs it from the preliminary examination of an action; conclusiveness is not a prerequisite for the completeness of an action. It is found that current legal regulation is sub-optimal, especially in one aspect – although the claim is not founded upon the facts stated in the action, the action (which contains all matter set forth in Article 180 of the Civil Procedure Act and in respect of which the due amount of court fee has been paid) shall be served by the court upon the defendant to make a defence plea and the defendant shall be instructed by the court that in the event of his failure to file a defence plea within the determined time limit, or if his defence plea does not contain a statement of grounds, the court will render a default judgment. This question is analysed with regard to the valid and comparative regulatory framework and legal theory. The author concludes with the proposal to amend the Civil Procedure Act.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.965.7(497.4)

OCEPEK, France, in PAHOR, Marko: (Ne)zadovoljivost reforme stroškov zastopanja po odvetniku 2003/2008: Analiza na primeru zastopanja v klasičnih pravnih postopkih pred Okrožnim sodiščem v Ljubljani**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 5-6**

Analizirali smo reformo odvetniških stroškov, ki je bila sprejeta v okviru širšega Projekta Lukenda na primeru zastopanja v klasičnih pravnih postopkih, končanih na prvi stopnji pred pravnim oddelkom Okrožnega sodišča v Ljubljani. Zakonodajalec je šel v spremembe s prepričanjem, da se bo postopek z novo tarifo pospešil in pocenil. Naše ugotovitve so nasprotne zadanemu zakonodajnemu cilju: zastopanje je po novi tarifi (načelo enega računa za sklop storitev) v povprečju enako drago kot po stari tarifi (načelo računa za vsako storitev posebej), večina zadev bi bila dražja po novi tarifi že ob sprejemu reforme, pospešitev postopka s procesnimi končnimi odločitvami pa bi postopek po novi tarifi v povprečju dodatno podražila. Celo pri vrednosti spora obstaja v linearni regresiji močan indic, da ta ni nevtralen dejavnik, ampak postopek po novi tarifi celo draži. Občutno se je podražilo zastopanje pri pravnih sredstvih, vendar celostni učinek primerjave stroškov kaže, da je zakonodajna reforma dosegla le redistribucijo stroškov zastopanja brez prave nove družbene koristi.

Original Scientific Article

UDC: 347.965.7(497.4)

OCEPEK, France, and PAHOR, Marko: (Un)Persuasiveness of the 2003/2008 Reform of Attorneys' Representation Fees: An Analysis on Attorney Representation in Classical Litigation Procedures in Ljubljana District Court

Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 5-6

The authors analyze attorneys' fee reform, which was legislated within broader Lukenda Project, by observing attorney representation in classical litigation procedures in Ljubljana District Court Litigation Department cases. Legislator passed a new law on attorneys' fee tariff with desire to accelerate civil process and to decrease litigation costs. the authors' findings contradict this legislative aim, because representation according to new attorneys' fee tariff (principle of one bill per one service) is on average equally expensive as in old tariff regime (principle of one bill per scope of services). Most of observed litigation cases would be more expensive according to the new tariff even at the time of the acceptance of the new law; accelerating the process by non-substantive procedural court decisions would make cases for parties even more costly. Even If one looks at the claim suit value in linear regression analysis there is a strong indication that claim value is not a neutral element in determining height of attorneys' fee according to the new tariff (but positive). There was a substantial increase of representation costs for appeals; nevertheless holistic effect comparison shows legislative reform conducting useless redistribution of representation costs between different activities without any new social benefit.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343:144

GORKIČ, Primož: Edicijska dolžnost domnevnega storilca v kazenskem postopku**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 5-6**

Tema prispevka je edicijska dolžnost domnevnega storilca v kazenskem postopku. Ključno vprašanje je, ali privilegij zoper samoobtožbo prepoveduje prisiljevanje osumljenca ali obdolženca k izročanju listin, predmetov ali podatkov organom kazenskega postopka. V prispevku avtor to vprašanje analizira z več vidikov. Pri analizi besedila Zakona o kazenskem postopku ugotavlja, da gola jezikovna razlaga vodi v sklep, da je tudi domnevni storilec dolžan izročiti zahtevane predmete, listine in podatke. Podobno velja, če analiziramo relevantne odločbe Ustavnega sodišča Republike Slovenije. Sodišče se s tem vprašanjem sicer še ni soočilo, je pa zavzelo stališča, ki govorijo v prid veljavnosti edicijske dolžnosti tudi za osumljenca oziroma obdolženca. Analiza judikature Evropskega sodišča za človekove pravice in primerjalna analiza izbranih ureditev pa pokaže, da bo treba tudi v slovenskem pravu zavzeti stališče, da privilegij zoper samoobtožbo prepoveduje vsaj prisilo zoper domnevnega storilca, če se ta ne odzove na zahtevo, naj organom postopka izroči zahtevane listine, predmete ali podatke.

