

številka 1-2/2014

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

letnik 69 (131)

Pravnik

Ljubljana 2014
letnik 69 (131)
številka 1-2
strani 1–144

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **69** (131)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka **1-2/2014**

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

- Marijan Pavčnik Časovnost pravne igre (Ob odločbi Ustavnega sodišča RS o dodatnem davku) – 5
- Jasna Hudej,
Iztok Ščernjavič Stanovanjskem zakonu in skupno premoženje zakoncev – skupna ugodnost ali vložek posebnega premoženja v skupno? – 19
- Jerneja Prostor Razdružitev statutarne in dejanskega sedeža slovenske družbe – 33
- Trennung des satzungsmäßigen und tatsächlichen Sitzes einer slowenischen Gesellschaft
(daljši povzetek v nemščini) – 54*
- Bruna Žuber Korum na zakonodajnem referendumu v našem in v primerjalnem pravu – 61
- Quorum in Legislative Referendum in Slovenian and Comparative Law (daljši povzetek v angleščini) – 84*
- Ciril Keršmanc Glosa o interpretacijski diskreciji pri pregonu kaznivega dejanja poslovne goljufije – 89

Prikaza

- Ljubo Bavcon Vladavina prava za politike – 117
- Matjaž Tratnik Lastnina – pravnoteoretični pogledi na lastnino – 123

Avtorski sinopsisi – 131

Navodila za avtorje – 145

CONTENTS

Articles

- Marijan Pavčnik Temporality of Legal Game (On the Decision of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia Concerning Additional Tax) – 5
- Jasna Hudej,
Iztok Ščernjavič The Right to Buy under the Conditions of the Housing Act, and Community Property – A Benefit of Both Spouses or a Contribution of Separate Property to Community Property? – 19
- Jerneja Prostor The Separation of the Registered Office and the Real Seat of the Slovenian Company – 33
*Trennung des satzungsmäßigen und tatsächlichen Sitzes einer slowenischen Gesellschaft
(Longer Summary in German) – 54*
- Bruna Žuber Quorum in Legislative Referendum in Slovenian and Comparative Law – 61
Longer Summary in English – 84
- Ciril Keršmanc A Gloss on the Interpretative Discretion in Prosecuting the Serious Crime of Business Fraud – 89

Book Reviews

- Ljubo Bavcon Rule of Law for Politicians – 117
- Matjaž Tratnik Ownership – Legal Theoretical Views on Ownership – 123

Authors' Synopses – 131

Guidelines for Authors – 149

ČASOVNOST PRAVNE IGRE

Ob odločbi Ustavnega sodišča RS o dodatnem davku

dr. Marijan Pavčnik,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, redni profesor
na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, redni član SAZU*

I. UVODNO POJASNILO

Pravna odločitev, ki prihaja ob pravem času, ima dvojno moč: na eni strani razrešuje problem, na drugi pa je njen učinek stopnjevan, ker je nastala v trenutku, ko jo avditorij najbolj potrebuje. Tovrstne odločitve so posebej dragocene tedaj, ko jih izreka ustavno sodišče, ki je svojevrsten dirigent pravnega orkestra.

Časovnost prava poraja kopico občutljivih in pretanjenih vprašanj na področju veljavnosti normativnih pravnih aktov. Življenje je svojevrsten kontinuum in veriga dogajanj, na katera se pravo odziva. V trenutku, ko splošni pravni akti začnejo časovno veljati, vstopijo v življenjsko realnost in v življenjsko dinamiko. Temeljno vprašanje je, ali je ta »vstop« pravno pravilen in v skladu z vrednotami, ki so pravno zavarovane.

Časovnost prava je téma, o kateri bi bilo mogoče napisati obsežno znanstveno monografijo.¹ Ambicija tega prispevka je drugačna. Gre, naravnost povedano, le za – to se razume samo po sebi – dobronamerno razpravljanje ob odločbi Ustavnega sodišča RS o dodatnem davku (U-I-158/11).

¹ Glej na primer Paul Roubier: *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2. izdaja. Éditions Dalloz et Sirey, Pariz 1960; Günther Winkler: *Zeit und Recht*. Springer-Verlag, Dunaj, New York 1995; Stephan Kirste: *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins*. Duncker & Humblot, Berlin 1998; Charles Sampford: *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford University Press, Oxford 2006, in Slobodan Perović: *Vremenske dimenzije pozitivnog i prirodnog prava*. Posebni odtis iz revije *Pravni život*, št. 9/2009, Beograd 2009.

V zadevi, ki jo omenjam, sem bil *amicus curiae*. Ta okoliščina morda govori za to, da moram molčati, ker sem svoje povedal že na javni obravnavi, ki je bila 7. novembra 2013 (glej 14. točko²). Razloga, da se kljub temu oglašam, sta dva. Na obravnavi sem se lahko odzval na podatke, ki sem jih našel v spisu, in na vprašanja, ki so mi bila postavljena. Argumenti odločitve (skupaj s pritrdilnimi in odklonilnimi ločenimi mnenji) so dostopni šele iz odločbe, ki je bila sprejeta tri tedne po obravnavi. Še bolj pomemben in ključen pa je drugi razlog. Oba *amici curiae* (doc. dr. Aleš Kobal in podpisani) sta bila večkrat omenjena v medijih, ki so o zadevi poročali tudi enostransko. Če sem iskren, je prav to poročanje jeziček na tehtnici nagnilo k odločitvi, da se javno oglasim.

Prispevek ima pet delov. Za uvodnim pojasnilom (I) je kratka predstavitev zadeve (II), nato so tu stališča, ki sem jih pisno podal kot *amicus curiae* (III), sledita pa še odziv na nekatera odprta vprašanja (IV) in kratka sklepna ugotovitev (V).

II. JEDRO ODLOČITVE

Ustavno sodišče RS je odločilo, da se 12. člen Zakona o dodatnem davku od dohodkov članov poslovodstev in nadzornih organov v času finančne in gospodarske krize (okrajšava: ZDDDČPNO³) razveljavi. Tiskovno sporočilo navaja, da so bili bistveni razlogi za odločitev naslednji:

»Ustavno sodišče je ugotovilo, da ima 12. člen ZDDDČPNO povratne učinke, kakršne 155. člen Ustave v prvem odstavku prepoveduje. Z ZDDDČPNO je bila namreč izbrani skupini davčnih zavezancev naložena nova (49-odstotna) davčna obveznost. Na podlagi izpodbijanega 12. člena ZDDDČPNO pa so v davčno osnovo za odmero davka po tem zakonu vključeni (tudi) deli dohodkov, ki jih je davčni zavezanec prejel pred uveljavitvijo tega zakona, to je v času od 1. 1. 2009 do 5. 10. 2009, ko so bili ti že obdavčeni, in sicer z dohodnino po Zakonu o dohodnini (ZDoh-2). Zakonodajalec je z izpodbijano zakonsko določbo povratno obremenjujoče posegel v pravne položaje prizadetih davčnih zavezancev, saj ti od trenutka prejema posameznega obdavčljivega dohodka upravičeno pričakujejo, da bo prejeti dohodek obremenjen le z davkom, kot ga je predpisovala v tistem trenutku veljavna davčna zakonodaja, in da bodo lahko s preostankom dohodka prosto razpolagali.

² Če se sklicujem na točke odločitve ali na pritrdilna in odklonilna ločena mnenja, ne da bi navajal številko zadeve, gre za zadevo U-I-158/11 (z dne 28. novembra 2013).

³ Člen 12 ZDDDČPNO se glasi: »Ta zakon se uporabi za dohodke po tem zakonu, prejete od 1. januarja 2009 dalje.«



V skladu z drugim odstavkom 155. člena Ustave so povratni učinki posameznih zakonskih določb sicer izjemoma dovoljeni, če to zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice. Vendar zakonodajalec ni izkazal, da bi javna korist zahtevala povratno učinkovanje ZDDDDČPNO.

V zakonodajnem gradivu, v katerem bi moral zakonodajalec posebej utemeljiti, katera je tista javna korist, ki terja povratno učinkovanje pravne norme (ker brez tega ne bi bilo mogoče doseči zasledovanega cilja ureditve), ni najti prav posebne utemeljitve javne koristi za povratno učinkovanje izpodbijane zakonske določbe. Državni zbor niti ni odgovoril na zahtevo predlagatelja niti se ni udeležil javne obravnave v tej zadevi. Kolikor bi lahko kot utemeljitev povratnega učinkovanja zakona šteli navedbe v zakonodajnem gradivu, »da bodo slabi managerji ostali brez neupravičenih nagrad,« pa z njimi javna korist v smislu drugega odstavka 155. člena Ustave ni izkazana. Z davki se poleg fiskalnih sicer lahko uresničujejo tudi konkretni družbenopolitični cilji – med njimi tudi taki, ki želijo potencialne davčne zavezance odvracati od določenih ravnanj. Vendar uporaba povratno učinkujoče davčne norme po naravi stvari ne more služiti odvracanju od že izvršenih ravnanj, temveč lahko pomeni le njihovo naknadno pravno vrednotenje. Navedeni cilj zato ni ustavno dopustni cilj zakonske ureditve na področju davčnega prava.

Ustavno sodišče je ugotovilo, da že prvi pogoj, ki ga za izjemoma dopustno povratno učinkovanje zakona predpisuje drugi odstavek 155. člena Ustave, ni izpolnjen. Zato je izpodbijani 12. člen ZDDDDČPNO razveljavilo. Celo če bi Ustavno sodišče pri svoji presoji upoštevalo argumente, ki jih je v prid povratnega učinkovanja 12. člena ZDDDDČPNO v postopku navedla Vlada, ti ne bi mogli pripeljati do drugačne odločitve.«

Sodišče je odločbo sprejelo s šestimi glasovi proti trem. Proti so glasovali sodnici mag. Marta Klampfer in dr. Etelka Korpič Horvat ter sodnik dr. Mitja Deisinger. Sodnica dr. Jadranka Sovdat in sodnik Jan Zobec sta dala pritrdilni ločeni mnenji, sodnici mag. Marta Klampfer in dr. Etelka Korpič Horvat ter sodnik dr. Mitja Deisinger pa so podali odklonilna ločena mnenja.

III. ARGUMENTI *AMICI CURIAE*⁴

1. Temeljno vprašanje, ki se postavi ob zahtevah za oceno ustavnosti – vložilo ju je Upravno sodišče Republike Slovenije (I U 1823/2010-23, I U 466/2011-11) –, je, ali je določilo 12. člena ZDDDDČPNO (v nadaljevanju: Zakon o dodatnem davku) v skladu z ustavnimi pravili o časovni veljavnosti predpisov.

⁴ Argumenti *amici curiae* se v celoti ujemajo s pisnim stališčem, ki sem ga na javni obravnavi z dne 7. novembra 2013 izročil sodišču.

2. Zakon o dodatnem davku je začel veljati naslednji dan po objavi v Uradnem listu Republike Slovenije [(to je 6. oktobra 2009), prvi odstavek 13. člena], določilo 12. člena pa naj se uporablja od 1. januarja 2009 dalje (12. člen). Rešitev, ki jo prinaša 12. člen, pomeni, da obveznost plačevati dodatni davek velja retroaktivno.

Retroaktivna veljavnost je izjema od ustavnega pravila o veljavnosti predpisov za naprej. Izjema je dopustna, če so *kumulativno* izpolnjena tri merila. Iti mora (1) za posamezno zakonsko določilo, (2) retroaktivna veljavnost mora biti v javnem interesu in (3) določilo ne sme posegati v pridobljene pravice.⁵

V konkretnem primeru je prvo merilo podano, problematična pa sta drugo in še posebej tretje merilo. Drugo merilo zahteva, da je zakonsko pravilo v javnem interesu. V času ekonomske krize je uvedba dodatnih dajatev lahko v javnem interesu, če so te dajatve v skladu z ustavnimi načeli in pravili. Posebej pomembno je, da morajo biti dajatve sorazmerne glede na ustvarjeni dohodek, ki je predmet dodatne obremenitve, in da niso tolikšne, da bi nesorazmerno posegale v socialno varnost davčnih zavezancev (načelo socialne države).

V konkretnem primeru je najbolj sporno to, da dodatni davek posega v pridobljeno pravico davčnega zavezanca. Ustavno načelo je, da državne davke določa zakon (*Nullum tributum sine lege*) in da morajo biti davčne obveznosti predvidene vnaprej (glej 147. člen v povezavi z drugim odstavkom 155. člena Ustave RS). Brž ko je davčna obveznost določena, pridobi davčni zavezanec pravico (pravno zavarovano upravičenje), da država davčnih obveznosti ne bo retroaktivno stopnjevala in oteževala. V naravi korelativnosti pravnih razmerij⁶ je, da so pravice in obveznosti soodvisne. Na ta problem je v več odločbah opozorilo tudi Ustavno sodišče. V zadevi U-I-181/94 (OdlUS IV/1, 31) je izrecno poudarjeno, da »(u)veljavitev davčnih obveznosti za nazaj pomeni poseg v obstoječo pridobljeno pravico razpolaganja z dohodkom in je zato v nasprotju z določbo 155. člena Ustave«.⁷

Retroaktivno stopnjevanje davčnih obveznosti vselej posega v že obstoječe pravice, to je v premoženje davčnih zavezancev. Ti pravno utemeljeno pričakujejo, da so zavezani plačati le tiste dajatve, ki so vnaprej določene z zakonom.

⁵ Glej drugi odstavek 155. člena Ustave RS: »Samo zakon lahko določi, da imajo posamezne njegove določbe učinek za nazaj, če to zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice.«

⁶ Glej Marijan Pavčnik: Teorija prava, 4. izdaja. GV Založba, Ljubljana 2011, str. 167–168.

⁷ Glej na primer tudi U-I-167/93, U-I-115/93 (OdlUS III, 26), U-I-62/95 (OdlUS V/1, 18), U-I-22/98 (OdlUS VII/1, 13) in U-I-81/96 (OdlUS VII/1, 46).

3. Vprašanje retroaktivnosti omenja tudi utemeljitev predloga zakona. V pojasnilu k 12. členu je *expressis verbis* povedano, da se obdavčujejo tudi dohodki zavezancev, to je dohodki, ki bodo v letu 2009 prejeti še pred uveljavitvijo zakona.⁸ Utemeljitev ne navaja razlogov, ki bi retroaktivnost utemeljevali. Več okoliščin je razvidnih tudi iz poročila Odbora za finance in monetarno politiko. V poročilu sta navedeni stališči Vlade RS in Zakonodajno-pravne službe. Vlada meni, da je »predlog zakona primeren za nadaljnjo obravnavo«, čeprav se, tako poročilo, zaveda »ustavne spornosti zaradi retrogradnosti glede na predvideno veljavnost predloženega besedila za celo leto 2009«. Zakonodajno-pravna služba je še bolj določna. Opozarja, da retroaktivnost 12. člena ni niti posebej pojasnjena niti se do nje ne opredeljuje obrazložitev zakona.

Geneza zakonskega besedila ni dodaten argument, ki bi govoril za morebitno retroaktivno veljavnost 12. člena Zakona o dodatnem davku. Tako imenovana *materialia* so to vprašanje pustila v celoti odprto in niti poskušala niso nanj odgovoriti z ustreznimi argumenti.

4. V povezavi z retroaktivno veljavnostjo predpisov je tudi nepravna retroaktivnost predpisov. Nepravna retroaktivnost ni retroaktivna, ker le za vnaprej spreminja že obstoječi predpis. Tovrstno spreminjanje prepisov je nujno in je v naravi prava.

Problem tako imenovane neprave retroaktivnosti je, da zakonodaje ni dovoljeno spreminjati v nasprotju s temeljnimi načeli pravne varnosti. Spremembe so vsekakor dopustne, a ne smejo biti sunkovite in morajo biti v skladu z razumnimi pričakovanji pravnih naslovljencev. Če konkretne razmere zahtevajo, da so spremembe korenite (npr. na področju pokojninske zakonodaje), je treba – na drugi strani – zagotoviti ustrezen prehod iz stare v novo pravno ureditev (načelo postopnega uvajanja nove ureditve). Gre, skratka, za načelo prilagajanja prava družbenim razmerjem in družbenemu razvoju, ki ga je kot pomemben vidik pravne države sprejelo tudi Ustavno sodišče.⁹

Za nepravo retroaktivnost je bistveno, da ni arbitrarna. Obseg in narava spremembe morata biti sorazmerna s konkretnimi (npr. z ekonomskimi) razmerami, ki spremembo narekujejo. Sprememba je arbitrarna, če je ni mogoče utemeljiti s stvarnimi razlogi, ki so v sozvočju z družbeno realnostjo (s tako imenovano normativno močjo dejanskosti).

⁸ V pojasnilu k 12. členu je zapisano: »S tem zakonom je določeno, da se po tem zakonu obdavčujejo tudi dohodki zavezancev po tem zakonu, ki bodo prejeti v letu 2009 pred uveljavitvijo tega zakona.«

⁹ Glej U-I-69/03, v: OdlUS XIV/2, 75. Glej tudi Marijan Pavčnik: Narava pravne države in njene prvine, v: Marijan Pavčnik (ur.): Pravna država. GV Založba, Ljubljana 2009, str. 49 in nasl.

Ekonomska in finančna kriza vsaj v določenem obsegu dovoljujeta, da se davki zvišujejo in da se uvajajo dodatni davki. Pisec tega poročila ni strokovnjak za davčno področje. Ne glede na to je vsaj načeloma treba reči, da višina davčnih stopenj in višina dodatnih davkov ne smeta nesorazmerno obremenjevati davčnih zavezancev in da morajo biti v celoti spoštovane zahteve pravne in socialne države. Kar zadeva slednjo, ne smemo prezreti, da ima lastnina tudi socialno funkcijo in da morajo biti davčne obremenitve socialno sorazmerne. Obremenitve ne smejo ogroziti ustreznega socialnega minimuma, hkrati pa morajo biti tako zasnovane, da ne dušijo tekmovalnosti in gospodarskega razvoja.

5. Zadeva, ki je predmet presoje, odpira tudi načelno vprašanje o vlogi prava v času in razmerah družbene krize. Stara dilema je – o njej lepo govori Gustav Radbruch –, ali naj ima korist prednost pred pravom. Nikakor! Naloga prava je, da zagotovi vsebinski in postopkovni okvir, v katerem naj pravno odločamo. Še tako ostra kriza nas ne odvezuje, da ravnamo pravno in da torej legitimne rešitve uvajamo na legalen način. Gustav Radbruch je neizprosno jase: »(L)e tisto, kar je pravo, koristi narodu.«¹⁰

IV. NEKATERA ODPRTA VPRAŠANJA

1. Obrazložitev, da je določilo 12. člena Zakona o dodatnem davku v nasprotju z drugim odstavkom 155. člena Ustave RS, je *minimalistična*. Ustavno sodišče se ni podrobneje spoprijelo z vsemi merili, ki izjemoma dopuščajo, da zakonsko določilo velja povratno. Ustavno sodišče je izhajalo iz tega, da je 12. člen spornega zakona »posamezna zakonska določba«, ki lahko povratno učinkuje, če »to zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice«. Merilo javne koristi in poseganje v pridobljene pravice sta »kumulativno predpisana pogoja, pri čemer je prvi opredeljen pozitivno, drugi pa negativno« (25. točka).

V obrazložitvi se je Ustavno sodišče osredotočilo na to, da v konkretnem primeru ni podano merilo *javne koristi*, in zato ni presojalo, ali je izpolnjen »tudi drugi, kumulativno določeni pogoj iz drugega odstavka 155. člena Ustave« (37. točka). Očitno se je spoprijelo s tistim merilom, ki je v času finančne in gospodarske krize še posebej občutljivo. Ni se zadovoljilo zgolj s splošnim interesnim ozadjem, da je treba ustrezno davčno obremeniti nesorazmerno visoke dohodke, ampak se je poglobilo v genezo, kako je zakon nastajal in kako ga je predlagatelj utemeljeval. Stališče Ustavnega sodišča je strnjeno povzeto v evidenčnem stavku:

¹⁰ Gustav Radbruch: Pet minut filozofije prava (1945), v: isti: Filozofija prava, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 268.

»Zakonodajalec mora razloge za povratno učinkovanje zakona posebej tehtno utemeljiti. Pri tem ni dovolj, da izkaže, da zakon na splošno zasleduje javno korist, temveč mora izkazati posebno, prav povratno učinkovanje sporne zakonske določbe upravičujočo javno korist, brez katere ne bi bilo mogoče doseči zasledovanega cilja zakona. Taka javna korist pa mora biti v zakonodajnem postopku posebej ugotovljena.«

To, da se je Ustavno sodišče nadrobno ukvarjalo z merilom javnega interesa, je zelo prepričljivo. Če javni interes ni podrobneje identificiran in konkretiziran, se lahko zgodi, da zakonodajalca zanese in da v imenu javnega interesa nalaga obveznosti, ki kratkoročno prinašajo koristi, dolgoročno pa posegajo v tako pomembni pravni vrednoti, kot sta pravna varnost in pravna predvidljivost. Javni interes ni in ne more biti razumljen neodvisno od pravnega in ustavnega konteksta, v katerem se pojavlja. Pomemben del tega konteksta je motivacijska funkcija prava, to pa lahko opravljajo samo tista zakonska pravila, ki veljajo za naprej. Če je zakonsko pravilo retroaktivno, »po naravi stvari ne more služiti odvrčanju od že izvršenih ravnanj« (29. točka).

Še bolj naravnost: retroaktivno zakonsko pravilo ne sme popravljati morebitnih učinkov (npr. zelo visokih dohodkov), ki so nastali v okviru pravno dovoljenih možnosti in jih *ex post facto* ocenjujemo kot socialno nepravilne. Pravi razlog, ki utemeljuje morebitno retroaktivno veljavnost zakonskega pravila, je sedanjí razlog, ki ga v času, v katerega retroaktivno posegamo, še ni bilo. Primer te vrste je bila začasna omejitev pravic deviznih varčevalcev, ki jo je utemeljevalo stanje na področju monetarne in devizne politike ob razpadu nekdanje Jugoslavije.¹¹

2. Ustavno sodišče je opozorilo tudi na problem tako imenovanega *periodičnega davka* (glej 23. točko). Za te davke je značilno, da se nanašajo na obdavčljive dogodke (npr. na osebne dohodke), ki si periodično sledijo, višina davčne obveznosti pa se individualizira in konkretizira ob izteku davčnega obdobja (npr. po zaključku davčnega leta). S tem vprašanjem se je Ustavno sodišče ukvarjalo že sredi devetdesetih let prejšnjega stoletja. Sodišče je izrecno reklo, da »(n)čin obračunavanja davka (npr. letno) ne daje podlage za razlago, s katero se razširja veljavnost davčne obveznosti tudi na prejemke, izplačane v času, ko taka obveznost še ni obstajala«.¹²

Stališče Ustavnega sodišča je jasno in tako ne dovoljuje, da bi davčna obveznost retroaktivno zajela tudi periodično izplačane prejemke, ki so samo navidezno del davčnega obdobja. Vanj spadajo zgolj *tisti periodični prejemki, za katere*

¹¹ Glej U-I-185/93, v: OdlUS III, 50, str. 220 in nasl.

¹² U-I-92/95. Glej tudi U-I-81/96, 11. točka.

je bilo z zakonom vnaprej določeno, da so obdavčljivi. To, da se skupni znesek davka izračuna po davčnih obdobjih (npr. za vsako koledarsko leto posebej), je tehnično vprašanje, ki ga je treba ostro ločiti od trenutka, ko začne veljati obveznost, da je dohodek obdavčen. Davčno obdobje, za katero se izračuna davek, in obdobje, v katerem davčna obveznost velja, sta obdobji, ki se pogosto ujemata, vsekakor pa je drugo obdobje lahko krajše od prvega.

3. Vprašanje obdobja, na katero se zakon nanaša, je lahko zelo subtilno. To vprašanje je še posebej subtilno v državah, ki nimajo izrecnega ustavnega določila o prepovedi povratne veljave predpisov. V teh državah (npr. v Nemčiji¹³ in Avstriji¹⁴)¹⁵ izpeljujejo prepoved retroaktivnosti iz ustavnih načel, med njimi še posebej iz tistih, ki se nanašajo na pravno državo. Osrednji problem ni načelna prepoved retroaktivnosti, ki človeka duši in mu onemogoča, da bi ravnal kot svobodno bitje, ki vnaprej ve za pravni manevrski prostor, v katerem je lahko dejaven in ustvarjalen. Osrednji problem je *vprašanje kontinuitete in verige dogajanj*, na katera se pravni predpisi nanašajo.

Na drugem mestu je bilo že rečeno, v čem je razlika med *pravo in nepravo retroaktivnostjo* (glej 4. točko III. poglavja). Ostra meja med njima je podana tedaj, ko predpis učinkuje za nazaj na dejanske stanove, ki so prav tako v celoti že zaključeni (prava retroaktivnost), in tedaj, ko predpis učinkuje za naprej na dejanske stanove, ki so prav tako v celoti že zaključeni (neprava retroaktivnost). Prava retroaktivnost je, denimo, v Sloveniji prepovedana za zakone, druge predpise in splošne akte (glej prvi odstavek 155. člena Ustave RS), medtem ko je neprava retroaktivnost predpisov dovoljena, če je v skladu z ustavnimi načeli in pravili. Posebej pomembni sta načelo pravne države (skupaj s podnačeli pravne varnosti, pravne predvidljivosti in zaupanja v pravo) in ustavno načelo, da se pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb lahko določajo samo z zakonom (87. člen Ustave RS).

Meja med pravo in nepravo retroaktivnostjo predpisov ni čista in je do neke mere zabrisana tedaj, ko se predpis nanaša na dejanski stan, ki je v razvoju, ali

¹³ Glej na primer Eberhard Schmidt-Aßmann: Der Rechtsstaat, v: Josef Isensee, Paul Kirchhof (ur.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. izdaja. C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2004, str. 541–612 (zlasti str. 586–591), in Helmuth Schulze-Fielitz: Rechtsstaat, v: Horst Dreier (ur.): Grundgesetz. Kommentar, Band II. Mohr Siebeck, Tübingen 1998, str. 185 in nasl.

¹⁴ Glej na primer Theo Öhlinger: Verfassungsrecht, 8. izdaja. Universitätsverlag, Dunaj 2009, str. 353 in nasl.

¹⁵ Glej tudi Marc Bungenberg: Vertrauensschutz, v: F. Sebastian, M. Heselerhaus, Carsten Nowak (ur.): Handbuch der Europäischen Grundrechte. Verlag C. H. Beck etc., München 2006, str. 945–967 (zlasti str. 959 in nasl.), in Frank Schorkopf: Rückwirkungsverbot, v: F. Sebastian, M. Heselerhaus, Carsten Nowak (ur.): Handbuch der Europäischen Grundrechte. Verlag C. H. Beck etc., München 2006, str. 1629–1646.

pa na dejanski stan, ki je relativno trajne narave (npr. lastnina na nepremičninah). V primeru obeh dejanskih stanov je pravno dovoljeno, da se pravice ožijo in obveznosti povečujejo, če gre za bremena, ki niso arbitrarna in so hkrati v sozvočju z ustavnimi načeli in pravili. Problem so obremenitve, ki se navezujejo na dejanske stanove v razvoju in učinkujejo tudi za nazaj, to je za časovno obdobje, ko še ni bilo predpisa, ki bi obremenitev nalagal. *Mutatis mutandis* velja tudi za dejanske stanove, ki so relativno trajni.

O tem vprašanju ni mogoče razpravljati le na načelni ravni. Če je le mogoče, ga je treba povezati s konkretnim primerom, ki osvetli, kje so prava vozlišča. Primer te vrste so prav periodični prejemki, ki so obdavčljivi. Stvar davčne tehnike je, kako se davek časovno obračunava. Za davčno obveznost je bistveno, da je znana vnaprej in da lahko zajame samo tisto obdobje, ki je tudi kot davčno obdobje vnaprej opredeljeno. V življenju se vsekakor lahko primeri, da je davčni dejanski stan v razvoju in da ga zato predpis, ki velja za naprej, ne more v celoti zajeti. *Ta okoliščina ne more biti pravni izgovor, ki naj bi kar po naravi stvari utemeljeval retroaktivnost.* Če je v resnici tako, da posameznega davčnega obdobja ni mogoče razčleniti na več davčnih prejemkov, ker je, denimo, izplačilo enkratno in zapade ob koncu koledarskega leta, pomeni, da mora biti davčna obremenitev *sorazmerna* glede na dolžino in intenzivnost davčnega obdobja. *Ta obveznost se lahko nanaša samo na obdobje, ki teče od trenutka, ko zakon začne veljati.*

4. Posebno pozornost zaslužita tudi argumenta, ki ju v odklonilnih ločenih mnenjih (OLM) utemeljujeta sodnici dr. Etelka Korpič Horvat in mag. Marta Klampfer. Sodnica dr. Etelka Korpič Horvat meni, da bi moralo Ustavno sodišče »tehtati med dvema ustavno varovanima dobrinama, med javnim interesom in zaupanjem prizadetih davkoplačevalcev v pravno varnost, v pravno državo«. Sodišče bi moralo odgovoriti, ali učinki Zakona o dodatnem davku »tako zelo posegajo v pričakovane pravice in s tem v zaupanje v pravo, da poseg ni *sorazmeren* z javno koristjo« (OLM, 14. točka).

Podobno stališče ima tudi sodnica mag. Marta Klampfer. Značilno je tole mesto:

»Če Ustavno sodišče presodi, da pogoj javne koristi ni podan, potem ugotovi, da je povratno učinkovanje predpisa nedopustno, ne da bi se spuščalo v presojo pridobljenih pravic. Če pa ugotovi, da je bil določen ukrep sprejet zaradi varstva javnega interesa, potem mora presoditi tudi, ali se je s takim ukrepom poseglo v pridobljeno pravico. Ustava torej varuje na podlagi zakona pridobljene pravice tako, da vanje ni mogoče posegati z učinkom za nazaj. Po doktrini Ustavnega sodišča uživajo pridobljene pravice enako varstvo kot človekove pravice in temeljne svoboščine (odločba št. U-I-

137/93 z dne 2. 6. 1994). Zato se poseg v pridobljeno pravico presoja na podlagi tretjega odstavka 15. člena Ustave s testom sorazmernosti, z vidika nujnosti, primernosti posega in njegove proporcionalnosti.« (5. točka)

Načelo sorazmernosti ne more biti pot, po kateri bi lahko v imenu javnega interesa retroaktivno posegli v pridobljene pravice. V naravi načela sorazmernosti je, da se nanaša na konflikte pravic, ki jih je treba ovrednotiti in po potrebi tudi medsebojno uskladiti. Če gre za lojalno konkurenco, posebna uskladitev ni potrebna, ker se uveljavijo tiste pravice, ki so na trgu bolj uspešne. Druga možnost je, da se manj pomembna pravica umakne pred pravico, ki je *in concreto* pravno bolj pomembna (npr. v primeru, ko je varstvo zasebnosti močnejše od svobode izražanja).

Najbolj tipična je tretja možnost, to je izpeljava, da pravici v konfliktu uravnotežimo in jima s tem omogočimo, da sobivata. Temeljno merilo sobivanja uvaja ustavno načelo, da so pravice načeloma omejene s pravicami drugih (glej tretji odstavek 15. člena Ustave RS). To merilo pomeni, da subjektova pravica ne sme preseči tiste meje, ki v kakovostno enakem obsegu tudi drugemu omogoča, da aktivira in izvršuje njemu pripadajočo pravico.¹⁶

Načelo sorazmernosti gradi na pomenskem jedru posameznih pravic in glede na težo tega jedra skuša najti pravo mero med nasprotujočima si pravicama. *Mutatis mutandis* je mogoče reči tudi za temeljne (ustavne) pravice, v katere lahko posega in jih omejuje državna oblast, in sploh za zakonodajno urejanje, ki prav tako ne sme neutemeljeno zoževati pravic in stopnjevati pravnih dolžnosti. Tovrstne konfliktne situacije med državo in posamezniki kot nosilci pravic razrešujemo z dvostopenjsko zasnovanim načelom sorazmernosti, ki ga je pod vplivom tujih zgledov prevzelo in izoblikovalo tudi Ustavno sodišče RS.¹⁷

Test sorazmernosti ni merilo, ki lahko upraviči retroaktivni poseg v pridobljeno pravico. Prva stopnja testa sorazmernosti je, da morata biti tako cilj kot sredstvo, med katerima iščemo pravo mero, ustavna in zakonita. Retroaktivno zakonsko določilo, ki ne ustreza kumulativno prepisanim merilom retroaktivnosti (drugi odstavek 155. člena Ustave RS), je *neustavno sredstvo*. Brž ko sta cilj in (ali) sredstvo nepravna, je *eo ipso* izključeno tudi to, da bi ugotavljali, ali je sredstvo primerno, nujno in sorazmerno glede na cilj.

¹⁶ O tem podrobneje govorim v Argumentaciji v pravu, 3. izdaja. GV Založba, Ljubljana 2013, str. 198 in nasl.

¹⁷ Z načelom sorazmernosti se v novejši slovenski teoriji teoretično spoprijemata Dragica Wedam Lukić: Načelo sorazmernosti kot kriterij ustavnosodne presoje, v: Marijan Pavčnik (ur.): Pravna država. GV Založba, Ljubljana 2009, str. 185–220, in Aleš Novak: Predpostavke načela sorazmernosti v ustavnosodnem odločanju, v: Marijan Pavčnik, Aleš Novak (ur.): (Ustavno)sodno odločanje. GV Založba, Ljubljana 2013, str. 103–181.

Podobno je treba reči tudi za to, da bi retroaktivnost posameznega zakonskega določila utemeljevali s tretjim odstavkom 15. člena Ustave RS. V odločbi U-I-340/96 (OdlUS VII/1, 48) je stališče, da »bi bilo mogoče poseganje v pridobljene pravice upravičevati kvečjemu tedaj, če bi bilo potrebno zaradi varstva še tehtnejše pravice ali odpravljanja še hujših posegov v pravice drugih« (11. točka). Sodnica dr. Jadranka Sovdat v pritrdilnem ločenem mnenju (PLM) – njenemu mnenju se pridružuje tudi sodnik mag. Miroslav Mozetič – k temu dodaja, da je s tem »Ustavno sodišče tretji pogoj, 'če se s tem ne posega v pridobljene pravice', razložilo tako, kot da v njem piše, 'če se s tem nedopustno ne posega v pridobljene pravice'« (12. točka).¹⁸

Besedna igra zadene žebljico na glavico. O tem, da gre za »nedopustno poseganje v pridobljene pravice«, bi odločala moč javnega interesa, ki je že sicer eno od meril za dopustitev retroaktivnosti posameznega zakonskega določila. Nedopustno je, da bi eno od kumulativno določenih meril prevladalo nad drugim. Za to stališče ne najdemo opore niti v tretjem odstavku 15. člena Ustave RS niti ga ne ponuja geneza nastanka drugega odstavka 155. člena Ustave RS.

Tretji odstavek 15. člena Ustave RS je zelo pomembno merilo za uresničevanje, omejevanje in medsebojno usklajevanje pravic.¹⁹ Merilo sega nazaj h Kantovi misli, da mora splošni zakon svobode združiti »svobodno voljo enega s svobodno voljo drugega«. ²⁰ Tretji odstavek 15. člena napotuje tudi na omejevanja, ki jih ustava določa na drugih mestih. Če pustimo ob strani vojno in izredno stanje, gre za domet pravic, kakor so ustavno zasnovane. Posebej pomembni sta zlasti vprašanji, kako je mogoče razumeti pomensko jedro posameznih pravic in do kod sega njihovo pomensko polje. Vprašanji sta medsebojno povezani in intenzivno vplivata tudi na to, kako naj bodo pravice medsebojno usklajene.

Za to, da bi bila javna korist močnejša kot pridobljena pravica, v ustavi ni opore. Iz drugega odstavka 155. člena Ustave RS nesporno izhaja, da sta tako javna korist kot prepoved posega v pridobljene pravice samostojni merili. Če nista podani vsako zase, ni pogojev za to, da posamezno zakonsko določilo lahko velja za nazaj. Tovrstni posegi v pravice so *de constitutione lata* prepovedani.

¹⁸ Prim. s stališči, ki so v odločbah U-I-51/90 (OdlUS I, 33), U-I-60/98 (OdlUS VII/2, 150), U-I-60/99 (OdlUS X/2, 150), U-I-98/07 (OdlUS XVII/2, 42) in U-I-292/09 (OdlUS XIX, 27).

¹⁹ Tretji odstavek 15. člena Ustave RS se glasi: »Človekove pravice in temeljne svoboščine so omejene samo s pravicami drugih in v primerih, ki jih določa ta ustava.«

²⁰ Immanuel Kant: *Die Methaphysik der Sitten*, Reclam, Stuttgart 1990, str. 66–67 [230].

Ustavno nedopustno je, da bi posamezna zakonska določila, ki so retroaktivna, *obremenilno*²¹ posegala v že obstoječe pravice.

Javna korist je lahko nevarno merilo, če ob njej ni tudi drugih meril, ki so prav tako eden od pogojev, ki utemeljuje retroaktivnost posameznih zakonskih določil. Ustava socialistične Republike Slovenije (iz leta 1974) dodatnih meril ni poznala. Zadovoljila se je s tem, da imajo posamezne določbe zakona »lahko učinek za nazaj, če je tako z zakonom določeno in če tako zahteva splošni interes« (drugi odstavek 261. člena). To določilo je bilo razveljavljeno z ustavnim amandmajem LVII k Ustavi SRS iz leta 1989. Osnutek Ustave RS (iz oktobra 1990) je retroaktivnost predpisov spet predvidel (144. člen osnutka): »Predpisi ne morejo imeti učinka za nazaj, če bi s tem posegli v že pridobljene pravice.«²² Če to opredelitev primerjamo s sedanjo iz drugega odstavka 155. člena Ustave RS, brž opazimo, da so retroaktivno lahko veljali vsi predpisi (in ne le posamezna zakonska določila), omejitev retroaktivnosti pa je bila strožja od sedanje, ker ni poznala pozitivnega merila, da je retroaktivnost mogoče utemeljiti z javno koristjo. Ta geneza ustavnega določila o retroaktivnosti je samo še dodatni argument, da merilo javne koristi ne sme izničiti merila pridobljene pravice.

V. NAMESTO SKLEPA

Problematika, ki jo odpira zadeva »dodatni davek«, ne sme vsaj še mimo argumenta, na katerega v OLM opozarja sodnik dr. Mitja Deisinger:

»Z dodatnim davkom jim dohodki iz tega naslova niso bili odvzeti, temveč le dodatno obdavčeni. Javna korist iz drugega odstavka 155. člena Ustave je s tem izkazana, saj je že elementarno razvidna iz namena zakona. V tem primeru pa je izpolnjen tudi drugi pogoj, s tem namreč odgovornim osebam ni bilo huje poseženo v pridobljene pravice in niso bile ogrožene njihove socialne pravice. [Op. M. P.: Na tem mestu je op. št. 6, ki je pod črto ne navajam.] S tem vprašanjem je povezano tudi *univerzalno pravno načelo pravičnosti* (ležeči tisk dodal M. P.). V življenju je nepredstavljiva in pravno krivična ureditev, ki nekoga nagrajuje z denarjem, ki ga je kot pomoč v težkih časih dobil od ljudi – davkoplačevalcev.« (7. točka)

²¹ Na ta zorni kot tehtno opozarja Borut Šinkovec: O prepovedi retroaktivnosti predpisov, v: Pravni letopis Inštituta za primerjalno pravo, 2013, GV Založba, Ljubljana 2013, str. 247.

²² Isto določilo je imela tudi tako imenovana Podvinska ustava, ki je ponatisnjena v Peter Jambreč: Ustavna demokracija. DZS, Ljubljana 1992, str. 436.

»Ta lepi sen človeštva«, kot pravičnosti nekje pravi Hans Kelsen,²³ kot absolutum – to vemo vsi – ni dosegljiv. A to na drugi strani spet ne pomeni, da pravo ni volja k pravičnosti.²⁴ Ta problem podrobneje obravnavam v razpravi Zakonsko (ne)pravo.²⁵ Tu se omejujem zgolj na manevrski prostor, ki se odpira v povezavi z zadevo »dodatni davek«.

Mediji delajo veliko napako, ko dodatni davek povezujejo samo z eno osebo, čeprav gre za problem, ki se nanaša na trideset zadev pred Upravnim sodiščem RS (1. točka). Za te in druge primere, v katerih sodni spori niso bili sproženi, je treba najti rešitev, ki pravno enako obravnava vse primerljive zadeve.

Najbolj preprosto bi bilo, če bi Ustavno sodišče zahtevo za oceno ustavnosti Zakona o dodatnem davku zavrnilo kot neutemeljeno. Argumenti, ki so bili že navedeni, utemeljujejo, zakaj sodišče ni moglo tako ravnati. Ne glede na to je stališče Ustavnega sodišča lahko moralno sporno. Temeljni moralni ugovor je, ali je višina menedžerskih dohodkov v skladu z delom in zaslugami, ki jih menedžerjem pripisujemo. Če je razmerje med višino dohodka in delom, ki je oziroma naj bo opravljeno, ekstremno neznosno, bi bilo mogoče uporabiti Radbruchovo formulo o nadzakonskem pravu, ki razveljavlja zakonsko nepravo.

Socialno krivični davki in socialno krivični visoki dohodki praviloma niso tako ekstremni, da bi v njihovem imenu uporabljali argument neprava. Če bi tako ravnali, bi sprejeli *nevarno igro*, ki bi lahko v imenu pravičnosti pripeljala do hudih krivic in posegov v pravno varnost na drugi strani.²⁶

²³ Hans Kelsen: Was ist Gerechtigkeit?. Reclam, Stuttgart 2000, str. 52.

²⁴ G. Radbruch, nav. delo, str. 269.

²⁵ Marijan Pavčnik: Zakonsko (ne)pravo, v: Matjaž Ambrož, Katja Filipčič, Aleš Završnik (ur.): Zbornik za Alenko Šelih. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, SAZU: Ljubljana 2013, str. 43–58.

²⁶ Prim. tudi Leonid Pitamic: Naravno pravo in narava prava (1956), v: isti: Na robovih čiste teorije prava/An der Grenzen der Reinen Rechtslehre. Ur. in spremna študija: Marijan Pavčnik. 2. izdaja, SAZU, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2009, str. 115: »Če izhajamo le iz pojma prava, ni tako, da bi vsaka moralna krivica sama po sebi uničila pravno naravo neke abstraktne ali konkretne pravne norme, ki določa tako krivico. Taka pravna norma pa neha biti pravo, kadar njena vsebina resno ogroža možnost bivanja in sožitja ljudi, ki so ji podrejeni. Tako so npr. hudi davki, čeprav bi bili krivični, še vedno obvezni zaradi obstoja reda; če pa njihova krivična višina preseže neko določeno mero, pri kateri je še možna eksistenca posameznika kot tudi človeško sožitje, npr. v družini, nehajo biti pravo, ker zaradi njihovega nečlovečnega učinka njihovi normativnosti manjka vsebina, ki je za pravo bistvena.« – Pitamičeva razprava je leta 1956 izšla v nemškem jeziku, v slovenščino pa je bila prevedena šele leta 1985. V delu Na robovih čiste teorije prava/An der Grenzen der Reinen Rechtslehre sta ponatisnjena tako nemški izvirnik kot slovenski prevod.

Ustavnemu sodišču ne smemo očitati, da je bilo slepo in gluho za vprašanja socialne nepravčnosti. Tako v tiskovnem sporočilu kot v obrazložitvi odločbe je *expressis verbis* poudarilo, da v okvir presoje ustavnosti zakona »ne spada ocena konkretnih ravnanj posameznih članov organov poslovanja in nadzora. Odločanje o morebitni subjektivni odgovornosti posameznika, ki bi izvirala iz opustitve dolžne skrbnosti ali morda celo iz očitka zlorabe pooblastil pri izvrševanju nalog organa poslovanja oziroma nadzora v gospodarski družbi, je predmet drugih, zoper konkretne osebe vodenih postopkov.« (19. točka)

Ustavno sodišče seveda ni tisto, ki bi ocenjevalo konkretna ravnanja posameznih oseb in ki bi odločalo o njihovi morebitni subjektivni odgovornosti. Ustavno sodišče je zgolj tisto, ki bdi nad pravno igro,²⁷ če ima za to procesne možnosti. Pravna, samo *pravna* igra je tista, v okviru katere je treba reševati sporna pravna vprašanja. Odločitev Ustavnega sodišča bi imela bistveno bolj intenzivne učinke, če bi sodišče o zadevi odločilo v nekaj mesecih po tistem, ko jo je prejelo. Hitrejša odločitev bi imela blagodejne časovne učinke – tako za krizne zadeve, ki jih je treba reševati pravno,²⁸ kot tudi za razplet zadev, ki so spodbudile, da je Upravno sodišče RS vložilo zahtevo za oceno ustavnosti 12. člena Zakona o dodatnem davku.

²⁷ Na to posebej opozarjata tudi PLM sodnice dr. Jadranke Sovdat (glej moto k njenemu mnenju in 21. točko) in sodnika Jana Zobca (glej 6. točko), ki se oba, vsak po svoje, sklicujeta na spoštovanje prava, pravnosti in Radbruchove ideje prava.