Original Scientific Article

UDC: 343:144

GORKIČ, Primož: Production Orders and Rights of the Defendant in Criminal Procedure*Pravnik*, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 5-6

Central issue of the paper is whether defendants in criminal procedures may be compelled to produce documents, data or other tangible evidence upon orders by criminal procedure bodies. Specifically, the article examines, whether privilege against self-incrimination and the right to silence protect against such compulsion. The problem is tackled on different levels. First, the author attempts to deal with the problem at the level of statutory provisions in the Criminal Procedure Act. The wording of the statute's general duty to produce is so general, that it suggests that such compulsion is, indeed, possible under the Act's provisions. Second approach deals with the case-law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia. Its case-law, too, can be interpreted as being in favour of such compulsion. However, the Court has not yet faced the issue directly. Quite a different conclusion, however, can be reached when we deal with the case-law of the European Court of Human Rights. It shows that it may be necessary to mitigate the strict provisions in the Criminal Procedure Act and refrain from using compulsory measures against defendants that refuse to produce documents, data or tangible evidence upon request of the authorities.

Recenzija

UDK: 316.334.4(049.3), 34:316(049.3)

ŠTAJNPIHLER, Tilen: Hrestomatija sociologije prava**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 5-6**

Eden od prvih korakov vsakogar, ki ga zanima pravo tudi onkraj dogmatičnega okvira, ki ga zarisuje pravno besedilo, je, da se razgleda po širokem polju teoretskih izhodišč sociološkega oziroma družboslovnega ukvarjanja s pravom. Prav ta izhodišča predstavlja knjiga *Pravo in družba* (druga, spremenjena in dopolnjena izdaja, IUS SOFTWARE, GV Založba, Ljubljana 2014). Prvi del knjige je spremna študija, avtor katere je hkrati urednik knjige, prof. dr. Albin Igličar. Razprava strnjeno in pregledno poda potreben kontekst za nadaljnje branje drugega, osrednjega del knjige. Tega sestavljajo prevodi besedil svetovnih in domačih klasičnih avtorjev s področja sociologije prava, ki so nepogrešljivi za vse raziskovanje med pravom in družbo tudi v našem prostoru in času. Zaradi takšnega pristopa k predstavitvi pravnosociološke misli je delo mogoče označiti kot hrestomatijo sociologije prava.

Review

UDC: 316.334.4(049.3), 34:316(049.3)

ŠTAJNPIHLER, Tilen: Chrestomathy of Sociology of Law**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 5-6**

For anyone who is interested in law beyond the dogmatic framework provided by the legal text, one of the first steps is to take a look at the theoretical foundations of sociological analysis of law. The book *Pravo in družba* (the second, revised edition, IUS SOFTWARE, GV Založba, Ljubljana 2014) introduces these exact foundations. The first part of the book is an introductory study written by professor dr. Albin Igličar, who is also the editor of the book. This part concisely provides the necessary context for understanding the second, central part of the book, which consists of translations of texts by classical authors (both foreign and domestic) writing in the field of sociology of law. Due to such approach the book can also be characterized as a chrestomathy of sociology of law.

Prikaz knjige

UDK: 349.2/.3(049.3)

KORPIČ HORVAT, Etelka: Normativni temelji delovnih in socialnih razmerij**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 5-6**

Prof. dr. Zvone Vodovnik v publikaciji v dveh delih z naslovoma *Normativni temelji delovnih razmerij* in *Normativni temelji socialnih razmerij* prikaže strukturiran pravni pregled delovnega prava in prava socialne varnosti. Obravnava delovna razmerja delavcev in posebnosti, ki veljajo za delovnopravni položaj javnih uslužbencev. Pomemben del nameni tudi kolektivnemu delovnemu pravu z obravnavo tematik kolektivnega sporazumevanja, sodelovanja zaposlenih pri upravljanju in stavke. Posebno poglavje nameni reševanju individualnih in kolektivnih delovnih sporov. V drugem delu obdela posamezne sisteme socialnih zavarovanj in socialnega varstva, vključno s starševskim varstvom. Publikacija, ki je sicer namenjena predvsem študentom, tudi drugim bralcem ponuja pravni pregled navedenih področij.