²⁸ Glej na primer zbornik razprav: Jerzy Stelmach, Reiner Schmidt (ur.): *Die Rolle des Rechts in der Zeit der wirtschaftlichen Krise*. Wolters Kluwer SA, Warszawa 2013.

ODKUPNA PRAVICA PO STANOVANJSKEM ZAKONU IN SKUPNO PREMOŽENJE ZAKONCEV

Skupna ugodnost ali vložek posebnega premoženja v skupno?

Jasna Hudej,*

univerzitetna diplomirana pravnica, višja pravosodna svetovalka na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije

Iztok Ščernjavič,*

univerzitetni diplomirani pravnik, odvetniški kandidat v Odvetniški pisarni Mojca Lukančič

1. UVOD

Premoženjski režim med zakoncema odpira številna zanimiva vprašanja, tako na materialnem kot tudi procesnem področju. Vprašanja so večplastna, saj ne posegajo samo na družinskopravno, temveč tudi na druga področja civilnega prava. Dodatna težava je podnormiranost tega področja, zato je pomen sodne prakse in teorije za njegov razvoj toliko večji. Kljub težnjam po spremembi družinske zakonodaje, ki naj bi v veliki meri odpravila kogentnost premoženjskega režima med zakoncema, to ne zmanjšuje pomena in prihodnje uporabnosti te razprave. Institut skupnega premoženja bo namreč ohranjen v primerih, ko se zakonca o premoženjskem režimu ne bosta dogovorila drugače.

Nekatera vprašanja skupnega premoženja med zakoncema in predlagane rešitve sva že predstavila v dveh člankih,¹ v središču tokratnega prispevka pa je vprašanje, ali bi se v primerih, ko pride v času zakonske zveze do realizacije

* Stališča, ki jih zagovarjata, niso nujno tudi stališča ustanove oziroma delodajalca, pri katerem sta zaposlena. Ne glede na vrstni red pri navedbi avtorstva si enakovredno delita zasluge in odgovornost za morebitne pomanjkljivosti tega prispevka.

¹ Prim. J. Hudej in I. Ščernjavič, nav. delo (2010), str. 747–791, in J. Hudej in I. Ščernjavič, nav. delo (2011), str. 27–50.

odkupne pravice s pomočjo skupnega premoženja, odkupna pravica morala upoštevati pri višini deležev na skupnem premoženju. Problematika je povezana z vprašanjem pravne narave odkupne pravice kot enega od nadomestil za ukinitve stanovanjske pravice (Stanovanjski zakon, SZ²).

V prispevku bo po uvodni predstavitvi instituta odkupne pravice prikazano ustaljeno stališče sodne prakse, da ugodnosti odkupa stanovanja po SZ v primeru, ko je odkup financiran iz skupnih sredstev, ni mogoče šteti v korist enega od zakoncev, temveč v korist obeh. V nadaljevanju bodo navedeni in s konkretnimi primeri ponazorjeni argumenti, ki zbujajo dvom o pravilnosti omenjenega stališča za primere, ko nobeden od zakoncev ni bil imetnik stanovanjske pravice, pravico do odkupa pa je eden od njiju kot ožji družinski član uresničil s privolitvijo imetnika stanovanjske pravice. Predstavljena bo rešitev, ki bi z najmanjšim posegom v obstoječo sodno prakso v teh primerih omogočala upoštevanje odkupne pravice tudi pri določitvi deležev na skupnem premoženju.

Tematika ni relevantna le pri reševanju sporov iz razmerij, v katerih je že prišlo do nakupa stanovanja na podlagi odkupne pravice, temveč tudi pri presoji razmerij, ki se bodo šele oblikovala z uveljavitvijo odkupne pravice na denacionaliziranih stanovanjih. Zaradi dolgotrajnih denacionalizacijskih postopkov je namreč še vedno mogoče kupiti stanovanje po »Jazbinškovem zakonu«.³ Obravnavana tematika je pomembna tudi pri reševanju primerov, ko eden od zakoncev pred sklenitvijo zakonske zveze že razpolaga z določeno premožensko pravico, do njene realizacije (uveljavitve) pa pride v času zakonske zveze s pomočjo skupnega premoženja (npr. nakupna in prodajna opcija; nakup stanovanja od Stanovanjskega sklada Republike Slovenije).

2. POJEM ODKUPNE PRAVICE

Preden se osredotočiva na problematiko odkupne pravice, urejene v SZ, v razmerjih med zakoncema, je treba opredeliti institut odkupne pravice. Po večinskem stališču teorije se odkupna pravica uvršča med oblikovalne pravice.⁴ Oblikovalna pravica je pravica določene osebe, da z enostranskim ravnanjem, zlasti z izjavo volje, vpliva na pravno razmerje tako, da to nastane, se vsebinsko

² Ur. l. RS, št. 18/91 (19/91-I popr.) in nasl.

³ Imetnik stanovanjske pravice lahko odkupi stanovanje, če vlagatelju zahteve ne uspe v denacionalizacijskem postopku. Še leta 2009 je bilo v Ljubljani na ta način prodanih približno 150 stanovanj – cena za kvadratni meter je bila okoli 14 evrov (Finance, 13. november 2010).

⁴ Prim. R. Vrenčur, v: M. Juhart in drugi, nav. delo, str. 233, M. Juhart, nav. delo (2004), str. 1103, in N. Plavšak, v: N. Plavšak in drugi, nav. delo, str. 157.

spremeni ali dopolni oziroma preneha ali ukine.⁵ Moč, da z enostranskim ravnanjem zavezujoče vpliva na pravno razmerje,⁶ pa upravičenec črpa bodisi iz zakona ali iz predhodnega pravnoposlovnega ravnanja.⁷

Odkupna pravica spada med oblikovalne pravice, ki so usmerjene v ustanovitev pravnega razmerja.⁸ Njenemu imetniku (odkupnemu upravičencu) daje pravno možnost, da z enostransko izjavo volje, naslovljeno na odkupnega zavezanca, povzroči nastanek pravnega razmerja (z vsebino kupoprodajne pogodbe) med odkupnim upravičencem kot kupcem in odkupnim zavezancem kot prodajalcem.⁹ Odkupna pravica po SZ, ki bo obravnavana v nadaljevanju prispevka, spada med oblikovalne pravice, ki nastanejo na podlagi zakona, in odraža varstvo pravnega položaja bivših imetnikov stanovanjske pravice.

3. ODKUPNA PRAVICA PO SZ

Pred reformo stanovanjskega prava v letu 1991 je zakonodaja priznavala stanovanjsko pravico kot posebno civilno pravico na družbenih stanovanjih (1. člen Zakona o stanovanjskih razmerjih, ZSR¹⁰). SZ je stanovanjsko pravico ukinil in z ustreznim privatizacijskim modelom med drugim omogočil spremembo statusa imetnikov stanovanjske pravice v lastnike stanovanj.¹¹ Stanovanjsko pravico je bilo mogoče na podlagi pravice do ugodnega odkupa kot opcije prejšnjega imetnika stanovanjske pravice preoblikovati v lastninsko pravico na stanovanju.¹² Po prvemu odstavku 117. člena SZ so bili lastniki iz 111., 112., 113. in 114. člena v dveh letih po uveljavitvi zakona dolžni prodati stanovanje pod ugodnimi pogoji (s popusti, predvidenimi v zakonu) tistemu, ki je imel na dan uveljavitve tega zakona na stanovanju stanovanjsko pravico, z njegovo

⁵ Prim. M. Juhart, nav. delo (1999), str. 127–139. Gl. tudi B. Sajovic, nav. delo (1994), str. 67, in P. Bydlinski, nav. delo, str. 5–7.

⁶ Upravičenec, ki uresniči oblikovalno upravičenje, je z vidika drugega sopogodbjenika dejansko v položaju »zakonodajalca«, saj lahko pravno razmerje oblikuje po svoji volji. Tudi B. Sajovic poudarja, da upravičenec posega v materialno pogodbeno načelo, saj lahko doseže pravne posledice, za katere bi sicer bilo potrebno soglasje udeležencev pravnoposlovnega razmerja. Prim. Sajovic, nav. delo (1998), str. 127–129.

⁷ Prim. K. Larenz in M. Wolf, nav. delo, str. 266–271, in M. Juhart, nav. delo (2004), str. 1103.

⁸ Prim. M. Juhart, nav. delo (2004), str. 1103, in N. Plavšak v N. Plavšak in drugi, nav. delo, str. 157–158.

⁹ Prim. N. Plavšak, v: N. Plavšak in drugi, prav tam.

¹⁰ Ur. l. SRS, št. 35/82 in nasl.

¹¹ Imetniki stanovanjske pravice so imeli v nekaterih primerih pravico do sklenitve najemne pogodbe z neprofitno najemnico.

¹² Povzeto po I. Kain, nav. delo, str. 6–7.

pisno privolitvijo pa tudi njegovemu ožjemu družinskemu članu. V sodni praksi se je pojavilo vprašanje, ali bi se v primerih, ko je eden od zakoncev v času zakonske zveze realiziral odkupno pravico s pomočjo skupnega premoženja, možnost ugodnega nakupa po privatizacijskih predpisih morala upoštevati pri višini deležev na skupnem premoženju (51. člen Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, ZZZDR¹³).

4. RELEVANTNA STALIŠČA SODNE PRAKSE

Sodna praksa večinoma poudarja, da je za opredelitev pravne narave v času zakonske zveze pridobljenega premoženja relevanten le vir financiranja kupnine.¹⁴ Glede upoštevanja ugodnosti privatizacijskega nakupa stanovanja je stališče prakse ustaljeno: ugodnosti odkupa po SZ ni mogoče šteti v korist enega od zakoncev, temveč v korist obeh. Ni pomembno, ali posamezne predmete pridobita po tržni, druge pa po kateri drugačni ceni. Ne glede na podcenjeno ali precenjeno višino kupnine gre za skupno premoženje. Tudi okoliščine o večjem ali manjšem popustu zaradi takojšnjega plačila po stališču sodne prakse ne vplivajo na naravo tako pridobljenega premoženja.¹⁵

Ugodnosti po privatizacijskih predpisih (možnost odkupa stanovanja s popustom) sodna praksa šteje kot skupno premoženje, ker gre za premoženje, ki nastane z oplemenitenjem skupnih sredstev zakoncev. Poudarja nepremoženjsko naravo stanovanjske pravice in iz nje izvirajoče pravice do odkupa. Pravici do odkupa pripisuje premoženjsko naravo šele od trenutka, ko upravičenec zavezancu naznani, da uveljavlja odkup. Z uveljavitvijo postane odkupna pravica premoženjska, z njeno realizacijo pa tako pridobljeno premoženje skupno. V primerih, ko nobeden od zakoncev ni bil imetnik stanovanjske pravice, sodna praksa privolitve imetnika stanovanjske pravice, da stanovanje odkupi eden od zakoncev kot ožji družinski član (117. člen v zvezi s 6. členom SZ), ne obravnava kot darilo (prenos pravice), temveč kot enostranski pravni posel oziroma

¹³ Ur. l. SRS, št. 15/76 in nasl.

¹⁴ Iz odločbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (v nadaljevanju VS RS) II Ips 733/2009 z dne 4. aprila 2011 izhaja, da vir financiranja kupnine ob nekaterih izjemnih okoliščinah ni odločilen za presojo pravne narave premoženja. Čeprav je bilo stanovanje v celoti financirano iz posebnih sredstev toženca, je VS RS zaradi obstoja določenih okoliščin, opisanih v sodbi, štelo, da spada stanovanje v skupno premoženje pravnih strank. O predpostavkah za nastanek skupnega premoženja podrobneje J. Hudej in I. Ščernjavič, nav. delo (2010), str. 750–752.

¹⁵ Prim. npr. odločbe VS RS II Ips 58/2006 z dne 14. junija 2007, II Ips 671/2003 z dne 24. februarja 2005, II Ips 443/2008 z dne 4. februarja 2010, II Ips 291/2007 z dne 25. marca 2010, II Ips 638/2006 z dne 20. marca 2008, II Ips 390/2002 z dne 22. maja 2003, II Ips 285/98 z dne 6. maja 1999.

izjavo, s katero imetnik stanovanjske pravice privoli, da svojo pravico in iz nje izhajajoče koristi uveljavi ožji družinski član. Vsi, ki po določbi prvega odstavka 117. člena SZ lahko nastopajo kot kupci lastninjenih stanovanj, namreč že na podlagi zakona spadajo v krog originarnih upravičencev.¹⁶ Ožji družinski član ima tako po stališču sodne prakse svojo pravico do odkupa, le da je njena uresničitev vezana na privolitev imetnika stanovanjske pravice kot primarnega odkupnega upravičenca.¹⁷

¹⁶ Stališče, da spadajo ožji družinski člani med originalne imetnike odkupne pravice, se je v sodni praksi najprej izoblikovalo v primerih, ko je bil imetnik stanovanjske pravice tuji državljan, njegovi ožji družinski člani pa slovenski državljani. Poudarjeno je bilo, da pisna privolitev imetnika stanovanjske pravice ne pomeni prenosa pravice, zato tudi ni pomembno, da imetnik stanovanjske pravice kot tujec ni mogel kupiti stanovanja. Prim. npr. odločbi VS RS II Ips 393/94 z dne 7. februarja 1996 in II Ips 886/94 z dne 29. maja 1996.

¹⁷ Povzeto stališče VS RS najbolj nazorno predstavlja odločba II Ips 671/2003 z dne 24. februarja 2005: »Stanovanjska pravica po nekdanjem ZSR je bila nepremoženjska in tako tudi nepodedljiva pravica. Tudi 117. člen SZ kot način privatizacije stanovanj stanovanjske pravice ni obravnaval drugače. Zato privolitev imetnika stanovanjske pravice, da odkupi stanovanje ožji družinski član, ni imela narave odstopa premoženjske pravice in pravica do odkupa tudi ni bila podedljiva. Pri privolitvi imetnika stanovanjske pravice je šlo za enostransko izjavo volje, katere vsebino in posledice je določal zakon sam. Pravica do odkupa je dobila premoženjsko naravo šele s trenutkom, ko je upravičenec naznanil zavezancu, da uveljavlja odkup (123. člen SZ). To je toženec storil in šele takrat je postala obravnavana pravica premoženjska in z njeno realizacijo je tako pridobljeno premoženje postalo strankama skupno. /.../ Privolitve za odkup stanovanja ni mogoče šteti kot daritve v smislu 29. člena ZD. Ta sicer šteje kot darilo tudi odpoved pravici, vendar mora biti ta premoženjske narave in ocenljiva (30. člen ZD). S tem, ko je imetnik stanovanjske pravice privolil, da odkupi stanovanje družinski član, ni nič storil v breme svojega premoženja (533. člen OZ). Tako ni mogoče šteti privolitve za odkup kot darila v smislu dednopравnih predpisov. Pri privolitvi sploh ne gre za prenos pravice, marveč le za odločitev imetnika stanovanjske pravice o tem, kateri izmed drugih upravičencev do privatizacije ima pravico do odkupa stanovanja. Pokaže se torej kot neutemeljeno revizijsko sklicevanje na 34. člen ZD o vštevanju pravice do odkupa v zapuščinsko maso toženčevega očeta.« Prim. tudi odločbo VS RS II Ips 738/2005 z dne 31. januarja 2008: »Ko se je tožnica z izjavo o privolitvi odpovedala pravici do nakupa stanovanja in odstopila od prednosti, ki ji jo je dajal zakon, se je hkrati odpovedala tudi koristim, ki so izhajale iz njene pravice do ugodnega odkupa, privolila pa je, da svojo pravico in iz nje izhajajoče koristi uveljavi njen sin kot ožji družinski član. V taki situaciji smiselna uporaba 52. člena ZOR ne pride v poštev, saj je v nasprotju z značilnostmi enostranske izjave. Neodplačno (in tudi odplačno) razpolaganje pomeni premik premoženja iz sfere ene v sfero druge stranke. Pomeni torej obstoj obligacijskega razmerja med dvema strankama. Zato je neodplačnost pri enostranskem pravnem poslu že po logiki stvari same nemogoča. Pri privolitvi imetnika stanovanjske pravice po prvem odstavku 117. člena SZ pa gre za enostranski pravni posel. Z njeno podajo zato ne pride do neodplačne naklonitve (pričakovanih, a neuveljavljenih) koristi imetnika stanovanjske pravice drugemu upravičencu, saj upravičenec ob uveljavitvi zahteve za odkup udejanji koristi, ki izhajajo iz njegove lastne pravice.«

5. ANALIZA STALIŠČ SODNE PRAKSE

Stališče, da je ugodnosti odkupa po SZ, do katerega je prišlo iz skupnih sredstev v času zakonske zveze, mogoče šteti le v korist obeh zakoncev, je v sodni praksi mogoče zaslediti v naslednjih primerih:

- a) ko je bil imetnik stanovanjske pravice na stanovanju, ki je bilo predmet odkupa, eden od zakoncev, stanovanje pa sta uporabljala oba, zaradi česar je bil drugi zakonec potencialni imetnik stanovanjske pravice;¹⁸
- b) ko nobeden od zakoncev ni imel stanovanjske pravice na stanovanju, ki je bilo predmet odkupa, pravico do odkupa pa je eden od njiju kot ožji družinski član uresničil s privolitvijo imetnika stanovanjske pravice.

Stališče je sprejemljivo za primere pod točko a, saj ustrezno upošteva ureditev, da je bil imetnik stanovanjske pravice praviloma lahko le eden od zakoncev (14. člen ZSR) in da se je torej drugi zakonec stanovanjski pravici moral odpovedati ravno iz razloga, ker je ta pripadala njegovemu partnerju.¹⁹ Zato bi bilo v teh primerih nepravilno, če bi bil ugodnosti (popusta) deležen le eden od njiju.

Sporna pa je uporaba tega stališča za primere pod točko b, na kar je opozoril že Jan Zobec v prispevku,²⁰ v katerem je med drugim komentiral razloge za odločitev v zadevi II Ips 58/2006 z dne 14. junija 2007.²¹ V prispevku avtor poudarja, da gre v primerih pod točko b za premik premoženja – tisto, kar starši prenesejo na svoje otroke, je čisti premoženjski derivat izključno njihove stanovanjske pravice. Odstop pravice do odkupa stanovanja po tako nizki ceni, da si je lahko nekdanji imetnik stanovanjske pravice (ali kdo od tistih, ki mu je odstopil pravico do odkupa) z razliko med ceno po privatizacijskih določbah SZ in tržno ceno kupil hišo (in mu je pri tem še nekaj ostalo), ni po mnenju omenjenega avtorja nič drugega kot darilo.

¹⁸ Prim. J. Zobec, nav. delo, str. 1566–1567.

¹⁹ Imetništvo stanovanjske pravice pri zakoncih je bilo tako zgolj formalno.

²⁰ Prim. J. Zobec, nav. delo, str. 1566–1567.

²¹ V zadevi II Ips 58/2006 z dne 14. junija 2007 je bilo med strankama sporno, ali spada v skupno premoženje hiša, ki jo je toženka kupila med trajanjem zakonske zveze, vendar z denarjem, ki ga je dobila od prodaje stanovanja, odkupljenega po privatizacijskih določbah SZ. Stanovanjsko pravico na tem stanovanju je imel toženkin oče, ki pa je iz stanovanjske pravice izvedeno pravico do izrazito ugodnega odkupa odstopil svoji hčeri – toženki. Ta je stanovanje odkupila in ga takoj prodala naprej, ugodno nizko kupnino pa poravnala s kupnino naslednjega kupca (120.000 DEM). Zatem je kupila sporno hišo, katere cena je bila 90.000 DEM, v celoti pa je bila poravnana z denarjem od prodaje stanovanja. Ker se je to zgodilo med zakonsko zvezo pravnih strank, je sodišče odločilo, da spada hiša, kupljena izključno z dobičkom od prodaje stanovanja, v skupno premoženje zakoncev.

Prepričljivo je avtorjevo stališče, da možnost ugodnega nakupa stanovanja za zakonca pomeni določeno premoženjsko korist.²² Avtor sicer navaja, da je privolitev imetnika stanovanjske pravice, da stanovanje odkupi ožji družinski član, mogoče obravnavati kot darilo, kar pa nasprotuje prikazanemu večinskemu stališču sodne prakse, ki privolitve imetnika stanovanjske pravice ne obravnava kot darilo (prenos pravice), temveč kot enostranski pravni posel oziroma izjavo, s katero imetnik stanovanjske pravice privoli, da svojo pravico in iz nje izhajajoče koristi uveljavi ožji družinski član.²³ Kot je bilo že pojasnjeno, imajo ožji družinski člani po stališču sodne prakse svojo pravico do odkupa, le da je njena uresničitev vezana na privolitev imetnika stanovanjske pravice kot primarnega odkupnega upravičenca. Če bi privolitev šteli za darilo, bi to lahko imelo pomembne posledice tudi na drugih pravnih področjih (npr. v dednem pravu).

Prispevek ponuja rešitev, ki upošteva avtorjev pomislek, da odkupna pravica pomeni določeno premoženjsko korist (kar bi v primerih pod točko b lahko vplivalo na določitev višine deležev na skupnem premoženju), hkrati pa ne posega v večinsko stališče sodne prakse glede pravne narave privolitve imetnika stanovanjske pravice. Omenjeno stališče sodne prakse, da privolitve ni mogoče obravnavati kot darilo, namreč še ne preprečuje zaključka, da odkupna pravica lahko vpliva na višino deleža na skupnem premoženju. Prispevek tako ni namenjen analizi pravilnosti stališča sodne prakse glede pravne narave privolitve,²⁴ temveč se osredotoča na pravno naravo odkupne pravice.

²² Več o pravni (premoženjski) naravi odkupne pravice v naslednjem poglavju tega prispevka.

²³ Praksa je sicer nedosledna, saj v nekaterih primerih govori o prenosu odkupne pravice na ožjega družinskega člana (npr. II Ips 390/2002 z dne 22. maja 2003, II Ips 127/98 z dne 10. februarja 1999), v drugih primerih (večinsko stališče) pa to zanika in poudarja originarno naravo odkupnega upravičenja ožjega družinskega člana (prim. npr. II Ips 710/94 z dne 17. novembra 1994, II Ips 411/99 z dne 16. marca 2000, II Ips 671/2003 z dne 24. februarja 2005, II Ips 870/2008 z dne 28. januarja 2010, II Ips 1077/2008 z dne 4. aprila 2011, II Ips 738/2005 z dne 31. januarja 2008).

²⁴ Čeprav se v prispevku ne ukvarjava s pravno naravo privolitve imetnika stanovanjske pravice, je stališče sodne prakse, da omenjene privolitve ni mogoče obravnavati kot darilo, po najinem mnenju vprašljivo. Temelji namreč na zmotni predpostavki, da imetnik stanovanjske pravice s tem, ko privoli, da stanovanje odkupi ožji družinski član, ne stori nič v breme svojega premoženja. Res je, da se s privolitvijo obstoječe premoženje imetnika stanovanjske pravice ne zmanjša, vendar pa se s tem prepreči povečanje njegovega premoženja najmanj v višini ugodnosti pri odkupu stanovanja po SZ (gl. op. 25). Zato je tudi v tem delu mogoče pritrditi kritiki J. Zobca, da bi se privolitev imetnika stanovanjske pravice morala obravnavati kot darilo.

6. PRAVNA NARAVA ODKUPNE PRAVICE PO SZ

Strinjati se je mogoče s stališčem J. Zobca, da ima odkupna pravica po SZ premoženjsko naravo. Odkupna pravica namreč omogoča nakup stanovanja s popustom, kar pomeni premoženjsko korist (ugodnost). Če zakonca na podlagi odkupne pravice s skupnimi sredstvi kupita stanovanje, je premoženjska korist nedvomno v tem, da se skupno premoženje poveča za razliko med dejansko plačano kupnino in tržno (ali vsaj pogodbeno) vrednostjo stanovanja.²⁵ Stališče, da je odkupna pravica premoženjska, to je vrednostno ocenljiva pravica, potrjuje tudi upravičenje prejšnjega imetnika stanovanjske pravice do izplačila 30 odstotkov vrednosti stanovanja, če stanovanje izprazni v dveh letih po uveljavitvi zakona (126. člen SZ). Tudi imetnik stanovanjske pravice na denacionaliziranih stanovanjih (četrti odstavek 125. člena SZ) lahko zahteva izplačilo 30 odstotkov vrednosti stanovanja, če lastnik (denacionalizacijski upravičenec) stanovanja noče prodati. Če pa se lastnik (denacionalizacijski upravičenec), ki mu je bilo stanovanje vrnjeno, odloči za prodajo stanovanja, je upravičen do nadomestila za popust, ki mu ga mora plačati zavezanec za vrnitev stanovanja (tretji odstavek 125. člena SZ).²⁶ V omenjenih primerih se torej nazorno pokaže premoženjska vrednost odkupne pravice.

Stanovanjska pravica je bila sicer res nepremoženjska pravica in tudi stanovanjsko razmerje, ki je nastalo na podlagi te pravice, ni bilo najemno razmerje premoženjskega prava. Kljub temu pa ni mogoče prezreti nekaterih upravičenj, ki jih je vsebovalo stanovanjsko razmerje in ki jih je mogoče primerjati s premoženjskopравnimi (npr. pravica do trajne uporabe stanovanja, pravica varovati stanovanjsko pravico pred posegi drugih).²⁷ Glede na njeno vsebino in varstvo je bil imetnik stanovanjske pravice po stališču A. Finžgarja²⁸ v ekonomskem pomenu izenačen z lastnikom stanovanja. Zaradi vsebine upravičenj, ki jih je imel imetnik stanovanjske pravice, je SZ ob ukinitvi stanovanjske pravice zagotovil nadomestila na premoženjskem področju, med drugim tudi odkupno pravico.²⁹ S tem je SZ zadostil zahtevi, da je poseg v premoženje dopusten le ob ustreznem nadomestilu premoženjske narave.

²⁵ Odkupni upravičenci so imeli pri nakupu stanovanja pravico do popusta v višini 30 odstotkov (ali 60 odstotkov, če je bila kupnina plačana v enkratnem znesku) pogodbene vrednosti stanovanja (117. in 119. člen SZ). Že pogodbena vrednost stanovanja, ki se je izračunavala na podlagi posebnega pravilnika, pa je bila bistveno nižja od tržne vrednosti stanovanja.

²⁶ Prim. M. Becele, nav. delo, str. 169–172, in M. Kocbek, nav. delo, str. 9–13 in 15–17.

²⁷ Povzeto po L. Ude, nav. delo, str. 11–15.

²⁸ Tako A. Finžgar, nav. delo (1956), str. 21, in A. Finžgar, nav. delo (1993), str. 2–3.

²⁹ Bivši imetnik stanovanjske pravice je lahko sklenil najemno pogodbo za nedoločen čas za neprofitno najemnino v šestih mesecih od uveljavitve SZ (147. člen v zvezi s 150.

Da ima odkupna pravica premoženjsko naravo, je v več odločbah poudarilo tudi Ustavno sodišče Republike Hrvaške.³⁰ Takšno razlago omogoča tudi praksa Evropskega sodišča za človekove pravice, ki pod pojem zaščitenega premoženja ne uvršča le lastninske pravice, temveč tudi druge pravice z ekonomsko vrednostjo in stvari, ki na njihovi podlagi pripadajo posameznikom. To velja tudi za najemno in njej podobne pravice uporabe.³¹

Sodna praksa nasprotno poudarja nepremoženjsko naravo pravice do odkupa. Premoženjsko naravo ji pripisuje šele od trenutka, ko upravičenec naznani za vezancu, da uveljavlja odkup.³² Stališče sodne prakse, da se pravna narava določene pravice spremeni z njenim uveljavljanjem, je vprašljivo. Argumenta za tako stališče v primerih, ki se nanašajo na skupno premoženje, tudi ni mogoče najti. Je pa stališče o spremembi pravne narave odkupne pravice argumentirano v primerih, ko je imetnik stanovanjske pravice po vložitvi zahteve (tožbe) za odkup, vendar še pred sklenitvijo pogodbe oziroma zaključkom pravnega postopka za uveljavitev odkupne pravice, umrl. V teh primerih sodna praksa v duhu privatizacijskih in prehodnih določb šteje, da odkupna pravica pridobi premoženjsko naravo in je lahko del zapuščine (podedljivost), če je zapustnik pred smrtjo uveljavljal odkup, lastnik stanovanja pa je s svojim ravnanjem onemogočil pravočasno sklenitev kupoprodajne pogodbe. Če bi se namreč razmerje med imetnikom stanovanjske pravice in lastnikom stanovanja (prodajalcem) uredilo v zakonskem roku, bi bilo stanovanje del premoženja imetnika stanovanjske pravice in bi ob njegovi smrti prešlo na pravne naslednike.³³

členom), odkupno pravico pa je lahko uveljavljal v dveh letih od uveljavitve zakona (123. člen SZ). Če je stanovanje v dveh letih po uveljavitvi zakona izpraznil, je bil upravičen do izplačila 30 odstotkov vrednosti stanovanja. Imetnik stanovanjske pravice na denacionaliziranem stanovanju je imel poleg možnosti sklenitve najemne pogodbe in uveljavitve odkupne pravice (če se je lastnik z odkupom strinjal), tudi pravico do izplačila 30 odstotkov vrednosti stanovanja oziroma je bil v primeru nakupa drugega stanovanja upravičen do posojila v višini 30 odstotkov vrednosti stanovanja (125. člen SZ).

³⁰ Prim. U-III-3136/2003 z dne 25. januarja 2006, U-III-2686/2005 z dne 5. marca 2008 in U-III-2357/2006 z dne 10. junija 2009. Iz odločbe U-III-3136/2003 z dne 25. januarja 2006: »S obzirom da je pravo na odkup stana svojeg nositelja ovlašćivalo da odkupi stan na kojem je imao stanarsko pravo i da na tom pravnom temelju stekne pravo vlasništva tog stana, pravo na odkup stana bilo je pravo imovinske naravi, koje je ovlašćivalo na stvaranje imovinskog prava – prava vlasništva.« Na Hrvaškem so imeli imetniki stanovanjske pravice možnost odkupa stanovanja na podlagi Zakona o prodaji stanova, na kojima postoji stanarsko pravo (Narodne novine, br. 43/92).

³¹ Podrobneje I. Kain, nav. delo, str. 6–8.

³² Podrobneje o stališču sodne prakse v 4. poglavju tega prispevka. Prim. zlasti odločbo VS RS II Ips 671/2003 z dne 24. februarja 2005.

³³ Prim. npr. odločbe VS RS II Ips 115/98 z dne 24. februarja 1999, II Ips 204/97 z dne 11. junija 1998, II Ips 996/2007 z dne 12. junija 2008, II Ips 485/99 z dne 23. marca 2000.

Podedljivost odkupne pravice je torej po sodni praksi v teh primerih mogoča šele od trenutka njene uveljavitve, ko pridobi premoženjsko naravo.³⁴

Sodna praksa pri opredelitvi pravne narave odkupne pravice (očitno) izhaja iz namena zakonodajalca, da je število odkupnih upravičencev omejeno (imetnik stanovanjske pravice in njegovi ožji družinski člani), in tako šteje odkupno pravico za nepremoženjsko in nepodedljivo oziroma neprenosljivo pravico. Izjema so že navedeni primeri (ko je imetnik stanovanjske pravice že pred smrtjo uveljavljal odkup), v katerih je zaradi pravičnosti odkupni pravici priznana premoženjska narava in s tem zagotovljena možnost dedovanja. Z vidika upoštevanja premoženjske narave odkupne pravice je sodna praksa poiskala »ustrezno« rešitev samo za primere, ki se nanašajo na dednopravno problematiko, medtem ko se pri premoženjskih razmerjih med zakoncema premoženjska narava odkupne pravice vselej zanemari.

Rešitev, ki bi upoštevala, da je odkupna pravica po SZ premoženjska pravica že od »trenutka nastanka« (in ne šele od uveljavitve),³⁵ hkrati pa zaradi svoje premoženjske narave ne bi bila predmet dedovanja (ne bi se razširil krog odkupnih upravičencev), bi lahko bila naslednja: upoštevali bi, da je odkupna pravica sicer premoženjska pravica, vendar vezana na določeno osebo (osebna pravica, *intuitu personae*), s čimer sta izključeni njena podedljivost (in prenosljivost).³⁶ V skladu z uveljavljeno sodno prakso je odkupna pravica lahko podedljiva le v navedenih primerih, ko je imetnik stanovanjske pravice že pred smrtjo uveljavljal odkup. Če bi upoštevali, da ima odkupna pravica premoženjsko naravo že od svojega nastanka in ne šele od uveljavitve, bi lahko v nekaterih situacijah imetništvu odkupne pravice dali ustrezno težo tudi v okviru premoženjskih razmerij med zakoncema.

³⁴ Če je imetnik stanovanjske pravice umrl, preden je odkupna pravica pridobila premoženjsko naravo, ni prišlo do dedovanja odkupne pravice. To so lahko uveljavljali ožji družinski člani na podlagi tretjega odstavka 147. člena SZ.

³⁵ Če gre za ožjega družinskega člana, je njegova odkupna pravica pogojna – vezana je na pisno privolitev imetnika stanovanjske pravice.

³⁶ Premoženjske pravice so praviloma podedljive in prenosljive, razen če so vezane na določeno osebo (osebne premoženjske pravice – npr. osebne služnosti (užitek, služnost stanovanja ...), pravica do odškodnine za nepremoženjsko škodo, ki postane podedljiva, če je ugotovljena s pravnomočno sodbo ali pisnim sporazumom). Vezanost na določeno osebo je sicer tudi značilnost pogodbeno ustanovljene odkupne pravice (peti odstavek 38. člena Stvarnopravnega zakonika, SPZ, Ur. l. RS, št. 87/2002 in nasl.).

7. ODKUPNA PRAVICA KOT VLOŽEK POSEBNEGA PREMOŽENJA V SKUPNO

Če bi odkupni pravici priznali premoženjsko naravo že od trenutka njenega nastanka, bi lahko v situaciji pod točko b (ko na stanovanju, ki je bilo predmet odkupa, nobeden od zakoncev ni imel stanovanjske pravice, pravico do odkupa pa je eden od njiju kot ožji družinski član uveljavljal s privolitvijo imetnika stanovanjske pravice; gl. 5. poglavje) odkupno pravico oziroma možnost ugodnega odkupa po privatizacijskih predpisih obravnavali kot posebno premoženje tega zakonca. Realizacijo te pravice v zakonski zvezi pa bi obravnavali kot vložek posebnega premoženja v skupno, ki bi vplival na višji delež zakonca (odkupnega upravičenca) na skupnem premoženju.

Da gre pri nakupu stanovanja, financiranega s skupnimi sredstvi, na podlagi odkupne pravice, ki jo je eden od zakoncev kot ožji družinski član uveljavljal s privolitvijo imetnika stanovanjske pravice, le za realizacijo (materializacijo) obstoječe ugodnosti (popusta) enega od zakoncev s skupnimi sredstvi, ne pa za oplemenitenje skupnega premoženja, kot pravi sodna praksa (II Ips 671/2003 z dne 24. februarja 2005),³⁷ nazorno prikažeta tudi primera, ki sta po najinem mnenju v bistvenem podobna nakupu stanovanja na podlagi odkupne pravice. Prvi primer je nakup vrednostnega papirja (npr. delnice) na podlagi nakupne opcije. *Zakonec A kupi pred sklenitvijo zakonske zveze (dne 1. 1. 2008) za 1 EUR opcijo, ki omogoča nakup delnice po ceni 10 EUR na dan 1. 4. 2011. Zakonska zveza je sklenjena 1. 6. 2010. Cena delnice na dan možnosti nakupa je 20 EUR. Delnico kupi s skupnim denarjem zakoncev za 10 EUR, kar omogoča opcija.* Ni dvoma, da spada delnica v skupno premoženje, saj je kupljena s skupnim denarjem. Vprašanje pa je, ali je res mogoče, kar zagovarja sodna praksa pri uveljavljanju odkupne pravice, možnost ugodnega nakupa na podlagi nakupne opcije v celoti zanemariti in razliko do tržne cene (10 EUR) šteti le za oplemenitenje skupnega premoženja. Podobni problemi se nakazujejo tudi pri ugodnem nakupu stanovanj od Stanovanjskega sklada RS. *Oseba A pridobi možnost ugodnega nakupa stanovanja na podlagi večletnega varčevanja v nacionalni varčevalni shemi. Nato spozna partnerja in s skupnimi sredstvi v času zakonske zveze plačata kupnino, ki znaša le 60 odstotkov tržne cene.* Stanovanje je skupno premoženje, saj je financirano s skupnimi sredstvi. Tudi v tem primeru se postavlja vprašanje, zakaj ne bi bilo mogoče vrednosti popusta šteti kot vložek posebnega premoženja osebe A v skupno premoženje zakoncev. Odkup stanovanja na podlagi odkupne pravice (v primerih pod točko b) in navedena primera so z vidika porabe skupnih sredstev po učinku primerljivi s situaci-

³⁷ Tako ni ustrezna primerjava nakupa stanovanja na podlagi odkupne pravice z lotevskim dobitkom, kot je npr. omenjeno v zadevi II Ips 671/2003 z dne 24. februarja 2005.

jo, ko eden od zakoncev razliko do polne tržne cene financira iz posebnega premoženja (npr. iz dediščine) in ko v sodni praksi ni sporno, da se prispevek odrazi v višjem deležu tega zakonca na skupnem premoženju.

Do zaključka, da se mora v primeru, ko na stanovanju, ki je bilo predmet odkupa, nobeden od zakoncev ni bil imetnik stanovanjske pravice, vrednost odkupne pravice odraziti kot vložek posebnega premoženja v skupno, pa je mogoče priti tudi z dosledno izpeljavo ustaljenega stališča sodne prakse, da je že uveljavljana odkupna pravica lahko predmet dedovanja. To izpeljavo je najlažje ponazoriti z naslednjim primerom. *Oče, imetnik stanovanjske pravice, uveljavlja odkupno pravico, sprva z zahtevo, nato še s tožbo. Pred koncem pravnega postopka umre. Po ustaljeni sodni praksi³⁸ sin v taki situaciji lahko podeduje pravico do odkupa, ki je z uveljavitvijo pridobila premoženjsko naravo. Sin, ki je v zakonski zvezi, nato iz skupnih sredstev plača kupnino za stanovanje (s 30-odstotnim popustom na pogodbeno ceno).* Stanovanje spada v skupno premoženje, ker je nakup financiran s skupnimi sredstvi. Ob dejstvu, da je odkupna pravica predmet dedovanja (in torej vrednostno ocenljivo premoženje), bi se njena vrednost morala odraziti pri višini sinovega deleža na skupnem premoženju (vložek posebnega premoženja v skupno). Ker je primere, ki so v bistvenem enaki, treba vrednotiti enako, bi se morala vrednost odkupne pravice odraziti pri določitvi višine deležev na skupnem premoženju tudi v primeru, ko eden od zakoncev kot ožji družinski član odkupno pravico uveljavlja na podlagi privolitve imetnika stanovanjske pravice. Ni namreč razloga, da bi situacijo, ko eden od zakoncev uveljavlja po očetu podedovano odkupno pravico, razlikovali od primera, ko zakonec uveljavlja odkupno pravico na podlagi privolitve svojega očeta kot imetnika stanovanjske pravice.

8. SKLEP

Stanovanjska pravica je sicer res institut prejšnjega družbenopolitičnega sistema, vendar pri obravnavanju pravne narave odkupne pravice kot enega od nadomestil ob ukinitvi stanovanjske pravice ni mogoče prezreti dejstva, da je do odkupov stanovanj prišlo (in še prihaja) v novem sistemu tržnega gospodarstva. Pri presoji tovrstnih razmerij je zato treba upoštevati tudi premoženjsko vrednost odkupne pravice (možnost ugodnega nakupa), ki jo ta v tržnem gospodarstvu nedvomno ima.

Sodna praksa je zavzela stališče, da ugodnosti odkupa po SZ ni mogoče šteti v korist enega od zakoncev, temveč v korist obeh, tako v primerih, ko je na stanovanju, ki je bilo predmet odkupa, stanovanjsko pravico imel eden od zakoncev,

³⁸ Gl. op. 33.

kot tudi v primerih, ko na stanovanju, ki je bilo predmet odkupa, nobeden od zakoncev ni imel stanovanjske pravice, pravico do odkupa pa je eden od njiju kot ožji družinski član uresničil s privolitvijo imetnika stanovanjske pravice. Kot je bilo pojasnjeno v prispevku, je uporaba tega stališča utemeljena (pravična) le v primerih, ko je stanovanjska pravica pripadala enemu od zakoncev, saj ustrezno upošteva ureditev, da je bil imetnik stanovanjske pravice praviloma lahko le eden od zakoncev in da se je torej drugi zakonec stanovanjski pravici moral odpovedati ravno iz razloga, ker je ta pripadala njegovemu partnerju. V primerih, ko na stanovanju, ki je bilo predmet odkupa, nobeden od zakoncev ni bil imetnik stanovanjske pravice, pa z vidika pravičnosti ni zahteve, da bi se (premoženjska) ugodnost morala porazdeliti med zakonca. Zaradi različnosti predstavljenih položajev zato uporaba stališča sodne prakse v teh primerih ni ustrezna. Neprepričljiva je v teh primerih tudi argumentacija sodne prakse, ki realizacijo obstoječe ugodnosti (popusta) enega od zakoncev s skupnimi sredstvi obravnava le kot oplemenitenje skupnega premoženja. S tem se ugodnost, ki sicer izvira iz premoženjske sfere enega od zakoncev, v celoti zapostavi. V teh primerih bi se odkupna pravica kot premoženjska pravica morala odraziti pri določitvi višine deležev na skupnem premoženju, in sicer kot vložek posebnega premoženja enega od zakoncev v skupno premoženje.

Prispevek s pomočjo razlage pravne narave odkupne pravice ponuja rešitev, ki bi omogočala upoštevanje vrednosti odkupne pravice pri določitvi višine deležev na skupnem premoženju. Ob dejstvu, da je sodna praksa ustaljena, sva zaradi varovanja načela pravne varnosti skušala poiskati rešitev, ki bi čim manj posegla v obstoječo sodno prakso, hkrati pa bi ustrezno upoštevala različnost obravnavanih pravnih položajev. Za nadaljnjo razpravo pa ostaja vprašanje, ali se pri vrednotenju odkupne pravice in s tem posebnega vložka enega od zakoncev v skupno premoženje upošteva razlika med kupnino in tržno ceno stanovanja (ob nakupu) ali pa le razlika do pogodbene vrednosti stanovanja.³⁹

³⁹ Gl. op. 25.

Literatura

- Mira Becele: Stanovanjski zakon s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1991.
- Peter Bydlinski: Die Übertragung von Gestaltungsrechten. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 1986.
- Alojzij Finžgar: Pravica do stanovanja, v: Zbornik znanstvenih razprav. Pravna fakulteta v Ljubljani, Ljubljana 1956, str. 5–22.
- Alojzij Finžgar: Denacionalizirana stanovanja, Najemnikom omogočiti odkup z določenim popustom, v: Pravna praksa, 12 (1993) 3, str. 2–3.
- Jasna Hudej in Iztok Ščernjavič: Sporna materialnopravna vprašanja skupnega premoženja s posebnim poudarkom na novejši sodni praksi, v: Pravnik, 127 (2010) 11-12, str. 747–791.
- Jasna Hudej in Iztok Ščernjavič: Sporna procesna vprašanja skupnega premoženja s posebnim poudarkom na novejši sodni praksi, v: Pravnik, 128 (2011) 1-2, str. 27–50.
- Miha Juhart: Pojem in pravna narava opcij, v: Podjetje in delo, 30 (2004) 6-7, str. 1103–1109.
- Miha Juhart: Oblikovalne pravice, v: Zbornik znanstvenih razprav. Pravna fakulteta v Ljubljani, Ljubljana 1999, str. 127–139.
- Miha Juhart (ur.) in drugi: Stvarnopravni zakonik (SPZ): s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Ian Kain: Dopustnost omejevanja najemnine za stanovanja v zasebni lasti, v: Pravna praksa, 26 (2007) 9, str. 6–8.
- Marijan Kocbek: Lastninjenje in privatizacija stanovanj in stanovanjskih hiš ter stanovanjskih podjetij, v: Značilnosti nove stanovanjske zakonodaje in njena uveljavitev v praksi (seminar). Inštitut za gospodarsko pravo pri Visoki pravni šoli v Mariboru, Maribor 1991, str. 1–15.
- Karl Larenz in Manfred Wolf: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage. Beck, München 2004.
- Nina Plavšak (ur.) in drugi: Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem. Prva knjiga: Splošni del (1. do 189. člen). GV Založba, Ljubljana 2003.
- Bogomir Sajovic: Osnove civilnega prava: splošni del. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1994.
- Bogomir Sajovic: O pravici civilnega prava. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1998.
- Lojze Ude: Zakon o stanovanjskih razmerjih s komentarjem in sodno prakso. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1984.
- Jan Zobec: Sodnikove etične dileme, v: Podjetje in delo, 33 (2007) 6-7, str. 1553–1572.



RAZDRUŽITEV STATUTARNEGA IN DEJANSKEGA SEDEŽA SLOVENSKE DRUŽBE*

Jerneja Prostor,

*univerzitetna diplomirana pravnica, magistrica znanosti s področja
gospodarskega prava, asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru*

1. UVOD

Prispevek obravnava vprašanja, ki se nanašajo na obstoj oziroma priznavanje družbe, ki posluje mednarodno, oziroma vprašanja, povezana s selitvijo družbe v drugo državo. V teh primerih je namreč zaradi udeležnosti več pravnih redov treba odgovoriti na vprašanje, kateremu pravu družba pripada, povedano drugače, po katerem pravu družba obstaja oziroma se presoja personalni statut družbe (*lex societatis*). Ta se določi glede na navezno okoliščino v skladu s teorijo ustanovitve ali s teorijo dejanskega sedeža. Po teoriji ustanovitve, ki se je razvila v Veliki Britaniji in se uporablja v anglo-ameriških pravnih sistemih ter v nekaterih drugih pravnih redih (npr. Švica, Nizozemska, Irska, Danska, Finska),¹ se statut družbe presoja po pravu tiste države, po katerem je bila družba ustanovljena. Določitev navezne okoliščine po tej teoriji ni problematična, saj države, ki jo sprejemajo, za ustanovitev in obravnavo po svojem pravu od

* Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z naslovom Dopustnost čezmejnega prenosa sedeža ter razdružitve statutarne in dejanskega sedeža družbe v Evropski uniji, ki jo je avtorica pod mentorstvom red. prof. dr. Marijana Kocbeka uspešno zagovarjala 26. 2. 2013 na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

V prispevku se le manjši del besedila prekriva z besedilom v magistrski nalogi, saj je nastal ob pripravah na ustni zagovor. Na mestih, kjer se teksta ujemata, gre večinoma za sklepne misli v nalogi. Dodan je nov vir:

Luca Cerioni: The »Place of Effective Management« as a Connecting Factor for Companies' Tax Residence Within the EU vs. the Freedom of Establishment: the Need for a Rethinking?, v: German Law Journal, št. 13/2012, str. 1095–1130, dostopen na spletni strani <www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol13-No9/PDF_Vol_13_No_09_1095-1130_Articles_Cerioni.pdf> (26. 11. 2013).

¹ L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 313.

družb zahtevajo le statutarne sedeže na svojem ozemlju.² Druge povezave z ozemljem te države niso nujne, zato lahko družba opravlja svojo dejavnost oziroma lahko posloводство to družbo upravlja kjerkoli.³ Statutarni sedež družbe je v državi, po pravu katere se presoja personalni statut družbe. Torej ne pomeni le sedeža, ki je kot sedež družbe naveden v aktu o ustanovitvi družbe in v registru družb,⁴ temveč je pomembno, da določa pripadnost družbe posameznemu pravnemu redu. Po teoriji dejanskega sedeža, ki se je uveljavila v kontinentalnem evropskem prostoru (npr. Avstrija, Belgija, Luksemburg, Španija),⁵ pa se statut družbe presoja po pravu države, kjer ima ta družba dejanski sedež.⁶ Splošno velja, da je dejanski sedež lahko kraj, kjer (1) je glavna uprava družbe, (2) so locirani glavni organi družbe, (3) se opravljajo glavni posli družbe ali (4) se opravlja najpomembnejša dejavnost družbe.⁷ V primeru, da so te alternativno navedene določilne lokacije za dejanski sedež na različnih krajih, se po mnenju večine upošteva kraj sedeža glavne uprave družbe.⁸

Države, ki sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, dopustijo ustanovitev, obstoj in priznavajo svoje družbe le, če so ustanovljene v skladu z njihovo zakonodajo in imajo na njihovem ozemlju tudi dejanski sedež. Te države torej zahtevajo izpolnjevanje teritorialne skladnosti sedeža družbe – prekrivanje statutarnega in dejanskega sedeža družbe (v isti državi). Če ima družba v državi, ki sprejema teorijo dejanskega sedeža, zgolj dejanski sedež, je ta država ne bo sprejemala za svojo, saj je bila ustanovljena po pravu druge države. Družba torej pripada drugi državi – državi svojega statutarne sedeža. Da bi bil tej družbi priznan obstoj, mora država ustanovitve, tj. država statutarne sedeža družbe, sprejemati teorijo ustanovitve. Samo te države namreč svojim družbam dopuščajo čezmejno preselitev zgolj dejanskega sedeža družbe. Država, v kateri ima družba dejanski sedež, te družbe torej ne bo sprejemala za svojo, če so udeležene države članice EU (EGP) (odslej država članica), pa ji bo v skladu s pravico do svobodnega ustanavljanja in skladno s sodno prakso Sodišča EU (zadeve *Centros*,⁹ *Übersee-*

² B. Rajgelj, nav. delo (2005), str. 54.

³ Prav tam.

⁴ Prav tam, str. 59.

⁵ L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 313.

⁶ M. Geč Korošec, nav. delo, str. 38.

⁷ B. Rajgelj, nav. delo (2005), str. 59.

⁸ Prav tam, sklicuje se na Š. Ivanjko, v: M. Kocbek (redaktor): Zakon o gospodarskih družbah (ZGD) s komentarjem, Druga dopolnjena in spremenjena izdaja, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2002, str. 1286.

⁹ Zadeva C-212/97, *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 9. marec 1999, ZOdl. 1999, str. I-1459.

*ring*¹⁰ in *Inspire Art*¹¹) morala priznati pravno subjektiviteto. Slovenski zakonodajalec je za vse družbe s statutarним sedežem zunaj Slovenije v 17. členu Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP)¹² sprejel teorijo ustanovitve, torej je naša ureditev usklajena s sodno prakso Sodišča EU.¹³

»Sedež družbe je kraj, ki je kot sedež družbe vpisan v register,« je določeno v 29. členu Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1).¹⁴ Gre za opredelitev statutarnega sedeža družbe.¹⁵ Navedba sedeža družbe se z namenom varnosti v pravnem prometu vpisuje v sodni register,¹⁶ vanj pa je treba vpisati tudi spremembo tega podatka.¹⁷ Družba mora v skladu z določbami 30. člena ZGD-1 kot svoj sedež določiti kraj: (1) kjer družba opravlja dejavnost, ali (2) kjer se v glavnem vodijo njeni posli, ali (3) kjer deluje poslovodstvo družbe.¹⁸ Gre za določitev dejanskega sedeža družbe,¹⁹ katerega spremembo je torej treba vpisati v sodni register. Le družba, ki ima dejanski sedež v Sloveniji, je lahko vpisana v sodni register v Sloveniji. Določbi 29. in 30. člena ZGD-1 se »nanašata zgolj na sedež slovenskih družb, saj slovenski zakonodajalec lahko pravila o tem, kateri kraj se lahko kot (statutarni) sedež vpiše v sodni register, določi le za slovenski sodni register, v katerega se vpisujejo zgolj slovenske družbe«. ²⁰ Pravilo ima tudi kolizijskopravne učinke – če slovenska družba preseli dejanski sedež v drugo državo in je statutarni sedež lahko le kraj v Sloveniji, sankcija za razdružitev statutarnega in dejanskega sedeža pa je odvzem pravne sposobnosti družbe, potem je zakonodajalec za slovenske družbe sprejel teorijo dejanskega sedeža.²¹ Sprejemljivost te teorije je potrdilo tudi Sodišče EU v zadevi *Cartesio*.²²

¹⁰ Zadeva C-208/00, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* (NCC), 5. november 2002, ZOdl. 2002, str. I-9919.

¹¹ Zadeva C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd*, 30. september 2003, ZOdl. 2003, str. I-10155.

¹² Ur. l. RS, št. 56/99, 45/08.

¹³ Glej več B. Rajgelj (2006), nav. delo, str. 15–16 in 21.

¹⁴ Ur. l. RS, št. 42/06 s spremembami (zadnja upoštevana je št. 82/13).

¹⁵ B. Rajgelj, nav. delo (2006), str. 14.

¹⁶ Glej prvi odstavek 47. člena ZGD-1 in 4. člen Zakona o sodnem registru (ZSReg, Ur. l. RS, št. 13/94 s spremembami (zadnja upoštevana je št. 82/13)).

¹⁷ Glej 48. člen ZGD-1 in 6. člen ZSReg.

¹⁸ Pomisleke vzbuja razlikovanje med krajem, kjer se večinoma vodijo posli družbe, in krajem, kjer deluje poslovodstvo družbe, pri prvem kriteriju pa vprašanje obsega opravljanje dejavnosti na eni lokaciji.

¹⁹ Tako tudi B. Rajgelj, nav. delo (2006), str. 16.

²⁰ Prav tam, str. 15.

²¹ Prav tam.

²² Zadeva C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltatató bt*, 16. december 2008, ZOdl. 2008, str. 9641.

Družba, ustanovljena po slovenskem pravu in vpisana v sodni register v Sloveniji, ne glede na kraj svojega dejanskega sedeža znotraj državnih meja pripada slovenskemu pravu. Njen statutarni sedež je torej v Sloveniji.

V prispevku so obravnavana vprašanja dopustnosti in posledic teh primerov:

- a) slovenska družba se seli čez mejo (preseli svoj statutarni in dejanski sedež) in
- b) slovenska družba razdruži statutarni in dejanski sedež, tako da čez mejo preseli zgolj:
 - 1) dejanski sedež (glede na določbe 30. člena ZGD-1 poenostavljeno: preseli poslovno aktivnost oziroma kraj vodenja poslov družbe) ali
 - 2) statutarni sedež (spremeni pravni red, ki mu pripada).

Po teoriji ustanovitve je torej razdružitve statutarne in dejanskega sedeža družbe dopustna, saj je relevantna le okoliščina ustanovitve družbe v skladu z zakonodajo države ustanovitve ne glede na izvrševanje poslovne aktivnosti oziroma sedež posloводства družbe v tej državi. Po teoriji dejanskega sedeža pa so posledice neizpolnjevanja načela teritorialne skladnosti sedeža za družbo usodne: če se dejanski in statutarni sedež družbe »razcepita na dve različni državi, družba izgubi pravno osebnost. [...] Prenos čez mejo po teoriji dejanskega sedeža za slovensko družbo pomeni odvzem pravne osebnosti (ker se status družbe od meje dalje presoja po tujem pravu, v njem pa družba ne obstaja).«²³

Na lokacijo dejanskega in statutarne sedeža družbe vpliva prisotnost usposobljenega kadra, prednosti z logističnega vidika, infrastruktura in zakonodaja države,²⁴ predvsem s korporacijskega in davčnega področja. Prav tako sta lahko merili pri izbiri države sedeža družbe stopnja pravne varnosti in hitrost odločanja v upravnih in sodnih postopkih. Na lokacijo statutarne sedeža družbe bi lahko vplival tudi morebiten večji ugled države, ki ima strožjo ureditev.²⁵ Največja pomanjkljivost, ki družbe odvrča od selitve sedeža v določeno državo oziroma jih sili k iskanju priložnosti v drugih državah, pa naj bi bila kompleksnost in nepriročnost zakonodaje.²⁶

²³ B. Rajgelj, nav. delo (2006), str. 10.

²⁴ J. Cremers in E. Wolters, nav. delo, str. 5.

²⁵ Npr. združena družba Daimler-Chrysler se je registrirala v Nemčiji (lahko pa bi se tudi v ZDA). Tako N. Kubat Erk, nav. delo, str. 440, ki se sklicuje na M. Siems: Convergence, competition, Centros and conflicts of law: European company law in the 21st century, v: European Law Review, št. 27/1/2002, str. 47–59, str. 54 (opomba 186).

²⁶ J. Cremers in E. Wolters, nav. delo, str. 5.

2. DEJANSKI SEDEŽ SLOVENSKE DRUŽBE V DRUGI DRŽAVI

V poslovni praksi bi lahko našli primer, ko bi se slovenska družba, ki posluje mednarodno, prilagodila razmeram na trgu na tak način, da bi sčasoma večino svojih poslovnih aktivnosti opravljala v drugi državi, njene preostale aktivnosti bi bile razpršene po več različnih državah, pri čemer niti poslovodstvo družbe svoje funkcije ne bi več opravljalo v Sloveniji. Prav tako si je mogoče zamisliti primer novoustanovljene družbe, ki opravlja dejavnost računalniškega programiranja, v kateri sta dva družbenika hkrati tudi poslovodji družbe, ki sta se odpravila pridobivat posle in širit svoje znanje v drugo državo. Četudi v navedenih primerih ni nujno, da sta družbi povsem izgubili stik z matično državo, sta v obeh primerih glede na opredelitev dejanskega sedeža družbe v skladu s 30. členom ZGD-1 dejanski sedež nedvomno prenesli v drugo državo in s tem razdružili svoj statutarni in dejanski sedež, zato jima po slovenskem pravu zaradi sprejemanja teorije dejanskega sedeža za domače družbe ni več priznana pravna subjektiviteta. Prav tako teh družb ne bi priznavale druge države, saj po pravu ustanovitve ne obstajata več. Ob tem se vzbujajo pomisleki, kaj bi to pomenilo v praksi.

V praksi teorija dejanskega sedeža povzroča veliko težav pri določanju dejanskega sedeža družbe. Kraj dejanskega sedeža družbe je namreč »precej manj objektivizirana in stabilna navezna okoliščina kot kraj ustanovitve«. ²⁷ Med družbami, ki poslujejo mednarodno, se najdejo družbe, katerih dejanski sedež zaradi več odločilnih okoliščin, ki opredeljujejo dejanski sedež, ni nujno gotovo izkazan. Prav tako razmere pogosto niso tako jasne kot v navedenih dveh primerih in je manj takih družb, za katere bi se lahko nedvomno ugotovil prenos dejanskega sedeža v drugo državo. V Sloveniji torej 30. člen ZGD-1 alternativno določa tri lokacije, ki lahko predstavljajo sedež slovenske družbe. Če družba v matični državi zadrži le eno, in sicer katerokoli od navedenih, lahko po mojem mnenju zatrjuje, da je njen dejanski sedež še vedno v državi statutarnega sedeža. Le v teoriji namreč velja, da se v primeru različnih lokacij v 30. členu ZGD-1 navedenih treh možnosti za določitev dejanskega sedeža družbe upošteva kraj sedeža glavne uprave družbe, ²⁸ ni pa to posebej zakonsko opredeljeno. Če npr. slovenska družba prenese kraj, v katerem deluje poslovodstvo družbe, vendar družba v Sloveniji še vedno opravlja dejavnost (zakon niti ne določa, v kolikšnem obsegu bi bilo to nujno), še vedno izpolnjuje zahteve načela teritorialne skladnosti sedeža družbe. Nobenega dvoma pa ni, da je družba prenesla svoj dejanski sedež v drugo državo in s tem izgubila pravno

²⁷ B. Rajgelj, nav. delo (2005), str. 60.

²⁸ Prav tam, str. 59, sklicuje se na Š. Ivanjko, glej opombo 8.

subjektiviteto, ko z matično državo izgubi vsak dejanski stik, pa tudi tedaj, ko na ozemlju države statutarne sedeža ne opravlja več svoje dejavnosti, posli družbe se ne vodijo več v tej državi oziroma je tudi poslovodstvo spremenilo državo svojega delovanja, četudi ima družba v matični državi še vedno nepremično premoženje, skladišče ipd.

V skladu s teorijo dejanskega sedeža torej slovenska družba, ki nima dejanskega sedeža v Sloveniji, nima več priznane pravne osebnosti. To ni relevantno le pri čezmejnem prenosu dejanskega sedeža slovenske družbe, temveč tudi v primeru, ko se v Sloveniji ustanovi nova družba, ki izide iz čezmejne spojitve, oziroma ko ima prevzemna družba, ki izide iz čezmejne pripojitve, sedež v Sloveniji. V uvodnih pojasnilih Desete direktive²⁹ je v točki 11 določeno, da »ta direktiva ne posega v zakonodajo držav članic, s katero se zahtevajo informacije o predlaganem kraju glavne uprave ali opravljanja glavne dejavnosti družbe, nastale s čezmejno združitvijo«. To pomeni, da mora imeti slovenska družba, ki izide iz čezmejne združitve, dejanski sedež v Sloveniji. V državi članici prevzete družbe lahko prevzemna oziroma novoustanovljena družba ohrani poslovno enoto družbe, ne sme pa imeti tam svojega dejanskega sedeža. Kljub temu si lahko v poslovni praksi zamislimo primer, ko slovenska družba prevzame družbo iz druge države članice ravno s ciljem, da v državo članico gostiteljico prenese dejanski sedež. Vprašanje je, ali se v praksi ob vpisu čezmejne združitve v sodni register dejansko preverja, kje ima oziroma bo imela družba dejanski sedež. V zvezi s čezmejnimi transakcijami gospodarskih družb je ta zahteva poudarjena pri evropski delniški družbi (SE), ki prav tako kot vse druge slovenske družbe ne sme razdružiti statutarne in dejanskega sedeža, oziroma natančneje: statutarni sedež mora imeti v isti državi članici, v kateri je njena glavna uprava (glej člen 7 Uredbe SE).³⁰ Pomisleke pa vzbuja tudi način, kako registrski organ preverja lokacijo dejanskega sedeža družbe.

Navedba sedeža družbe je tudi obvezna sestavina ustanovitvenega akta kapitalne družbe.³¹ Za spremembo statuta delniške družbe je potreben sklep skupščine, ki mora biti sprejet z večino najmanj treh četrtin pri sklepanju zastopane osnovnega kapitala.³² Poslovodstvo mora spremembo statuta prijaviti za vpis v register, sprememba statuta pa začne veljati z vpisom v sodni register.³³

²⁹ Deseta direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/56/ES z dne 26. 10. 2005 o čezmejnih združitvah kapitalskih družb, UL L 310, 25. november 2005, str. 1–9.

³⁰ Uredba Sveta (ES) št. 2157/2001 z dne 8. 10. 2001 o statutu evropske družbe (SE), UL L 294, 10. november 2001, str. 1–21.

³¹ Glej npr. prvi odstavek 183. člena ZGD-1 za statut delniške družbe in tretji odstavek 474. člena ZGD-1 za družbeno pogodbo družbe z omejeno odgovornostjo.

³² Glej prvi in drugi odstavek 329. člena ZGD-1.

³³ Glej prvi in tretji odstavek 332. člena ZGD-1.

Pri družbi z omejeno odgovornostjo je podobno. O spremembi družbene pogodbe odločajo družbeniki na skupščini s tričetrtinsko večino glasov vseh družbenikov, poslovodja mora spremembo družbene pogodbe prijaviti za vpis v sodni register, sprememba družbene pogodbe pa začne veljati z vpisom v sodni register.³⁴ Vprašanje sedeža družbe oziroma njegove spremembe je torej zelo pomembno za družbenike družbe, na kar kaže zahteva po kvalificirani večini, ki je potrebna za sprejem te odločitve. Prav tako je podatek o dejanskem sedežu družbe zelo pomemben za upnike družbe, zato ga je treba vpisati v sodni register, vpis pa ima konstitutivni učinek. Vprašanje je, kaj se zgodi, če poslovodstvo kot poslovno odločitev čezmejno prenese del poslovnih aktivnosti in navsezadnje (sčasoma) s tem spremeni dejanski sedež družbe. Četudi bi se za spremembo dejanskega sedeža družbe odločili njeni družbeniki, se postavlja vprašanje posledic neizpolnitve zahteve po prijavi spremembe tega podatka v sodni register oziroma kršitve načela teritorialne skladnosti sedeža slovenske družbe. Zgolj v kazenskih določbah ZGD-1 je določeno, da se z globo od 16.000 do 62.000 evrov za prekršek kaznuje družba, če ne prijavi za vpis v sodni register podatkov, ki se po določbah ZGD-1 vpisujejo vanj, z globo od 1.000 do 4.000 evrov pa se kaznuje tudi odgovorna oseba družbe, ki stori tak prekršek.³⁵ A te določbe pridejo v poštev samo v primeru, ko so družbeniki sprejeli sklep o spremembi sedeža družbe, pa ta ni bil predložen sodnemu registru oziroma ni bil podan predlog za spremembo vpisa sedeža družbe v sodnem registru.³⁶ V skladu s šestim odstavkom 684. člena ZGD-1 je za nadzor nad izvajanjem navedenih določb ZGD-1 pristojno Ministrstvo za gospodarstvo.

Vprašanje je torej, ali (naj) (in kateri) slovenski oblastni organi preverjajo oziroma na kakšen način (naj) preverjajo, ali domača družba (še) izpolnjuje načelo teritorialne skladnosti statutarnega in dejanskega sedeža, kot določa ZGD-1. Predvsem pa je zanimivo vprašanje, kako ravnati, če se ugotovi, da slovenska družba nima več dejanskega sedeža v Sloveniji. V pravni teoriji je mogoče najti stališče, da določila člena 11 Prve direktive³⁷ matičnim državam članicam ne dopuščajo, da za tak primer določijo ničnost družbe.³⁸ Ničnostni

³⁴ Glej prvi, četrti in šesti odstavek 516. člena ZGD-1.

³⁵ Glej 685. člen ZGD-1.

³⁶ Glej 27. in 28. člen ZSReg, glej opombo št. 16, ter 9. in 36. člen Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register, Ur. l. RS, št. 43/07, 5/10.

³⁷ Prva direktiva Sveta 68/151/EGS z dne 9. 3. 1968 o uskladitvi zaščitnih ukrepov za varovanje interesov družbenikov in tretjih oseb, ki jih države članice zahtevajo od gospodarskih družb v skladu z drugim odstavkom člena 58 Pogodbe, zato da se oblikujejo zaščitni ukrepi z enakim učinkom v vsej Skupnosti, UL L 65, 14. marec 1968, str. 8–12.

³⁸ A. W. Wiśniewski in A. Opalski, nav. delo, str. 604.

razlogi v direktivi so namreč taksativno naštet, razloga razdružitve statutarnega in dejanskega sedeža pa ni med njimi.³⁹ Tudi Sodišče EU ni nikoli izrecno dopustilo takojšnjega prenehanja družbe zaradi razdružitve statutarnega in dejanskega sedeža družbe, pri čemer taka sankcija niti ne bi prestala testa upravičenosti⁴⁰ (nediskriminatornost, opravičljivost, primernost in sorazmernost omejitve svobode ustanavljanja). Sprejemljivo je stališče, v skladu s katerim država članica družbe ne sme obravnavati kot neobstoječe, dokler ni izveden postopek njene likvidacije.⁴¹ Ustanovitev družbe je sicer lahko izključno rezultat prava države članice ustanovitve, a navezne okoliščine iz člena 54 Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU)⁴² so namenjene vzpostavitvi vezi med družbo in EU.⁴³ Odtlej gre za družbo po pravu EU, pri čemer je za izgubo njene pravne subjektivitete treba upoštevati tudi pravo EU – to pa načeloma varuje kontinuiran obstoj družb (glej člen 22 Tretje direktive,⁴⁴ člen 19 Šeste direktive⁴⁵ in člen 17 Desete direktive).⁴⁶ Ne glede na to, ali slovenska družba prenese svoj dejanski sedež na ozemlje EU ali v tretjo državo, bi bilo po mojem mnenju treba sprejeti enako rešitev, po kateri odtlej ne bi šlo za neobstoječo družbo oziroma se družbi ne bi brez kakršnegakoli postopka odrekla pravna subjektiviteta. Takojšen izbris družbe iz sodnega registra brez izvedenega likvidacijskega postopka bi namreč povzročil številna nerešena vprašanja, predvsem bi bili s tem ogroženi interesi upnikov in družbenikov družb.⁴⁷

Če je že treba vztrajati pri teoriji dejanskega sedeža, bi se pridružila stališču, da bi bila (torej ne glede na prenos dejanskega sedeža družbe v državo članico ali nečlanico) najboljša rešitev ureditev, ki bi bila primerljiva z rešitvijo v primeru kršitve teritorialne skladnosti sedeža SE – družbo bi moral registrski organ pozvati, da v primernem roku ponovno vzpostavi dejanski sedež v Sloveniji oziroma v državo gostiteljico preseli tudi svoj statutarni sedež. Če je to država članica, bi lahko družba statutarni sedež prenesla v skladu z odločitvama

³⁹ Prav tam.

⁴⁰ Prav tam, str. 603.

⁴¹ Prav tam, str. 607.

⁴² Prečiščena različica Pogodbe o delovanju Evropske unije, UL C 83, 30. marec 2010, str. 47.

⁴³ A. W. Wiśniewski in A. Opalski, nav. delo, str. 606.

⁴⁴ Tretja direktiva Sveta 78/855/EGS z dne 9. 10. 1978 o združitvi delniških družb v državah članicah, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe, UL L 295, 20. oktober 1978, str. 36–43.

⁴⁵ Šesta direktiva Sveta 82/891/EGS z dne 17. 12. 1982 o delitvi delniških družb, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe, UL L 378, 31. december 1982, str. 47–54.

⁴⁶ A. W. Wiśniewski in A. Opalski, nav. delo, str. 607 in 610.

⁴⁷ Tako v zvezi z ugotovitvijo ničnosti družbe (a velja na tem mestu po mojem mnenju smiselno enako) Š. Ivanjko in M. Kocbek, v: M. Kocbek (redaktor), nav. delo, str. 756.

Sodišča EU v zadevah *Cartesio* in *VALE*⁴⁸ – družba bi se zgolj preoblikovala (prilagodila) v skladu z določili države članice gostiteljice.⁴⁹ Pri prenosu statutarnega sedeža slovenske družbe v tretjo državo pa bi družba ob taki zahtevi izvedla prostovoljno likvidacijo in se potem ponovno ustanovila v državi gostiteljici. Ugodnost prenosa statutarnega sedeža s preoblikovanjem v družbo po pravu države gostiteljice (brez izvedbe postopka likvidacije v matični državi in ponovne ustanovitve v državi gostiteljici) namreč v tretjih državah ne pride v poštev, saj ne velja pravica do svobodnega ustanavljanja po pravu EU, slovenski zakonodajalec pa tega postopka ni posebej uredil. Četudi bi imela tretja država z zakonom urejen postopek priselitve statutarnega sedeža tuje družbe na njeno ozemlje,⁵⁰ se ta postopek ne bi uporabil, saj v Sloveniji ni urejen postopek izselitve statutarnega sedeža domače družbe v tretjo državo. V tem primeru bi bil po mojem mnenju ključnega pomena poziv družbi, da v matični državi ponovno vzpostavi dejanski sedež družbe. Če družba v primeren roku ne bi ponovno vzpostavila dejanskega sedeža v Sloveniji oziroma po prej omenjenih postopkih ne bi prenesla (tudi statutarnega) sedeža v državo (članico) gostiteljico, bi registrski organ izdal sklep o prenehanju in o začetku likvidacije družbe.

Registrski organ bi torej v primeru, da družba po pozivu tega organa v matični državi ne bi ponovno vzpostavila svojega dejanskega sedeža oziroma v državo gostiteljico ne bi prenesla tudi svojega statutarnega sedeža (torej se ne bi preoblikovala v družbo po pravu države članice gostiteljice oziroma v primeru prenosa sedeža v tretjo državo ne bi izvedla prostovoljne likvidacije), ugotovil kršitev načela teritorialne skladnosti sedeža družbe. Na podlagi tega razloga za prenehanje delniške družbe oziroma družbe z omejeno odgovornostjo (na podlagi sodne odločbe)⁵¹ bi registrski organ v skladu z določili tretjega odstavka 403. člena ZGD-1 sprejel sklep o likvidaciji družbe. Po določbah drugega odstavka 404. člena ZGD-1 bi postopek likvidacije izvedlo sodišče, in

⁴⁸ Zadeva C-378/10, *VALE Építési kft*, 12. julij 2012, še neobjavljeno.

⁴⁹ A. W. Wiśniewski in A. Opalski, nav. delo, str. 611. Glej člen 64 Uredbe SE in drugi odstavki 433. člena ZGD-1.

⁵⁰ Tak postopek je npr. podrobno urejen v Švici. Za prenos sedeža tuje družbe v Švico je treba uporabiti 161. in 162. člen švicarskega zveznega zakona o mednarodnem zasebnem pravu (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht – IPRG, 18. december 1987, 291 s spremembami; dostopen je na spletni strani <www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/201307010000/291.pdf> (26. 11. 2013)) in 126. člen švicarske uredbe o trgovinskem registru (Handelsregisterverordnung – HRegV, 17. oktober 2007, 221.411 s spremembami, dostopna je na spletni strani <www.admin.ch/ch/d/sr/2/221.411.de.pdf> (26. 11. 2013)).

⁵¹ Glej 6. alinejo prvega odstavka 402. člena ZGD-1 in za družbo z omejeno odgovornostjo 522. člen ZGD-1.

sicer postopek prisilne likvidacije, kot je predvideno v 419. členu Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP).⁵² Ob tem se vzbudi pomislek, kdo je zavezan oziroma upravičen registrski organ obveščati o razdružitvi statutarnega in dejanskega sedeža slovenske družbe (tudi SE). Glede na navedeno zakonsko (ne)urejenost primera razdružitve statutarnega in dejanskega sedeža slovenske družbe se vsiljuje tudi pomislek, da morda družba nosi zgolj posledice, ki bi jo lahko »prizadele« v državi (članici) gostiteljici, če ji ta zaradi neizpolnjevanja pogojev po (slovenskem) pravu ustanovitve ne bi priznavała pravne subjektivitete.

Kljub odločitvam Sodišča EU v zadevah *Daily Mail*⁵³ in *Cartesio* o sprejemljivosti teorije dejanskega sedeža in s tem o njeni skladnosti s pravom EU bi bilo po mojem mnenju dobrodošlo, če bi se slovenskim družbam dopuščal prenos zgolj dejanskega sedeža v drugo državo. Družbe bi namreč na ta način lahko čezmejno optimizirale svoje poslovanje, pri čemer bi ohranile statutarni sedež in s tem status rezidentke v Sloveniji ter bi s povečanjem svetovnih dohodkov lahko še vedno polnile slovenski proračun. Predvsem pa bi se lahko neomejeno gibale v drugih državah in se po potrebi neovirano tudi vrstile v matično državo. V tej luči bi bilo treba v Sloveniji za domače družbe odpraviti teorijo dejanskega sedeža, saj bi lahko nedopustnost čezmejnega prenosa zgolj dejanskega sedeža sprožila njihov odhod iz matične države ali pa bi ob ohranitvi dejanskega sedeža družbe v Sloveniji povzročila njihov slabši konkurenčni položaj na trgu oziroma celo propad.

3. ČEZMEJNI PRENOS STATUTARNEGA IN DEJANSKEGA SEDEŽA SLOVENSKE DRUŽBE

Zgolj nekaj držav izrecno normativno ureja čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe, med njimi npr. Luksemburg, Ciper in Španija,⁵⁴ med nečlanicami tudi Švica,⁵⁵ večina pravnih redov pa te transakcije ne predvideva. Ali se ob čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe zahteva tudi prenos njenega dejanskega sedeža, je določeno v posamezni nacionalni ureditvi države gostiteljice. V tem poglavju sem izhajala iz predpostavke, da država za prenos statutarnega sedeža družbe na svoje ozemlje zahteva tudi sočasen prenos dejanskega sedeža te družbe, zato ta okoliščina v nadaljevanju ni posebej poudarjena.

⁵² Ur. l. RS, št. 126/07 s spremembami (zadnja upoštevana je št. 47/13).

⁵³ Zadeva 81/87, *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27. september 1988, ZOdl. 1988, str. 5483.

⁵⁴ T. Biermeyer in T. Holtrichter, nav. delo.

⁵⁵ Glej opombo 50.

Kljub le redkim ureditvam čezmejnega prenosa sedeža družbe je Sodišče EU v zadevi *Cartesio (obiter dictum)* in v zadevi *VALE*⁵⁶ sprejelo stališče, da je treba družbam na podlagi določb členov 49 in 54 PDEU dopuščati prenos statutarnega sedeža v drugo državo članico, če se ob tem preoblikujejo v družbo po pravu države članice gostiteljice. Matična država članica in država članica gostiteljica ob tem ne smeta zahtevati prenehanja družbe v matični državi članici in njene ponovne ustanovitve v državi članici gostiteljici.⁵⁷ S tem se družbam ob čezmejnem prenosu statutarnega sedeža omogoči kontinuirano poslovanje. A to velja le v primeru prenosa statutarnega sedeža iz države članice v drugo državo članico. Kadar je v transakciji kot država gostiteljica udeležena tretja država, mora domača družba v Sloveniji izvesti likvidacijski postopek, v državi gostiteljici pa se mora ponovno ustanoviti. Prenos statutarnega sedeža se torej v takih primerih izvede po splošnih pravilih korporacijskega in obligacijskega prava, ki ne omogočajo kontinuiranega obstoja družbe in povzročajo nemalo težav zaradi kompleksnih, zamudnih in cenovno neugodnih postopkov, ki jih je treba izvesti. Premoženje družbe se namreč ob uporabi splošnih pravil (ko torej ni preoblikovanja in ohranjanja identitete družbe, ki svoj statutarni sedež prenese čez mejo, v družbo po pravu države gostiteljice) na novo družbo v državi gostiteljici prenese po poti singularne sukcesije, ki predpostavlja prenos po načelu *cum titulus et modus acquirendi*. Na ta način je treba prenesti statutarni sedež slovenske družbe v tretjo državo ne glede na to, ali država gostiteljica transakcijo čezmejnega prenosa statutarnega sedeža normativno ureja ali ne, saj je ne ureja slovenska zakonodaja. Enako velja v primeru, ko bi se Slovenija znašla v vlogi države gostiteljice – od družbe iz tretje države, ki bi želela na njeno ozemlje prenesti svoj statutarni sedež, bi smela zahtevati, da se v Sloveniji ponovno ustanovi v skladu z nacionalno zakonodajo, zgolj preoblikovanja v družbo po slovenskem pravu po načelu ohranjanja identitete družbe pa ji ne bi bilo treba dopuščati.

Glede čezmejnih prenosov sedežev družb v državah članicah je Sodišče EU ob zapovedi dopuščanja čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe vnaprej predvidelo dve dopustni omejitvi: (1) matična država članica lahko omejuje čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe, če je to upravičeno z nujnimi razlogi v splošnem interesu⁵⁸ (npr. varstvo upnikov, delavcev, manjšinskih družbenikov, davčnih interesov in pravnega prometa), in (2) čezmejni prenos sta-

⁵⁶ Podrobno o tej zadevi glej J. Prostor, nav. delo.

⁵⁷ Glej točke 111 do 113 sodbe v zadevi *Cartesio* in točke 32, 33, 36, 41 in 50 sodbe v zadevi *VALE*.

⁵⁸ Glej točki 112 in 113 sodbe v zadevi *Cartesio*.

tutarnega sedeža družbe je dopusten le, če je dopusten po pravu države članice gostiteljice.⁵⁹

Država članica gostiteljica torej v zvezi z dopustitvijo čezmejnega prenosa statutarne sedeža nima možnosti izbire, ima pa nekaj manevrskega prostora pri določanju pogojev in samega postopka za priselitev statutarne sedeža družbe iz druge države članice.⁶⁰ Lahko npr. določi, v kolikšnem času je treba registru družb predložiti ustrezno dokumentacijo, prav tako lahko določi, da mora družba v drugi državi članici počakati z izbrisom iz registra družb vse do preoblikovanja v pravnoorganizacijsko obliko družbe oziroma do vpisa družbe v register v državi članici gostiteljici.⁶¹ Država članica gostiteljica lahko določi, da ima vpis v njen register družb konstitutivni učinek za čezmejni prenos statutarne sedeža družbe, saj bo šele od tega trenutka naprej za preseljeno družbo merodajno pravo države članice gostiteljice.⁶²

Za dopustnost čezmejnega prenosa statutarne sedeža družbe ni treba poprej sprejeti (in v nacionalne zakonodaje držav članic implementirati) Štirinajste direktive s področja prava družb, ki bi uskladila ureditve držav članic glede čezmejnega prenosa statutarne sedeža družbe. Sekundarni akt na ravni EU namreč ni pogoj za to, da bi se na tej podlagi omogočal čezmejni prenos statutarne sedeža. Štirinajsta direktiva bi to transakcijo zgolj olajšala, dopuščati pa jo je treba že na podlagi določb PDEU o pravici do svobodnega ustanavljanja.⁶³ Podobno stališče je Sodišče EU sprejelo v zadevi *SEVIC*⁶⁴ v zvezi z Deseto direktivo.⁶⁵ Dopustne omejitve tega vidika svobode ustanavljanja v skladu s sodno prakso Sodišča EU pa utegnejo družbe odvrčati od čezmejnega prenosa statutarne sedeža, pri čemer bi tudi države članice lahko imele nemalo težav pri izvedbi teh preoblikovanj. Zaradi zagotovitve pravne varnosti na področju pravice do svobodnega ustanavljanja po poti čezmejnega prenosa statutarne sedeža družbe se je treba še naprej odločno zavzemati za sprejem Štirinajste direktive.⁶⁶ Direktiva bi poenostavila in pospešila postopek čezmejnega

⁵⁹ Glej točko 112 sodbe v zadevi *Cartesio* in točke 32, 33, 36, 41, 50 in 56 sodbe v zadevi *VALE*.

⁶⁰ L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 328.

⁶¹ Glej tudi točke 52, 54, 55 in 59 sodbe v zadevi *VALE*.

⁶² L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 330.

⁶³ Glej točko 38 sodbe v zadevi *VALE*.

⁶⁴ Zadeva C-411/03, *SEVIC Systems* AG, 13. december 2005, ZOdl. 2005, str. I-10805, točka 26.

⁶⁵ Glej točke 24 do 31 sodbe v zadevi *VALE*. Tako tudi L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 326-327.

⁶⁶ Za normativno ureditev čezmejnega prenosa sedeža na ravni EU so se v pravni literaturi med drugimi zavzeli: J. E. Antunes in drugi, nav. delo, str. 18, W. Cains, nav. delo,

prenosa statutarnega sedeža ter znižala stroške družbam, ki ta cilj dosegajo z ustanovitvijo SE ali po poti čezmejnih združenj. Evropska komisija je za leto 2013 napovedala, da bo opravila posvetovanja in posodobila oceno o iniciativi za ureditev čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe.⁶⁷

V sedanjih okoliščinah bi morala slovenska družba z namero po čezmejnem prenosu statutarnega sedeža oziroma slovenski registrski organ pri izvedbi vpisa te transakcije v sodni register v skladu z odločbo Sodišča EU v zadevi *Cartesio* za vprašanja izvedbe prenosa sedeža smiselno uporabiti določbe Uredbe SE (člen 8)⁶⁸ o prenosu sedeža SE oziroma določbe od 434. do 443. člena ZGD-1, ki jih dopolnjujejo. Še posebej ob preoblikovanju v drugo pravnoorganizacijsko obliko družbe po pravu države članice gostiteljice (npr. pri preoblikovanju slovenske delniške družbe v družbo z omejeno odgovornostjo v skladu z ureditvijo v državi članici gostiteljici)⁶⁹ pa bi bilo treba v skladu z odločitvijo Sodišča EU v zadevi *VALE* za preoblikovanje slovenske družbe v pravnoorganizacijsko obliko družbe države članice gostiteljice uporabiti tudi nacionalno ureditev formalnih statusnih preoblikovanj obeh udeleženi državi članici (ob predpostavki, da so ta za njihove domače družbe urejena tudi v državi članici gostiteljici).⁷⁰ Najprej bi bilo torej treba izpolniti vse zahteve, ki se po slovenskem pravu zahtevajo za preoblikovanje slovenske delniške družbe v slovensko družbo z omejeno odgovornostjo, upoštevati določila za prenos sedeža v matični državi članici in v državi članici gostiteljici, nato pa bi bilo treba izpolniti še vse pogoje, ki jih za preoblikovanje iz delniške družbe v družbo z omejeno odgovornostjo določa država članica gostiteljica.

Pri čezmejnem prenosu statutarnega sedeža slovenske delniške družbe v drugo državo članico, pri čemer bi družba ohranila to pravnoorganizacijsko obliko, bi morala družba v Sloveniji izpolniti vse zakonske pogoje za prenos sedeža v

str. 578, C. Winkler, nav. delo, str. I-297 in 298, A. Frada de Sousa, nav. delo, str. 53 in 55, A. Johnston in P. Syrpis, nav. delo, str. 401, J. Hojnik, nav. delo, str. 29.

⁶⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, COM(2012) 740/2, Bruselj, 12. december 2012, str. 12.

⁶⁸ V zadevi *Cartesio* je namreč Sodišče EU v primeru odsotnosti nacionalnih ureditev čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe napotilo na smiselno uporabo (med drugim) določil Uredbe SE o prenosu sedeža SE (točka 120 sodbe v zadevi *Cartesio*).

⁶⁹ Pomisleke za dopustnost take transakcije vzbujajo prepoved sočasnega čezmejnega prenosa sedeža družbe in preoblikovanja v SE (določbe tretjega odstavka člena 37 Uredbe SE).

⁷⁰ Glej točko 43 sodbe v zadevi *VALE*. Več J. Prostor, nav. delo.

skladu s členom 8 Uredbe SE in omenjenimi določili ZGD-1.⁷¹ Organ vodenja družbe bi moral tako pripraviti predlog prenosa sedeža in ga objaviti, prav tako bi moral pripraviti poročilo z utemeljitvijo o pravnih in ekonomskih vidikih prenosa statutarnega sedeža družbe ter pojasniti o posledicah za delničarje, upnike in zaposlene v družbi. Primernost višine denarne odpravnine (za delničarje, ki se ne strinjajo s prenosom sedeža družbe), ki jo je treba v skladu s slovenskim pravom ponuditi v predlogu prenosa statutarnega sedeža družbe, bi moral pregledati revizor. Tudi nadzorni organ družbe bi moral pregledati nameravani prenos sedeža in o tem pripraviti pisno poročilo. Upnikom bi bilo treba zagotoviti zavarovanje za njihove nezapadle, negotove ali pogojne terjatve, če bi tako zavarovanje zahtevali v enem mesecu po sprejetju sklepa skupščine o soglasju za prenos sedeža družbe,⁷² a le, če bi verjetno izkazali ogroženost izpolnitve svojih terjatev zaradi prenosa sedeža družbe. Organ vodenja delniške družbe bi moral predlagati vpis namere prenosa sedeža družbe v slovenski sodni register. Registrski organ bi moral preizkusiti, ali so bila v zvezi s čezmejnimi prenosom sedeža družbe pravilno opravljena vsa predpisana pravna opravila, ali so bile izpolnjene predpostavke za uveljavitev pravice delničarjev zahtevati prevzem delnic za plačilo denarne odpravnine oziroma je dokazano, da so se vsi delničarji veljavno odpovedali tej pravici, in ali so bile izpolnjene predpostavke za uveljavitev pravice upnikov zahtevati zavarovanje. Opozoriti velja, da v skladu z določili Uredbe SE družba ne sme prenesti statutarnega sedeža, če se je proti njej uvedel postopek prenehanja ali prisilne poravnave. Ob ugotovitvi, da so bile pravilno izpolnjene vse zahteve, ki so za čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe določene v slovenski zakonodaji, bi registrski organ vpisal namero prenosa sedeža te delniške družbe in izdal *potrdilo o izvedenih dejanjih in formalnostih, ki jih je treba opraviti pred prenosom*. Prav tako bi bilo treba v register vpisati novi sedež družbe in register, pri katerem bi bila družba vpisana v državi članici gostiteljici. Organ vodenja slovenske delniške družbe bi moral nato predlagati vpis čezmejnega prenosa statutarnega sedeža te družbe v državi članici gostiteljici. Registrski organ v državi članici gostiteljici bi na podlagi omenjenega potrdila matične države članice in po preučitvi, ali so bile tudi v državi članici gostiteljici izpolnjene zahteve za vpis v register, vpisal prenos sedeža družbe ter po vpisu po uradni dolžnosti o tem vpisu obvestil registrski organ matične države članice (v tem primeru torej slovenski registrski organ).⁷³ Ta bi moral po prejemu obvestila o

⁷¹ Glej tudi 94. člen Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register.

⁷² O potrebni večini za sprejem sklepa skupščine za čezmejni prenos statutarnega in dejanskega sedeža SE glej pri S. Prelič in J. Prostor, nav. delo, str. 54–56.

⁷³ Tako bi moral postopati tudi slovenski registrski organ v primeru prijave čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe iz druge države članice v Slovenijo (glej 444. člen ZGD-1 in 95. člen Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register).

vpisu čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe v register v državi članici gostiteljici po uradni dolžnosti vpisati izbris družbe iz registra.

Ob tem naj dodam, da bi moralo biti pri čezmejnem prenosu sedeža družbe tudi delavcem zagotovljeno ustrezno varstvo, in sicer v skladu z Direktivo SE,⁷⁴ katere določbe so v slovenski pravni red implementirane z Zakonom o sodelovanju delavcev pri upravljanju evropske delniške družbe (SE) (ZSDUEDD).⁷⁵ Ureditev zaščite delavcev pri tovrstnih čezmejnih transakcijah stremi predvsem k zagotovitvi njihovega enakega položaja pred uresničeno pravico družbe do prostega ustanavljanja in po njej (*before and after principle*) (glej točko 18 uvodnih določb k direktivi).