Book Review

UDC: 349.2/.3(049.3)

KORPIČ HORVAT, Etelka: Regulatory Bases of Labour and Social Law Relations**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 5-6**

In his book, issued in two volumes entitled *Regulatory Bases of Labour Relations* and *Regulatory Bases of Social Law Relations* respectively, professor Zvone Vodovnik sets out a structured legal review of labour law and social security law. The author analyses the employment relationships of employees and the specifics that apply to the labour law status of civil servants. He also emphasises the importance of collective labour law by addressing the topics of collective bargaining, employee participation in management, and strike. A special chapter is devoted to individual and collective labour law dispute resolution. In the second volume, individual social insurance and social security systems are analysed, including the regulation of parental care. The book is intended primarily for students; notwithstanding it will also present an overview of the mentioned legal areas to other readers.

NAVODILA ZA AVTORJE

1.

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

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

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

2.

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

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

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

3.

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

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

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

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

4.

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

5.

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

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

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

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

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

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

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

6.

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

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

7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8.

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

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

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

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

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

Primer: Ur. l. RS, št. 50/07.

9.

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

Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:

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

10.

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

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

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

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

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

Prispevke za objavo v reviji pošljite na naslov:

IUS SOFTWARE, d. o. o., GV Založba, Tivolska cesta 50, 1000 Ljubljana,

ali **pravnik@revija-pravnik.si**

Za uredniški odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

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

1.

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

2.

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

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

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

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

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

3.

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

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

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

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

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

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

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

4.

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

5.

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

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

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

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

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

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

Example: Ibidem.

Example: Ibidem, p. 56.

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

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

6.

Full bibliographical information should comprise:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.

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

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

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

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

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

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

8.

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

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

9.

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

Potential changes of these data should be notified to the editorial board.

By sending his/her manuscript, the author agrees with the provisions of the publishing contract provided at <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. The editorial board may explain those provisions and/or provide an English translation upon request. After the publishing of the manuscript the author will receive two copies of the publishing (copy-rights) contract and should return one signed copy as soon as possible.

Authors are **kindly requested to follow these guidelines**. Otherwise the publication of the manuscript might be rejected.

Manuscripts should be **sent in paper version accompanied by an electronic source**, such as DVD or USB key, at:

IUS SOFTWARE, d. o. o., GV Založba
Tivolska cesta 50
SI-1000 Ljubljana
Slovenia

or electronically to: **pravnik@revija-pravnik.si**

For the Editorial Board
Editor in Chief
dr. Dragica Wedam Lukić

Zbirka davčnih predpisov 2014

Spoštovani!

Ob kar nekaterih vnovičnih spremembah in dopolnitvah davčnih predpisov smo se odločili izdati spremenjeno in dopolnjeno Zbirko davčnih predpisov 2014.

Zbirka bo izšla predvidoma konec meseca maja 2014.

Zbirka davčnih predpisov 2014 vsebuje veljavne zakone v praksi najpogosteje uporabljenih davkov ter pripadajoče uredbe in pravilnike za izvajanje zakonov, z izjemo tistih, ki določajo obrazce.

V Zbirki smo upoštevali spremembe in dopolnitve zakonov, pravilnikov in uredb ter posledično pripravili neuradna prečiščena besedila.

Zbirka obsega 850 strani, pri čemer smo ohranili tako preglednost kakor tudi priročen manjši format vključno z ustreznimi markacijami, ki uporabnika v najkrajšem času usmerijo na želeno mesto.

Veselimo se vašega naročila in vas lepo pozdravljamo!

- Zakon o finančni upravi
- Zakon o davku od dobička od odsvojitve izvedenih finančnih instrumentov
- Zakon o davku od dohodkov pravnih oseb
- Zakon o davku na tonažo
- Zakon o davku na dodano vrednost
- Zakon o davčnem postopku
- Zakon o dohodnini
- Zakon o davku na dediščine in darila
- Zakon o davku na promet nepremičnin
- Zakon o množičnem vrednotenju nepremičnin
- Zakon o davku na vodna plovila
- Zakon o davku na motorna vozila



Naročilnica

DA, naročam ____ kom. knjige

ZBIRKA DAVČNIH PREDPISOV 2014.

Cena posameznega izvoda je 35,00 EUR

(DDV in poštšina sta vključena v ceno).

Naročilnico pošljite na naslov:

Davčni inštitut



Ulica Vita Kraigherja 5/V
2001 Maribor

tel. (02) 25 00 546

(02) 25 00 548

faks (02) 23 72 590

id za DDV: SI 32455062

e-mail: davcni.institut@siol.net

www.davcni-institut.com

Ime in priimek naročnika

Podjetje

Naslov naročnika

Zavezanec za DDV: DA NE, ID za DDV

Telefon Svojeročni podpis

Žig Datum



Pravnik

Pravnik letnik 69 (131)

številka 5-6/2014