4. ČEZMEJNI PRENOS ZGOLJ STATUTARNEGA SEDEŽA SLOVENSKE DRUŽBE

Pomislike vzbujajo izvedba čezmejne transakcije, ko bi si družba izbrala najbolj ugodno pravno ureditev in bi v to državo prenesla svoj statutarni sedež (torej bi odtelej pripadala pravu države gostiteljice), ne pa tudi dejanskega.⁷⁶ Po mnenju večine avtorjev pravica do svobodnega ustanavljanja v državah članicah ne pokriva prenosa zgolj statutarnega sedeža družbe.⁷⁷ Načelu teritorialne skladnosti sedeža družbe sicer sledi tudi Uredba SE (člen 7), v zvezi z morebitno spremembo ureditve in splošnim stališčem glede tega vprašanja na ravni EU pa razprave segajo v obe skrajni točki – že vrsto let v resolucijah, normativnih predlogih in aktih ni soglasja glede načela teritorialne skladnosti sedeža družbe. Prvi predlog Štirinajste direktive iz leta 1997 je dopuščal le sočasen čezmejni prenos statutarnega in dejanskega sedeža družbe.⁷⁸ Nato je Evropski parla-

⁷⁴ Direktiva Sveta 2001/86/ES z dne 8. 10. 2001 o dopolnitvi Statuta evropske družbe glede udeležbe delavcev, UL L 294, 10. november 2001, str. 22–32.

⁷⁵ Ur. l. RS, št. 28/06.

⁷⁶ Vprašanje ni relevantno le v primeru prenosa statutarnega sedeža slovenske družbe v državo gostiteljico, ki je država članica, čeprav v tretjo državo slovenska družba ne more prenesti statutarnega sedeža po poti preoblikovanja v družbo po pravu države gostiteljice, kot je bilo razloženo. Lahko pa družba ustanovi drugo družbo v tretji državi, pri čemer ima ta tuja družba potem dejanski sedež še vedno na ozemlju Slovenije. Če tretja država sprejema teorijo ustanovitve in svoji družbi priznava pravno subjektiviteto, čeprav na njenem ozemlju nima dejanskega sedeža, bo morala tudi Slovenija priznavati tako družbo, saj za tuje družbe sprejema teorijo ustanovitve. A v nadaljevanju sem se usmerila na razmere v državah članicah.

⁷⁷ C. Winkler, nav. delo (2010), str. I-296, in tam navedena dela.

⁷⁸ M. Szydło, nav. delo, str. 441, kjer se sklicuje na R. R. Drury: Migrating companies, v: European Law Review, št. 24/1999, str. 363 in naslednje (opomba 64).

ment v resoluciji o čezmejnih prenosih sedežev družb iz leta 2009⁷⁹ navedel drzno (diametralno nasprotno) stališče, da pravilo, po katerem mora družba ohraniti svoj dejanski in statutarni sedež v isti državi članici, nasprotuje sodni praksi Sodišča EU o svobodi ustanavljanja in zato krši pravo EU (točka G). Konec leta 2011 so se z navedbami v osnutku zamisli o ureditvi obravnavane problematike vrstile k prvotnemu strogemu predlogu o teritorialni skladnosti sedeža družbe.

Navsezadnje Resolucija o Štirinajsti direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb z dne 2. februarja 2012⁸⁰ dilemo »rešuje« na tak način, da jo prepušča ureditvi držav članic. V pravni literaturi je zaslediti stališče, da je vztrajanje pri načelu teritorialne skladnosti sedeža (sicer za evropsko zasebno družbo – SPE) »skrajno zastarelo (če ne absurdno)« za enotni trg EU, ki je bil vendarle oblikovan z namenom omogočanja svobodne čezmejne mobilnosti družb.⁸¹ Sodišče EU se o tem vprašanju še ni izreklo, vendar je v pravni literaturi zaslediti stališče, da zadeva *Cartesio* nakazuje na dopustnost čezmejnega prenosa zgolj statutarnega sedeža družbe.⁸²

Pri čezmejnem prenosu zgolj statutarnega sedeža družbe se z vidika matične države članice, ki bi družbi želela preprečiti tak prenos, vzbudi pomislek, na kakšen način bi ta preverjala, ali bo družba ob čezmejnem prenosu statutarnega sedeža na ozemlje države članice gostiteljice prenesla tudi svoj dejanski sedež. Ko bi bil prenos statutarnega sedeža v državi članici gostiteljici že vpisan v register, pa matična država članica (izselitve) ne bi imela več nobenih ugovorov – družba iz druge države članice bi namreč imela na njenem ozemlju zgolj dejanski sedež. V tem primeru bi šlo za enak položaj kot v zadevah *Centros*, *Überseering* in *Inspire Art*, tj. za priselitev dejanskega sedeža družbe, ki ga morajo vse države članice gostiteljice (v tem primeru je to prejšnja matična država članica) tolerirati.⁸³ V skladu z navedenim bi morala Slovenija domačim družbam dopuščati čezmejni prenos zgolj statutarnega sedeža, ne glede na to, da za domače družbe sprejema teorijo dejanskega sedeža. Tako bi družba v Sloveniji ohranila dejanski sedež, sicer pa bi odtlej pripadala državi članici gostiteljici.

⁷⁹ Resolucija Evropskega parlamenta z dne 10. 3. 2009 s priporočili Komisije o čezmejnih prenosih sedežev družb (2008/2196(INI)), P6_TA(2009)0086, UL C 87E, 1. april 2010, str. 5.

⁸⁰ Resolucija Evropskega parlamenta z dne 2. 2. 2012 s priporočili Komisiji o 14. direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb, 2011/2046(INI), dostopna je na spletni strani <www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0019&language=SL&ring=A7-2012-0008> (26. 11. 2013).

⁸¹ C. Winkler, nav. delo (2012), str. 35.

⁸² L. Cerioni, nav. delo (2012), str. 1099.

⁸³ A. Frada de Sousa, nav. delo, str. 58.

Samo ta je, npr. ob sprejemanju teorije dejanskega sedeža za domače družbe, upravičena od slovenske družbe zahtevati, da poleg statutarnega sedeža na nje-
no ozemlje prenese tudi dejanski sedež.

Pomislike o dopustnosti čezmejnega prenosa zgolj statutarnega sedeža druž-
be vzbujajo zadeva *Cadbury Schweppes*,⁸⁴ v kateri je Sodišče EU obrazložilo, da
pojem ustanavljanja predpostavlja resnično namestitev družbe v državi članici
gostiteljici in opravljanje dejanske ekonomske aktivnosti v tej državi.⁸⁵ Z vidika
omenjene odločitve Sodišča EU so torej vprašljivi primeri, ko družba v drugo
državo članico prenese statutarni sedež, a je v državi članici gostiteljici prisot-
na samo z naslovom oziroma poštanim nabiralnikom ali telefonskim priključ-
kom (s preusmeritvijo klicev v državo članico dejanskega sedeža družbe).⁸⁶
To namreč ne kaže na dejansko (stalno in kontinuirano) ekonomsko integra-
cijo družbe v državo članico gostiteljico.⁸⁷ Sodna praksa Sodišča EU je glede
upravičenosti sklicevanja na določila o svobodi ustanavljanja precej nejasna.
Medtem ko je Sodišče EU s sodbami v zadevah *Segers*,⁸⁸ *Centros*⁸⁹ in *Inspire
Art*⁹⁰ to svoboščino razlagalo ekstenzivno, je z odločitvijo v zadevi *Cadbury
Schweppes*⁹¹ stopilo korak nazaj. Zato ni povsem jasno razlikovanje med nedo-
pustnim izogibanjem nacionalni zakonodaji in zakonito izbiro med različnimi
pravnimi ureditvami v državah članicah.⁹²

Vprašanje je torej, ali mora matična država članica zaradi svobode ustanavljanja
res brezpogojno tolerirati umetno dodelitev družbe državi članici gostiteljici in
njenemu pravu.⁹³ Sprejemljivo je stališče, da se je v zadevi *Cadbury Schweppes*
na svobodo ustanavljanja sklicevala družba zoper matično državo članico, pri
čemer v državi članici gostiteljici ni uresničevala pravice do svobodnega usta-
navljanja, zato je bila matična država članica upravičena omejevati to pravico.⁹⁴

⁸⁴ Zadeva C-196/04, *Cadbury Schweppes plc in Cadbury Schweppes Overseas Ltd proti Commissioners of Inland Revenue*, 12. september 2006, ZOdl. 2006, str. I-7995.

⁸⁵ Glej točki 51 in 54 sodbe v zadevi *Cadbury Schweppes*.

⁸⁶ M. Szydło, nav. delo, str. 423, ki se sklicuje na K. Hailbronner in G. Jochum: *Euro-
parecht II, Binnenmarkt und Grundfreiheiten*. W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2006, str.
186 (opomba 28).

⁸⁷ Prav tam.

⁸⁸ Zadeva 79/85, *D. H. M. Segers v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank*, 10. julij
1986, ZOdl. 1986, str. 2375. Glej točko 16.

⁸⁹ Glej točke 18, 25 in 29.

⁹⁰ Glej točke 95, 96 in 105.

⁹¹ Glej točke 51, 52 in 54.

⁹² A. Johnston in P. Syrpis, nav. delo, str. 389.

⁹³ G. H. Roth, nav. delo, str. 611.

⁹⁴ Primerjaj L. Cerioni, nav. delo (2012), str. 1105–1106.

Okoliščine v zadevah *Centros* in *Inspire Art* pa so bile ravno obratne – na svobodo ustanavljanja sta se sklicevali družbi zoper državo članico gostiteljico, pri čemer sta v tej državi članici uresničevali pravico do svobodnega ustanavljanja in jima je ta zato ni bila upravičena omejevali.⁹⁵

Pridružujem se stališču, da je družba s tem, ko je dejanski sedež ohranila v matični državi članici, statutarne pa prenesla v državo članico gostiteljico, s slednjo vzpostavila pomembno vez in pridobila čezmejno dimenzijo, zato je v skladu z odločitvama Sodišča EU v zadevah *Centros* in *Inspire Art* treba ta položaj presojudi v luči pravice do svobodnega ustanavljanja.⁹⁶ Njen doseg namreč ne predpostavlja opravljanja ekonomskih aktivnosti v vsaj dveh državah članicah.⁹⁷ Če bi sprejeli stališče, da lahko matične države članice prepovejo prenos zgolj statutarne sedeža družbe v primeru, ko ta nima namena vzpostaviti nobene ekonomske vezi z državo članico gostiteljico in torej glede na zadevo *Cadbury Schweppes* morebiti ne gre za uresničevanje svobode ustanavljanja, se spet vzbudi pomislek, kako naj matična država članica to preverja. Poleg tega iz citiranih razprav o zadevi *Cadbury Schweppes* v pravni literaturi izhaja, da lahko pravico do svobodnega ustanavljanja zaradi odsotnosti ekonomske integracije družbe omejuje zgolj matična država članica (to je po prenosu statutarne sedeža država članica gostiteljica).

Ob nadaljnjem razmisleku si lahko zamislimo primer, ko ima družba cilj čez mejo prenesti statutarni sedež ob hkratnem namenu opravljanja dela svojih poslovnih dejavnosti v državi članici gostiteljici, vendar želi ohraniti dejanski sedež v matični državi članici (izselitve).⁹⁸ Opravljanje ekonomske dejavnosti v državi članici gostiteljici, pri čemer sicer ne gre za dejanski sedež družbe, po mojem mnenju pomeni (zadostno) dejansko ekonomsko vez z državo članico gostiteljico. Poleg tega menim, da čezmejni prenos zgolj statutarne sedeža družbe ne bi smel biti problematičen v primeru, ko država članica gostiteljica sprejema teorijo ustanovitve, še posebej, če jo sprejema tudi matična država članica. Slovenija bi torej morala slovenski družbi dopustiti čezmejni prenos zgolj statutarne sedeža, razen če bi omejitev svobode ustanavljanja upravičevali nujni razlogi v splošnem interesu. Država članica gostiteljica pa bi lahko od slovenske družbe v skladu z odločitvama Sodišča EU v zadevah *Daily Mail*⁹⁹ in *Cartesio* (torej prav tako v primeru podanih nujnih razlogov v splošnem

⁹⁵ Primerjaj prav tam.

⁹⁶ M. Szydło, nav. delo, str. 423.

⁹⁷ Prav tam, str. 424.

⁹⁸ Tudi A. Frada de Sousa, nav. delo, str. 72.

⁹⁹ Glej točko 19.

interesu) zahtevala sočasno priselitev dejanskega sedeža družbe na svoje ozemlje.

5. SKLEP

V slovenski poslovni praksi so sicer zamisli o širitvi in tudi selitvi poslovanja družbe v druge države prisotne, vendar se praviloma izvajajo ob uporabi splošnih korporacijskih institutov (prenehanja in ustanovitve družbe), pa tudi prevzemne zakonodaje, medtem ko so v drugih državah članicah transakcije čezmejnih združitvev, prenosov sedežev in delovanje v pravnoorganizacijski obliki SE bolj pogosti. Družbe v drugih državah članicah torej pogosteje izrabljajo prednosti pravice do svobodnega ustanavljanja. Glede na neugodno poslovno okolje v Sloveniji in nezadostno gospodarsko rast je morda čas, da tovrstne transakcije ne bi bile več zgolj abstraktne možnosti za izboljšanje poslovanja družbe oziroma le redko uresničene pravice. Slovenske družbe so pri tem sicer nekoliko omejene zaradi teorije dejanskega sedeža, ki je pri nas sprejeta za domače družbe. Vendar se v praksi vzbujajo pomisleki, v čigavi pristojnosti je preverjanje, ali družba v času svojega poslovanja, pa tudi že ob ustanovitvi, izpolnjuje načelo teritorialne skladnosti sedeža. Dileme se prav tako porajajo v zvezi s posledicami ugotovitve, da je slovenska družba razdružila statutarni in dejanski sedež.

Četudi je treba čezmejni prenos statutarnega (in dejanskega) sedeža slovenske družbe s preoblikovanjem te v pravnoorganizacijsko obliko družbe po pravu države članice gostiteljice dopuščati na podlagi določb PDEU, utegne praktično izvedbo tovrstnih prestrukturiranj spodbuditi šele v prihodnosti (po mnogih letih) morebiti sprejeta Štirinajsta direktiva s področja prava družb. Ta bi lahko dala odgovor na vprašanje, ali naj države članice dopuščajo tudi čezmejni prenos zgolj statutarnega sedeža družbe, in s tem omilila doseg teorije dejanskega sedeža. Vendar se bo zaradi moči držav članic, ki tradicionalno sprejemajo to teorijo, vprašanje verjetno še naprej urejalo v skladu z nacionalno zakonodajo držav članic.

Ne glede na sprejem Štirinajste direktive bi v Sloveniji veljalo razmisliti o normativni ureditvi čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe v drugo (državo članico ali tretjo) državo, pa tudi o ureditvi priselitve statutarnega sedeža družbe iz druge (države članice ali tretje) države, morebiti po vzoru švicarske zakonodaje. Izrecna ureditev tovrstnih transakcij, ki bi temeljila na načelu ohranjanja identitete družbe, bi lahko poleg pravne varnosti zagotavljala tudi precejšnjo poenostavitev, pospešitev in pocenitev postopka tovrstne čezmejne mobilnosti družb.

Literatura

- José Engrácia Antunes in drugi: Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law. European Commission, Internal Market and Services, Brussels, 5. 4. 2011, dostopno na spletni strani <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf> (26. 11. 2013).
- Thomas Biermeyer in Thore Holtrichter: Opinion of Advocate General Jääskinen in Case C-378/10 VALE, delivered on 15 December 2011, not yet reported. The missing puzzle in judge-made European law on corporate migration, v: The Columbia Journal of European Law, št. 52/2011, dostopen na spletni strani <www.cjel.net/online/18_1-biermeyer/> (26. 11. 2013).
- Walter Cains: Case Note on Cartesio Decision by the European Court of Justice, Case C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató, v: European Review of Private Law, št. 3/2010, str. 569–578.
- Luca Cerioni: The Cross-border Mobility of Companies within the European Community after the Cartesio Ruling of the ECJ, v: Journal of Business Law, št. 4/2010, str. 311–337.
- Luca Cerioni: The »Place of Effective Management« as a Connecting Factor for Companies' Tax Residence Within the EU vs. the Freedom of Establishment: the Need for a Rethinking?, v: German Law Journal, št. 13/2012, str. 1095–1130, dostopen na spletni strani <www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol13-No9/PDF_Vol_13_No_09_1095-1130_Articles_Cerioni.pdf> (26. 11. 2013).
- Jan Cremers in Elwin Wolters: EU and national company law – fixation on attractiveness, Report 120. European Trade Union Institute, Bruselj 2011, dostopen na spletni strani <<http://dare.uva.nl/document/496390>> (26. 11. 2013).
- António Frada de Sousa: Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet Working Paper 07/09. NYU School of Law, New York 2009, dostopen na spletni strani <www.jeanmonnetprogram.org/Papers/09/090701.pdf> (26. 11. 2013).
- Miroslava Geč-Korošec: Mednarodno zasebno pravo, Druga knjiga – Posebni del. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002.
- Janja Hojnik: Nadaljevanje zgodbe o svobodi gibanja gospodarskih družb v EU, v: Davčno-finančna praksa, št. 10/2012, str. 25–29.
- Andrew Johnston in Philip Syrpis: Regulatory competition in European company law after Cartesio, v: European Law Review, št. 34/2009, str. 378–404.

- Marijan Kocbek (redaktor) in drugi: Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2007.
- Nadja Kubat Erk: The Cross-Border Transfer of Seat in European Company Law: A Deliberation about the Status Quo and the Fate of the Real Seat Doctrine, v: *European Business Law Review*, 21 (2010) 3, str. 413–450.
- Saša Prelič in Jerneja Prostor: Evropska delniška družba. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Jerneja Prostor: Sodišče EU odločalo o čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe – zadeva VALE, v: *Podjetje in delo*, št. 3-4/2013, str. 458–472.
- Barbara Rajgelj: Slovensko mednarodno zasebno pravo družb, v: *Podjetje in delo*, št. 1/2006, str. 5–24.
- Barbara Rajgelj: Vloga prostega prenosa sedeža in Societas Europaea pri harmonizaciji in konkurenci sistemov prava družb v EU, Doktorska disertacija. Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 2005.
- Günter H. Roth: Die Bedeutung von Cadbury-Schweppes für die Centros-Judikatur des EuGH, v: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, št. 16/2010, str. 607–611.
- Marek Szydło: The Right of Companies to Cross-Border Conversion under the TFEU Rules on Freedom of Establishment, v: *European Company and Financial Law Review*, št. 3/2010, str. 414–443.
- Claudia Winkler: The need for a European Private Company (SPE) in the light of the Cartesio Ruling, v: *The European Legal Forum*, št. 5-6/2010, str. I-293–298.
- Claudia Winkler: *The Societas Privata Europaea, The Myth of Regulatory Competition in European Corporate Law*. Springer-Verlag, Dunaj, New York 2012.
- Andrzej W. Wiśniewski in Adam Opalski: Companies' Freedom of Establishment after the ECJ Cartesio Judgment, v: *European Business Organization Law Review*, št. 10/2009, str. 595–625.

TRENNUNG DES SATZUNGSMÄSSIGEN UND TATSÄCHLICHEN SITZES EINER SLOWENISCHEN GESELLSCHAFT

Jerneja Prostor,

Juristin, Magister des Wirtschaftsrechts, Univ.-Assistentin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Maribor

In der Republik Slowenien wird das Personalstatut für einheimische Gesellschaften gemäß der Theorie des tatsächlichen Sitzes beurteilt, für ausländische Gesellschaften wird die Gründungstheorie akzeptiert (B. Rajgelj, gen. Arbeit (2006), S. 15–16). Somit darf eine slowenische Gesellschaft den tatsächlichen und satzungsmäßigen Sitz nicht durch die Verlegung des tatsächlichen Sitzes in einen anderen Staat trennen, während in der Republik Slowenien die Verlegung nur des tatsächlichen Sitzes eine ausländischen Gesellschaft in ihr Hoheitsgebiet toleriert wird. Diese Regelung stimmt mit dem EU-Recht überein – mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union und der Rechtsprechung des EU-Gerichts im Bereich des Rechts der Niederlassungsfreiheit (ibidem, S. 21). Alle Mitgliedstaaten haben nämlich das Recht, die Anforderungen, die für die Gründung und Tätigkeit einer Gesellschaft gemäß ihrer Gesetzgebung erfüllt werden müssen, festzulegen, wie das EU-Gericht 1988 in der Rechtssache *Daily Mail* beschlossen hat. Gemäß der Theorie des tatsächlichen Sitzes ist es also für einheimische Gesellschaften zulässig, die Erfüllung der territorialen Übereinstimmung des Sitzes der Gesellschaft – die Deckung des satzungsmäßigen und des tatsächlichen Sitzes der Gesellschaft (im selben Staat) – zu verlangen. Gemäß den späteren Entscheidungen des EU-Gerichts in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* müssen alle Mitgliedstaaten die Geschäftstätigkeit von Gesellschaften, die rechtlich einem anderen Mitgliedstaat zugehören, in Ihrem Hoheitsgebiet anerkennen und zulassen. Eben im Lichte dieser Entscheidungen haben mehrere Autoren erwartet, dass unter der Entscheidung des EU-Gerichts in der Rechtssache *Cartesio* die Theorie des tatsächlichen Sitzes als überlebt gelten (z.B. W. Cains, gen. Arbeit, S. 574) und die Verwirklichung des Rechts auf die Nieder-

lassungsfreiheit in einem möglichst weitem Umfang ermöglicht werden würde. Aber das EU-Gericht hat mit der Entscheidung in der Rechtssache *Cartesio* im Wesentlichen die Entscheidung in der Rechtssache *Daily Mail* bestätigt und damit die Übereinstimmung der Theorie des tatsächlichen Sitzes mit dem EU-Recht ausgewiesen. Es ist verständlich, dass sich das EU-Gericht damals nicht gegen die Beurteilung des Personalstatuts der Gesellschaft gemäß der Theorie des tatsächlichen Sitzes ausgesprochen hat, da diese schließlich auch von der Regelung der europäischen Gesellschaft (*Societas Europaea* – SE) in der SE-Verordnung akzeptiert wird. Diese Tatsache weist insbesondere darauf hin, dass einige Mitgliedstaaten nicht bereit sind, zu Gunsten des Rechts auf Niederlassungsfreiheit darauf zu verzichten.

Die Theorie des tatsächlichen Sitzes verursacht in der Geschäftspraxis einige Schwierigkeiten. Das slowenische Recht legt fest, dass der Ort, an dem die Gesellschaft die Tätigkeit ausübt, oder der Ort, an dem hauptsächlich ihre Geschäfte geführt werden, oder der Ort, an dem die Geschäftsführung tätig ist, als Sitz der Gesellschaft bestimmt werden kann. Diese Bestimmung des Artikels 30 des Gesetzes über die Wirtschaftsgesellschaften (HGB-1) ist aus mehreren Gründen problematisch. Die Anführung »an dem die Gesellschaft die Tätigkeit ausübt« definiert nicht, welcher Umfang der Ausübung der Tätigkeit für die Erfüllung der Bedingung ausreicht, dass gelten kann, dass die Gesellschaft die Tätigkeit im Hoheitsgebiet der Republik Slowenien ausübt. Die Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des tatsächlichen Sitzes werden alternativ genannt, wobei auch die Frage ist, wodurch in der Praxis die Bedingungen »an die hauptsächlich ihre Geschäfte geführt« und »an dem die Geschäftsführung der Gesellschaft tätig ist« zu unterscheiden sind. Eine der wichtigeren Schwächen der Theorie des tatsächlichen Sitzes ist nämlich gerade die Schwierigkeit der Definierung des tatsächlichen Sitzes bei Gesellschaften, deren Geschäftstätigkeit international eingebunden ist (N. Kubat Erk, gen. Arbeit, S. 417, der sich auf H. C. Hirt und G. Borges beruft), was die Stufe der Rechtssicherheit für die Gesellschaften herabsetzt. Die Autorin problematisiert im Beitrag die Annahme der Theorie des tatsächlichen Sitzes für einheimische Gesellschaften auch aus dem Grund, da eigentlich nirgends geregelt ist, wie zu prüfen wäre, ob die Gesellschaft ihren Sitz richtig zur Eintragung ins Register anmeldet und ob sie die ganze Zeit ihres Bestehens das Prinzip der territorialen Übereinstimmung des Sitzes der Gesellschaft erfüllt.

Bedenken wecken grenzüberschreitende Verschmelzungen – eine slowenische Gesellschaft, die eine grenzüberschreitende Verschmelzung durchführt, muss nämlich gemäß den allgemeinen Bestimmungen des HGB-1 den tatsächlichen Sitz in der Republik Slowenien haben. Im Mitgliedstaat der übernommenen Gesellschaft kann die übernehmende beziehungsweise die neu gegründete slo-

wenische Gesellschaft die Geschäftseinheit der Gesellschaft beibehalten, darf dort aber nicht ihren tatsächlichen Sitz haben. Dennoch kann man sich in der Geschäftspraxis den Fall erdenken, wo die slowenische Gesellschaft gerade mit dem Ziel, ihren tatsächlichen Sitz in einen Aufnahmemitgliedstaat zu verlegen, eine Gesellschaft aus diesem anderen Mitgliedstaat übernimmt. Es ist die Frage, ob in der Praxis bei der Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung ins Handelsregister tatsächlich nachgeprüft wird, wo die Gesellschaft ihren tatsächlichen Sitz hat oder haben wird. In Verbindung mit den grenzüberschreitenden Transaktionen von Wirtschaftsgesellschaften wird dieser Anspruch bei der SE, die ebenso wie alle slowenischen Gesellschaften den statutenmäßigen und den tatsächlichen Sitz nicht trennen darf, hervorgehoben, beziehungsweise genauer: sie muss den statutenmäßigen Sitz in demselben Mitgliedstaat, in dem ihre Hauptverwaltung ist, haben (Artikel 7 SE-Verordnung).

Im Beitrag wird die Frage der Folgen der Feststellung der Nichterfüllung des Prinzips der territorialen Übereinstimmung des Sitzes einer slowenischen Gesellschaft noch als besonders strittig behandelt – in der Rechtsdoktrin gilt nämlich: werden der tatsächliche und der statutenmäßige Sitz der Gesellschaft »auf zwei verschiedene Staaten verteilt, verliert die Gesellschaft ihre Rechtssubjektivität. [...] Nach der Theorie des tatsächlichen Sitzes bedeutet die Grenzübertragung für die slowenische Gesellschaft den Entzug der Rechtssubjektivität (da der Status der Gesellschaft ab der Grenze nach ausländischem Recht beurteilt wird, die Gesellschaft dort aber nicht existiert)« (B. Rajgelj, gen. Arbeit (2006), S. 10). Es ist die Frage, was passiert, wenn die Geschäftsführung einen Teil der Geschäftstätigkeit als Geschäftsentscheidung grenzüberträgt und schließlich (mit der Zeit) damit den tatsächlichen Sitz der Gesellschaft ändert. Obwohl sich die Gesellschafter für eine Änderung des tatsächlichen Sitzes der Gesellschaft entscheiden würden, stellt sich weiterhin die Frage der Folgen der Nichterfüllung des Anspruchs zur Meldung der Änderung dieser Angabe dem Handelsregister beziehungsweise der Verletzung des Prinzips der territorialen Übereinstimmung des Sitzes der slowenischen Gesellschaft. Es wird nur in den Strafbestimmungen des HGB-1 festgelegt, dass die Gesellschaft mit einer Strafe von 16.000 bis 62.000 Euro für das Vergehen bestraft wird, wenn sie die Eintragung von Angaben, die nach dem HGB-1 dort einzutragen sind, nicht meldet, und mit einer Strafe von 1.000 bis 4.000 Euro wird die verantwortliche Person der Gesellschaft, die dieses Vergehen begeht, bestraft. Für die Aufsicht der Durchführung der genannten Bestimmungen des HGB-1 ist das Wirtschaftsministerium zuständig.

Es ist somit die Frage, ob (und welche) slowenischen Behörden, beziehungsweise auf welche Art und Weise sie prüfen (sollen), ob eine einheimische Gesellschaft (noch) das Prinzip der Übereinstimmung des statutenmäßigen und

des tatsächlichen Sitzes erfüllt, wie es das HGB-1 festlegt. Vor allem die Frage, wie vorzugehen ist, sofern es vorkommt, dass die slowenische Gesellschaft in der Republik Slowenien keinen tatsächlichen Sitz mehr hat, ist interessant. In der Rechtslehre ist der Standpunkt zu finden, dass die Bestimmungen des Artikel 11 der Ersten Direktive im Bereich der Gesellschaftsrechts den Matrikelmitgliedstaaten nicht erlauben, für diesen Fall die Nichtigkeit der Gesellschaft festzulegen (A. W. Wiśniewski und A. Opalski, gen. Arbeit, S. 604). Die Nichtigkeitsgründe in der Direktive werden nämlich genau aufgezählt, darunter befindet sich kein Grund der Trennung von statutenmäßigem und tatsächlichem Sitz (ibidem). Die Autorin nimmt im Beitrag den Standpunkt ein, dass es unangebracht wäre, die Gesellschaft wegen der Trennung des statutenmäßigen und des tatsächlichen Sitzes als nicht existent zu erachten, beziehungsweise ihr ohne irgendein Verfahren die Rechtssubjektivität abzusprechen. Die sofortige Streichung der Gesellschaft aus dem Handelsregister ohne Durchführung eines Liquidationsverfahrens würde nämlich zahlreiche ungelöste Fragen hervorrufen, vor allem wären dadurch die Interessen der Gläubiger und Gesellschafter der Gesellschaften gefährdet (so in Verbindung mit der Feststellung der Nichtigkeit der Gesellschaft Š. Ivanjko und M. Kocbek, in: M. Kocbek (Redakteur), gen. Arbeit, S. 756).

Richtiger wäre die mit der Lösung im Fall der Verletzung der territorialen Übereinstimmung des Sitzes der SE vergleichbare Regelung – die Gesellschaft müsste von der Registerbehörde aufgerufen werden, in einer angemessenen Frist erneut den tatsächlichen Sitz in der Republik Slowenien zu errichten, beziehungsweise auch ihren statutenmäßigen Sitz in den Aufnahmestaat zu verlegen. Ist die ein Mitgliedstaat, könnte die Gesellschaft ihren statutenmäßigen Sitz gemäß den Entscheidungen des EU-Gerichts in den Rechtssachen *Cartesio* und *VALE* übertragen – die Gesellschaft würde sich lediglich dem Recht des Aufnahmemitgliedstaats anpassen, ohne Durchführung des Liquidationsverfahrens im Heimatstaat und erneute Gründung im Aufnahmemitgliedstaats (A. W. Wiśniewski und A. Opalski, gen. Arbeit, S. 611). Im Beitrag wird diese Transaktion genauer behandelt, wobei erläutert wird, wie unter den derzeitigen Umständen – also unter Abwesenheit einer sekundären Regelung auf der EU-Ebene und einer nationalen Regelung – der grenzüberschreitende Statutenwechsel der Gesellschaft unter sinngemäßer Anwendung des Artikels 8 der SE-Verordnung über den Statutenwechsel der SE und der diese Regelung ergänzenden nationalen Bestimmungen zu vollziehen wäre.

Die Registerbehörde würde, falls die Gesellschaft nach ihrem Aufruf den tatsächlichen Sitz in der Republik Slowenien nicht wiederherstellen beziehungsweise auch ihren statutenmäßigen Sitz nicht in den Aufnahmestaat übertragen würde (also nicht in eine Gesellschaft nach dem Recht des Aufnahmemitglied-

staats umgebildet würde, beziehungsweise im Fall des Statutenwechsels in einen Drittstaat keine freiwillige Liquidation durchführen würde), die Verletzung des Prinzips der Übereinstimmung des Sitzes der Gesellschaft feststellen und den Bescheid über die Beendigung sowie den Beginn der Liquidation der Gesellschaft erlassen. Folglich würde das Gericht das Zwangsliquidationsverfahren, das im Gesetz über die Finanzgebarung, die Verfahren wegen der Insolvenz und der Zwangsbeendigung (ZFPPIPP) geregelt wird, durchführen. Dabei werden Bedenken wach, wer verpflichtet beziehungsweise berechtigt ist, die Registerbehörde über die Trennung des statutenmäßigen und des tatsächlichen Sitzes einer slowenischen Gesellschaft (auch der SE) zu informieren. Hinsichtlich der angeführten gesetzlichen (Nicht)Regelung des Falls der Trennung des statutenmäßigen und des tatsächlichen Sitzes einer slowenischen Gesellschaft drängt sich weiter auch das Bedenken auf, dass die Gesellschaft vielleicht nur die Folgen, die sie im Aufnahme(Mitglied)Staat »treffen« könnten, trägt, falls ihr dieser wegen der Nichterfüllung der Bedingungen nach dem (slowenischen) Gründungsrecht die Rechtssubjektivität nicht anerkennen würde.

Die Autorin kommt im Beitrag zum Schluss, dass trotz der Entscheidungen des EU-Gerichts in den Rechtssachen *Daily Mail* und *Cartesio* über die Akzeptanz der Theorie des tatsächlichen Sitzes und ihrer Übereinstimmung mit dem EU-Recht willkommen wäre, wenn den slowenischen Gesellschaften der Wechsel nur des tatsächlichen Sitzes in einen anderen Staat erlaubt werden würde. Die Gesellschaften könnten nämlich auf diese Weise ihre Geschäftstätigkeit grenzüberschreitend optimieren, wobei sie den statutenmäßigen Sitz in der Republik Slowenien beibehalten und bei Bedarf auch in den Heimatstaat zurückkehren könnten. Sie tritt somit für die Abschaffung der Theorie des tatsächlichen Sitzes im slowenischen recht auch für einheimische Gesellschaften ein.

Hinsichtlich der Bedenken, die durch das Urteil des EU-Gerichts in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* geweckt werden, wird im Beitrag die Frage der Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Statutenwechsels der Gesellschaft – also der Fall, wenn die Gesellschaft nur die Rechtszugehörigkeit, nicht aber die tatsächlichen Umstände der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft ändert – genauer behandelt. Bei dieser Transaktion bestehen vom Gesichtspunkt des Heimatmitgliedstaats, welcher der Gesellschaft diesen Wechsel verwehren möchte, aus Bedenken, auf welche Weise er prüfen könnte, ob die Gesellschaft mit dem grenzüberschreitenden Statutenwechsel ins Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats nicht auch ihren tatsächlichen Sitz übertragen wird. Wäre der Statutenwechsel bereits im Aufnahmemitgliedstaat ins Register eingetragen, hätte der ehemalige Heimat(Auswanderungs-)Mitgliedstaat keine

Einreden mehr – die Gesellschaft aus dem anderen Mitgliedstaat hätte in seinem Hoheitsgebiet nämlich nur den tatsächlichen Sitz. In diesem Fall würde es sich um dieselbe Situation handeln, wie in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*, d.h. um die Ansiedlung des tatsächlichen Sitzes der Gesellschaft, die von allen Aufnahmemitgliedstaaten (in diesem Fall ist das der vorige Heimatmitgliedstaat) tolerieren müssen (A. Frada de Sousa, gen. Arbeit, S. 58). Gemäß dem Genannten müsste die Republik Slowenien den einheimischen Gesellschaften den grenzüberschreitenden Statutenwechsel in den Aufnahmemitgliedstaat erlauben, ungeachtet dessen, dass sie für einheimische Gesellschaften die Theorie des tatsächlichen Sitzes akzeptiert. So würde die Gesellschaft in der Republik Slowenien den tatsächlichen Sitz behalten, ansonsten würde die von nun an dem Aufnahmemitgliedstaat angehören. Nur dieser ist gemäß den Entscheidungen des EU-Gerichts in den Rechtssachen *Daily Mail* und *Cartesio*, z. B. bei der Akzeptierung der Theorie des tatsächlichen Sitzes für einheimische Gesellschaften, berechtigt, von der slowenischen Gesellschaft zu verlangen, neben dem statutenmäßigen Sitz auch den tatsächlichen Sitz in ihr Hoheitsgebiet zu übertragen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass sich der Beitrag nicht nur auf die Regelung im Verhältnis zur EU bezieht, sondern es werden auch Lösungen beim Statutenwechsel und/oder dem Wechsel des tatsächlichen Sitzes der slowenischen Gesellschaft in Drittstaaten genannt. Die Ausführungen im Beitrag sind nicht nur für die slowenische Regelung aktuell, sondern für alle Regelungen, die für einheimische Gesellschaften die Theorie des tatsächlichen Sitzes akzeptieren.

Es kann geschlossen werden, dass die Autorin im Beitrag folgende Standpunkte einnimmt: (1) es ist nicht sinnvoll, dass die Staaten die Theorie des tatsächlichen Sitzes akzeptieren und die einheimischen Gesellschaften bei der grenzüberschreitenden unternehmerischen Umstrukturierung behindern, (2) aufgrund der Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und gemäß den Urteilen des EU-Gerichts in den Rechtssachen *Cartesio* und *VALE* ist der grenzüberschreitende Statutenwechsel der Gesellschaft in der EU in der Regel zuzulassen, ohne dass die Gesellschaft im Heimatmitgliedstaat das Liquidationsverfahren durchführen und sich daraufhin im Aufnahmemitgliedstaat erneut gründen müsste, (3) im Fall der Abwesenheit nationaler Regelungen sind für solche Transaktionen sinngemäß die Bestimmungen der SE-Verordnung über die Verlegung des Sitzes der SE anzuwenden (4) wegen des Erreichens einer höheren Stufe der Rechtssicherheit sollte die Vierzehnte Richtlinie im Bereich des Gesellschaftsrechts über den grenzüberschreitenden Statutenwechsel, die auch das Dilemma über die Zulässigkeit der Verlegung nur des statutenmäßigen Sitzes lösen würde, verabschiedet werden und (5) die Republik Slowenien müsste den einheimischen

Gesellschaften die grenzüberschreitende Verlegung nur des statutenmäßigen Sitzes in den Aufnahmemitgliedstaat erlauben, ungeachtet dessen, dass sie für einheimische Gesellschaften die Theorie des tatsächlichen Sitzes akzeptiert.

Aus dem Genannten geht hervor, dass die Autorin für die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit in einem möglichst weiten Umfang eintritt. Nur mit einer solchen Auslegung könnten die Gesellschaften nur den unternehmerischen Interessen folgen und bei der sich bietenden Gelegenheit auf einem ausländischen Markt nicht unnötig Mittel und Zeit mit der Überwindung von rechtlichen Hindernissen verlieren. Die Risiken und Missbräuche, vor denen die Theorie des tatsächlichen Sitzes zwar schützt, sollten auf andere Arten und Weisen verhindert werden. Die Interessen der Arbeitnehmer, Gläubiger, der Umweltschutz, die Steuerbehörden und die Minderheitengesellschaften sollten mit verschiedenen Maßnahmen geschützt werden – von der Ausbildung aller Stakeholder, mit der ein Bewusstsein über die Notwendigkeit einer nachhaltigeren Tätigkeit der Gesellschaft erreicht werden könnte, bis zu einzelnen Vorkehrungen in der Regelung der grenzüberschreitenden Mobilität der Gesellschaften.

KVORUM NA ZAKONODAJNEM REFERENDUMU V NAŠEM IN V PRIMERJALNEM PRAVU

Bruna Žuber,

univerzitetna diplomirana pravnica, študentka doktorskega študija ustavnega prava in demonstratorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, sodniška pripravnica na Višjem sodišču v Ljubljani

1. UVOD

Med različnimi oblikami neposredne demokracije doma in po svetu ima gotovo največjo pravno in politično težo referendum. Zakonodajni referendum je pomembna dopolnitev predstavniške demokracije, saj državljanom v veliki meri omogoča, da odločajo o najpomembnejših družbenih vprašanjih in s tem omejujejo zakonodajno oblast parlamenta.¹

Ureditve zakonodajnega referenduma v ustavnih sistemih evropskih držav z razvito neposredno demokracijo se med seboj razlikujejo zlasti po vrsti oziroma obliki referenduma ter po postopkih za njegovo uporabo. Vsem referendumskim ureditvam pa je skupno, da odločitev, ki jo sprejmejo volivci na referendumu, zavezuje predstavniško telo, ne glede na to, ali ustave to izrecno določajo ali ne.²

Za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu morajo biti izpolnjeni določeni pogoji, ki jih na teoretični ravni razvrščamo v tri skupine. V prvo skupino spada večina, ki je potrebna za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu. Določitev referendumske večine je obligatorni pogoj za izvedbo vsakega zakonodajnega referenduma, saj bi bilo v nasprotnem primeru neposredno odločanje volivcev brez vsakršnega smisla. V drugo skupino pogo-

¹ Več o tem glej M. Cerar, nav. delo (2001), str. 134 in nasl.

² I. Kaučič (ur.), nav. delo (2010), str. 223.

jev za sprejem referendumске odločitve uvrščamo kvorume, in sicer kvorum udeležbe ter kvorum odobritve oziroma zavrnitve. V tretjo skupino pa uvrščamo t. i. druge pogoje za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu, ki so lastni zgolj referendumskim ureditvam v posameznih državah in so zato v prispevku zgolj omenjeni. Med druge pogoje za sprejem referendumске odločitve tako štejemo npr. pogoj veljavnega glasovanja na referendumu in pogoj obveznega glasovanja na referendumu.³ Določitev kvoruma ali drugih pogojev za sprejem odločitve na referendumu je v nasprotju z referendumsko večino fakultativne narave in njen namen je praviloma večja legitimnost referendumске odločitve.

Določitev pogojev za sprejem referendumске odločitve v posameznih državah je v prvi vrsti pravno vprašanje, pri določitvi pa nikakor ne gre zanemariti političnih, socioloških in tudi nekaterih drugih vplivov. Določitev prezahtevnih pogojev namreč otežuje sprejem referendumске odločitve in posledično slabi pomen neposredne demokracije, na drugi strani pa se zaradi premalo zahtevnih pogojev postavlja vprašanje legitimnosti na referendumu sprejete odločitve. Pri predpisovanju pogojev za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu lahko pride celo do situacije, da neustrezno določeni pogoji vodijo v zlorabo zakonodajnega referenduma.

Še nedavno je bila slovenska ureditev zakonodajnega referenduma deležna številnih kritik, pri čemer sta se kot najbolj problematični kazali ureditev predlagateljev in predmeta zakonodajnega referenduma ter legitimnost na referendumu sprejete odločitve. Za spremembo referendumске ureditve so bili vloženi trije predlogi, in sicer leta 2001, 2011 in 2012, Državni zbor pa je šele maja letos sprejel zadnjega od predlogov. Tako je bila z Ustavnim zakonom o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije v celoti spremenjena ureditev zakonodajnega referenduma v Sloveniji, posledično pa so se spremenili in zaostрили tudi pogoji za sprejem referendumске odločitve.⁴

³ Pogoj obveznega glasovanja na referendumu poznata npr. Avstralija in Belgija. Ustavnorevizijski referendum v Avstraliji je predpisan kot obligatoren, prav tako pa je obvezno tudi glasovanje državljanov na referendumu. Če se volilni upravičenec v Avstraliji ne udeleži referenduma, je predpisana sankcija plačila globe ali dela v splošno korist <www.aec.gov.au/Elections/referendums/index.htm> (28. 9. 2013). Pogoj obveznega glasovanja na referendumu za državljane, ki so dopolnili 18 let, na normodajni ravni pozna tudi Belgija, vendar se ta določba v praksi ne izvršuje več od leta 2003 naprej <www.idea.int/vt/compulsory_voting.cfm> (23. 8. 2013).

⁴ UZ90,97,99, Ur. l. RS, št. 47/13.

2. REFERENDUMSKA VEČINA NA ZAKONODAJNEM REFERENDUMU

2.1. Splošno o referendumski večini

Večina, ki je potrebna za sprejem odločitve na referendumu, je eden od elementov, ki neposredno vplivajo na zahtevnost referendumskega postopka in na legitimnost referendumske odločitve. V večini sodobnih demokracij se načelo ljudske suverenosti izvršuje na dva načina, in sicer posredno ter neposredno. Tudi zakonodajna funkcija se lahko izvršuje posredno ali neposredno, bistveno pa je, da sta oba načina izvrševanja legitimna, saj odločitve, sprejete v okviru zakonodajne funkcije, zavezujejo vse državljane.

Za odločanje na referendumu velja večinsko načelo. Drugače kot pri splošnih volitvah, kjer se večina ugotavlja zgolj v razmerju do volivcev, ki so glasovali, se lahko na referendumu uveljavlja tudi v razmerju do celotnega volilnega telesa.⁵ V teoriji tako razlikujemo med:

- relativno večino,
- kvalificirano ali strožjo različico relativne večine,
- absolutno večino.

Relativna večina je definirana kot večina glasov volivcev, ki so glasovali. Po sistemu relativne večine na referendumu dobi podporo tisti predlog, za katerega se opredeli več volivcev kot za drugega, pri čemer skupno število teh volivcev ni pomembno. Takšna večina je torej glede na volivce, ki so glasovali, absolutna, glede na celotno volilno telo pa relativna. V primerjalnem pravu je za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu najpogosteje predpisana prav relativna večina in le izjemoma zahtevnejša večina. Kvalificirana ali strožja različica relativne večine je opredeljena kot večina glasov volivcev, ki so glasovali, pri čemer mora biti izpolnjen dodatni pogoj. Absolutna večina pa se ugotavlja v razmerju do vseh volilnih upravičencev in je največkrat določena

⁵ Tu velja opozoriti na razlikovanje pri ugotavljanju in pojmovanju večine na volitvah in na referendumu. Pri splošnih volitvah se večina ugotavlja samo v razmerju do volivcev, ki so glasovali, na tej podlagi pa razlikujemo med absolutno in relativno večino. Na drugi strani se pri neposrednih volitvah predsednika republike večina praviloma ugotavlja v razmerju do celotnega volilnega telesa, zato se za volitve predsednika republike uporablja sistem absolutne večine, in sicer v štirih različicah: običajni, navadni oz. blažji (večina glasov volivcev, ki so glasovali), zahtevnejši (večina glasov volivcev, ki so glasovali, z izpolnitvijo dodatnega pogoja) in strožji oz. kvalificirani različici (večina glasov vseh volivcev). Takšnega razlikovanja teorija in praksa praviloma ne uporabljata, zato je poimenovanje večine pri neposrednih volitvah neenotno, pogosto nedosledno in tudi nenatančno. Več o tem glej I. Kaučič, nav. delo (2011), str. 313 in nasl.

na kot večina vseh volilnih upravičencev, ki morajo podpreti določen referendumski predlog.⁶

V tuji literaturi omenjajo tudi druge večine, potrebne za sprejem referendumske odločitve, kot na primer:

- geografska ali dvojna večina,
- etnična večina.⁷

Geografska oziroma dvojna večina je večina, ki mora biti dosežena na podlagi dveh različnih kriterijev. Geografsko večino največkrat povezujemo s federacijami (npr. Švica), kjer morajo določene referendumske predloge večinsko podpreti tako državljani kot tudi federalne enote. Etnična večina je opredeljena kot večina znotraj določene etnične skupine, ki mora podpreti referendumski predlog.⁸ Velja opozoriti, da bi bila določitev etnične večine kot pogoja za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu v sodobnih demokracijah problematična z vidika temeljnega načela o splošni pravici glasovanja na referendumu, ki predpostavlja, da na zakonodajnem referendumu lahko glasuje vsak državljan, ne glede na narodnostno, rasno ali drugo pripadnost.⁹

Izbira večine, potrebne za sprejem referendumske odločitve, je eno najbolj spornih vprašanj pri uporabi referenduma v praksi in v teoriji. Temeljno vprašanje zadeva stopnjo legitimnosti odločitve, ki je sprejeta na referendumu. Ta predpostavlja, da odločitev sprejme čim več glasovalnih upravičencev, da je torej sprejeta odločitev izraz podpore večine državljanov. Nekatere države razlikujejo referendumsko večino, potrebno za sprejem ustave, in večino, potrebno za sprejem zakona. V sistemih, kjer uveljavljajo to razlikovanje, je večina na ustavnorevizijskem referendumu praviloma zahtevnejša kot večina na zakonodajnem referendumu.¹⁰ Takšna ureditev je posledica dejstva, da je ustava v večini primerov hierarhično najvišji in temeljni pravni akt znotraj posamezne države, zato je tudi za njeno spreminjanje in dopolnjevanje predpisana zahtevnejša večina.

Če referendumsko odločitev podpre večina državljanov, ne more biti dvoma o tem, da je bila sprejeta demokratično in da posledično zavezuje vse državljane, ne samo tiste, ki so glasovali. Temu pogoju najbolj ustreza večina gla-

⁶ I. Kaučič (ur.), nav. delo (2010), str. 219.

⁷ Več o tem glej M. Qvortrup, nav. delo, str. 164 in nasl.

⁸ Kot primer etnične večine na referendumu se v literaturi pogosto omenja južnoafriški referendum o odpravi apartheida leta 1992, na katerem so lahko glasovali samo beli Južnoafričani.

⁹ Širše o tem glej I. Kaučič (ur.), nav. delo (2010), str. 163–164.

¹⁰ I. Kaučič (ur.), nav. delo (2010), str. 219.

sov vseh volivcev ali vsaj ena od oblik kvalificirane večine (na primer četrtna glasov vseh volilnih upravičencev v državi).¹¹ Prednost zahtevnejše večine na zakonodajnem referendumu je tudi v tem, da ni treba posebej določati kvoruma udeležbe na referendumu, ker predstavlja zahtevana večina vseh volivcev hkrati tudi minimalni kvorum udeležbe.¹² Odločitev, sprejeta na referendumu z nizko glasovalno udeležbo, pa je izraz volje manjšine volilnih upravičencev in je ena izmed največjih groženj legitimnosti referendumske odločitve.

2.2. Referendumska večina na zakonodajnem referendumu v primerjalnem pravu

2.2.1. Relativna večina

V veliki večini evropskih držav je za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu predpisana relativna večina. Taka večina je za suspenzivni potrditveni referendum določena na primer v Avstriji, Franciji in Švici.

a) Avstrija

Zakonodajni referendum v Avstriji je naknadni in potrditveni, kar pomeni, da volivci potrjujejo zakon, ki ga je že sprejelo predstavniško telo. Avstrijski Zvezni ustavni zakon (Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), v nadaljevanju avstrijska ustava) zakonodajni referendum ureja v 43. členu, kjer določa, da mora biti vsak zakon, ki ga sprejme državni zbor, po končanem postopku, ki ga določa 42. člen ustave, predložen na referendum, če tako sklene državni zbor ali če to zahteva večina članov državnega zbora. Glede večine, potrebne za sprejem referendumske odločitve, prvi odstavek 45. člena avstrijske ustave določa, da je odločitev na zakonodajnem referendumu sprejeta z večino veljavno oddanih glasov.

b) Francija

Ustava Francije (Constitution de la République française, v nadaljevanju francoska ustava) zakonodajni referendum ureja v 11. členu. V Franciji lahko osnutek zakona na referendum predloži samo predsednik republike na predlog vlade ali na predlog obeh domov parlamenta skupaj. Na referendum se lahko predložijo le tri vrste zakonov, in sicer zakonski predlog, ki se nanaša na organizacijo javnih oblasti, na reforme v zvezi z ekonomsko in socialno politiko države in udeleženi javnimi službami ter na ratifikacijo mednarodnega sporazuma, ki bi vplival na delovanje institucij. Za sprejem odločitve

¹¹ I. Kaučič, nav. delo (1994), str. 145.

¹² Več o tem glej I. Kristan, nav. delo, str. 6–7.

na zakonodajnem referendumu je tudi v Franciji predpisana relativna večina, torej večina volivcev, ki so glasovali.

c) Švica

Švicarska ustavna ureditev pozna na zvezni ravni različne vrste referendumov, in sicer referendum za spremembo ustave na podlagi ljudske iniciative, obligatorni referendum in fakultativni referendum. Na fakultativnem referendumu sprejemajo odločitve zgolj volivci (enojna večina), na obligatornem referendumu pa v določenih primerih hkrati volivci in kantoni, torej je v teh primerih predvidena t. i. dvojna večina.¹³

Enojna večina

Z našim zakonodajnim referendumom je primerljiv švicarski fakultativni referendum. Ta se v skladu s 141. členom švicarske ustave razpiše na zahtevo petdeset tisoč volivcev ali osmih kantonov, na referendumu pa volilni upravičenci odločajo o zveznih zakonih, o nujno razglašanih zveznih zakonih, katerih veljavnost presega eno leto, o odločitvah zveznih organov, če tako določajo ustava in zakoni, ter o nekaterih mednarodnih pogodbah.

Obligatorni referendum, o katerem odloča zgolj ljudstvo, pa se v skladu s 140. členom švicarske ustave razpiše glede ljudske iniciative za popolno revizijo zvezne ustave, ljudske iniciative za delno revizijo zvezne ustave v obliki splošne pobude, ki je bila zavrnjena s strani zvezne skupščine, in glede vprašanj, ali naj se izvede popolna revizija ustave, če oba domova zvezne skupščine o tem ne soglašata.

Ustava Švice (it. Costituzione federale della Confederazione Svizzera, v nadaljevanju švicarska ustava) v 142. členu posebej določa, da je na referendumu, na katerem je glasovalo zgolj ljudstvo, predlog sprejet, če zanj glasuje večina vseh, ki so glasovali.

Dvojna večina

Člen 140 švicarske ustave določa, da se obligatorni referendum, na katerem hkrati odločajo ljudstvo in kantoni, razpiše glede revizije zvezne ustave, vstopa Švice v organizacije za kolektivno varnost in naddržavne skupnosti ter glede nujno razglašanih zveznih zakonov, ki nimajo ustavne podlage in katerih veljavnost presega eno leto.

Švicarska ustava v 142. členu posebej določa, da je na referendumu, na katerem glasujejo ljudstvo in kantoni, predlog sprejet z dvojno večino, in sicer če zanj glasuje večina volivcev, ki so glasovali, in hkrati večina vseh kantonov. Pri tem

¹³ Širše o tem glej I. Kaučič, M. Cerar, nav. delo, str. 283–286.

velja, da se izid referenduma, ki je bil glede vprašanja, o katerem se odloča na državni ravni, predhodno izveden na ravni posameznega kantona, upošteva kot glas kantona. Praviloma ima vsak kanton po en glas, šest kantonov, ki jih imenujemo tudi polkantoni (Obwalden, Nidwalden, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell Ausserrhoden in Appenzell Innerrhoden), pa vsak po pol glasu.

2.2.2. Kvalificirana različica relativne večine

Predpisovanje najmanjšega števila volivcev znotraj volilnega telesa, ki mora glasovati za sprejem odločitve, je primer kvalificirane različice relativne večine.¹⁴ V pravnih sistemih, ki poznajo takšno ureditev, mora referendumsko odločitev potrditi večina volivcev, ki so glasovali, pri čemer mora ta večina obsegati najmanj vnaprej določen odstotek volilnih upravičencev. Kvalificirana različica relativne večine za sprejem referendumske odločitve je predvidena tudi za sprejem referendumske odločitve na Danskem in na Irskem. Glede na to, da je kvalificirana različica relativne večine na Danskem in na Irskem neločljivo povezana s kvorumom zavrnitve, bodo pogoji za sprejem referendumske odločitve v teh dveh državah obravnavani v nadaljevanju pri kvorumu odobritve oziroma zavrnitve kot pogoj za sprejem referendumske odločitve.

O kvalificirani različici relativne večine govorimo tudi v primeru, če bi morali referendumsko odločitev podpreti dve tretjini volivcev, ki so se udeležili glasovanja. Tako zahtevne referendumske večine države ne predpisujejo, saj legitimnost referendumske odločitve učinkoviteje povečujejo z določitvijo kvorumov.

2.3. Referendumska večina v Sloveniji

Za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu je tudi slovenska ustava v preteklosti predpisovala relativno večino. V četrtem odstavku 90. člena Ustave Republike Slovenije je bilo določeno, da je predlog na referendumu sprejet, če zanj glasuje večina volivcev, ki so glasovali. Zakon o referendumu in o ljudski iniciativi je v 23. členu dodajal, da je zakon na referendumu potrjen, če zanj glasuje večina volivcev, ki so veljavno glasovali.

Praksa in izkušnje pri dosedanjem izvajanju zakonodajnih referendumov v Sloveniji, zlasti trend nizke udeležbe volivcev, vprašanje legitimnosti sprejete referendumske odločitve, odsotnost omejitev in prepovedi referendumskega odločanja o določenih vprašanjih, ter primerjalnopravni pogled na sedanjo ureditev referenduma so pokazali potrebo po določenih spremembah oziroma

¹⁴ I. Kaučič, nav. delo (1994), str. 144.

izboljšavah te ureditve. Pri tem je zanimivo, da nobeden od predlogov za spremembe Ustave Republike Slovenije (2001, 2011, 2012) ni posegal v ustavno določbo, ki predvideva relativno večino za sprejem referendumske odločitve. Predlog iz leta 2001 je sicer predvideval ugotavljanje večine zgolj na podlagi veljavnih glasovnic, temu pa sta sledila tudi predloga iz let 2011 in 2012, le da sta kot dodaten pogoj za sprejem referendumske odločitve določila še kvorum udeležbe.

Na podlagi navedenega lahko ugotovimo, da je bila v Sloveniji zahteva po povečanju legitimnosti in kredibilnosti referendumske odločitve vedno eden izmed ključnih razlogov za predlagane spremembe referendumske ureditve, pri čemer tega cilja nikoli nismo poskušali doseči z določitvijo zahtevnejše večine, temveč le z določitvijo kvorumov in pogoja veljavnega glasovanja kot dodatnih pogojev za sprejem referendumske odločitve.

Tudi zadnja sprememba ustavne ureditve zakonodajnega referenduma ni določila zahtevnejše večine, je pa sprejem referendumske odločitve zaostila s tem, da je uvedla zavrnitveni model zakonodajnega referenduma s kvorumom zavrnitve. Tako je v četrtem odstavku 90. člena Ustave Republike Slovenije¹⁵ določeno, da je zakon na referendumu zavrnjen, če proti njemu glasuje večina volivcev, ki so veljavno glasovali, pod pogojem, da proti zakonu glasuje najmanj petina vseh volivcev. S tem smo tudi v Sloveniji, tako kot že v preteklosti na Danskem in na Irskem, določili kvalificirano različico relativne večine, pri čemer je kot dodatni pogoj določen kvorum zavrnitve, in sicer mora proti zakonu glasovati najmanj petina vseh volilnih upravičencev.

3. KVORUM

3.1. Splošno o kvorumu udeležbe in kvorumu odobritve oziroma zavrnitve

Večina držav za sprejem referendumske odločitve ne predvideva kvoruma. V državah, kjer je kvorum na referendumu predpisan, pa se pojavlja v dveh oblikah, in sicer kot:

- kvorum udeležbe,
- kvorum odobritve oziroma zavrnitve.¹⁶

¹⁵ Besedilo četrtega odstavka 90. člena Ustave Republike Slovenije je bilo spremenjeno z Ustavnim zakonom o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije (Ur. l. RS, št. 47/13).

¹⁶ V tuji literaturi se za kvorum udeležbe v angleškem jeziku najpogosteje uporablja besedna zveza *quorum of participation*, za kvorum odobritve pa *quorum of approval*. Kvorum

Kvorum udeležbe je predpisovanje večinske ali kakršnekoli drugačne udeležbe volivcev na zakonodajnem referendumu kot pogoja za sprejem veljavne odločitve. Kvorum odobritve oziroma zavrnitve pa predpostavlja, da je referendumska odločitev veljavno sprejeta le, če jo potrdi (potrditveni referendum) ali zavrne (zavrnitveni referendum) določeno absolutno ali relativno število volivcev. Določitev števila volivcev znotraj volilnega telesa, ki lahko zavrnejo ali potrdijo zakon na referendumu, je pretežno vprašanje politične izbire, pri čemer pa je pomembno, da število ni določeno niti previsoko niti prenizko, da je sprejeta odločitev legitimna. V zvezi s kvorumom odobritve je treba omeniti tudi *upravičeno večino* (angl. *eligible majority*), ki se pojavlja zlasti v tuji literaturi in je opredeljena kot večina, ki hkrati predstavlja določen odstotek volilnih upravičencev. Kjer je za sprejem referendumske odločitve določena upravičena večina, torej ni dovolj, da zakon podpre le večina tistih, ki so glasovali, temveč mora predlog hkrati podpreti tudi določen odstotek volilnih upravičencev. Tako opredeljena upravičena večina se po vsebini v celoti sklada s kvorumom odobritve in zato ni obravnavana pri večini kot pogoju za sprejem referendumske odločitve.¹⁷

Poenostavljeno bi lahko razliko med kvorumom udeležbe in kvorumom odobritve oziroma zavrnitve opredelili na način, da slednji temelji na številu tistih, ki odločajo, kvorum udeležbe pa temelji na volilni udeležbi. Vprašanje kvoruma udeležbe je aktualno predvsem v povezavi s trendom upadanja udeležbe na referendumih ter z legitimnostjo referendumske odločitve. Določitev kvoruma udeležbe po eni strani otežuje sprejem referendumske odločitve, po drugi strani pa preprečuje nastanek nesprejemljive situacije, da bi se referenduma udeležilo zelo majhno število volilnih upravičencev, od katerih bi večina sprejela obvezno odločitev za vse.¹⁸ Teoretično bi se lahko zgodilo celo, da veljavno odločitev sprejme en sam volivec. Tako bi se referendum kot najbolj demokratično sredstvo neposredne demokracije sprevrgel v svoj absurd.¹⁹

Pozitivna posledica določitve kvoruma udeležbe kot pogoja za sprejem referendumske odločitve je lahko tudi v tem, da odvrča od zahtev za razpis re-

zavrnitve (angl. *quorum of rejection*) se v tuji literaturi ne pojavlja, kar gre najverjetneje pripisati temu, da je vsebinsko zajet že v pojmu kvorum odobritve. Vsekakor pa je razlikovanje med kvorumom odobritve in kvorumom zavrnitve smiselno v luči različnih modelov zakonodajnega referenduma.

¹⁷ Več o tem glej M. Qvortrup, nav. delo, str. 164 in nasl.

¹⁸ I. Kristan piše, da je udeležba večine volivcev na referendumu minimalni razpoznavni znak, da gre za demokratično referendumsko odločanje, hkrati pa je garancija, da ni mogoče referenduma zlorabiti za sprejem pomembnih odločitev v imenu večine volivcev. I. Kristan, nav. delo, str. 6 in 7.

¹⁹ F. Hamon, nav. delo, str. 13.

ferenduma v vseh primerih, kjer utemeljeno ni pričakovati zadostnega odziva volilnih upravičencev. Slabost določitve kvoruma udeležbe pa je gotovo v tem, da referendumski odločitev ni nujno odraz dejanske volje volivcev, saj ni mogoče ugotoviti, ali je glasovalna abstinenca posledica nasprotovanja odločitvi, nevtralnosti ali nezainteresiranosti za referendumsko odločanje. Opozoriti velja tudi, da je odločitev državljanov o udeležbi na referendumu povsem svobodna in da v skladu s temeljnimi načeli glasovalne pravice na referendumu nikogar ni mogoče prisiliti, da se referendumu udeleži in glasuje.

Višji prag legitimnosti referendumske odločitve lahko dosežemo tako z zahtevnejšo referendumsko večino kot tudi z določitvijo kvoruma udeležbe ali kvoruma odobritve oziroma zavrnitve. Pri izbiri načina za povečanje legitimnosti referendumske odločitve je treba upoštevati model oziroma obliko zakonodajnega referenduma. Predpisovanje kvoruma udeležbe kot pogoja za sprejem veljavne odločitve ali predpisovanje najmanjšega števila volivcev znotraj volilnega telesa, ki mora glasovati za sprejem odločitve (kvorum odobritve oziroma zavrnitve), je smiselno za razveljavitveni referendum (na katerem volivci glasujejo o razveljavitvi zakona, ki že velja) ali za zavrnitveni referendum (na katerem volivci glasujejo proti uveljavitvi zakona, ki še ne velja). Neizpolnitev enega ali drugega pogoja pomeni, da ostane zakon v veljavi (pri razveljavitvenem referendumu) oziroma da zakon ni zavrjen in se zato lahko razglasi in uveljavi (pri zavrnitvenem referendumu). Če torej kvoruma na referendumu nista dosežena, se zakon uveljavi oziroma ostane še naprej v veljavi, čeprav bi se zoper njega izrekla večina volivcev, ki so glasovali. V sistemu razveljavitvenega ali zavrnitvenega referenduma morajo torej predlagatelji referenduma prepričati dovolj veliko število volivcev, da se referendumu udeležijo in glasujejo zoper zakon. Pri modelu potrditvenega referenduma pa neizpolnitev pogoja večinske udeležbe volivcev nasprotno pomeni, da zakon na referendumu ni sprejet, čeprav bi zanj glasovala večina volivcev, ki so glasovali. Glasovalna abstinenca v tem primeru objektivno koristi zagovornikom v parlamentu sprejetega zakona.²⁰

Beneška komisija v Kodeksu dobre prakse na referendumih državam priporoča, naj se izogibajo določanju zahtevnejših pogojev za sprejem odločitve na referendumu, pri čemer zastopa stališče, da pa je kvorum odobritve, ob predpostavki, da ni previsok, bistveno bolj sprejemljiv kot kvorum udeležbe. Po mnenju Beneške komisije naj bi kvorum udeležbe spodbujal nasprotnike referendumskega predloga, da se glasovanja sploh ne udeležijo, namesto da bi glasovali proti predlogu. Hkrati pa pasivnost nasprotnikov v referendumski kampanji povečuje število tistih volivcev, ki se glasovanja ne udeležijo, kar še

²⁰ Glej tudi I. Kaučič (ur.), nav. delo (2010), str. 221.

dodatno otežuje izpolnitev pogoja kvoruma udeležbe. Kot slabost kvoruma odobritve ali zavrnitve pa Beneška komisija izpostavlja, da v primeru, da je za referendumski predlog glasovala večina volilnih upravičencev, ki so se glasovanja udeležili, zahtevan kvorum pa ne bi bil dosežen, to pri volivcih, ki so se glasovanja udeležili, vzbuja občutek nepravičnosti, češ da je njihova odločitev brez veljave zaradi nerazumnega razloga – predpisanega kvoruma.²¹

Pri določitvi kvorumov udeležbe oziroma kvorumov zavrnitve oziroma potrditve je treba omeniti tudi prednost določitve relativnega števila volivcev v primerjavi z absolutno določenim številom volilnih upravičencev. Tako določen kvorum je namreč nevtralen do demografskih sprememb in te posledično ne morejo vplivati na zahtevnost sprejema referendumske odločitve.

3.2. Kvorum na zakonodajnem referendumu v primerjalnem pravu

3.2.1. Kvorum udeležbe

Države, ki za veljavnost odločitve na zakonodajnem referendumu določajo kvorum udeležbe, kot pogoj za sprejem veljavne odločitve največkrat predpisujejo večinsko udeležbo volilnih upravičencev v državi na referendumu.

a) Primeri držav s suspenzivnim zakonodajnim referendumom

Suspenzivni zakonodajni referendum se razpiše po sprejemu zakona v parlamentu in pred njegovo uveljavitvijo. Suspenzivni zakonodajni referendum neposredno ne posega v zakonodajno funkcijo parlamenta, saj zakonodajnemu telesu omogoča, da zakon samostojno sprejme, volivci pa lahko sprejet zakon naknadno potrdijo oziroma zavrnejo na referendumu.²²

Ustave Slovaške, Litve, Hrvaške in Makedonije predpisujejo, da je odločitev na zakonodajnem referendumu veljavno sprejeta z večino glasov vseh volivcev, ki so glasovali, vendar pod pogojem, da se je referenduma udeležila večina vseh volivcev.²³ Kvorum udeležbe je predpisan tudi na Madžarskem. Madžarska ustava določa, da je odločitev na referendumu veljavno sprejeta, če je večina volilnih upravičencev oddala veljavno glasovnico, pri čemer mora večina volilnih upravičencev, ki je veljavno glasovala, podati isti odgovor na referendumsko vprašanje.²⁴ Posebno ureditev glede kvoruma udeležbe na zakonodajnem referendumu ima tudi Latvija. Za sprejem veljavne odločitve na suspenzivnem

²¹ Več o tem glej Code of Good Practice on Referendums z dne 19. marca 2007.

²² Več o tem glej I. Kaučič (ur.), nav. delo (2010), str. 53 in nasl.

²³ Prvi odstavek 98. člena ustave Slovaške, četrti odstavek 86. člena ustave Hrvaške, drugi odstavek 73. člena ustave Makedonije.

²⁴ Četrti odstavek 8. člena ustave Madžarske.

zakonodajnem referendumu v Latviji se mora referendumu udeležiti polovica volivcev, ki se je udeležila zadnjih parlamentarnih volitev.²⁵ Z vidika kvoruma udeležbe imata posebno ureditev tudi Poljska in Portugalska, saj v teh dveh državah velja, da je v primeru, ko se zakonodajnega referendumu ne udeleži večina volilnih upravičencev, ta *de facto* posvetovalni, in ne zavezujoč.²⁶ Posebnost poljske in portugalske ureditve je torej v tem, da je šele po izvedbi posameznega zakonodajnega referendumu razvidno, ali ima odločitev na referendumu obvezno pravno moč in je za predstavniško telo obvezujoča (odločitveni referendum) ali pa ima le posvetovalno naravo.

b) Primeri držav z razveljavitvenim zakonodajnim referendumom

Večinska udeležba volivcev na referendumu se kot pogoj za sprejem veljavne odločitve zahteva tudi v Italiji in na Malti. V navedenih državah je predpisan razveljavitveni model zakonodajnega referendumu.

Italijanska ustavna ureditev predvideva tri vrste referendumu, in sicer abrogacijskega, suspenzivnega in deželnega.²⁷ S slovenskim zakonodajnim referendumom je primerljiv abrogacijski zakonodajni referendum. Namen italijanskega suspenzivnega referendumu namreč ni odložiti uveljavitev zakona do odločitve ljudstva na referendumu, temveč ugotoviti voljo državljanov o ustavno-revizijem, in ne o navadnem zakonu. Italijanski deželni referendum pa je primerljiv s slovenskimi referendumi na lokalni ravni, saj je omejen na deželno volilno telo.

Abrogacijski referendum je urejen v 75. členu ustave Italije (La Costituzione della Repubblica Italiana, v nadaljevanju italijanska ustava). Na abrogacijskem ali razveljavitvenem referendumu volivci odločajo o razveljavitvi zakona, ki je bil sprejet, objavljen in je že začel veljati.²⁸ V skladu s 75. členom italijanske ustave se razveljavitveni referendum v Italiji razpiše na zahtevo petsto tisoč volivcev ali petih deželnih svetov, na referendumu pa ljudstvo odloča o delni ali popolni razveljavitvi določenega zakona ali akta z zakonsko veljavo. Tretji odstavek 75. člena italijanske ustave določa, da pri izvedbi referendumu sodelujejo vsi državljani, ki lahko sodelujejo na volitvah v poslansko zbornico. Četrty odstavek 75. člena italijanske ustave pa določa, da je predlog, ki je predmet referendumu, sprejet, če se glasovanja udeleži večina volilnih upravičencev in če je dosežena večina veljavno izraženih glasov.²⁹

²⁵ Člen 74 ustave Latvije.

²⁶ Tretji odstavek 125. člena ustave Poljske in enajsti odstavek 115. člena ustave Portugalske.

²⁷ N. Brandt (ur.), nav. delo, str. 62.

²⁸ I. Kaučič (ur.), nav. delo (2010), str. 53.

²⁹ Za veljavno izražene glasove se ne štejejo prazne ali neveljavne glasovnice.

Tudi Malta pozna tri različne vrste referendumov, in sicer ustavnorevidijskega, posvetovalnega in razveljavitvenega oziroma abrogacijskega. Ustavnorevidijski referendum ima pravno podlago v tretjem odstavku 66. člena ustave Malte (Kostituzzjoni Ta' Malta, v nadaljevanju malteška ustava), v praksi pa ta institut neposredne demokracije ni bil še nikoli uporabljen. Drugače kot ustavnorevidijski referendum sta posvetovalni in razveljavitveni referendum urejena v malteškem zakonu o referendumu.³⁰ Na Malti se lahko razveljavitveni zakonodajni referendum razpiše glede zakona ali drugega akta, ki ga je potrdil zakonodajalec (npr. glede kodeksa, zakonika, odloka, odredbe, predpisa idr.). Predpisi, ki se lahko predložijo na referendumsko odločanje, so torej v zakonu naštetih eksemplifikativno, njihova skupna lastnost pa je ta, da imajo zakonsko moč.³¹ Kljub primeroma naštetim aktom, ki se lahko predložijo na referendumsko odločanje, pa malteška ureditev v drugem odstavku 13. člena zakona o referendumu predvideva tudi omejitve referendumskega odločanja. Abrogativni referendum tako ni mogoč glede ustavnih določb, volilnih zakonov, finančnih in nekaterih drugih zakonov. Posebnost malteškega razveljavitvenega referendumov je tudi v tem, da se lahko razpiše glede celotnega predpisa ali le glede posamezne določbe, v obeh primerih pa na zahtevo vsaj desetih odstotkov volilnih upravičencev.³² Člen 20 malteškega zakona o referendumu predvideva, da je predlog na referendumu sprejet, če se glasovanja udeleži večina volilnih upravičencev in če je dosežena večina izraženih glasov. V nasprotnem primeru predpis ostane še naprej v veljavi, referendum o tem predpisu pa se ne sme razpisati še najmanj dve leti po objavi referendumskega izida. Kljub podrobni normativni ureditvi razveljavitvenega referendumov ta v praksi ni bil še nikoli izveden. Na Malti pa so nekajkrat razpisali posvetovalni referendum. Ta se lahko razpiše pred dokončnim sprejetjem zakona v parlamentu in v tem primeru za zakonodajno telo ni zavezujoč, ali pa po sprejetju, pri čemer je v tem primeru referendumska odločitev zavezujoča, predsednik republike pa mora takšen zakon promulgirati.³³

3.2.2. Kvorum odobritve ali zavrnitve

Kvorum kot predpisovanje najmanjšega števila volivcev znotraj volilnega telesa, ki mora glasovati za sprejem odločitve, kot pogoja za sprejem referendum-

³⁰ Referenda Act, ACT XXXIII of 1973, as amended by Acts XXXV and LVIII of 1974, XI of 1975, XIII of 1983, VIII of 1996 and XIX of 2002, v nadaljevanju malteški zakon o referendumu.

³¹ Prvi in tretji odstavek 13. člena malteškega zakona o referendumu.

³² Prvi odstavek 14. člena malteškega zakona o referendumu.

³³ Več o izvedenih referendumih na Malti glej <www.maltadata.com/referend.htm> (10. 9. 2013).

ske odločitve na zakonodajnem referendumu je lahko predviden kot kvorum odobritve ali kot kvorum zavrnitve. Slednji je danes predviden na zakonodajnem referendumu v Albaniji, na Danskem, na Irskem in v Sloveniji. Kvorum odobritve pa je v preteklosti poznala Madžarska. Člen 28c ustave je predpisoval, da je referendumska odločitev na zakonodajnem referendumu veljavno sprejeta z večino glasov volivcev, ki so veljavno glasovali, vendar mora odločitev hkrati podpreti vsaj ena četrtnina vseh volivcev.

Zakonodajni referendum na Danskem je predviden kot suspenzivni in zavrnitveni, razpiše pa se na pobudo parlamentarne manjšine. Danska ustava ureja tudi obligatorni referendum o spremembi starosti za pridobitev volilne pravice, obligatorni referendum o prenosu suverenosti ter referendum o določenih mednarodnih pogodbah. Na Danskem poznajo tudi posvetovalni referendum, ki pa ni urejen v ustavi.³⁴ Zakonodajni referendum na pobudo parlamentarne manjšine ustava Danske ureja v 42. členu. Ko *folketing* (danski parlament) sprejme zakonski predlog, lahko v treh dneh po končanem glasovanju tretjina članov skupščine zahteva referendum. *Folketing* ima potem na voljo nekaj dni, da se odloči o umiku predloga. Če tega ne stori, se zakonski predlog objavi skupaj z uradnim naznanilom referenduma, ki ga je treba izvesti najmanj dvajset in največ osemnajst dni po tej objavi. Na referendumu se glasuje za predlog ali proti njemu. Predlog je na referendumu sprejet, če ga ne zavrne večina volivcev, ki hkrati predstavlja vsaj trideset odstotkov volilnih upravičencev.³⁵ Visok delež vzdržanih torej lahko olajša sprejem zakonodajne reforme. Tudi v primeru referenduma o spremembi starosti za pridobitev volilne pravice, referenduma o prenosu suverenosti ter referenduma o določenih mednarodnih pogodbah je predlog na referendumu sprejet, če ga ne zavrne večina volivcev, ki hkrati predstavlja vsaj trideset odstotkov volilnih upravičencev.³⁶

Tudi ustava Irske predvideva, da se zakonski predlogi pošljejo v odločitev ljudstvu. Ta postopek je podrobno urejen s 27. členom ustave Irske. Ko parlament sprejme določen zakon, lahko večina senatorjev in najmanj tretjina članov spodnjega doma skupaj zahtevata od predsednika republike, da odloži njegovo objavo. Predsednik ima potem svobodo presoje. Zakon lahko da v objavo, če meni, da ne vsebuje nobenega predloga državnega pomena, zaradi katerega bi morali za mnenje vprašati ljudstvo. V nasprotnem primeru zadrži objavo, dokler predlog ni potrjen na referendumu ali dokler ga spodnji dom ne potrdi po svoji razpustitvi in novih volitvah svojih članov.³⁷ Drugi odstavek 47. člena

³⁴ F. Hamon, nav. delo, str. 143–146.

³⁵ Peti odstavek 42. člena ustave Danske.

³⁶ Drugi odstavek 20. člena in drugi odstavek 29. člena ustave Danske.

³⁷ F. Hamon, nav. delo, str. 152.

irske ustave vsebuje določbe o ugotavljanju referendumskih izidov. Vsak predlog, ki je predmet zakonodajnega referenduma, se šteje za zavrnjenega, če je večina volivcev glasovala proti in če glasovi proti hkrati predstavljajo vsaj tretjino volilnih upravičencev. Če kvalificirana večina glasov proti ni dosežena, se v primeru zakonodajnega referenduma šteje, da je ljudstvo predlog podprlo.

Člen 150 albanske ustave določa, da ima petdeset tisoč volilnih upravičencev pravico zahtevati razveljavitveni (abrogacijski) zakonodajni referendum, lahko pa predsedniku republike zgolj predlagajo, da razpiše referendum o zadevah posebnega pomena. Tretji odstavek 118. člena volilnega zakona Albanije določa, da je referendumska odločitev na zakonodajnem referendumu sprejeta z večino glasov volivcev, ki so veljavno glasovali, vendar mora odločitev hkrati podpreti vsaj tretjina volilnih upravičencev v državi. Drugi odstavek 121. člena volilnega zakona pa določa, da razveljavitev celotnega zakona ali njegovega dela začne učinkovati takoj po razglasitvi referendumskega izida, na obrazloženo prošnjo sveta ministrov pa lahko skupščina razveljavitev odloži, vendar največ za 60 dni.

Kot je bilo že omenjeno, je relativno ali absolutno število volivcev, ki je določeno kot kvorum, predvsem stvar politične odločitve. Splošno gledano je v primerjalnem pravu kvorum odobritve veliko višji, ko gre za najpomembnejše odločitve v državi. Tako mora na primer ustavno spremembo v Latviji odobriti več kot polovica volilnih upravičencev v državi, v Litvi pa je referendumska odločitev, ki zadeva suverenost države, sprejeta, če jo odobri tri četrtine volilnih upravičencev v državi. V nekaterih državah morata biti za sprejem referendumske odločitve izpolnjena celo oba pogoja, in sicer tako kvorum udeležbe kot kvorum odobritve, vendar gre tudi v tem primeru za najpomembnejše odločitve v državi (npr. Litva na obligatornem referendumu).

3.3. Kvorum na zakonodajnem referendumu v Sloveniji

Za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu v Sloveniji v preteklosti ni bila predvidena nobena od oblik kvoruma. Do določitve kvoruma udeležbe se je v odločbi št. U-I-266/96³⁸ opredelilo tudi Ustavno sodišče, ki je zapisalo, da morebitna določitev kvoruma kot pogoja za sprejem odločitve na referendumu brez izrecnega ustavnega pooblastila ni dopustna. Določitev kvoruma udeležbe bi namreč pomenila poseg v ustavno pravico do referenduma, ta pa bi bil dopusten le, če bi imel za cilj varovanje neke druge ustavne vrednote in bi bil sorazmeren. Ustavno sodišče za določitev kvoruma udeležbe takšne utemeljitve ni našlo, saj je bilo mnenja, da »če je bil namen zakonodajalca doseči

³⁸ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-266/96 z dne 31. julija 1996, Ur. l. RS, št. 43/96.

večjo stopnjo konsenza volivcev, je za dosego tega namena izbral neprimerno sredstvo, saj kvorum otežuje sprejem odločitve, kar pa ni legitimen cilj, ki bi lahko upravičeval takšen poseg«. ³⁹

Drugače kot zakonodajni referendum je bil ustavnorevizijski referendum že prvotno zasnovan na način, da določa kvorum udeležbe kot pogoj za sprejem veljavne referendumske odločitve. Tako drugi odstavek 170. člena Ustave določa, da je sprememba ustave na referendumu sprejeta, če zanjo glasuje večina volivcev, ki so glasovali, pod pogojem, da se glasovanja udeleži večina vseh volivcev. Če torej pogoj večinske udeležbe volivcev ni izpolnjen, ustavni zakon o spremembi Ustave ne začne veljati.

Tendenca po določitvi kvoruma udeležbe kot pogoja za veljaven sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu je v Sloveniji prisotna že kar nekaj let. Osnutek ustavnega zakona o spremembah Ustave Republike Slovenije iz leta 2001 sicer ni določal kvoruma udeležbe kot pogoja za sprejem veljavne referendumske odločitve, je pa relativni večini dodal pogoj veljavnega glasovanja. ⁴⁰ Osnutek ustavnega zakona o spremembah in dopolnitvi Ustave Republike Slovenije iz leta 2011 pa je predvideval, da je na zakonodajnem referendumu sprejeta tista odločitev, za katero glasuje večina volivcev, ki so veljavno glasovali. Kot dodatni pogoj je bil predviden kvorum udeležbe, in sicer se je veljavnost sprejete referendumske odločitve pogojevala z udeležbo vsaj četrtnine volilnih upravičencev v državi. Tu se je torej prvič resneje pristopilo k vprašanju, ali kvorum sploh uvesti, in temu sledečemu vprašanju, v kolikšni višini oziroma s kolikšnim deležem udeležencev državljanov, ki imajo pravico do glasovanja na referendumu, naj bo tak kvorum določen. Predlagatelj je bil mnenja, da se že s samo uvedbo kvoruma povečujeta kredibilnost in legitimnost referendumske odločitve ter da je, upoštevaje primerjalnopravne trende, kvorum četrtnine volilnih upravičencev, ki se morajo referendumu udeležiti, pravzaprav minimum za legitimnost referendumske odločitve. ⁴¹ Pri tem je pomembno tudi, da noben od predlogov ni posegal v model zakonodajnega referendumu in je ohranjal naknadni potrditveni referendum.

Tudi prvi osnutek ustavnega zakona o spremembah Ustave Republike Slovenije z dne 13. septembra 2012 je predvideval kvorum udeležbe kot pogoj za sprejem veljavne referendumske odločitve. Tretji odstavek 90. člena osnutka

³⁹ Več o tem glej 19. in 20. točko obrazložitve prej citirane odločbe Ustavnega sodišča.

⁴⁰ Predlagano besedilo četrtega odstavka 90. člena Ustave se je tako glasilo: »Zakon je na referendumu potrjen, če zanj glasuje večina volivcev, ki so veljavno glasovali.«

⁴¹ Več o tem glej: Predlog za začetek postopka za spremembe in dopolnitev Ustave Republike Slovenije z osnutkom ustavnega zakona o spremembah in dopolnitvi Ustave Republike Slovenije z dne 10. marca 2011, str. 14–16.

je predpisoval, da je izid referenduma veljaven, če se referendumu udeleži najmanj 35 odstotkov državljanov, ki imajo volilno pravico, četrti odstavek 90. člena osnutka pa je določal, da zakon začne veljati, če za njegovo uveljavitev glasuje večina volivcev, ki so veljavno glasovali, ali če izid referenduma ni veljaven. Predlagatelji so določitev kvoruma udeležbe utemeljili s tem, da že ustava in zakon predpisujeta določen kvorum v zvezi s samo pobudo oziroma zahtevo za razpis referenduma, zato je nedosledno in nesistemske, da ustava ne določa nobenega kvoruma udeležbe za veljavnost referendumske odločitve. Poleg tega so predlagatelji navajali še problem legitimnosti formalno povsem veljavne referendumske odločitve, ki bi bila sprejeta ob izrazito nizki udeležbi volivcev.⁴² Pri tem je treba opozoriti, da tudi ta predlog ni posegel v model naknadnega potrditvenega referenduma in tudi ne v večino, ki je potrebna za potrditev zakona na referendumu.

Slabost predlagane ureditve je bila zlasti v tem, da bi bil zakon uveljavljen tudi, če bi se referendumu udeležilo le nekaj manj kot 35 odstotkov vseh volivcev, proti zakonu pa bi se opredelili vsi volivci, ki so glasovali. Takšna določitev kvoruma udeležbe nesporno sili k udeležbi na referendumu tiste, ki zakonu nasprotujejo. Če je nasprotnikov zakona manj kot 35 odstotkov vseh volilnih upravičencev, pa morajo ti prepričati še manjkajoči delež volivcev, da se glasovanja udeležijo, da bi bil izid referenduma sploh veljaven. Glede na to, da v slovenskem pravnem sistemu glasovalna abstinenca volilnih upravičencev ni z ničimer sankcionirana, bi nasprotniki zakona v primeru glasovanja o zakonu, ki je javnosti manj zanimiv oziroma je strokovno (pre)zahteven za širšo javnost, nedvomno imeli zelo težko nalogo prepričati zadostno število volivcev, naj se referendumu udeležijo. Na podlagi zapisanega se zdi, da sistem kvoruma udeležbe v modelu naknadnega potrditvenega referenduma spodbuja pasivnost volivcev, ko gre za udeležbo na referendumu, pri čemer glasovalna abstinenca volilnih upravičencev nedvomno koristi podpornikom v Državnem zboru sprejetega zakona.⁴³

Referendumske izide pri različnih modelih zakonodajnega referenduma je zaradi njihovih specifičnih značilnosti težko primerjati med seboj. Nesporno namreč je, da imajo volilni upravičenci v ureditvah, kjer je predvidena katera od oblik kvoruma, drugačen odnos do glasovanja na referendumu, kar se praviloma kaže zlasti v njihovi manjši pasivnosti in tudi manjši glasovalni ab-

⁴² Več o tem glej Predlog za začetek postopka za spremembo Ustave Republike Slovenije z osnutkom ustavnega zakona o spremembah Ustave Republike Slovenije z dne 13. septembra 2012, str. 15–17.

⁴³ Več o tem: Stališča strokovne skupine o predlogu za začetek postopka za spremembe Ustave Republike Slovenije z osnutkom ustavnega zakona o spremembah Ustave Republike Slovenije z dne 13. septembra 2012.

stinenci, saj se zavedajo, da je veljavna referendumsko odločitev sprejeta le, če je dosežen zahtevan kvorum. Če kljub navedenemu predlagano ureditev s 35-odstotnim kvorumom udeležbe osvetlimo še z vidika izvedenih zakonodajnih referendumov v Sloveniji od leta 2011 naprej, so rezultati naslednji. Na zakonodajnem referendumu o malem delu aprila 2011 je bila volilna udeležba 33,99-odstotna, proti zakonu je glasovalo 80,07 odstotka volivcev. Petega junija 2011 so volilni upravičenci na referendumih odločali o treh zakonih, pri čemer je bila volilna udeležba na referendumu o Zakonu o preprečevanju dela in zaposlovanja na črno 40,44-odstotna, proti zakonu pa je glasovalo 75,41 odstotka volivcev. Na referendumu o pokojninski reformi je bila volilna udeležba 40,46-odstotna, proti zakonu je glasovalo 72,05 odstotka, na referendumu o zakonu o arhivih je bila volilna udeležba 40,42-odstotna, proti zakonu je glasovalo 70,88 odstotkov volivcev. Ljudstvo je na referendumu zadnjič odločalo marca 2012, in sicer o potrditvi Družinskega zakonika, volilna udeležba je bila 30,31-odstotna, proti zakonu pa je glasovalo 54,55 odstotka volivcev.⁴⁴ Upoštevaje predlagano ureditev zakonodajnega referenduma, da se zakon uveljavi, če ga podpre večina volivcev, ki so veljavno glasovali, ali če izid referenduma ni veljaven, bi to pomenilo, da bi se zaradi prenizke volilne udeležbe in posledično neveljavnega referendumskega izida Družinski zakonik in Zakon o malem delu uveljavila, preostali zakoni pa ne bi bili uveljavljeni kljub zadostni referendumski udeležbi, saj je večina volivcev glasovala proti tem zakonom.

Strokovna skupina za zakonodajni referendum pri ustavni komisiji Državnega zbora (v nadaljevanju strokovna skupina) je stopila še korak dlje in predlagala tudi spremembo modela zakonodajnega referenduma. V naši referendumski praksi namreč velja, da referendum praviloma zahtevajo tisti, ki nasprotujejo v parlamentu sprejetemu zakonu, zato je strokovna skupina predlagala uvedbo zavrnitvenega modela zakonodajnega referenduma oziroma tudi tako imenovani ljudski veto. Predlog ustavne določbe strokovne skupine se je glasil, da bi bil zakon na referendumu zavrtnjen, če bi bilo proti zakonu več glasov kot za, pri čemer mora biti proti najmanj četrtnina vseh volivcev (kvorum zavrnitve).⁴⁵

Ustavodajalec je nato v četrtem odstavku 90. člena Ustave Republike Slovenije⁴⁶ določil, da je zakon na referendumu zavrtnjen, če proti njemu glasuje

⁴⁴ Vir podatkov o volilni udeležbi in o referendumskih izidih v tem prispevku je Državna volilna komisija, podatki so dostopni na spletni strani: <www.dvk-rs.si/index.php/si/arhiv-referendumi> (17. 8. 2013).

⁴⁵ Več o tem glej: Stališča strokovne skupine o predlogu za začetek postopka za spremembe Ustave Republike Slovenije z osnutkom ustavnega zakona o spremembah Ustave Republike Slovenije z dne 13. septembra 2012.

⁴⁶ Besedilo četrtega odstavka 90. člena Ustave Republike Slovenije je bilo spremenjeno z Ustavnim zakonom o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije (Ur. l. RS, št. 47/13).

večina volivcev, ki so veljavno glasovali, pod pogojem, da proti zakonu glasuje najmanj petina vseh volivcev. Upošteva, da je v Sloveniji okrog 1.709.692 volilnih upravičencev, to pomeni, da mora proti zakonu glasovati približno 341.938 volilnih upravičencev. Za primerjavo je zanimiv podatek, da je proti Družinskemu zakoniku, ki so ga državljani na referendumu meseca marca 2012 zavrnil, ob tudi sicer nizki volilni udeležbi glasovalo le 279.937 glasovalnih upravičencev. Na podlagi navedenega je mogoče zaključiti, da je novi zavrnitveni model zakonodajnega referenduma v primerjavi s prejšnjo ureditvijo bistveno zvišal prag legitimnosti na referendumu sprejete odločitve.

Zmanjšanje kvoruma zavrnitve z ene četrtnine vseh volivcev, kar je predlagala strokovna skupina, na petino vseh volivcev jasno kaže, da je določitev števila volivcev, ki lahko zavrnejo zakon, predvsem stvar politične, in ne strokovne odločitve. Irska in Danska, ki tako kot Slovenija poznata zavrnitveni model zakonodajnega referenduma, imata obe strožje določen kvorum zavrnitve, in sicer Danska 30 odstotkov volilnih upravičencev, Irska pa tretjino volilnih upravičencev. Primerjalnim trendom je v svojem predlogu z določitvijo kvoruma ene četrtnine volivcev sledila tudi strokovna skupina, vendar se Državni zbor predlogu ni odločil slediti.

Pri pogojih za sprejem referendumske odločitve je pomembno tudi, da je bila s spremembo ustavne ureditve zakonodajnega referenduma določba o glasovanju na referendumu dopolnjena s pogojem o veljavnem glasovanju na referendumu.⁴⁷ Z določitvijo pogoja veljavnega glasovanja se sledi cilju, da se pri ugotavljanju večine volivcev na referendumu ne upoštevajo neveljavne glasovnice in da te posledično ne morejo imeti vpliva na izid referenduma. Že v preteklosti se je glede pogoja veljavnega glasovanja na referendumu omenjala razlaga, da se med glasovalce štejejo samo tisti volivci, ki so veljavno glasovali, saj v primeru neveljavne glasovnice volivec sploh ni glasoval in tako ni mogoče sklepati o njegovi volji. Navedena razlaga sicer ni bila splošno sprejeta, ob ustavnem urejanju referenduma o mednarodnih povezavah leta 2003 pa je bila postavljena zahteva, da se referendumska večina ugotavlja samo na podlagi veljavnih glasovnic, kot to velja za volitve predsednika republike. Glede na to, da gre v vseh primerih za izražanje volje volivca, ni bilo videti ne teoretičnega ne praktičnega razloga za to, da navedeni standard veljavnega glasovanja ne bi veljal za vse primere, ko volivci neposredno izražajo svojo voljo. Temu konceptu je sledila tudi novela Zakona o referendumu in o ljudski iniciativi (ZRLI-D), ki je za referendum o spremembi Ustave, za zakonodajni referendum in za referendum o mednarodnih povezavah izrecno predpisala večino

⁴⁷ Veljavno besedilo četrtega odstavka 90. člena Ustave Republike Slovenije se glasi: »Zakon je na referendumu zavrnjen, če proti njemu glasuje večina volivcev, ki so *veljavno glasovali*, pod pogojem, da proti zakonu glasuje najmanj petina vseh volivcev.«

veljavnih glasov.⁴⁸ S spremembo ustavne ureditve zakonodajnega referenduma je bil pogoj veljavnega glasovanja prenesen še na ustavno raven, kar pomeni, da so danes vsi pogoji za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu določeni v Ustavi.

Tabela strnjeno prikazuje pogoje za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu v posameznih državah.

DRŽAVA	VEČINA	KVORUM UDELEŽBE	KVORUM ODOBRITVE/ ZAVRNITVE
Albanija	relativna	/	1/3 volilnih upr.
Avstrija	relativna	/	/
Danska	relativna	/	30 % volilnih upr.
Francija	relativna	/	/
Hrvaška	relativna	večina volilnih upr.	/
Irska	relativna	/	1/3 volilnih upr.
Italija	relativna	večina volilnih upr.	/
Latvija	relativna	1/2 volilnih upravičencev, ki so se udeležili zadnjih parlamentarnih volitev	/
Litva	relativna	večina volilnih upr.	/
Makedonija	relativna	večina volilnih upr.	/
Malta	relativna	večina volilnih upr.	/
Poljska	relativna	večina volilnih upr.	/
Portugalska	relativna	večina volilnih upr.	/
Slovaška	relativna	večina volilnih upr.	/
Slovenija	relativna	/	1/5 volilnih upr.

4. SKLEP

V državah, ki predvidevajo suspenzivni potrditveni referendum, je za potrditev zakona na referendumu praviloma potrebna večina glasov volilnih upravičencev, ki so glasovali (relativna večina), pri čemer v večini primerov tudi

⁴⁸ Več o tem glej I. Kaučič (ur.), nav. delo (2010), str. 222–223.

nista predpisana kvorum udeležbe oziroma kvorum odobritve. V državah, kjer je predviden suspenzivni zavrnitveni referendum (Danska, Irska, Slovenija), je za veljaven sprejem referendumske odločitve prav tako potrebna relativna večina, pri čemer je hkrati predpisan kvorum zavrnitve. Države, ki poznajo razveljavitveni zakonodajni referendum (Italija, Malta), v večini primerov kot pogoj za referendumsko odločitev predpisujejo kvorum udeležbe, izjema pa je Albanija, saj predpisuje število volilnih upravičencev, ki morajo glasovati za razveljavitvev zakona. V državah, kjer je predviden kvorum udeležbe, je ta največkrat določen kot večina volilnih upravičencev.

Za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu je torej najpogostejše predpisana relativna večina. Pri državah, ki v svojih referendumskih ureditvah predvidevajo kvorume, pa je treba razlikovati med državami, ki so uvedle razveljavitveni ali zavrnitveni model referenduma in v katerih je kvorum sestavni del tega modela, in državami s potrditvenim referendumom, kjer je določen kvorum v funkciji večanja legitimnosti referendumske odločitve.

Tako kot v večini držav je bila tudi pri nas predpisana relativna večina za sprejem odločitve na naknadnem potrditvenem zakonodajnem referendumu. Zavrnitveni model zakonodajnega referenduma z določenim kvorumom zavrnitve kot pogojem za sprejem referendumske odločitve je nedvomno velika novost na področju neposredne demokracije v Sloveniji. Kot je bilo že omenjeno, tak model zakonodajnega referenduma poleg Slovenije poznata tudi Danska in Irska, pri čemer lahko zaenkrat te ureditve med seboj primerjamo le na ravni doktrine. Na Irskem namreč tak referendum še nikoli ni bil razpisan, na Danskem pa so bili o štirih zakonih taki referendumi razpisani že davnega leta 1963, od tedaj naprej pa nikoli več.⁴⁹ Ker nove ureditve pogojev za sprejem referendumske odločitve ne moremo primerjati s tujimi sistemi, tudi ne moremo z gotovostjo trditi, da je nova ureditev ustrežnejša kot prejšnja. Nedvomno pa je nova ureditev zakonodajnega referenduma vsaj na normativni ravni bistveno povečala legitimnost sprejete referendumske odločitve in s tem odgovorila na kritike strokovne, politične in širše javnosti o tem, kako visoka glasovalna abstinenca volivcev vzbuja dvom o demokratičnosti sprejete referendumske odločitve. Ne glede na to, kakšna so bila mnenja strokovne in širše javnosti v zvezi s spremembami ustavne ureditve zakonodajnega referenduma in še posebej z določitvijo kvoruma zavrnitve, pa bo v vsakem primeru treba počakati na odgovore v praksi uporabe zakonodajnega referenduma.

⁴⁹ Danci so leta 1963 na referendumu zavrnilli vse štiri zakone, pri čemer sta bila za zavrnitev zakonov izpolnjena oba pogoja: referendumska večina in kvorum zavrnitve. Več o tem P. Svensson, v: M. Gallagher in P. V. Uleri (ur.), nav. delo, str. 39, 44 in 45.

Literatura

- Matej Avbelj: Ustavni monizem in krčenje referendumskega odločanja – Kri-tična analiza doktrine zlorabe referenduma, v: *Revus: revija za evropsko ustavnost*, št. 4/2005, str. 83–96.
- Neven Brandt (ur.): *Osnove italijanskega ustavnega prava in ustava Republike Italije*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1998.
- Miro Cerar: Ambivalentnost (zakonodajnega) referenduma, v: *Slovenska uprava: revija Ministrstva za notranje zadeve Republike Slovenije*, št. 1/2003, str. 21–24.
- Miro Cerar: Razmerje med posredno in neposredno demokracijo v slovenski ustavni ureditvi, v: *Javna uprava*, št. 2/2001, str. 133–164.
- Miro Cerar in Igor Kaučič: Zakonodajni referendum v nekaterih evropskih državah s posebnim poudarkom na švicarski ureditvi, v: *Javna uprava*, št. 3/2003, str. 263–294.
- Michael Gallagher in Pier Vincenzo Uleri: *The Referendum Experience in Europe*. Macmillan Press, London 1996.
- Franc Grad, Drago Zajc in Igor Kaučič: *Referendum in sprejemanje nove slovenske ustave*. Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 1990.
- Francis Hamon: *Referendum – primerjalna študija*. DZS, Ljubljana 1998.
- Igor Kaučič: *Referendum in sprememba Ustave*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1994.
- Igor Kaučič: Referendum na zahtevo parlamentarne opozicije, v: *Podjetje in delo*, št. 6-7/2010, str. 1317–1325.
- Igor Kaučič (ur.), Franc Grad, Saša Zagorc, Sebastian Nerad in Samo Bardutzky: *Zakonodajni referendum: pravna ureditev in praksa v Sloveniji*. GV Založba, Ljubljana 2010.
- Igor Kaučič: Sistem volitev predsednika republike v Sloveniji in v drugih državah Evropske unije, v: *Pravnik*, let. 66, št. 5-6/2011, str. 311–338.
- Ivan Kristan: Referendum: samo večina ali tudi prag udeležbe?, v: *Pravna praksa*, 21 (2002) 14, str. 6–7.
- Alfred Leskovec (prev.): *Ustavni sistem Republike Avstrije*. Visokošolsko središče, Koper 2000.
- Predlog za začetek postopka za spremembe Ustave Republike Slovenije z osnutkom ustavnega zakona o spremembah Ustave Republike Slovenije (EPA 1620–VI) z dne 13. septembra 2012.
- Predlog za začetek postopka za spremembe Ustave Republike Slovenije z osnutkom ustavnega zakona (EPA 283–III) z dne 26. julija 2001.

- Predlog za začetek postopka za spremembe in dopolnitev Ustave Republike Slovenije z osnutkom ustavnega zakona o spremembah in dopolnitvi Ustave Republike Slovenije z dne 10. marca 2011.
- Predlog ustavnega zakona o spremembah 90., 97 in 99. člena Ustave Republike Slovenije (UZ90,79,99), EPA 620–VI, Ljubljana, 2. april 2013.
- Ciril Ribičič: Človekove pravice in ustavna demokracija: ustavni sodnik med pozitivnim in negativnim aktivizmom. Študentska založba, Ljubljana 2010.
- Matt Qvortrup: A comparative study of referendums – government by the people. Manchester University Press, Manchester in New York 2005.
- Jadranka Sovdat: Volilni spor. GV Založba, Ljubljana 2013.
- Stališča strokovne skupine o predlogu za začetek postopka za spremembe Ustave Republike Slovenije z osnutkom ustavnega zakona o spremembah Ustave Republike Slovenije (EPA 620–VI) z dne 13. septembra 2012.
- Lovro Šturm (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije. Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj 2011.
- Venice Commission: Code of Good Practice on Referendums. Study no. 371/2006, Strasbourg, 19. marec 2007.

QUORUM IN LEGISLATIVE REFERENDUM IN SLOVENIAN AND COMPARATIVE LAW

Bruna Žuber,

*LL.B., Constitutional Law Ph.D. programme student and demonstrator
at the Faculty of Law at the University of Ljubljana, judicial trainee
at the High Court in Ljubljana*

The regulation of legislative referendum in constitutional systems of different European countries with a well developed direct democracy vary in three main points i.e. type and form of referendum, procedures regarding its use and acceptance, and conditions required to accept a referendum decision. What all referendum regulations seem to have in common is that a decision accepted in referendum by voters is binding for the representative body irrespective of whether the constitution specifically determines it or not.

In theory, the conditions required to accept a referendum decision are classified into three groups. The first group of conditions relates to the majority required for a decision to be accepted in legislative referendum. Determining the majority is an obligatory part of each referendum otherwise the direct decision-making of the voters would be meaningless. The second group of conditions to accept a referendum decision are conditions regarding the quorums, i.e. the quorum of participation and the quorum of approval and rejection. The third group of conditions relates to other conditions required to accept a legislative referendum decision. The last ones are typical only of different referendum regulations in each individual country. Determining the quorum or other conditions to accept a referendum decision is facultative, as opposed to the referendum majority, and its purpose is mainly a greater legitimacy of a decision.

The conditions required to accept a referendum decision in individual country are first of all a legal issue, but there are also political, sociological and other influences that should by no means be neglected. If the conditions are too demanding, a referendum decision is more difficult to be accepted and the meaning of the direct democracy is diminished, whereas on the other hand, the con-

ditions that are not demanding enough lead to questions about the legitimacy of a referendum decision-making. The inadequate conditions can even lead to a situation which allows the abuse of legislative referendum.

The majority rule is a key for referendum decision-making. Contrary to the general elections where the majority is determined considering only the voters who voted, in referendum the majority can be determined also in relation to the whole voting body. In theory there are three different types of majorities:

- a simple majority,
- a qualified majority,
- an absolute majority.

A simple majority is determined as the majority of the voters who voted and it is according to the comparative law the most frequent condition for referendum decision-making. A qualified majority or the stricter version of a simple majority is determined as the majority of the voters who voted whereby another condition has to be fulfilled. An absolute majority is determined considering all the eligible voters and it is in most cases determined as the majority of all eligible voters who have to cast votes in favour of a certain referendum decision.

Geographical or dual majority and ethnical majority are less known. Geographical or dual majority is a majority determined on the basis of two different criteria and it is mostly connected with federations where the referendum proposals have to be accepted by citizens as well as by federal units. Ethnical majority is determined as the majority within an individual ethnic group that has to endorse a referendum proposal. It is worth reminding that determining the ethnical majority as a condition for a referendum proposal to be passed in a referendum, would be problematic from the point of view of a fundamental principle i.e. general right to vote, which presumes that the right to vote in referendum is held by all citizens who are eligible to vote in elections irrespective of their national, ethnical or other origin.

In most countries, quorum is not required as a condition for a legislative referendum. In countries where the quorum is required it usually has two forms i.e. as a quorum of participation and as a quorum of approval and rejection. Hereto, it is necessary to distinguish between the countries with an abrogative referendum, where the quorum is a constituent part and those with a confirmative referendum, where the purpose of quorum is mainly that of a greater legitimacy of a decision.

Quorum of participation is determining the majority or any other participation of voters in a legislative referendum as a condition to accept a valid decision. Quorum of approval and rejection presumes that a decision is adopted if

it is approved (confirmative referendum) or rejected (rejective referendum) by a determined absolute or simple majority of voters. Determining the number of voters within the voting body, who can approve or reject a decision, is mainly a question of political choice, but the important thing that makes the decision legitimate is not to set the number too high or too low.

A higher threshold for legitimacy of a referendum decision can be reached by a more demanding referendum majority as well as by determining the quorum of participation or the quorum of approval and rejection. It is necessary to consider the model or the form of legislative referendum when choosing how to make the legitimacy of referendum higher. It is *mutatis mutandis* to determine the quorum of participation as a condition to accept a valid decision or to determine the number of voters within the voting body that have to vote in favour of the decision when speaking of abrogative referendum (the voters vote to abrogate the law that is already in force) or of rejective referendum (where the voters vote against the enforcement of the law which has not been in force yet). If either one or the other condition is not fulfilled, the law continues to stay in force (in abrogative referendum) or the law is not rejected and can therefore be promulgated and enforced (in rejective referendum). If the quorums are not reached in referendum, the law is enforced or continues to stay in force, even if the majority of the voters who voted, would cast votes against it. In abrogative or rejective referendum type of model it is therefore necessary for the people who initiate the referendum to convince a high enough number of voters to vote against the law. On the contrary, if the condition of majority is not fulfilled in confirmative referendum type of model, that means that the law is not adopted in referendum even though the majority of voters who voted, would cast votes in favour of it. In this case, the abstinence of voting is useful for those in favour of the law adopted in the parliament.

The table below shows the conditions to accept the decision in a legislative referendum in individual countries.

COUNTRY	MAJORITY	QUORUM OF PARTICIPATION	QUORUM OF APPROVAL/REJECTION
Albania	simple	/	1/3 of eligible voters
Austria	simple	/	/
Denmark	simple	/	30 % of eligible voters
France	simple	/	/
Croatia	simple	majority of eligible voters	/

Ireland	simple	/	1/3 of eligible voters
Italy	simple	majority of eligible voters	/
Latvia	simple	½ of eligible voters who participated in the last parliamentary elections	/
Lithuania	simple	majority of eligible voters	/
Macedonia	simple	majority of eligible voters	/
Malta	simple	majority of eligible voters	/
Poland	simple	majority of eligible voters	/
Portugal	simple	majority of eligible voters	/
Slovakia	simple	majority of eligible voters	/
Slovenia	simple	/	1/5 of eligible voters

In countries with a suspensive confirmative referendum, the majority of votes of those who voted (simple majority) is needed to adopt a law in referendum. In most cases the quorum of participation and of approval are not prescribed. In countries with a suspensive rejective referendum (Denmark, Ireland, Slovenia) a simple majority is also needed to accept a referendum decision but the quorum of rejection is also prescribed. In countries with abrogative legislative referendum (Italy, Malta), the quorum of participation is in most cases prescribed as a condition to accept a referendum decision. The exception is Albania where the number of the eligible voters needed to vote in favour of abrogation of the law is prescribed. In countries with the quorum of participation prescribed, the quorum is mostly determined as a majority of all eligible voters.

There were three proposals lodged to change the constitutional act in Slovenia i.e. in 2001, 2011 and 2012. But the National Assembly accepted the last of proposals only in May 2013. The Constitutional Act on amendments of Articles 90, 97 and 99 of Constitution of the Republic of Slovenia changed the regulation completely. Consequently, the conditions required to accept a referendum decision were changed and strengthened.

There are three main types of changes of constitutional order i.e. it gives more importance to the legitimacy of referendum decision, it changes the initiative for referendum and it limits the questions decided upon in a referendum. Legi-

slative referendum remains a subsequent and suspensive, but a rejective model of legislative referendum was introduced instead of a confirmative one.

In the past, a simple majority was needed to accept a referendum decision but there were no quorums prescribed. The new amendment of the Article 90 of Constitution of the Republic of Slovenia determines that a law is rejected in referendum if the majority of the voters whose votes were valid, vote against the law, on condition that at least one fifth of all eligible voters vote against it. Following Denmark and Ireland, Slovenia determined the qualified simple majority accompanied by the quorum of rejection as an additional condition.

GLOSA O INTERPRETACIJSKI DISKRECIJI PRI PREGONU KAZNIVEGA DEJANJA POSLOVNE GOLJUFIJE*

Ciril Keršmanč,

*univerzitetni diplomirani pravnik, LL.M., doktor pravnih znanosti,
raziskovalec na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani*

1. UVODNO O NORMATIVNEM RAZVOJU IN KVANTITATIVNI UMESTITVI KAZNIVEGA DEJANJA POSLOVNE GOLJUFIJE

Poetično bi lahko povzeli, da je kaznivo dejanje poslovne goljufije iz leta 1999 idejni otrok Vrhovnega sodišča RS, ki mu je botrovala razvpita zadeva Grubelič, ime pa mu je izbral Janez (Ivan) Janša kot predstavnik takratne opozicijske poslanske skupine SDS. Tako vsaj kaže kratek pregled normativne zgodovine tega kaznivega dejanja.

Samo poimenovanje »poslovna goljufija« je bilo izrecno uporabljeno (vsaj) že v zadevi Grubelič,¹ dobrih šest let pred uveljavitvijo istoimenskega kaznivega dejanja. Višje sodišče je v sodbi, s katero je razveljavilo prvo oprostilno sodbo v zadevi Grubelič, takole definiralo poslovno goljufijo in jo razmejilo od klasične goljufije:

»... ne gre za obtožbo zaradi preproste goljufije, kjer storilec skuša pridobiti korist brez kakršnegakoli vlaganja ali ostanka, obtožba očita obtožencu po-

* Prispevek je bil pripravljen na podlagi doktorske naloge z naslovom Preslepitve na meji in onkraj pregona, ki jo je avtor pod mentorstvom dr. Zvonka Fišerja in somentorstvom dr. Ljuba Bavcona uspešno zagovarjal 25. aprila 2013 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Avtor se zahvaljuje (sprva anonimnemu) recenzentu Hinku Jenullu za konstruktivne pripombe in lektorici GV Založbe za potrpljenje.

¹ Zadeva Grubelič je obširno analizirana s pravnega, družbenoekonomskega in političnega vidika v: Ciril Keršmanč: Preslepitve na meji in onkraj pregona. Doktorska disertacija, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Bevke 2013a, str. 104–120.

slovno goljufijo, ki ni izvedljiva brez določenih vlaganj, pri čemer storilcu še vedno prinaša korist. Poleg navedenega pa je treba upoštevati še sledeče. Pri tako imenovani klasični goljufiji, kjer na primer storilec deluje z lažno identiteto, sloni izogibanje kazenski odgovornosti na računu, da njegova prava identiteta kljub kasnejšemu razkritju goljufije ne bo ugotovljena. V primeru poslovne goljufije to seveda ne pride v poštev, gre za drugačno strategijo. Storilec v takem primeru ali s pridobljenim denarjem pobegne, pogostejše pa oškodovanje upnikov, vlagateljev, kupcev in podobno prikazuje kot poslovni neuspeh oziroma izgubo, ki ni bila povzročena krivdno (tak je npr. programirani bankrot, ki je specialna oblika goljufije) ...²

Ne glede na to, da je bil v sodbah višjega in Vrhovnega sodišča uporabljen pojem poslovna goljufija, se ta v vsebinskem smislu ne prekriva v celoti z definicijo poslovne goljufije po 234.a členu Kazenskega zakonika (KZ) iz leta 1999.³ Vse do takrat je bil goljufivi namen *ob* sklenitvi še vedno *differentia specifica* (klasične) goljufije glede na sorodna civilnopravna razmerja. Po drugi strani pa je sodišče s postopnim odpiranjem vrat za konstrukcijo goljufivega naklepa tistim dejanskim okoliščinam, ki so nastale *po* sklenitvi pogodbe, nakazalo smer nadaljnjega zakonodajnega razvoja. V zadevi Grubelič se je namreč sodišče izjasnilo, da se ravnanja po sklenitvi pogodbe ne upoštevajo kot »izvršitvena dejanja, temveč se z njimi, obenem z drugimi dejstvi, [lahko] dokazuje, da pri obtožencu ni šlo za resno poslovno dejavnost, ampak za goljufijo«.⁴

Jasno pravilo razmejitve med civilnopravnim deliktom in kaznivim dejanjem se je prek takega pojmovanja začelo krhati. Zakonodajalec pa je šel leta 1999 z novim kaznivim dejanjem poslovne goljufije⁵ še dlje.

Kaznivo dejanje poslovne goljufije se je prvič izrecno pojavilo v naboru predlogov kazenskega oddelka Vrhovnega sodišča RS. To je ocenilo, da posebnosti poslovne goljufije narekujejo uvedbo nove oblike kaznivega dejanja.⁶ V izhodišču je kazenski oddelek Vrhovnega sodišča predlagal, da se kaznivo dejanje preslepitev kupcev⁷ preimenuje v preslepitev pri opravljanju gospodarske dejavnosti in razširi tako, da se mu dodata nova odstavka:

² Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. Kp 408/93, z dne 24. junija 1993, str. 17.

³ Zdaj 228. člen KZ-1.

⁴ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. Kp 130/96, z dne 29. maja 1996, str. 13.

⁵ Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika, EPA 1417, Uradni list RS, št. 23/99, str. 2517 in naslednji.

⁶ Predlogi kazenskega oddelka Vrhovnega sodišča, opr. št. IV Kr 14/97, z dne 1. aprila 1997.

⁷ Člen 237 KZ.

»(4) Kdor pri opravljanju gospodarske dejavnosti pri sklenitvi ali izvajanju pogodbe ali posla preslepi stranko s prikazovanjem, da bodo obveznosti izpolnjene, ali s prikrivanjem, da obveznosti ne bodo ali ne bodo mogle biti izpolnjene, zaradi delne ali celotne neizpolnitve pa nastane za stranko ali koga drugega premoženjska škoda, se kaznuje z zaporom do petih let.

(5) Če je zaradi dejanja iz prejšnjega odstavka nastala velika premoženjska škoda, se storilec kaznuje z zaporom od enega do desetih let.«⁸

Vsebinsko je predlog Vrhovnega sodišča RS ostal skoraj nespremenjen. Odbor za notranjo politiko in pravosodje ga je upošteval in sprejel sklep, da mora predlagatelj popraviti predlog zakona za drugo obravnavo, upošteva pripombe Vrhovnega sodišča glede ustreznosti opisov kaznivih dejanj.⁹ Na plenarnem zasedanju državnega zbora je nato predstavnik poslanske skupine Socialdemokratske stranke Slovenije, Janez (Ivan) Janša, vložil dopolnjevalni predlog na sklep matičnega odbora, v katerem je bilo konkretizirano, naj se kot nova kazniva dejanja opredelijo: »poslovna goljufija, vdor v tuj računalniški sistem in verižne goljufije s piramido«.¹⁰ Predlog je bil sprejet in dobili smo novo kaznivo dejanje – poslovno goljufijo.

Z drugo novelo KZ leta 2004 (v nadaljevanju KZ-B) je bila temeljni in kvalificirani obliki poslovne goljufije dodana še privilegirana oblika:

»Če je zaradi dejanja iz prvega odstavka tega člena nastala majhna premoženjska škoda, se storilec kaznuje z denarno kaznijo ali z zaporom do enega leta.«

Pomenljivo se zdi, da je bila dopolnitev oblikovana na podlagi predloga Vrhovnega državnega tožilstva RS, in sicer upošteva izkušnje iz konkretnih

⁸ Vrhovno sodišče RS: Predlogi kazenskega oddelka Vrhovnega sodišča, opr. št. IV Kr 14/97, z dne 1. aprila 1997. Na seji matičnega odbora DZ za notranjo politiko in pravosodje 11. aprila 1997 je predloge Vrhovnega sodišča RS predstavil Deisinger, ki je bil sicer tudi poročevalec pri sodbi Vrhovnega sodišča v zadevi Grubelič, opr. št. I Ips 217/96, z dne 25. aprila 1997.

⁹ Iz magnetograma 9. redne seje Odbora za notranjo politiko in pravosodje z dne 11. aprila 1997 je razvidno glede tega tudi stališče predstavnika predlagatelja, Boštjana Penka, ki je med drugim navedel, da je treba poslovno goljufijo »na vsak način definirati in vnesti v kazenski zakonik na ustrezen način, tudi zaradi enotne klasifikacije gospodarskega kriminala. Zdaj recimo policija vse goljufije šteje kot poslovne goljufije, če jih je recimo storil neki privatnik ali obrtnik, sodišča in tožilstva pa imajo drugačne klasifikacije. Tukaj je treba stvari poenotiti in potem pač tudi ustrezne ukrepe v smislu kriminalne politike zoper te stvari uvajati.«

¹⁰ Zapisnik 4. redne seje Državnega zbora RS, z dne 13. maja 1997.

primerov v povezavi z načelom sorazmernosti.¹¹ Dejstvo, da je pobuda prišla iz prakse, nakazuje, da se je ta razmeroma kmalu začela srečevati z bagatelnimi oblikami poslovnih goljufij kot izrazitim problemom tega kaznivega dejanja.

Zadnjo normativno dopolnitev je obravnavano kaznivo dejanje doživelo ob sprejemu KZ-1 leta 2008. Po naši oceni je novela KZ-1 stopila še korak bolj proti civilnopravnim razmerjem oziroma dodatno otežila že tako nejasno razmejevanje civilnih od kazenskopravnih razmerij. Do KZ-1 je za obstoj kaznivega dejanja bila tako za temeljno kot kvalificirano in privilegirano obliko zahtevana premoženjska škoda za pogodbeno stranko ali koga drugega v obliki objektivnega pogoja kaznivosti. S KZ-1 se je objektivni pogoj kaznivosti razširil; poleg premoženjske škode je dodana alternativno še »premoženjska korist« storilca. S tem smo, na ravni zakonskih znakov kaznivega dejanja, prišli do točke, ko se za poslovno goljufijo v vseh primerih ne zahteva več niti obstoj škode – v nekaterih primerih je namreč dovolj že zgolj pridobitev premoženjske koristi s preslepitvijo pri sklenitvi ali izvajanju pogodbe:

»Kdor pri opravljanju gospodarske dejavnosti pri sklenitvi ali izvajanju pogodbe ali posla preslepi drugega s prikazovanjem, da bodo obveznosti izpolnjene, ali s prikrievanjem, da obveznosti ne bodo ali ne bodo mogle biti izpolnjene, zaradi delne ali celotne neizpolnitve obveznosti pa *si pridobi premoženjsko korist* ali nastane za stranko ali koga drugega premoženjska škoda, se kaznuje ...« (označil C. K.)

Specialni primer inkriminacije goljufive preslepitve brez zahteve po premoženjski škodi lahko sicer najdemo že v prvem in drugem odstavku kaznivega dejanja preslepitve kupcev,¹² ki v razmerju do kaznivega dejanja poslovne goljufije slej ko prej ostaja *lex specialis*. V obrazložitvi spremembe smo tako zaman iskali razloge oziroma primere, ki so predlagatelja navedli k takšni rešitvi. Vse, kar najdemo v obrazložitvi predloga KZ-1, je navedek:

»Poslovna goljufija je posebna oblika goljufije, ki jo je mogoče storiti pri opravljanju gospodarske dejavnosti tako ob sklepanju posla, kot tudi kas-

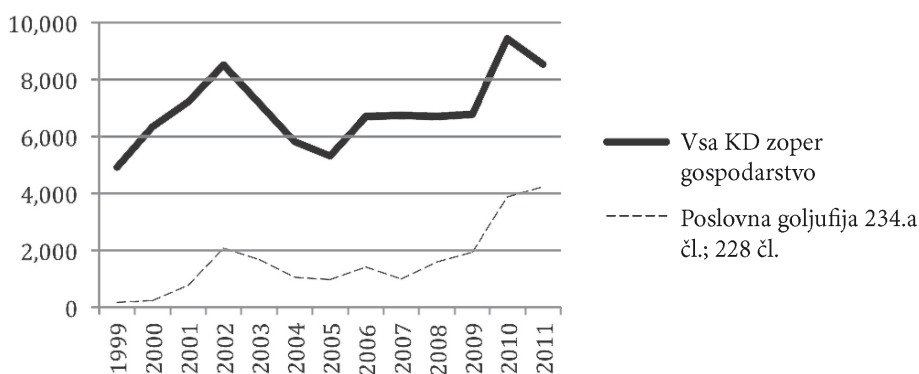
¹¹ Ministrstvo za pravosodje: K stališčem, pripombam in predlogom II. Medkatedrske konference kateder za kazensko pravo RS z dne 14. januarja 2004, z dne 5. februarja 2004, str. 9, EPA 1042-III. Iz evidenčnih podatkov je sicer razvidno, da je bil amandma predlagan s strani poslanskega kluba LDS, Poslanske skupine ZLSD, SLS in DeSUS in usklajen s stališči II. Medkatedrske konference.

¹² Kot smo videli zgoraj, je Vrhovno sodišče v izhodišču predlagalo, da se poslovna goljufija inkriminira z razširitvijo in preimenovanjem kaznivega dejanja preslepitve kupcev, in je že takrat navedlo, da »kolikor premoženjska škoda ne bi nastala, bi lahko šlo za kaznivi dejanji po 1. ali 2. odstavku 237. člena KZ [zdaj 232. člena KZ-1].«

neje, ob njegovem izvajanju. Kaznivo dejanje pa sicer vsebuje klasične prvine goljufije, to je namen pridobitve premoženjske koristi.«¹³

Kakorkoli že, širitev normativnega obsega obravnavane inkriminacije se kaže tudi na ravni številčk oziroma števila obravnavanih zadev v praksi. Kot izhaja iz agregiranih (policijskih) statističnih podatkov, prikazanih v grafu 1, je poslovna goljufija od uvedbe leta 1999 razmeroma hitro postala najbolj »priljubljeno« kaznivo dejanje zoper gospodarstvo v Sloveniji.

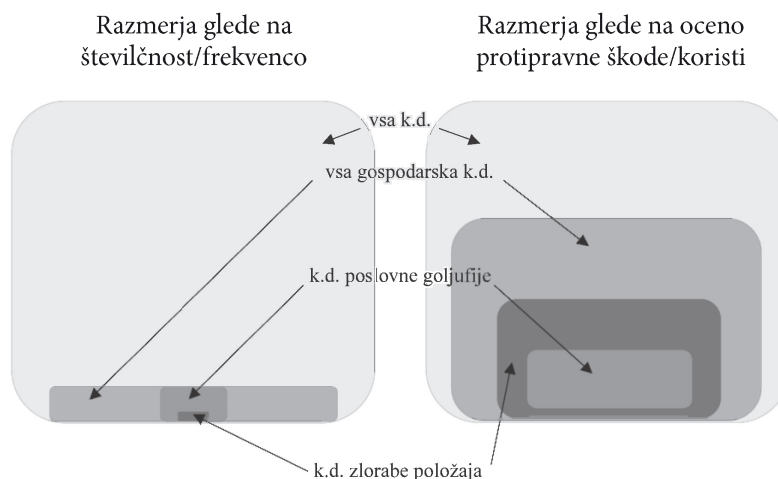
Graf 1: Prikaz gibanja števila kaznivih dejanj poslovne goljufije v razmerju do vseh kaznivih dejanj gospodarske kriminalitete (po metodologiji beleženja MNZ)



Ob upoštevanju nekoliko širšega konteksta pa se dokaj hitro pokaže, da absolutne številke iz grafa 1 nekoliko zavajajo glede pomena obravnavanega kaznivega dejanja, kar je razvidno iz sheme 1. V njej je na podlagi 11-letnega povprečja (po metodologiji beleženja MNZ) grafično predstavljen delež dveh izbranih kaznivih dejanj glede na celotno populacijo, in sicer po številčnosti (leva stran) in ocenjeni protipravni premoženjski škodi/koristi (desna stran), ki odpade na posamezno kaznivo dejanje.

¹³ Vlada RS: Predlog Kazenskega zakonika, z dne 17. januarja 2008: K 228. členu (Poslovna goljufija), EPA 1866-IV, Poročevalec RS 14/2008, z dne 31. januarja 2008. Razprave v državnem zboru so se vrtele okrog drugih (bolj prestižnih) vprašanj, zato nam tega, kaj je zakonodajalec s konkretno spremembo mislil (če kaj), ni uspelo razvozlati. V pomoč nam niso niti komentatorji sprememb KZ-1, ki spremembe tega člena ne pokomentirajo. Glej v zvezi s tem Ivan Bele in drugi: Kazenski zakonik – uvodna pojasnila. GV Založba, Ljubljana 2008, str. 90–92. Ob tem je odveč poudarek, da tovrstna eksperimentiranja v posebnem delu, ki niso plod konkretnih težav prakse, načeloma niso zaželeni – še posebej, če gre za nosilno kaznivo dejanje. Za enega takih možnih dejanskih stanov glej C. Keršmanc, nav. delo (2013a), str. 126.

Shema 1: Splošna kriminaliteta – gospodarska kriminaliteta – zloraba položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti – poslovna goljufija (frekvenca: ocenjena protipravna škoda/korist)



Velikost posameznih pravokotnikov ohranja razmerja med frekvencami/številom glede na posamezno kategorijo, kar omogoča hitro vizualno dojetje razmerij. Največji in najsvetlejši pravokotnik grafično ponazarja frekvenco/število vseh kaznivih dejanj, nekoliko temnejši pravokotnik ponazarja frekvenco/število vseh kaznivih dejanj zoper gospodarstvo v razmerju glede na celoto. Še nekoliko bolj siv pravokotnik ponazarja število/frekvenco poslovnih goljufij, najtemnejši pa število/frekvenco zlorab položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti.

Že ob bežnem pogledu na levo stran sheme je mogoče zaznati, da je frekvenca zlorab položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti razmeroma majhna, tako v kategoriji kaznivih dejanj zoper gospodarstvo kot, še bolj očitno, med vsemi kaznivimi dejanji. Toda pozor! Ko pogled preusmerimo na desno stran sheme, vidimo bistveno drugačno sliko.

Na desni strani so prikazana razmerja med posameznimi kategorijami glede na ocenjeno protipravno premoženjsko korist/škodo. Če gremo lepo po vrsti: najprej velja opozoriti na bistveno večjo vlogo gospodarske kriminalitete med vsemi kaznivimi dejanji, če kategorije primerjamo po ocenjeni protipravni premoženjski koristi/škodi. Druga stvar, ki prav tako bode v oči, pa je, da razmeroma maloštevilna kazniva dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti po ocenjeni protipravni premoženjski koristi/škodi presežejo kumulativno škodo bistveno številnejših kaznivih dejanj poslovne goljufije.

Očitno je, da ima kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti v povprečju veliko večji »potencialni (premoženjski) škodni naboj« (večja nevarnost!) od kaznivega dejanja poslovne goljufije.¹⁴

V nadaljevanju bomo šli še korak dlje. Poskusili bomo odgovoriti na vprašanje, ali je mogoče tudi v okviru same definicije poslovne goljufije, ki glede na kumulativno število povzroča razmeroma veliko sistemsko obremenitev, v praksi zaslediti kvalitativno različne pojavnne oblike glede na stopnjo neprava oziroma »potencialnega škodnega naboja«. Ocenjujemo namreč, da bi razvrstitev na podtipе po stopnji nevarnosti lahko bila v pomoč pri postavljanju strateških prioritet pregona. V zvezi s slednjim se bomo v osrednjem delu prispevka posvetili še iskanju interpretacijskih rezerv, prek katerih bi bilo mogoče pojavnne oblike z zelo nizko stopnjo neprava izločiti s področja kazenskega prava. S tem bi organe odkrivanja, pregona in sojenja razbremenili, tako da bi lahko več časa namenili zadevam z razmeroma višjo stopnjo neprava, tj. sistemsko nevarnejšim oblikam gospodarske kriminalitete.

2. RAZMISLEK O INTERPRETACIJSKI DISKRECIJI OB ANALIZI (A) TIPIČNIH POSLOVNIH GOLJUFIJ

V naši terenski raziskavi smo od 1873 zadev, ki jih je glede na elektronski vpisniški izpisek dobilo v obravnavo Okrožno državno tožilstvo v Ljubljani v obdobju med letoma 1999 in 2010, pregledali 562 zadev. Pri tem smo se omejili na začetno (1999–2003) in končno obdobje (2009–2010).¹⁵ V veliki večini primerov poslovne goljufije iz vzorca je šlo za dejanske stanove, ki mejijo na običajno (civilnopravno) izvršilno zadevo. V vzorcu so se serijsko pojavljali primeri neplačil za dobavljeno blago oziroma opravljenih storitev (v tem vrstnem redu)¹⁶ in nekoliko redkeje primeri avansnih plačil za kasneje nedobavljeno blago ali neopravljeno storitev. Za posebno podvrsto poslovnih goljufij, ki smo jih zaznali, lahko prav tako označimo primere nakupov blaga ali storitev tik

¹⁴ Glede metodologije izdelave, vključno z agregirano tabelo vrednosti, glej: C. Keršmanc, nav. delo (2013a), str. 297–302, tudi Ciril Keršmanc: Kvantitativna glosa o komplicitiranosti in kompleksnosti gospodarskih kaznivih dejanj, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 64 (2013b) 2, str. 141–143.

¹⁵ Za natančnejši opis vzorca glej prav tam. Ker smo za osnovo vzeli tožilske spise, se v nadaljevanju prispevka pojavljajo njihove opravilne številke (Kt), predvsem za zadeve, ki niso prišle do sodne obravnave.

¹⁶ To je večinoma neposredno povezano s civilnopravnim institutom odloženega plačila, ki ga Kozina v svoji analizi kritizira in oceni za »nevralgično točko poslovanja med gospodarskimi subjekti v povezavi s kaznovalno politiko, ki jo zasleduje inkriminacija poslovne goljufije«. Glej: Jože Kozina: *Korporacijska kriminaliteta – izkušnje in problemi prakse*, v: *Korporacijski kriminal – praktični in teoretični vidiki*, Univerza v Mariboru, Maribor 2009, str. 42–44.

pred začetkom postopka prisilne poravnave ali stečajev, ki nimajo take intenzitete, da bi jih označili za lažne stečaje v smislu kaznivega dejanja povzročitve stečaja z goljufijo ali nevestnim poslovanjem.¹⁷ V nadaljevanju bomo obravnavali dva problematična vsebinska sklopa pri kaznivem dejanju poslovne goljufije: kvalifikacijo oziroma konkretizacijo preslepitve (2.1) ter objektivni pogoj kaznivosti in vprašanje t. i. *ex post facto* plačil (2.2).

2.1 Kvalifikacija oziroma konkretizacija preslepitve pri kaznivem dejanju poslovne goljufije

V Franciji je sodna praksa uvedla termin »enostavna laž« (*le mensonge simple*),¹⁸ ki v okviru kaznivega dejanja goljufije (*escroquerie*) načeloma ni kazniva, razen če je izrečena v zaupnih razmerjih (*le mensonge par abus*) ali če se nanaša na uporabo lažnega imena (*l'usage d'un faux nom*) oziroma kvalitete (*l'usage de fausse qualite*). Praviloma se za obsodbo zahteva »okrepljena laž« (*le mensonge conforté par des manoeuvres*) – standard, ki zakonsko ni bolj določen in je pomensko dokaj odprt. Omejuje ga samo sodna praksa z načelnim stališčem v več sodbah, da gre pri tem za »zunanje dejavnike, materialna ravnanja in ustvarjanje predstav, katerih namen je okrepiti laž«.¹⁹

Vprašanje, ki se nam zastavlja, je, ali je moč tudi pri kaznivem dejanju poslovne goljufije v slovenski ureditvi ob upoštevanju trenutno veljavnega zakonskega besedila zožiti cono kriminalnosti z zahtevo po dodatni kvalifikaciji oziroma konkretizaciji²⁰ t. i. enostavnega neplačila²¹ pri opravljanju gospo-

¹⁷ Člen 226 KZ-1 po noveli B.

¹⁸ »Par principe, le menteur ordinaire n'est pas un escroc: la dupe est moins victime que coacteur de la tromperie, lorsqu' elle manque de vigilance, témoigne d'une crédulité fautive en ne vérifiant pas la véracité des allégations fallacieuses.« Glej: Delmas-Marty in Giudicelli-Delage (ur.): Droit pénal des affaires. Presses universitaires de France, Pariz 2000, str. 245.

¹⁹ V orig. »des faits extérieurs, des actes matériels, une mise en scène, destinés à confirmer les mensonges«. Kot navajata Delmas-Marty in Giudicelli-Delage: »Si la formule se retrouve dans de nombreux arrêts, il faut bien reconnaître qu' elle est trop vague pour être retenue sans être complétée par des exemples que l'on peut classer autour de trois thèmes: intervention d'un tiers, production de pièces ou documents écrits et mise en scène.« Glej: Delmas-Marty in Giudicelli-Delage (ur.), nav. delo, str. 248, kjer so natančneje predstavljene primeri 1. (zlo)rabe potrditev tretjih oseb za okrepitev laži, 2. izdelave in uporabe dokumentov za okrepitev laži in 3. postavljanja lažnih kulis za okrepitev laži, pogosto z nizom lažnivih prikazov, ki šele vsi skupaj navedejo žrtev, da ravna v svojo škodo.

²⁰ Termina kvalifikacije in konkretizacije uporabljamo v specialnem smislu, in sicer ko govorimo o kvalifikaciji, imamo v mislih dejavnike, ki preslepitev »otežijo« in kažejo na večjo preslepitveno aktivnost storilca. Ko govorimo o konkretizaciji, pa imamo pred očmi zahtevo, da je kvalifikacija preslepitve opredeljena določno že v samem opisu kaznivega dejanja v izreku in je ni treba iskati v obrazložitvi.

²¹ V mislih imamo situacije, ko očitek o preslepitvi temelji zgolj na lažnih navedbah o neplačilu v pogodbeno dogovorjenem roku.

darske dejavnosti, in sicer v okviru interpretacijske diskrecije pravosodnih organov.

Analiza najzgodnejših primerov preslepitev pokaže, da je bila ponareditev oziroma prirejanje dokumentov/znakov tak dejanski znak, ki je v izhodišču navadno (nekaznivo) preslepitev spremenil v (kazenskopravno pregonljivo) goljufivo preslepitev. Dober ponazoritveni primer je sleparija (*cheat*), ki se je najprej izoblikovala kot prekršek (*misdemeanor*) v angleškem običajnem (*common law*) pravu. V izhodišču je šlo za preslepitev kvalificirano z uporabo lažnih uteži, mer oziroma znakov take narave, da jih z navadno skrbnostjo ni bilo mogoče prepoznati kot lažne. Inkriminacija se je v 16. stoletju začela širiti še na uporabo nekaterih drugih označb in pisanj.²² Tudi na ravni poslovnih goljufij se kažejo primeri, v katerih so za namen preslepitve uporabljeni ponarejeni in prirejeni dokumenti, za neproblematične z vidika konkretizacije preslepitve. Gre namreč za sistemsko bolj nevarne preslepitve, ki ne napadajo zgolj premoženja kot dobrine, temveč tudi zaupanje v ključne institute poslovnega prometa v širšem pomenu. Iz tega razloga bi jih po naši oceni organi odkrivanja in pregona morali obravnavati prednostno, na koncu pa bi morali biti tudi ostreje kaznovani.

Na ravni kvalifikacije preslepitve pri poslovni goljufiji so eno stopnjo nižje, a vseeno z vidika konkretizacije razmeroma neproblematične tudi zadeve, v katerih je izpolnitev pogodbene zaveze v roku zavarovana s sicer neponarejenim sredstvom zavarovanja, najpogosteje akceptnim nalogom ali menico, ki pa nima kritja. V teh primerih zadeva redoma pride vsaj do faze obtožnice. Kljub temu smo zasledili zanimivo razmišljanje o pomenu izdaje menice v zadevi Kt (1) 3480/02, v kateri je ODT zavrgel ovadbo z argumentacijo, da je garancija plačila z biano podpisano menico indic, da ob sklenitvi posla storilec oziroma njegovo podjetje nima dovolj sredstev, vendar da jih bo imel kasneje – v kontekstu navedene zadeve je torej šlo za »očitek« oškodovancu, da je vedel, da domnevni storilec nima dovolj sredstev za poplačilo. Omenjamo ga, ker odstopa od prevladujočega stališča prakse, da gre pri predložitvi menice oziroma akceptnega naloga brez kritja za sredstvo, ki oškodovanca preslepi glede finančne pokritosti njegovih izdobav in je kot tako redoma uporabljeno v smislu dodatne kvalifikacije preslepitve oziroma vsebinske konkretizacije »prikazovanja, da bodo obveznosti izpolnjene«.

Glede na intenzivnost storilčeve aktivnosti je še stopnjo nižje kvalifikacija preslepitve zgolj z zamolčanjem slabega finančnega stanja, najpogosteje pre-

²² Za prikaz evolucije goljufije od prekrška do kaznivega dejanja in postopno opuščanje zahtev po strožji kvalifikaciji preslepitve za kazenski pregon glej: C. Keršmanc, nav. delo (2013a), str. 37–42.

jemnika izdobljenega blaga oziroma storitve, ob dogovoru odloženega plačila bodisi ob sklenitvi bodisi pri izvajanju pogodbe ob sukcesivnih dobavah/storitvah. Pri avansnih plačilih pridemo do zrcalne slike, in sicer v situacijah, ko dobavitelj zahteva in sprejme avans svoje stranke, čeprav mu finančno stanje ne omogoča realizacije posla, kar svojemu sopogodbeniku zamolči. V našem vzorcu glede na frekvenco pri t. i. avansnih poslovnih goljufijah velja omeniti primere mizarskih in tesarskih ter manj zahtevnih gradbenih opravil, v zadnjem časovnem obdobju pa še posebej primere neopravljenih vgradenj oken in vrat po avansnem plačilu.²³ Tovrstne inkriminacije z razmeroma nizko stopnjo neprava je mogoče vsebinsko upravičiti takole: *pri obeh tipih poslovne goljufije »z zamolčanjem« se ob predhodni (delni) izpolnitvi ene stranke vzpostavi asimetrični odnos zaupanja, ki aktivira vzajemno zahtevo po večji stopnji lojalnosti sopogodbenika v smislu obveznosti razkritja eventualnih likvidnostnih težav neposredno ob njihovem nastopu.*²⁴ Takšna razlaga daje nekaj dodatne vsebine formuli, s katero Vrhovno sodišče RS utemeljuje, da

»[n]ačeli vestnosti in poštenja v gospodarskem poslovanju narekujeta, da pogodbenik, ki naroči blago ali storitev, seznani drugo stran, da ni zmožen plačila v običajnem roku. S prikrivanjem plačilne nezmožnosti, s tem pa tudi namena, da naročenega ne bo plačal, storilec uresniči zakonski znak kaznivega dejanja poslovne goljufije.«²⁵

Sicer pa imamo v Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) izrecno določbo, ki v primeru insolventnosti celo zapoveduje, da družba ne sme opravljati nobenih plačil ali prevzemati novih obveznosti, razen tistih, ki so nujne za redno poslovanje

²³ Npr. v zadevah ODT v Ljubljani opr. št. Kt (1) 355/09, Kt (1) 2466/10, Kt (1) 6099/10, Kt (1) 2256/10, Kt (1) 2480/10, Kt (1) 2542/10, Kt (1) 4295/10, Kt (1) 4415/10 imamo opravka z očitki o neopravljenih storitvah vgradnje oken ali vrat po plačilu avansa. Tovrstni nizi nepovezanih ovadb iz iste dejavnosti lahko nakazujejo zlom trga (v konkretnem primeru nepremičninskega leta 2009). To bo v posameznih primerih, predvsem ko je storilec v situaciji, da ne more priti do poplačila svojih dolgov, relevanten dejavnik pri odločitvi glede eventualnega pregona. Tudi v takih primerih pa pavšalno sklicevanje na težave na trgu ob pomanjkanju konkretizacije in specifikacije dolgov ter aktivnosti glede njihove izterjave obdolženca ne more razbremeniti. Primeroma navajamo argumentacijo Višjega sodišča v Ljubljani, ki je v sodbi opr. št. II Kp 3731/2010, z dne 19. aprila 2011, ocenilo, da »zgolj navajanje firm dolžnikov, ob izostanku kakršnekoli konkretizacije terjatev, ... ob upoštevanju dejstva, da obtoženec ni sprožil nobenega postopka za njihovo izterjavo, pri tem pa neprepričljivo pojasnil tudi razlog za takšno neaktivnost, ne predstavlja zadostitev dokaznemu bremenu, ki bi narekovalo ugoditev dokaznemu predlogu za opravo poizvedb pri družbah glede obstoja terjatev«.

²⁴ Obsežneje o pomenu razmerij med agentom in principalom za razvoj preslepitvenih inkriminacij v: C. Keršmanc, nav. delo (2013a), str. 92–96.

²⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Ips 228/2006, z dne 1. marca 2007.

družbe.²⁶ Nesporno je torej, da lahko zamolčanje slabega finančnega stanja ob sklenitvi ali izvajanju pogodbe enostavno neplačilo ali neizpolnitev (pre)kvalificira v goljufivo preslepitev, saj gre pri očitku zamolčanja finančnih težav večinoma zgolj za reformulacijo (retorično tautologijo) zakonske definicije poslovne goljufije, ki to obliko preslepitve izrecno predvideva – »s prikrivanjem, da obveznosti ne bodo ali ne bodo mogle biti poplačane«. Bolj zanimivo je vprašanje konkretizacije te izvršitvene oblike v luči zahteve, da morajo biti v sodbi, s katero je obtoženec spoznan za krivega, navedena dejstva in okoliščine, ki so znaki kaznivega dejanja, in tista dejstva, od katerih je odvisna uporaba posamezne določbe kazenskega zakona.²⁷

Vrhovno sodišče RS je glede slednjega vsaj v dveh odločbah zavzelo stališče, da že zagotavljanje plačila v roku pri sklenitvi pogodbe oziroma ob izdaji naročilnice, ob vedenju, da do plačila ne bo prišlo, pomeni zadostno konkretizacijo preslepitve za kaznivo dejanje poslovne goljufije.²⁸ Menimo, da se s takim stališčem vrata zožanju cone kriminalnosti pri kaznivemu dejanju poslovne goljufije vseeno niso popolnoma zaprla, kar je z vidika (pre)obremenjenosti organov odkrivanja, pregona in sojenja z gospodarsko bagatelo²⁹ dobrodošlo. Ocenjujemo, da je, predvsem pri najnižji stopnji intenzivnosti preslepitve, pri kateri storilčevo aktivnost v smeri preslepitve kvalificira zgolj njegovo zamolčanje slabega finančnega stanja ali pri čemer imamo opravka z enostavnim neplačilom (brez okrepitvenih okoliščin), še nekaj manevrskega prostora.

²⁶ Glej 34. člen ZFPPIPP, ki v 14. členu med drugim podaja definicijo insolventnosti kot položaja v katerem dolžnik »1. v daljšem obdobju ni sposoben poravnati vseh svojih obveznosti, ki so zapadle v tem obdobju (trajnejša nelikvidnost) ali 2. postane dolgoročno plačilno nesposoben ...«.

²⁷ Glej prvo točko prvega odstavka 359. člena ZKP-UPB8.

²⁸ Glej: Sodba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Ips 140/2004, z dne 20. oktobra 2005; sodba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Ips 11899/2009-209, z dne 24. avgusta 2011. Primerljivo strogo stališče tudi v zadevi opr. št. I Ips 92/2007, z dne 17. aprila 2008, v kateri je bilo obsojenemu v fazi izvajanja pogodbe očitano, da je prikril, da naročenega blaga ne bo plačal in da torej obveznosti ne bodo izpolnjene, ter je s tem preslepil oškodovanca, in sicer tako, da »je pri delavcih oškodovanca ustvaril zmotno predstavo z lažno zavezo, da bodo pogodbene obveznosti izpolnjene in naročeno blago plačano, česar pa ni storil in je oškodovano družbo s tem preslepil in zapeljal, da so blago izročili«.

²⁹ V mislih imamo gospodarsko bagatelo v širšem smislu, in ne zgolj v smislu kaznivih dejanj poslovne goljufije, pri katerih gre za majhno vrednost premoženjske škode po 99. členu KZ-1 po noveli B. Paradigmatičen primer je zadeva »47 Medotov«, v kateri je upnik, namesto da bi šel zaradi neplačanih računov v izvršilni postopek, s pretežno formulaičnimi ovadbami (zlo)rabil kazenski postopek za plačilo razmeroma nizkih zneskov neplačanih dobav blaga. Za sistematično analizo vseh 47 zadev glej: Ciril Keršmanc: Glosa o »47 Medotih« h kaznivemu dejanju poslovne goljufije in širjenju cone kriminalnosti v gospodarsko bagatelo, v: Zbornik znanstvenih razprav, LXXI (2013c), str. 253–283, tudi C. Keršmanc, nav. delo (2013a), str. 128–156.

Ena od smeri, glede katerih bi veljal dodaten razmislek, je vprašanje konkretizacije »vedenja, da do plačila ne bo prišlo«, in sicer v okviru izreka oziroma opisa samega dejanja v obtožnem aktu. Res je, da obstajajo primeri, ko se abstraktni znaki prelivajo v konkretne znake, vendar pa menimo, da je pri poslovni goljufiji zavest o plačilni nesposobnosti take vrste incidenčni dejanski znak, ki ga je treba konkretizirati že v izreku z navedbo konkretnih podatkov o nesolventnosti, nelikvidnosti oziroma finančni nevzdržnosti zastavljenega poslovnega modela. Tovrstno dodatno konkretizacijo preslepitve je mogoče brez večjih težav v večini primerov pridobiti prek bonitetnih podatkov o poslovnem subjektu, z navedbo števila dni, ko je bil njegov transakcijski račun blokiran, z navedbo podatkov glede dohodninske napovedi za samostojne podjetnike ... Ko imamo opravka z argumentom finančne nevzdržnosti, pa je na mestu primerjava s povprečnimi indikatorji poslovanja poslovnih subjektov s primerljivo dejavnostjo in stopnjo razvoja, saj je samo na podlagi tega mogoče oceniti, ali poslovni subjekt v svojem delovanju bistveno odstopa od sprejemljive stopnje rizičnosti poslovnega modela. Predvsem pri zadnji kategoriji je treba pri konkretni oceni upoštevati, da je standard »sprejemljive rizičnosti poslovnega modela« razmeroma nedoločen in se skozi čas spreminja. Fiksiranje tega standarda v konkretnem primeru je v končni fazi v domeni sodišča, pred tem pa seveda tudi organov pregona, ki si lahko v polju interpretacijske diskrecije privoščijo tudi strožje kriterije, ne da bi si pri tem zaslužili kakršnokoli grajo, če sodišče na koncu oceni drugače. Skratka,

(i) menimo, da je sama navedba o plačilu (bodisi ob sklenitvi pogodbe bodisi ob izvajanju pogodbe o sukcesivnih izdobavah), ob dejstvu, da kasneje do plačila ni prišlo v določenem roku, zgolj potrebni, ne pa zadostni pogoj, da se taka izjava opredeli za laž oziroma preslepitev v smislu kaznivega dejanja poslovne goljufije;

(ii) to, kar spremeni naravo izjave, ki se je kasneje izkazala za netočno, je zavest tega, ki jo daje, da gre za neresnično izjavo, kar jo vrednostno obarva v laž;

(iii) to njegovo zavest pa izpeljujemo iz navedenih incidenčnih dejanskih znakov (v primeru očitkov o zamolčanju slabega finančnega stanja npr. blokada transakcijskih računov – toda pozor, so tudi primeri, ko je mogoče brez blokade transakcijskega računa, ko je na računu po možnosti še kaj sredstev, ugotoviti zamolčanje slabega finančnega stanja³⁰), ki bi po naši oceni morali izhajati že iz izreka obtožnega akta – v končni fazi krivdoreka.

³⁰ Npr. v zadevi Kt (1) 588/03 ODT v Ljubljani je sodišče na podlagi listinskih dokazov, izpovedbe priče in finančnega izvedenca ter podatkov davčnega urada ugotovilo, da ne glede na to, da je imel obsojenec sredstva na računu v trenutku sklenitve pogodbe z

Reprezentativen primer zahteve po večji konkretizaciji preslepitve je na primer razmišljanje sodišča v zadevi Kt (1) 5880/06:

»V obravnavanem primeru opis kaznivega dejanja v obtožbi, ki je povzet v izreku izpodbijane [oprostitelne] sodbe, poleg modalitet, opredelitve gospodarske dejavnosti, ki jo je opravljal obtoženec, vsebuje tudi konkretizacijo pogodb, sklenjenih z oškodovancem, obtoženčevo neizpolnitev obveznosti in nastanek škode za stranko. V opisu pa ni konkretiziran abstraktni dejanski stan preslepitve drugega s prikazovanjem, da bodo obveznosti izpolnjene. Iz konkretnega opisa dejanja izhaja le, da naj bi obtoženec kot zakoniti zastopnik gospodarske družbe pri opravljanju gospodarske dejavnosti v opredeljenih časovnih okoliščinah predstavniku oškodovanca zagotavljal, da bo družba obveznosti po kreditnih pogodbah izpolnjevala, zaradi neplačila glavnice in obresti pa je oškodovancu nastala škoda. *Iz navedenega opisa ne izhaja, na kakšen način oziroma s čim naj bi obtoženec preslepil predstavnike oškodovanca oziroma iz opisa ne izhajajo dejstva in okoliščine, s katerimi naj bi obtoženec pri predstavnikih oškodovanca vzbudil lažen vtis, da bo dogovorjene obveznosti izpolnil. Pritožbeno sodišče se ne strinja z navedbo, da je očitek preslepitve v zadostni meri konkretiziran z navedbo, da je obtoženec predstavnikom oškodovancev zagotavljal, da bo družba obveznosti po kreditnih pogodbah izpolnjevala. Izpolnjevanje obveznosti po pogodbah je namreč zaveza vsake izmed strank pri izpolnjevanju sleherne pogodbe.*«³¹ (označil C. K.)

Druga smer zoženja cone kriminalnosti in razmejitve enostavnih neplačil od poslovne goljufije pa vodi prek zahteve po izpolnjevanju bolj »kvalificirane«

oškodovancem (oz. da njegov transakcijski račun ni bil blokiran), je v konkretni zadevi obstajala izvršljiva davčna odločba v znesku, ki je bil dovolj visok za sklep, da je obsojenec bil vseeno plačilno nesposoben/v slabem finančnem stanju, kar je zamolčal. Ta zadeva kaže, da dejstvo neblokiranega transakcijskega računa v času sklenitve pogodbe z oškodovancem ni nujno vedno odločilno za presojo slabega finančnega stanja, čeprav je dokaj zanesljiv indikator. Podobno lahko rečemo tudi v obrnjeni smeri, namreč da blokada TR v trenutku sklenitve posla ne bo vedno in nujno pomenila, da je bil osumljenec v slabem finančnem stanju, če iz okoliščin zadeve izhaja, da ima zagotovljena sredstva/dobre terjatve ...

³¹ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Kp 2896/2010, z dne 13. septembra 2011. Podobna razmišljanja smo zasledili že bistveno bolj zgodaj. V sodbi okrožnega sodišča v Ljubljani, opr. št. II K 53/2003, z dne 1. decembra 2004, je sodišče zapisalo: »Zgolj kasnejša neizgradnja garažnega objekta, katero tožilec zatrjuje v konkretnem opisu obtožnice, namreč po oceni senata ne more hkrati pomeniti konkretizacije preslepitve, čeprav je v dokaznem smislu lahko indic, ki na tak zaključek napotuje.« Hkrati se je v citirani zadevi sodišče sklicevalo na ustaljeno sodno prakso glede zahtevane stopnje konkretizacije in pri tem navedlo sodbi Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Kp 91/2004, z dne 19. avgusta 2004 in opr. št. I Kp 1565/2002, z dne 26. marca 2003 ter sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Kp 909/2003, z dne 3. septembra 2003.

preslepljenosti oškodovanca. Prav vsako zagotavljanje plačila s strani poslovne stranke prav gotovo še ne more voditi k preslepljenosti/preslepitvi oškodovanca. To postane zelo očitno pri dalj časa trajajočih poslovnih razmerjih in zavestnem prenašanju neporavnanih obveznosti iz enega obdobja v drugo brez zahtev po dodatnih garancijah, dodatnem zavarovanju ipd. Če lahko oškodovanci utemeljeno sklepajo, da do poravnave obveznosti ne bodo prišli, je zelo težko sprejeti tezo, da so bili s standardnimi pogodbenimi zagotovili o plačilu preslepljeni. Ocenjujemo, da je pri oceni preslepljenosti oškodovancev treba za osnovo vzeti standard povprečnega in skrbnega gospodarstvenika in presojati, ali bi bil on glede na razpoložljive informacije v konkretni zadevi preslepljen z enostavnimi lažnimi navedbami o plačilu (analogija s t. i. *mensonge simple* v francoski ureditvi!). Medtem ko po civilnem pravu v posameznih primerih pride v poštev standard konkretnega posameznika, menimo, da je v kazensko-pravnih zadevah to zaradi inherentnega javnega interesa upravičeno zgolj v situaciji, ko bi ocenili, da za neki poslovni subjekt veljajo strožji standardi od povprečno skrbnega gospodarstvenika.³² V mislih imamo na primer situacije, ko ima neki poslovni subjekt redoma istovrstne neplačnike in svojega poslovanja temu ustrezno ne prilagodi (npr. z zahtevami po dodatnem zavarovanju). Če se organi pregona redoma in v večjem številu srečujejo s tipiziranimi ovadbami nekega poslovnega subjekta, se po naši oceni organi pregona in sodišča povsem upravičeno lahko vprašajo, ali ni mogoče ta poslovni subjekt privolil v tveganje neplačila, ker kljub očitni napaki v njegovem poslovnem procesu tega ni ustrezno prilagodil. Prav tako je mogoče strožji standard upoštevati v primerih dalj časa trajajočega poslovnega sodelovanja, v katerem se prenašajo neporavnane obveznosti ali se nekritično sprejemajo za pogodbene stranke neobičajni načini poplačila (npr. gotovinsko poslovanje, asignacije).

Na ravni zakonske definicije je strožja inkriminacija (poslovne) goljufije, ki inkriminacijo razširja v fazo izvajanja pogodbe ali posla, omejena na tista razmerja, ki obstajajo pri opravljanju gospodarske dejavnosti. Tudi ob trenutno veljavni definiciji gospodarske dejavnosti v KZ-1³³ ostajajo primeri, ko ravna-

³² Gre za situacijo, primerljivo ureditvi pravne zmote v KZ-1, kjer je v drugem odstavku 31. člena zapisano, da ne gre za upravičeno pravno zmoto, če storilec ni vedel za pravna pravila, s katerimi bi se lahko seznanil pod enakimi pogoji kot drugi v širšem njegovem okolju, ali pa je moral glede na svoje delo, vlogo ali siceršnji položaj poznati posebna pravila.

³³ V skladu z desetim in enajstim odstavkom 99. člena KZ-1 po noveli B se za gospodarsko dejavnost šteje: 1. vsaka dejavnost, ki se opravlja proti plačilu na trgu, 2. vsaka dejavnost, ki se za dogovorjeno ali predpisano plačilo opravlja poklicno ali organizirano. Pri tem se za opravljanje gospodarske dejavnosti oziroma za gospodarsko poslovanje štejejo: 1. izvajanje, upravljanje, odločanje, zastopanje, vodenje in nadziranje; 2. upravljanje nepremičnin, premičnin, denarnih sredstev, dohodkov, terjatev, kapitalskih naložb, drugih

nja fizične osebe, ki hkrati opravlja dejavnost samostojnega podjetnika, slej ko prej v domeni klasične goljufije, če gre za posle ali pogodbe, ki niso vezani na registrirano dejavnost samostojnega podjetnika, saj je pri nas prevladala vsebinska, ne formalna koncepcija gospodarske dejavnosti.³⁴ Kljub temu se lahko pojavi glede kakega nakupa dejansko vprašanje, ali je bil izveden v okviru dejavnosti samostojnega podjetnika ali ne; pri tem vprašanju na koncu hitro pretehta formalni vidik v smislu tega, kaj je konkretno navedeno na računu in na kakšen način je bilo izvedeno plačilo,³⁵ in ne, za kaj se material porabi.

Bolj zanimivo se v zvezi z možnostjo omejitve dometa kaznivega dejanja poslovne goljufije zdi vprašanje časovnih mej »izvajanja pogodbe«. Ali gre za časovno odprt pojem, ki dopušča vključitev preslepitev in okoliščin na podlagi katerih se sklepa na preslepitveni namen vse do končne izpolnitve pogodbe oziroma posla, ali pa so bile pri tem mišljene zgolj situacije t. i. sukcesivnih dobav? Praksa pri konstrukciji preslepitvenega naklepa redoma upošteva

oblik finančnega premoženja ter drugih sredstev pravnih oseb javnega ali zasebnega prava, razpolaganje s temi sredstvi in nadzorstvo nad njimi.

³⁴ Prim. s Hinko Jenull: Gospodarska dejavnost v osnutku KZ-1B, v: *Pravna praksa*, 30 (2011) 4, str. 8–10. Glede na vsebinsko koncepcijo definicije se zdi, da tudi (postranske) kmetijske dejavnosti, kot so recimo oddajanje mleka ali prodaja poljskih (krompir, repa ...) in podobnih izdelkov (med), padejo v to definicijo. V zvezi s tem je zanimivo vprašanje, kako obravnavati delovanje na t. i. sivem ali črnem trgu oziroma na bolj neformalnih trgih. Čeprav je v definiciji uporabljena beseda trg, ta ni natančneje definiran. Če za ponazoritveni primer vzamemo prostitucijo, ki je v Standardni klasifikaciji gospodarskih dejavnosti (SKD) iz leta 2008, Ur. l. RS, št. 69/2007, 17/2008 (glej Abecedno kazalo), klasificirana kot ena izmed drugih storitvenih dejavnosti, drugje nerazvrščenih, pod številko 96.090 – bi to dejavnost lahko na praktični ravni obravnavali v okviru kaznivega dejanja poslovne goljufije? V mislih imamo recimo tako primere neopravljenih storitev po avansnem plačilu kot tudi primere neplačila po opravljenih storitvah ...

³⁵ Primeroma navajamo odstop od pregonu v zadevi Kt (1) 3128/02, z dne 2. julija 2003, v katerem je ODT na podlagi izpovedi prič sklenila, da obdolženi posla ni sklenil kot samostojni podjetnik, ampak kot fizična oseba; v to smer je izpovedala ena izmed prič, ki je navedla: »... da je vedela, da ima obdolženi s. p., zakaj se je odločil za nakup kot fizična oseba, pa ni vedel povedati. Na izrecno vprašanje je priča povedala, da obdolženi v konkretnem primeru ni nastopal kot samostojni podjetnik, temveč kot fizična oseba, saj sicer ne bi šlo za blagajniški račun, ampak bi mu bil dostavljen račun kot samostojnemu podjetniku za plačilo preko banke.« V tem primeru se je ODT odločila glede razmejitve na podlagi načina plačila, čeprav so bili nakupi dejansko opravljeni za dejavnost, ki jo je fizična oseba opravljala tudi kot s. p. Ker je bila očitana preslepitev pri izvajanju pogodbe, je ODT na podlagi dejanskega stanja ocenila, da niso podani niti znaki kaznivega dejanja navadne goljufije. Podobno je tudi v sklepu o zavrženju Okrožnega državnega tožilstva v Ljubljani, z dne 9. oktobra 2003, v zadevi Kt (1) 2308/03, način plačila prek položnice z navedbo plačnika kot fizične osebe pretehtal nad tem, da je fizična oseba imela odprt s. p., ki se je ukvarjal z gradbeništvo in krovstvom in je dejansko nakupil večjo količino strešne kritine, kar nakazuje, da je šlo za material v zvezi z opravljanjem njegove dejavnosti samostojnega podjetnika.

tudi ravnanja po zapadlosti terjatve (e. g. izmikanje stikom), ki je po prevladujočem teoretičnem stališču časovna točka dokončanega kaznivega dejanja v objektivnem smislu. Ali je mogoče iz tega dejstva potegniti kakšne zaključke glede vpliva t. i. *ex post facto* plačil v času »izvajanja pogodbe ali posla« v zvezi z obstojem zahtevanega objektivnega pogoja kaznivosti pri poslovni goljufiji?

2.2 Objektivni pogoj kaznivosti in *ex post facto* plačila ter poslovna goljufija kot kvazidelikt

Ne glede na to, ali na objektivni pogoj kaznivosti gledamo kot na institut, ki skuša »uskladiti temeljna načela garantističnega kazenskega prava [mišljeno je v smislu omejevanja sodniške diskrecije] s potrebo po določeni elastičnosti kazenskega prava in omejiti domet določb, ki vsebujejo t. i. objektivni element kaznivega dejanja«, ali pa kot na »institut, s katerim se izigrava pravila o krivdi«, ³⁶ gre za institut kriminalne politike, s katerim se na zakonski ravni opravlja selekcija zlasti med tistimi početi, »ki so na spodnjem robu kaznivih ravnanj«. ³⁷ V tej luči je treba gledati na objektivni pogoj kaznivosti tudi z vidika kaznivega dejanja poslovne goljufije, kjer pa do določene mere prav tako prevzema vlogo prepovedane posledice, ³⁸ in sicer bolj, kot je to doktrinarno zaželeno. ³⁹

Ocenjujemo namreč, da je kaznivo dejanje poslovne goljufije eno tistih kaznivih dejanj, pri katerih ne moremo govoriti o obstoju prepovedane posledice v klasičnem smislu. Kot pravi Ambrož:

³⁶ Za razpravo o naravi objektivnega pogoja kaznivosti glej: Zvonko Fišer: Objektivni pogoj kaznivosti. Doktorska disertacija, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Nova Gorica 1995, str. 15–19.

³⁷ Prav tam, str. 16.

³⁸ Deisinger v komentarju k 234.a členu KZ pravi, da je posledica tega kaznivega dejanja (ne govori sicer o *prepovedani* posledici!) nastanek škode za stranko ali koga drugega (od KZ-1 naprej tudi zgolj nastanek premoženjske koristi za storilca). Kot pravi Deisinger: »Do te posledice, nastanka premoženjske škode, storilec ni v krivdnem odnosu, ker gre za objektivni pogoj kaznivosti.« Glej Mitja Deisinger: Komentar k 234.a členu, v: Kazenski zakonik s komentarjem – posebni del. GV Založba, Ljubljana 2002, str. 481.

³⁹ Fišer po Angioniju povzema (nesporne) zaključke o objektivnem pogoju kaznivosti: 1. da gre za posledico – pogoj in ne za pravo posledico kaznivega dejanja; 2. da gre za okoliščino, ki logično lahko nastopa kot pogoj; 3. da je dejanje, na katero se navezuje, že samo po sebi kaznivo dejanje; 4. da pogojni element določa kaznivost in ne količino kaznivosti; 5. da pogoj ne sme razmejevati kaznivega dejanja od drugih kaznivih dejanj, ponavadi hujših; 6. da ni treba, da bi storilec pogoj hotel; 7. da je pogoj dogodek, ki nastopi kvečjemu hkrati z izvršitvijo dejanja, nikoli pa poprej. Z. Fišer, nav. delo, str. 122.

»Če pojem prepovedane posledice razumemo ozko – kot se ga danes večinoma razume – namreč kot realen učinek na objektu ravnanja, prostorsko in časovno ločen od dejanja samega, potem je nesporno, da obstajajo tudi kazniva dejanja brez posledice. Zanje se je ustalilo poimenovanje formalni delikti oziroma dejavnostni delikti in so protipol (pendant) posledičnim deliktom. Praktični pomen razlikovanja med enimi in drugimi je zlasti v tem, da je vprašanja vzročnosti in objektivne pripisljivosti treba raziskovati le pri posledičnih kaznivih dejanjih, za izpolnitev biti inkriminacije pri dejavnostnih deliktih pa zadošča že obstoj ustreznega izvršitvenega ravnanja.«⁴⁰

Izvršitveno ravnanje pri poslovni goljufiji je sicer preslepitev, vendar pa kljub temu prav tako ne gre za čisti dejavnostni delikt. Že sam obstoj instituta objektivnega pogoja kaznivosti na teoretični ravni med dejavnostne in posledične delikte vnaša (dodatno) kategorijo kvazidejavnostnih oziroma kvaziposledičnih deliktov. Konkretno pa je pri kaznivem dejanju poslovne goljufije teoretična čistost zgornje delitve na dejavnostne in posledične delikte skrhana še toliko bolj, ker se na obstoj preslepitve (preslepitvenega naklepa) v praksi in v tej konkretni inkriminaciji sklepa pretežno glede na (ne)obstoj objektivnega pogoja kaznivosti, to je delnega ali celotnega neplačila, zaradi katerega pride do premoženjske koristi za storilca ali premoženjske škode za stranko. Zato menimo, da gre pri tej inkriminaciji za enega izmed primerov, za katere velja, da (nepravi) objektivni pogoj kaznivosti že v tolikšni meri prehaja v prepovedano posledico in s tem del biti kaznivega dejanja, da bi ga bilo treba v interesu načela subjektivne krivdne odgovornosti bistveno ožje razlagati,⁴¹ kjer je to mogoče (npr. v situacijah, kjer do konca postopka pride do poplačila).

Ker ne vemo, ali bi upoštevajoč navedeno poslovno goljufijo umestili med kvazidejavnostne ali kvaziposledične delikte, smo se odločili za oznako kvazide-

⁴⁰ Matjaž Ambrož: Dileme eventualnega naklepa, v: *Pravna praksa*, (2012) 33, str. II. Ambrož pojasnjuje, da se »stališče, po katerem ima vsako kaznivo dejanje svojo posledico, od pravkar povedanega razlikuje po tem, da posledico razume širše, in sicer jo v nekaterih primerih vidi kar v ravnanju samem, ki izpolnjuje bit določene inkriminacije. S takim, širšim razumevanjem prepovedane posledice lahko pridemo do sklepa, da imajo vsa dejanja posledico, vendar pa se v praktičnem smislu ne spremeni kaj dosti: še vedno bodo ostala kazniva dejanja, ki imajo posledico kot realen učinek, ločen od ravnanja (in torej zahtevajo ukvarjanje z vzročnostjo in objektivno pripisljivostjo), in taka, ki je nimajo ... Dodati velja še, da tudi z vidika legitimnosti kazenskega prava ne pridobimo prav nič, če dejavnostne delikte 'odpravimo' tako, da jih razglasimo za posledične, pri čemer ne storimo drugega kot to, da za posledico pač razglasimo dejanje samo.«

⁴¹ Glej: Ljubo Bavcon in drugi: *Kazensko pravo – splošni del*. Uradni list RS, Ljubljana 2009, str. 189.

likt.⁴² Pri tem gre po naši oceni za poimenovanje, ki predvsem na praktični ravni dokaj dobro zadene bistvo tega kaznivega dejanja. To še posebej pride do izraza pri t. i. *ex post facto* plačilih oziroma poravnavi obveznosti po oškodovančevi vložitvi kazenske ovadbe bodisi v fazi do vložitve zahteve za preiskavo bodisi v fazi po vloženi zahtevi za preiskavo, a še pred uvedeno preiskavo, bodisi po uvedbi preiskave, a še pred vložitvijo obtožnice, bodisi po vloženi obtožnici bodisi v času teka glavne obravnave.

V praksi smo zasledili situacije, ko se je plačilo obveznosti v različnih fazah postopka upoštevalo bodisi kot:

- (i) dejavnik, ki je izkazoval neobstoj objektivnega pogoja kaznivosti;⁴³
- (ii) dejavnik, ki izključuje oziroma ne dopušča konstrukcije preslepitvenega namena oziroma "trajnega prilastitvenega namena" in s tem obstoj kaznivega dejanja;⁴⁴
- (iii) dejavnik, ki je narekoval uporabo določb o kaznivem dejanju majhnega pomena⁴⁵ oziroma (kasneje) uporabo procesnih določb glede nesorazmer-

⁴² Pri tem ne mislimo na kvazidelikt v smislu delitve iz rimskega prava, temveč na poimenovanje, ki ponazarja, da imamo opravka s krvosesnim netopirjem, ki po definiciji ni ne tič in ne miš – torej ne gre niti za čisto kaznivo dejanje niti za čisto civilno zadevo, temveč nekaj vmes, kar se izmika čisti klasifikaciji in je drugače od netopirja hkrati tič in miš in ne čisto eno ali drugo.

⁴³ Glej npr. zadevo Kt (1) 123/03, ki je predstavljena v op. 54.

⁴⁴ Na primer v sklepu Okrožnega državnega tožilstva v Ljubljani, Kt (1) 5844/09, z dne 26. novembra 2010, kjer je prišlo med ovaditeljem in domnevnim storilcem do zunajsodne poravnave v vzporedni pravdni zadevi, je ODT na podlagi tega dejstva ovadbo zavrgel, ker je ocenil, da »v konkretnem primeru ni znakov kaznivega dejanja, saj ni izkazan preslepitveni namen S, ki je obveznosti do oškodovanca O poravnal, zato je bilo potrebno kazensko ovadbo zavreči«. Do poravnave je sicer prišlo po vložitvi ovadbe in seveda po datumu zapadlosti terjatve. V sklepu Okrožnega državnega tožilstva v Ljubljani, Kt (1) 6201/09, z dne 17. junija 2010, je še bolj izrecno zapisano: »... v konkretnem primeru, glede na to, da je osumljeni poravnal vse svoje obveznosti do oškodovanca, pa čeprav po vloženi kazenski ovadbi, v konkretnem primeru ni podan utemeljen sum, da je izpolnil zakonske znake očitnega kaznivega dejanja, in sicer, da je pri sklenitvi posla zasledoval namen preslepitve odgovorne osebe oškodovane družbe.« V nekaj primerih smo v povezavi s kasnejšim plačilom obveznosti zasledili dikcijo, da v konkretni zadevi »ni bil podan *trajen* prilastitveni namen«. Pri tem gre očitno za dodatno kvalifikacijo preslepitvenega namena oziroma zahtevo, ki ni posledica zakonske dikcije, zato je še posebej zanimiva. To dikcijo smo večkrat zasledili pri odločanju ODT, na primer v zadevah Kt (1) 6014/03 ali Kt (1) 2162/02, prav tako pa tudi recimo v oprostilni sodbi Okrožnega sodišča v Ljubljani, opr. št. II K 127/2008, z dne 27. oktobra 2009.

⁴⁵ V času veljavnosti določb o dejanju majhnega pomena v KZ do uveljavitve KZ-1 (2008).

nosti med majhnim pomenom kaznivega dejanja ter posledicami, ki bi jih povzročil kazenski pregon;⁴⁶

(iv) ali zgolj kot dejavnik, ki ga je sodišče upoštevalo (ali tožilstvo predlagalo) kot olajševalno okoliščino pri izreku kazni.⁴⁷

Vodotesnega pravila glede izbire ni, gre za interpretacijsko diskrecijo odločevalca v praksi odvisno predvsem od ostalih kontekstualnih okoliščin. Načeloma velja: bolj ko se približujemo koncu kazenskega postopka in oddaljujemo od zapadlosti obveznosti, večja je verjetnost, da se bo plačilo obveznosti upoštevalo (zgolj) kot olajševalna okoliščina.⁴⁸ Sicer pa se izmed vseh štirih interpretacij pomena naknadnega plačila na prvi pogled zdi najbolj oportuna in hkrati teoretično najbolj nedosledna prva, namreč da plačilo negira obstoj oziroma da s plačilom odpade škoda oziroma premoženjska korist kot objektivni pogoj kaznivosti. Prav to je razlog, da si zasluži natančnejšo obravnavo. Ključno vprašanje, ki si ga je v zvezi s tem treba postaviti, je: kdaj dolg postane (*trajna*) škoda?⁴⁹

⁴⁶ V tem primeru lahko tožilec na podlagi 161. člena ZKP po noveli K ovadbo zavrže, zunajobravnavni senat lahko odloči, da se obtožba ne dopusti, in zadevo ustavi v skladu s 5. točko 277. člena ZKP po noveli K, ko sklepa o ugovoru zoper obtožnico; sodišče pa lahko na glavni obravnavi s sodbo oprosti obtoženca obtožbe na podlagi 4. točke 358. člena ZKP (po noveli K). Primeroma navajamo argumentacijo v sklepu Okrožnega državnega tožilstva v Ljubljani, z dne 27. maja 2009, v zadevi Kt (1) 2063/09, v kateri je obdolženec po vložitvi ovadbe poravnal celotni znesek; ODT je v obrazložitvi zapisal, da plačilo obveznosti »sicer ne pomeni, da niso izpolnjeni vsi zakonski znaki očitanege kaznivega dejanja. Škoda je bila namreč poravnana šele potem, ko so policisti osumljenega zaslišali in ga ob tem seznanili z obstojem dolga. Vendar pa ob upoštevanju drugih okoliščin – podan je subjektivni pogoj nesorazmernosti med majhnim pomenom kaznivega dejanja in posledicami, ki bi jih povzročil kazenski pregon – osumljeni še ni bil kazensko ovaden, ocenjujem, da so dejansko izpolnjeni pogoji, določeni v 161. členu ZKP.« Podobno v sklepu o zavrženju, Kt (1) 1745/09, z dne 27. julija 2009, ODT navede: »Glede na višino dolgovanega zneska (719 EUR), ki je bil sicer po podani ovadbi poravnana, pa ocenjujem, da je nevarnost očitanege dejanja neznatna, saj so tudi škodljive posledice neznatne, dolg pa je poravnana.«

⁴⁷ (Ne)poravnava škode je ena izmed olajševalnih oziroma obteževalnih okoliščin po drugem odstavku 49. člena KZ-1.

⁴⁸ Nikakor pa to ni absolutno pravilo. V zadevi Kt (1) 6014/03 je tako prišlo do dogovora o plačilu na sami glavni obravnavi, ko je oškodovanec na zapisnik podal izjavo, da »se v primeru plačila odpovedujemo še kakšnemu drugemu zahtevku in da v primeru, če ODT umakne obtožbo zoper O, tudi ne bomo nadeljavali pregona zoper njega«. Dejansko je nato prišlo do poplačila, ODT pa je v besedi strank umaknil obtožnico, pri čemer je navedel, da iz plačila izhaja, »da v konkretnem primeru ne gre za trajen prilastitveni namen in trajno povzročene škode oškodovancu in torej niso podani vsi znaki kaznivega dejanja, škoda pa je tudi poravnana«.

⁴⁹ Od KZ-1 naprej seveda tudi vprašanje, od katere točke naprej (neplačilo) dolga lahko štejejo za premoženjsko korist, še posebej v primeru poplačila celotne obveznosti s pripadki do konca postopka.

Več dogmatično bolje podkovanih kolegov ocenjuje, da so načeloma ob obstoju preslepitvenega namena pri izvršitvi preslepitve vsi znaki kaznivega dejanja poslovne goljufije podani že takoj ob nastopu dolžnikove zamude, ki naj bi predstavljala točko nastanka škode/premoženjske koristi oziroma objektivnega pogoja kaznivosti.⁵⁰ Problem v zvezi s tem je dejstvo, da se na obstoj preslepitvenega namena oziroma izvršitvenega ravnanja v praksi velikokrat sklepa pretežno (tudi) na podlagi ravnanj domnevnega storilca po tej časovni točki (tj. izmikanje stikom, obljube o plačilu), kar na neki način pomeni, da imamo podane vse znake kaznivega dejanja, še preden je to dejansko »dokončano«. Stališče, ki nastanek škode postavlja v trenutek nastopa zamude, je po naši oceni tudi sicer problematično.

Tveganje zamude s plačilom je eno običajnih tveganj pri gospodarskem poslovanju, zato je upnikom (na sistemski ravni) na voljo izvršilni postopek (po novem tudi institut izvršnice⁵¹). Bi bilo mogoče in smiselno stališče, da premoženjska škoda/korist (vsaj v kazenskopравnem, če ne že v civilnopравnem pomenu) nastane šele v primeru neuspešnega izvršilnega postopka?⁵² K premisleku v to smer so nas spodbudila nekatera zavrženja, v katerih so se ODT-ji sklicevali tudi na to, da ima/je imel upnik možnost poplčila v izvršilnem postopku, še posebej pa obrazložitev v zadevi Kt (1) 123/03. Upnik je v navedeni zadevi ob kazenski ovadbi vzporedno sprožil izvršilni postopek, v katerem je bil v celoti poplačan, zato je ODT ovadbo zavrgel iz razloga, ker naznanjeno kaznivo dejanje ni kaznivo dejanje, za katero se storilec preganja po uradni dolžnosti, in ob tem zapisal:

»Termina premoženjska škoda, ki je uporabljen v prvem odstavku 234.a členu KZ, namreč ni mogoče izenačevati s terminom 'dolg'. Ni torej mogoče zastopati stališča, da ker družbi X terjatev od dneva valute računa dne 26. 3. 2002 do dokončnega poplčila v izvršilnem postopku dne 30. 1. 2003, torej v tem obdobju, ni bila plačana, da je s tem v obravnavanem obdobju družbi X nastala premoženjska škoda. V gospodarskem poslovanju imajo upniki ob različnih instrumentih zavarovanja svojih terjatev na voljo tudi postopek izvršbe, ki je namenjen ravno izterjavi zapadlih, a neplačanih obveznosti. Če je bil dolg osumljenčeve gospodarske družbe, ki ga je le-ta imela v razmerju do gospodarske družbe X v celoti z vsemi stroški, po-

⁵⁰ Prim. s stališčem v sodbi Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Ips 51407/2010-70, z dne 9. februarja 2012.

⁵¹ Glej Zakon o preprečevanju zamud pri plačilih (ZPreZP-1), Ur. l. RS, št. 57/2012, ki v 37. do 53. členu ureja t. i. izvršnico kot posebno listino, namenjeno zavarovanju plačil v gospodarskem poslovanju.

⁵² V primeru stečaja ali prisilne poravnave bi do te točke seveda prišlo že prej – ob uvedbi stečaja oz. ob potrditvi prisilne poravnave.

ravnan z uporabo običajnih instrumentov izterjave dolgov, ki jih imajo na voljo upniki, v konkretnem primeru torej z izvršbo na sredstva na dolžnikovem računu, ni mogoče govoriti o nastanku premoženjske škode, zato kaznivo dejanje v konkretnem primeru ni podano.«⁵³

Stališče, da obstoja dolga ne moremo izenačevati s pojmom premoženjska škoda, se nam zdi zelo prepričljivo. Dejansko škodo teoretično pomeni razlika med trenutno tržno vrednostjo terjatve in višino terjatve. Dejstvo je namreč, da ima upnikova terjatev do dolžnika tržno monetarno vrednost tudi po zapadlosti terjatve. Mogoča je prodaja terjatve, menjava terjatve, vključitev terjatve v verižno kompenzacijo, na trgu so celo podjetja, ki na tem gradijo svojo poslovno dejavnost (e. g. *factoring*, *forfaiting*). Tako se nakazuje, da vse dokler obstaja realno izterljiv dolg, vsaj o določenosti premoženjske škode ne moremo govoriti⁵⁴ – na neki način gre za potencialno in nečisto škodo (to je trenutno nedoločen, a vseeno potencialen in v bodoče določljiv znesek eventualne premoženjske škode). V primeru stečaja ali prisilne poravnave ima ODT dobro podlago za oceno, da je (del) dolg(a) že (gotovo) postal škoda, ODT-ju prav tako ne gre odreči interpretacijske diskrecije, da v določeni situaciji (e. g. na podlagi podatkov o slabem finančnem poslovanju dolžnika) presodi, da je dolg (zagotovo) neizterljiv.⁵⁵ Nesporno pa je, da v primeru neuspešne izvršbe dolg ni več izterljiv in imamo opravka z določno opredeljeno in realno (nič več potencialno) škodo. ODT lahko načeloma v primeru, da izvršilni postopek ni bil niti sprožen, z dobršno mero suverenosti *prima facie* oceni, da škoda/korist in s tem objektivni pogoj kaznivosti *zaenkrat* še ni izkazan oziroma natančno določen, čeprav so postavljene meje določljivosti (višina obveznosti s pripadki).⁵⁶ V tej luči se odpira vprašanje, ali ne bi bilo z vidika učinkovitosti

⁵³ Sklep Okrožnega državnega tožilstva v Ljubljani o zavrženju, v zadevi Kt (1) 123/03, z dne 11. aprila 2003.

⁵⁴ Še posebej je tako, če domnevni oškodovanec v skladu s svojimi internimi računovodskimi predpisi sploh še ni odpisal oziroma ustrezno prevrednotil dolga storilca – pred odpisom/prevrednotenjem ga namreč še vedno vodi v svojih finančnih izkazih.

⁵⁵ Nadaljevanje citiranega sklepa se glasi: »Povsem drugače pa bi seveda bilo v primeru, da bi se ugotovilo, da je osumljenec ravnal na način, na kakršen je to opisano, ob pogojih, ko bi se zavedal, da njegove obveznosti ne bodo mogle biti poravnane niti z uporabo instrumentov izterjave, ki so na voljo upnikom, če bi bila njegova gospodarska družba prezdolžena in podobno. Vendar pa se to v konkretnem primeru ni izkazalo. Z opisanim ravnanjem pa je osumljeni, vsaj v razmerju do družbe X, gotovo izgubil precejšen del svoje poslovne kredibilnosti, vendar le-ta ne more biti in ni predmet kazenskega postopka.«

⁵⁶ Tu bi opozorili na pogosto napako sodišč prve stopnje, ki pri tem kaznivem dejanju kot posebni pogoj ob izreku pogojne obsodbe določajo tudi plačilo obresti od ugotovljenega zneska škode. V zvezi s tem velja omeniti sodbo Vrhovnega sodišča RS v zadevi I Ips 165/2002, z dne 11. marca 2004, v kateri natančno obrazloži, da povrnitev škode, ki je bila povzročena s kaznivim dejanjem in jo je kot posebni pogoj mogoče naložiti obdolžencu v

kazenskega postopka, ki je načeloma ultima ratio in je za državo stroškovno in kadrovske gledano bolj obremenjujoč, ne bi bolj smotno, da bi ODT-ji *prima facie* zavrgli tiste ovadbe, pri katerih nimajo izkazanega (delno) neuspešnega končanja izvršilnega postopka.⁵⁷ S praktičnega vidika zavrženje samo po sebi ne pomeni, da zadeva ne more priti ponovno pred ODT-ja, če se izvršilni postopek kasneje (delno) neuspešno zaključi. Prav tako se lahko v izvršilnem/civilnem postopku na matičnem področju izkristalizira (ne)upravičenost pogostih (pavšalnih) ugovorov domnevnega storilca o kakovosti storitve/blaga. S teoretičnega vidika pa ocenjujemo, da so zastaralni roki varovani celotni čas poteka izvršilnega/civilnega postopka, če se postavimo na stališče, da se objektivni pogoj kaznivosti do konca konkretizira/izčisti šele ob neuspešnem izvršilnem/civilnem postopku.⁵⁸ Navsezadnje velja poudariti, da imamo v vsakem

pogojni obsodbi, ne more zajemati tudi zamudnih obresti. Kot je zapisalo Vrhovno sodišče RS: »Zamudne obresti ne predstavljajo povrnitve škode, saj so posebna stranska in akcesorna terjatev ...« Da so vsaj višja sodišča to stališče ponotranjila, izhaja na primer iz sodbe Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Kp 113/2005, z dne 22. junija 2005, v kateri se pojavlja identična argumentacija, *verbatim*.

⁵⁷ Stečajne zadeve in primeri prisilnih poravnav so pri tem izjema, kot je bilo že nakazano.

⁵⁸ O vprašanju časa izpolnjenosti vseh znakov kaznivega dejanja v zvezi z objektivnim pogojem kaznivosti glej: Z. Fišer, nav. delo, str. 133–136, kjer med drugim zapiše: »... menimo, da bi se bilo potrebno postaviti na stališče, da začne teči zastaralni rok šele z nastankom OPK, ne pa s trenutkom izvršitve dejanja ... [v nasprotnem primeru] bi se namreč lahko zgodilo, da bi prišlo do zastaranja, preden bi nastopil OPK, torej preden bi dejanje pridobilo vse znake, ki so določeni v zakonu. Dejanje sploh še ne bi prešlo v kaznivo cono, zoper storilca ne bi bilo mogoče storiti ničesar v smeri pregona, ta pa bi kljub temu zastaral ... zato je utemeljena samo tista rešitev, po kateri začne teči zastaranje s trenutkom, ko se je izpolnil v zakonu predvideni pogoj.« Fišer je prav tam podal predlog, da se to razreši na zakonski ravni, tako kot v Italiji. Mi za dodatno zakonsko normiranje ob povsem razumni in sprejemljivi argumentaciji sicer ne vidimo potrebe; je pa res, da smo v praksi naleteli na en primer, v katerem je ODT zaradi zastaranja zavrgla zadevo prav v situaciji, o kateri je govor. V tej zadevi je do prevzema blaga in očitane preslepitve prišlo junija 2000. ODT je odločala leta 2009 in ugotovila, da je od izvršitve preteklo več kot pet let, v vmesnem času pa prav tako ni prišlo do pretrganja zastaranja. Več kot očitno je, da se je ODT ukvarjala zgolj s trenutkom izvršitve, ne pa tudi s trenutkom obstoja vseh znakov kaznivega dejanja – v konkretni zadevi je namreč upnik v pravdi uspel s svojim tožbenim zahtevom leta 2005, izvršba na podlagi pravnomočne sodbe pa je bila kasneje neuspešna. Glej: sklep Okrožnega državnega tožilstva v Ljubljani, Kt (0) 5793/09, z dne 28. decembra 2009. Po našem stališču je objektivni pogoj kaznivosti nastopil po neuspešni izvršbi, zato do zastaranja v trenutku odločanja ODT še ni prišlo in je bila odločitev ODT s tega vidika prenačljiva. V takih situacijah torej zagovarjamo podobno interpretacijo teka zastaralnih rokov kot pri trajajočih kaznivih dejanjih ali pri opustitvenih kaznivih dejanjih. Eventualno bi lahko situacijo, v kateri teče civilni/izvršilni postopek, šteli tudi za eno izmed situacij po tretjem odstavku 91. člena KZ-1, ko »zastaranje ne teče v času, ko se po zakonu pregon ne sme začeti ali nadaljevati«. Tudi v povezavi s postopkovnimi določili, ki v primeru predhodnih pravnih vprašanj iz drugih postopkov določajo, da kazensko sodišče *lahko* (*ne pa, da mora!*) odloči tudi o tem vprašanju (glej prvi odstavek 23. člena ZKP-UPB8).

primeru vse do neuspešnega zaključka izvršilnega postopka pravzaprav opravlja zgolj z *začasnim* nastankom premoženjske škode oziroma koristi,⁵⁹ strogo branje zakonskega besedila pa nasprotno vodi k zahtevi po *trajnem* nastanku premoženjske škode oziroma *trajni* pridobitvi premoženjske koristi kot časovni točki nastanka objektivnega pogoja kaznivosti.⁶⁰ Eden izmed zakonskih znakov je sicer tudi (zgolj) delna neizpolnitev obveznosti, toda delne neizpolnitve, vsaj v kazenskopravnem pomenu, nikakor ne gre enačiti z nepravočasno izpolnitvijo.

Skratka, z zahtevo po predhodno neuspešnem izvršilnem postopku bi se znebili marsikatero frivolne ovadbe oziroma kazenskega postopka in bi hkrati cono kriminalnosti tako zamejili, da kaznivo dejanje poslovne goljufije ne bi moglo postati substitut civilnopravnemu izvršilnemu postopku.

Ta linija misli seveda odpre možnosti tudi za upoštevanje naknadnega plačila obveznosti med (pred)kazenskim postopkom vsaj do točke, ko se škoda izčisti; samo kot olajševalna okoliščina bi se po tej točki torej načeloma lahko upoštevalo zgolj plačilo po že končani neuspešni izvršbi. V primeru, da bi datum zapadlosti terjatve vseeno šteli kot trenutek nastanka škode/koristi, pa obstaja še ena malce bolj radikalna argumentacija; izpolnitev (generične!) obveznosti (pri kaznivem dejanju poslovne goljufije) kadarkoli med (pred)kazenskim postopkom in pred neuspešno zaključeno civilno izvršbo pomeni, da objek-

⁵⁹ Prav ta začasna narava pridobljene koristi oziroma nastale škode pred zaključkom civilnopravne izvršbe po naši oceni ne govori v prid določitvi točke nastanka premoženjske škode recimo že ob vložitvi predloga za izvršbo oziroma začetku izvršilnega postopka, s katerim nedvomno nastanejo stroški postopka. Tudi ti bodo namreč ob uspešni izvršbi upniku povrnjeni.

⁶⁰ Ker zakonodajalec oziroma zakon ne govori recimo o *kakršnikoli* ali še bolj izrecno o *trajni ali začasni* pridobitvi koristi/nastanku škode, je strogo branje te določbe z omejitvijo na *trajni* nastanek premoženjske škode oziroma *trajno* pridobitev premoženjske koristi popolnoma primerno. Res je, da na neki način vložitev predloga za izvršbo kaže, da je prišlo do točke, ko je pretrgan redni pričakovani poslovni tok in dokončno prelomljeno zaupanje v pošten pristop k sklenitvi in izvajanju pogodbe, kot je zapisal/a anonimni/a recenzent/ka tega prispevka. Toda ne glede na to poplačilo s pomočjo rednega izvršilnega postopka po našem mnenju še ne dosega tiste stopnje neprava, ki dolžnikovo ravnanje potisne na območje kazenskopravne protipravnosti. Z drugimi besedami, točka trajne pridobitve škode/nastanka koristi je neuspešen zaključek izvršilnega postopka, šele tedaj nastane objektivni pogoj kaznivosti. Če pride do eventualnega plačila po tej točki (še pred zaključkom kazenskega postopka), to načeloma ne more vplivati na vprašanje, ali je objektivni pogoj kaznivosti podan – *ex post facto* plačilo po neuspešni izvršbi se lahko zato upošteva samo kot olajševalna okoliščina. Še enkrat pa velja ponoviti, da ocenjujemo, da lahko ocena okrožnega državnega tožilca, da bo neizogibno prišlo do neuspešnega zaključka izvršilnega postopka, recimo v primeru stečaja ali prisilne poravnave, v posameznih primerih vseeno upravičeno vodi v odločitev o začetku kazenskega pregona. Glej v zvezi s tem tudi že v opombi 59 naveden prvi odstavek 23. člena ZKP-UPB8.

tivnega pogoja ni več z učinkom *ex tunc* – da je torej odpadel za nazaj in zato nimamo podanih vseh znakov kaznivega dejanja.⁶¹

Če povzamemo, upoštevajoč prej navedeno, zagovarjamo stališče, da v primeru t. i. *ex post facto* plačil, kjer *factum* predstavlja vložitev ovadbe, velja velikodušno uporabljati interpretacijsko diskrecijo glede pomena celotne izpolnitve obveznosti v času teka (pred)kazenskega postopka. Predvsem to velja pri tistih oblikah poslovne goljufije, pri katerih imamo opravka z najnižjo očitano stopnjo neprava. Če se že na široko interpretira faza izvajanja v definiciji poslovne goljufije prek tega, da se pri konstrukciji poslovnih goljufij redoma upošteva in navaja izmikanje stikom ter zagotavljanje plačila po zapadlosti terjatve ob kasnejšem neplačilu, potem ni utemeljenega razloga, da se ne bi upoštevalo tudi naknadnega poplačila na podoben način (v praksi je temu že zdaj tako, o čemer priča veliko število zavrženj, ter marsikateri umik zahteve za preiskavo in odstop od pregona v primeru t. i. *ex post facto* plačila). Če se komu teoretično upira argumentacija glede neobstoja oziroma odpada objektivnega pogoja kaznivosti v primeru plačila v času teka (pred)kazenskega postopka, lahko pridemo do enakega rezultata tudi preko zanikanja preslepitvenega namena⁶² ali pa z uporabo procesnih določb glede nesorazmernosti med majhnim pomenom kaznivega dejanja in posledicami, ki bi jih povzročil kazenski pregon.

3. SKLEPNO O POMENU INTERPRETACIJSKE DISKRECIJE PRI KAZNIVEM DEJANJU POSLOVNE GOLJUFIJE

Če na kratko povzamemo, je pojavne oblike poslovne goljufije v smislu intenzivnosti neprava mogoče razvrstiti v (najmanj) tri stopnje:

- (i) Na najvišji stopnji neprava so tista ravnanja, pri katerih je storilčeva preslepitvena aktivnost najbolj intenzivna in kvalificirana bodisi z uporabo ponarejenih listin ali pa jo izkazuje velik organizacijski podvig (razne liziške

⁶¹ To varianto dajemo na mizo predvsem izhajajoč iz tega, da je pri objektivnem pogoju kaznivosti »nesporno samo to, da ni nič nespornega«, in da ga je treba predvsem pri (nepravih) objektivnih pogojih kaznivosti v interesu načela subjektivne krivdne odgovornosti bistveno ožje razlagati, tam kjer je to mogoče.

⁶² Ta argument je mogoče uporabiti tudi v primerih, ko škoda ni v celoti poplačana, je pa v pretežnem delu. V sklepu o zavrženju Okrožnega državnega tožilstva, v zadevi Kt (1) 6747/10, z dne 21. februarja 2011, je ODT ob ugotovitvi, da je bilo plačilo za del obveznosti izvedeno prek asignacij, del pa je osumljenka odplačevala sproti in je tako poravnala 87 odstotkov dolga, sklenil, da »ni mogoče trditi, da O ni imela namena poplačila obveznosti po pogodbi, saj je obveznosti v večji meri poravnala, kljub finančnim težavam ter tako ni mogoče zatrjevati, da je imela goljufiv namen«.

goljufije, masovne posojilne goljufije ...) – te pojavne oblike preslepitev so bile pokrite že s klasično inkriminacijo goljufije (npr. zadeva Grubelič).

(ii) Dokaj pogoste, a na lestvici neprava za stopnjo manj intenzivne, so tiste preslepitve, pri katerih je izpolnitev pogodbene zaveze v roku zavarovana s sicer neponarejenim sredstvom zavarovanja, najpogosteje akceptnim nalogom ali menico, ki pa nima kritja. Prav tako v to kategorijo spadajo primeri, ko do preslepitve pride med izvajanjem pogodbe ali posla in je preslepitev (v obliki lažnega prikazovanja, na primer izrecnih obljub o kasnejšem plačilu) na neki način kvalificirana z zlorabo bolj zaupnega razmerja – v teh primerih preslepitev oziroma prikazovanje, da bodo obveznosti izpolnjene, kvalificira predhodna izgradnja asimetričnega zaupnega razmerja, ki je nato izrabljeno.

(iii) Tudi na najnižji stopnji imamo opravka z asimetričnim zaupnim razmerjem, ki pa je bolj sistemsko-institucionalne narave v smislu upravičenih pričakovanj znotraj gospodarskega poslovanja kot pa rezultat predhodnega poslovnega odnosa ali izdaje nekritih sredstev zavarovanja. Gre predvsem za tiste primere, ko se storilcu očita golo zamolčanje slabega finančnega položaja (oziroma njegova zavest o neizogibnem stečaju ali prisilni poravnavi), ki mu ne omogoča izpolnitve pogodbenih obveznosti.

Ob analizi spisov poslovne goljufije na praktični ravni se je pokazalo kot problematično, da se ovadbe za kaznivo dejanje poslovne goljufije pogosto (zlo) rabijo kot zastraševalno in (za upnika) ekonomsko učinkovito sredstvo za izterjavo civilnopravnih dolgov.⁶³ Kot substitut za izvršilni postopek je ovadba za poslovno goljufijo še posebej priljubljena in učinkovita v zadevah, v katerih se prek kazenske zadeve doseže spregled pravne osebe in navadno z direktnim plačilom s strani ovadene odgovorne osebe v (pred)kazenskem postopku ali pa v končni fazi prek specialnega pogoja v pogojni obsodbi vzpostavi obveznost izpolnitve pogodbenih obveznosti »preminule« pravne osebe.⁶⁴

⁶³ Paradigmatičen primer v tem kontekstu je niz zadev, ki smo jih poimenovali »47 Medotov« in so predmet podrobnejše analize drugje. Glej v zvezi s tem: C. Keršmanc, nav. delo (2013a), str. 128–156, in predvsem nav. delo (2013c), str. 253–283, v katerem je to med drugim prikazano z ekscerpti iz komunikacije med upnikom in ODT-ji.

⁶⁴ Prim. z ugotovitvami in navedbami v letnih poročilih o delu tožilstva: Vrhovno državno tožilstvo: Skupno poročilo o delu tožilstev 2005, str. 47; za leto 2006, str. 47–48; za leto 2007, str. 51; za leto 2008, str. 53, kjer izrecno navedeno, da odvetniki izrabljajo to kaznivo dejanje za izvršbo; za leto 2009, str. 60–61; za leto 2010, str. 64–67; za leto 2011, str. 56–58, ko se prvič omenja problematika izbrisanih družb dolžnic, ki so navadno ovadene skupaj z odgovorno osebo. Glej tudi Liljana Selinšek: Kazniva dejanja zoper gospodarstvo, v: Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 375–376.

Brez kakršnegakoli podcenjevanja problematike plačilne nediscipline menimo, da je urejanje tega sistemskega problema s kazenskim pravom neprimerno in bo, ob pomoči novih procesnopравnih institutov, skoraj gotovo vodilo v nadaljnje širjenje cone kriminalnosti v bagatelo.⁶⁵ V zvezi s tem ocenjujemo, da bi lahko praksa pri zadevah, ki zaradi nizke stopnje neprava že prehajajo na področje civilnega/izvršilnega prava, dodatno zamejila cono kriminalnosti:

- (i) z zahtevo po taki konkretizaciji⁶⁶ preslepitvenega ravnanja, ki vsaj v fazi vložene obtožnice v njenem izreku presega običajne navedbe o neizpolnitvi pogodbenih obveznosti v roku in vsebuje take okoliščine, iz katerih je mogoče potegniti vrednostni sklep, da objektivno neresnična izjava hkrati pomeni tudi laž;⁶⁷
- (ii) z vpeljavo standarda bolj kvalificirane preslepitve oškodovanca, ki bi olajšal izločitev vsaj najbolj očitnih zlorab ovadbe za poslovno goljufijo v namen civilnopravne izvršbe (tj. formulaične ovadbe pri t. i. serijskih ovaditeljih);⁶⁸

⁶⁵ Obstaja realna nevarnost, da se bo cona kriminalnosti »prikrito« širila v bagatelo preko instituta pogajanj o priznanju krivde oz. priznanju krivde iz ZKP-K. Zakaj? V 562 pregledanih sodbah iz našega vzorca je do obsodilne sodbe prišlo v 63 zadevah, pri čemer se je v 35 zadevah (kar je 55 odstotkov obsodilnih sodb iz vzorca) obsojeni pravici do pritožbe odpovedal. Ker vse zadeve iz let 2009 in 2010 še niso bile končane, domnevamo, da bo/je ta delež še višji. Več tovrstnih sodb po naši oceni ne bi prestalo presoje na višjem sodišču. Novi procesnopравni instituti bodo, ob pogosto resigniranem in neaktivnem obdolžencu - dolžniku, cono kriminalnosti po istem kopitu in po defaultu postopno pomikali še bolj na področje civilnega prava.

⁶⁶ Primerjaj recimo z zahtevami po konkretizaciji pri kaznivem dejanju ogrožanja varnosti v sodbi Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Ips 101/2008, z dne 18. decembra 2008.

⁶⁷ Vsaka objektivno gledano neresnična izjava ni nujno laž – za laž je potreben še subjektivni element v smislu zavesti o neresničnosti izjave s strani tistega, ki jo daje, in njegov namen, da pri prejemniku s takšno izjavo ustvari zmoto. To je recimo že na ravni zakonske definicije zapisano v angleškem Fraud Act (2006) kot del opredelitve instituta *fraud by false representation*: »A representation is false if – (a) it is untrue or misleading, and (b) the person making it knows that it is, or might be, untrue or misleading.« Kot smo že večkrat zapisali, se o zavestnem in namenskem elementu sklepa na podlagi kontekstualnih okoliščin, ker ob odsotnosti časovnega stroja in naprave za branje misli ne moremo pogledati v storilčevo glavo v trenutku sporne izjave/zamolčanja.

⁶⁸ V zadevi *United States v. Brown*, 79 F.3d 1550 (11th Circ. 1996), je eno izmed ameriških zveznih prizivnih sodišč zavzelo stališče, da v tistih razmerjih, v katerih nimamo opravka z zaupnim razmerjem posebne intenzitete (konkretno je šlo za lažne navedbe nepremičninskega agenta), ne gre za goljufivo preslepitev, če gre za take laži/zavajanja, ki bi jih razumna oseba s povprečno skrbnostjo morala in mogla z lahkoto prepoznati iz dostopnih virov informacij, če bi to želela. Zadeva je bila s strani drugih prizivnih sodišč kritizirana. Posledično je leta 2009 v zadevi *United states v. Svete*, 556 F.3d, 1157, 1161 (11th Cir. 2009) (*en banc*), tudi prizivno sodišče 11. okrožja spremenilo svoje stališče, in sicer predvsem na podlagi zakonskega besedila oz. gramatikalne razlage besedice *any*, ki se

(iii) z velikodušno interpretacijo pomena plačil oziroma izpolnitev obveznosti med (pred)kazenskim postopkom;

(iv) po možnosti pa tudi s tako (re)interpretacijo trenutka nastanka škode/koristi v kazenskopravnem pomenu (oziroma objektivnega pogoja kaznivosti), ki bi vsaj v tistih primerih, v katerih se nastanek škode/koristi ne zdi neizogiben (e. g. zaradi stečaja, prisilne poravnave), pomenil, da se *prima facie* zavržejo tiste zadeve, v katerih ni določno izkazana višina škode/koristi prek predhodno neuspešnega izvršilnega postopka (ne bi smeli namreč privoliti v to, da vlaganje ovadb za poslovno goljufijo obvelja kot substitut izvršilnemu postopku).⁶⁹

S takim pristopom bi lahko brez posegov (*ali pa vsaj z minimalnimi posegi*) v obstoječo zakonodajo deloma razbremenili organe odkrivanja in pregona, da bi se ti lahko bolj posvetili zadevam z večjo stopnjo neprava oziroma bolj kompleksnim oblikam gospodarske kriminalitete.

pojavlja pri inkriminaciji goljufije na zvezni ravni, ki prepoveduje »any scheme or artifice to defraud« (18 U.S.C., para. 1341, 134), v povezavi z zgodovinsko razlago in voljo zakonodajalca iz leta 1872. Prim. tudi s francoskim institutom *mensonge simple*, ki je predstavljan zgoraj. V okviru naše zakonodajne ureditve bi lahko po naši oceni navedeni standard vpegljali že ob trenutno veljavni dikciji, in sicer prek vrednostnega ugotavljanja, ali je dejansko prišlo do preslepitve oškodovanca v kazenskopravnem smislu, ki jo zahteva 228. člen KZ-1.

⁶⁹ Prim. s pojasnilnimi navodili angleške The Crown Prosecution Service na temo »The borderline between criminal and civil prosecution«: »Prosecutors should guard against the criminal law being used as a debt collection agency or to protect the commercial interests of companies and organisations. However, prosecutors should also remain alert to the fact that such organisations can become the focus of serious and organised criminal offending. The criminal law should not be used to protect private confidences.« Glej: CPS: Legal Guidance: The Fraud Act 2006. <www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/fraud_act/#a04> (15. 8. 2013).

VLADAVINA PRAVA ZA POLITIKE

Vladavina prava, Vodnik za politike. Prevod: dr. Danilo Türk.
GV Založba, Ljubljana 2013. 76 strani.

13. novembra 2013 je bil na ljubljanski univerzi imeniten dogodek – predstavitev drobne žepne knjižice z naslovom *Vladavina prava, vodnik za politike*.¹ Izid takšnega vodnika je vse pozornosti vreden dogodek, že zato, ker je spoštovanje vladavine prava zelo trd oreh za politike, zlasti za tiste, ki mislijo, da imajo v »lasti in posesti« edino in večno Resnico, hkrati z naborom zveličavnih Vrednot. V imenu Resnice in Vrednot si domišljajo, da imajo pravico, še več, celo dolžnost vladati neukim, zapeljanim ljudem in jim te Resnice in Vrednote vlivati v od nekdanjega socializma zmedene glave, če ne gre drugače, tudi s silo, na primer z lustracijo. Vsebina knjižice o vladavini prava je seveda pravo nasprotje malo prej opisanega pojmovanja oblasti, saj ves čas govori o omejevanju samovoljne oblasti in o nujnosti njenega podrejanja pravu zaradi človekove svobode in njegovih pravic.

Druga okoliščina, zaradi katere sem predstavitev Vladavine prava označil za imeniten dogodek, je to, da so jo opravili prof. dr. Danilo Türk, naš nekdanji predsednik in prevajalec knjižice, prof. dr. Ivo Josipović, predsednik Republike Hrvaške, in prof. dr. Alenka Šelih, redna članica SAZU. Toda o tem je v 45. številki *Pravne prakse* (21. november 2013) pisala dr. Nana Weber in na kratko povzela tudi nekatere poudarke iz njihovih vse pozornosti vrednih izvajanj, ki so bila praviloma povezana z aktualnimi dogodki in problemi s področja vladavine prava. Ne bo pa odveč, če v tem zapisu, ki naj bo prikaz vsebine knjižice, vendarle povzamem misel vseh treh uvodničarjev, da je delo napisano tako, da je dostopno slehernemu državljanu. Zato bi bilo koristno, če bi doživelo množično distribucijo, kajti načelo vladavine prava ne velja samo za vodilne politike, čeprav zanje predvsem, marveč tudi za slehernega človeka. Ravnanje

¹ Podatki o knjižici: *Vladavina prava, Vodnik za politike*. Prevod: dr. Danilo Türk. The Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law. The Hague Institute for the Internationalisation of Law, 2012. GV Založba, Ljubljana 2013.

v skladu s tem načelom je temelj državljanske odgovornosti, je zapisal prof. dr. Danilo Türk v uvodni besedi, sam pa dodajam, da je obenem tudi temelj njegovih političnih, državljskih ter tudi ekonomskih, socialnih in kulturnih pravic.

Ta zapis seveda ni recenzija, vsaj v grobih obrisih pa knjižico moram predstaviti, že zato, ker je namen tega mojega pisanja motivirati kar se le da širok krog pravnikov, da bi jo prebrali in uporabljali. Najprej zato, ker pri nas slabo razločujemo, kot je poudarila profesorica Alenka Šelih, oblast kot vladanje nad ljudmi in oblast kot služenje blaginji ljudi ter njihovim pravicam in svoboščinam. Lahko pa bi nemara uporabljali njene ugotovitve o vladavini prava tudi, kadar se morajo braniti pred očitki, da te ali one (ideološke) Vrednote niso upoštevali pri odločanju o tem ali onem, češ da zato, ker so obsedeni z načelom zakonitosti in z vsemi pravili, ki iz tega načela izhajajo. Pravkar povedano pa seveda ne pomeni, da tudi ob striktnem spoštovanju zakonitosti ni potreben zdrav razum. To pomeni, da je zakonsko normo treba razumeti in uporabiti tako, da ne nasprotuje zahtevam človečnosti, enakopravnosti in pravičnosti. Na ta vidik vladavine prava knjižica večkrat opozarja v odstavkih o diskreciji, o ustreznosti prisile, enakopravni obravnavi in o zaupanju državljanov v vladavino prava ali o njeni legitimnosti.

Knjižica ima tri dele. Prvi se ukvarja z vprašanji vladavine prava na ravni države, drugi obravnava vladavino prava na mednarodni ravni, v tretjem pa opozarja na soodvisnost vladavine prava na ravni države in na mednarodni ravni.

V prvem delu najprej razloži, kaj je in v čem je pomen vladavine prava. Definicija je sicer na videz preprosta, ko pove, da se morajo državljani in vsi vladajoči pokoravati pravu. V nadaljevanju pa pokaže, da stvar sploh ni preprosta, že ko opozori, da je obseg pravnega urejanja razmerij na ravni posamezne države v različnih državah zelo različen in da vladavina prava, na kratko povedano, ni relevantna za prav vsa razmerja med državljani in drugimi zasebnimi dejavniki. Toda ko ta izvajanja poveže z odgovornostjo politikov, izrecno poudari, da je vladavina prava vselej merilo, ko gre za izvrševanje vladne, se pravi izvršne oblasti. Tu izjeme niso dovoljene, trdijo avtorji, čeprav sicer opozarjajo, da je vladavina prava veliko širši, celo kulturno-civilizacijski pojem in se ne omejuje samo na omejevanje vladne oblasti.

V nadaljevanju je poudarek na treh konstitutivnih elementih vladavine prava, in sicer so to zakonitost, demokracija in človekove pravice. Pojem zakonitosti je prikazan kot zelo kompleksen. Najprej obsega zahtevo po izpolnjevanju formalnih meril, ki so glede na to, za kakšne pravne akte gre (zakon), kako so nastali (demokracično ali ne) in kakšna je njihova vsebina (zahteva po spoštovanju človekovih državljskih, političnih, gospodarskih, socialnih in kultur-

nih pravic ali legitimnost), tolikšnega pomena, da ob njihovi kršitvi ne gre več za vladavino prava, marveč za vladavino s pomočjo prava.

V nadaljevanju se knjižica posveča zahtevam vladavine prava na ravni države. Na prvo mesto avtorji postavijo ustavnost. Ta zahteva pomeni, da mora najvišji pravni akt države določiti, kateri organi države so odgovorni za izvrševanje treh vej oblasti, ko morajo biti določene tudi meje izvrševanja pristojnosti državnih organov. Brez takega temeljnega pravnega okvira, pravi besedilo, ni mogoče (z razumno mero natančnosti) meriti vladnega spoštovanja načela vladavine prava.

V podpoglavju o zahtevi po javnosti, jasnosti, neretroaktivnosti in stabilnosti prava knjižica posveča posebno pozornost vsem navedenim zahtevam in pri tem navaja tudi odločbo Evropskega sodišča za človekove pravice, ki je zahteve po javnosti, jasnosti in predvidljivosti razglasilo že leta 1979 (Sunday Times proti Združenemu kraljestvu). Za uresničevanje teh zahtev so še posebej odgovorni parlamenti. Zato bi morali to besedilo prebrati vsi poslanci, da bi razumeli, zakaj morajo biti zakoni in zakonodaja kot celota poleg vsega že povedanega tudi notranje skladni, zakaj sicer grozi zmeda, preobilica zakonov in zmedenost uradnikov in državljanov. Prav tako bi bilo koristno, če bi poslanci in člani vlade upoštevali priporočilo, naj pri zakonopisnem delu sodelujejo neodvisne ustanove, nevladne organizacije, sindikati in poslovne skupnosti, ker je le tako mogoče zagotoviti ustrezno kakovost zakonodaje.

Pri tem moram še posebej poudariti pomen, ki ga avtorji pripisujejo prepovedi retroaktivnega učinkovanja zakonov. Očitno so dobro poučeni o skušnjavi politikov, da bi njihove v pravo oblečene odločitve veljale tudi za nazaj. Tudi zato je treba pozdraviti nedavno odločitev Ustavnega sodišča Slovenije v zadevi »Lex Kramar«, kar ne pomeni podpore pohlepu, marveč za pravno varnost ljudi izjemno pomembnemu ustavnemu načelu. Posebej besedilo knjižice na to vprašanje opozarja v zvezi s pravosodjem in izvršno oblastjo, kjer je prepoved retroaktivne uporabe zakonov najpomembnejša. Parlamenti morajo poskrbeti, da do kršitev tega pravila ne pride.

Za politike bi morali biti poučni odstavki o diskreciji in o delitvi oblasti. Na to še posebej opozarjam, ker obe kategoriji politikom povzročata veliko težav. Kar pogosto se zgodi, da kakšne zamisli, ki se zdi kakemu politiku odrešilna, ni mogoče uresničiti, ker je v nasprotju z zakonom, ali zakonsko ni urejena, ali je celo v nasprotju z ustavo. V takšnih primerih je velika skušnjava, da bi kršili zakon v imenu kakšne »odrešilne« ideje (ukrepa) ali pa da bi zakonsko pooblastilo ali praznino razlagali tako široko, da bi lahko kršili ustavo. Prostor za diskrecijo izvršne oblasti seveda mora biti, a mora biti omejen, ugotavlja knjižica, poleg tega pa naj izvršna oblast diskrecije ne jemlje preveč zlahka, in

če jo že uporabi, naj jo uporabi v dobri veri. V nadaljevanju avtorji priporočajo uporabo priročnika Medparlamentarne unije o parlamentarnem nadzoru nad varnostnim sektorjem, ki vsebuje načela, mehanizme in dobre prakse, ker se dileme v zvezi z diskrecijo najpogosteje pojavljajo v zvezi z nacionalno varnostjo in delovanjem obveščevalnih služb.

Naslednji odstavek je posvečen sicer že prej omenjenemu načelu delitve oblasti. Avtorji priznavajo, da so na svetu različni sistemi in da v resničnosti ni absolutne in stroge ločitve. Toda bistvena naloga tega načela je preprečiti, da bi kakšna institucija ali celo kakšna oseba pridobila absolutno oblast. To nalogo najbolje opravlja sistem zavor in ravnotežij, ki pomeni, da je vsako izvrševanje oblasti podvrženo nadzoru druge veje oblasti.

Zaradi tega ni čudno, da se področje pravosodja pojavlja kot naslednja tema knjižice o vladavini prava, saj je nepogrešljiv pogoj zanjo. Po uvodni razlagi pojmov se knjižica posveti temeljnim pogojem za delovanje pravosodja, kot sta neodvisnost in nepristranskost. To sta dva postulata, ki ju najbolj ogroža politika, kot je razvidno tudi iz naše bolj oddaljene, žal pa tudi iz nedavne preteklosti. Zato vodnik zahteva, da ju morajo politiki javno sprejemati in spoštovati. Kaj to pomeni, je dovolj obširno, a tudi koncizno povedano v besedilu knjižice, a ne bo odveč, če povzamem: politiki ne smejo podajati mnenj o tem, kakšen naj bi bil izid kakšne pravosodne zadeve: vzdržati se morajo komentarjev in ocen o posameznih zadevah, biti morajo nadvse previdni, kadar razpravljajo o pogojih za zaposlovanje sodnikov. Za nekatere naše politike bi moralo biti poučno izrecno navodilo, da se ni primerno opredeljevati za odpravo njihovega trajnega mandata, ki je pglavitni pogoj njihove neodvisnosti in nepristranskosti.

Seveda pa je potrebna pozornost posvečena tudi tistim pogojem, ki jih mora izpolnjevati pravosodje samo, da bi si priborilo ali obdržalo ustavnopravni položaj neodvisne in nepristranske veje oblasti. Na prvem mestu je zahteva po poklicni etiki sodnikov. Za pravilno uporabo prava so poleg pravil nujni visoki standardi poklicne etike, pravijo avtorji knjižice. Sodniki se tudi ne smejo kompromitirati v zasebnem življenju in morajo biti skrajno previdni tudi pri dejavnostih, ki sicer niso protipravne, a bi sodnika lahko privedle v položaj, ko bi postal predmet zunanjih pritiskov. Poleg teh splošnih in načelnih postulatov za dobro delovanje pravosodja v smislu vladavine prava knjižica opozarja še na dostopnost sodišč, na razumen čas trajanja postopkov in na postulat poštenega postopka. Pojem poštenega postopka ni ideološka ali politična, marveč je strokovna kategorija, ki obsega vrsto pravil o vrsti in sestavi sodišča, o njegovi neodvisnosti, ki ne sme priti niti pod abstraktni vprašaj, in še kopico postopkovnih zahtev, česar vsega politiki pogosto niti ne razumejo, razen zahteve o razumnem času, in še to le v poenostavljenem pomenu hitrega sojenja ali

drugega odločanja. Zato zagotovo ne bi bilo odveč, če bi se s tem obširneje seznanili, saj bi tako nabrano znanje morda preprečilo glasovanje za vsako spremembo zakona o kazenskem postopku, ki jo štejejo za oviro »hitremu in učinkovitemu« odločanju v skladu z njihovimi kratkoročnimi strankarskimi interesi.

Knjižica se ukvarja tudi z alternativnimi oblikami reševanja sporov, ki jim priznava skladnost z vladavino prava, če zagotavljajo pravno varstvo vsem strankam, vključno s pravico do sodnega varstva, in če zadostijo zahtevam za neodvisnost in nepristranskost tovrstnega reševanja sporov.

Na koncu tega dela se knjižica ukvarja z drugimi organi odločanja, ki morajo prav tako ravnati v skladu s pravom. V tem okviru gre zlasti za državne upravne organe, ki morajo delovati znotraj meja, ki jih določa pravo, ker je to bistvenega pomena za delovanje vladavine prava. Posebej naj opozorim tudi na načelo sorazmernosti pri uporabi ustrezne prisile. Tu najdemo tudi odgovore na vprašanje, zakaj je vladavina prava na ravni države nujno potrebna, in sicer zaradi brzdjanja izvrševanja oblasti, zaradi pravne predvidljivosti in človekove svobode ter zaradi enakopravnosti.

Drugi del knjižice govori o vladavini prava na mednarodni ravni. Že na začetku ugotavlja, da je šele v zadnjih dveh desetletjih široko sprejeto spoznanje, da mora vladavina prava prodreti tudi v mednarodne odnose in tako postopno zamenjevati zdaj še večinoma na nasilju in na domnevni pravici močnejših utemeljeno ureditev sveta. Zato se zavzema za več spoštovanja vladavine prava v okviru mednarodnega pravnega in političnega sistema.² Pri tem lahko samo opozorim na zanimiva izvajanja o pomenu vladavine prava na mednarodni ravni in o razlikah med državnim in meddržavnim vidikom vladavine prava. Sicer pa so zahteve vladavine prava tudi na mednarodni ravni podobne, saj so poleg nenasilja tudi javnost, dostopnost, jasnost in predvidljivost aksiomi na mednarodni ravni. Posebej se avtorji knjižice ukvarjajo tudi z različnimi oblikami mednarodnih sodišč in poudarjajo potrebo po njihovi neodvisnosti in nepristranskosti.

Tretji del knjižice je posvečen soodvisnosti vladavine prava na ravni države in na mednarodni ravni. Potem ko poudari številne skupne lastnosti vladavine prava na obeh ravneh, postavi vprašanja, ali vladavina prava na mednarodni ravni kaj pridobi od vladavine prava na državni ravni in ali vladavina prava na mednarodni ravni krepi vladavino prava na ravni države. Odgovor na obe

² Obširneje o procesih postopnega prodiranja koncepta o vladavini prava v mednarodnih odnosih glej Mednarodno kazensko pravo, red. L. Bavcon in M. Škrk, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2012.

vprašnji je pritrđen in razmeroma obsežno utemeljen, a to moram prepustiti bralcu.

Naj končam ta prikaz knjižice z ugotovitvijo, da sem kar nehote posvetil precej več pozornosti prvemu delu, ki se ukvarja z vladavino prava na ravni države. To ne pomeni, da podcenjujem mednarodnopravni vidik vladavine prava ali medsebojno vplivanje državne in mednarodne ravni tega vidika politične in pravne ureditve današnjega globaliziranega sveta. Res pa je, da imajo slovenski politiki vsaj za zdaj veliko več težav z vladavino prava kot neizogibno sestavino demokratične politične in ustavne ureditve kot s tem vprašanjem na mednarodni ravni.

Upam, da so bile te kratke informacije zadosten motiv za branje in zlasti za uporabo pri vsakdanjem delu vsakega pravnika in politika, ki je polno dilem, ali spoštovati vladavino prava navkljub vsem skušnjavam, pritiskom in včasih celo prisili. Vladavina prava namreč ni statična kategorija, marveč je dinamičen in konflikten proces, v katerem naj prevladuje vladavina prava nad nasiljem, arbitrarnostjo in samovoljo, ker je samo tako mogoče zagotavljati človekovo dostojanstvo, njegovo pravno varnost ter svobodo in njegove pravice.

Ljubo Bavcon,
*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
zaslužni profesor Univerze v Ljubljani*

LASTNINA – PRAVNOTEORETIČNI POGLEDI NA LASTNINO

Dr. Andrej Berden: Lastnina – pravnoteoretični pogledi na lastnino. Druga, dopolnjena izdaja. Grafis Trade, Ljubljana 2013, 195 strani.

Delo *Andreja Berdena* je druga, dopolnjena izdaja avtorjevega dela *Pravnoteoretični pogledi na lastnino*, ki je izšla – lahko rečemo – zgodovinskega leta 1989. Monografija je razdeljena na sedem poglavij. V prvem poglavju avtor obravnava lastnino kot ekonomsko in pravno kategorijo. Ločuje med lastnino v ekonomskem in lastnino v pravnem smislu. Medtem ko prvi pojem zajema vsebino lastnine, gre pri lastnini v pravnem smislu le za njen normativni izraz. Poudarja, da je lastninsko razmerje ekonomsko razmerje, tako da ima ekonomski vidik lastnine primarno naravo, medtem ko so vsi drugi, vključno s pravnim, zgolj sekundarni. Avtor pritrjuje *Marxu*, da je lastnina v ekonomskem pomenu prilaščanje predmetov narave v okviru določene družbene formacije. Kdor si prilašča proizvode, je lastnik produkcijskih sredstev, tako da se lastnina v ekonomskem in pravnem pomenu navadno, a ne nujno, prekrivata. Tako je, kot pravi avtor, za ekonomski pojem lastnine povsem irelevantno, ali je tisti, ki si prilašča, hkrati tudi pravno upravičen do prilaščanja. Slednje je mogoče na podlagi lastninske pravice ali drugih položajev moči, ki so bodisi pravne bodisi dejanske narave.

Avtor ugotavlja, da je lastninska pravica danes omejena, tako da je njena absolutnost le relativna. Omejena je lahko s pravicami civilnega prava (pogodbo), tako da sta npr. pri zemljiški služnosti lastnik služeečega in lastnik gospodujočega zemljišča ekonomska lastnika služeečega zemljišča. Vendar so civilnopravne omejitve razmeroma redke, medtem ko so javnopravne omejitve vse bolj pogoste. Avtor posebej opozarja na omejitve, ki se nanašajo na *ius abutendi*, eno temeljnih upravičenj lastninske pravice.

V uvodu k vsebini pravnega pojma lastnine avtor citira *Finžgarja*, da je lastnina razmerje, ki obstaja med ljudmi ob prilaščanju predmetov narave. S pojavom zasebne lastnine in države dobi to razmerje pravno naravo in postane s

pravnimi predpisi varovano razmerje. Tedaj se pojavi lastninska pravica. Ta se spreminja glede na to, kateri razred je na oblasti, pravi avtor. V nadaljevanju se sprehodi skozi zgodovinske opredelitve lastninske pravice in stališča teoretikov, pri čemer najpogosteje navaja *Sajovica*. Poglavje sklene z ugotovitvijo, da je lastninska pravica najpopolnejša oblast nad stvarjo. Ekonomski in pravni pojem lastnine se prekrivata le, če lahko lastnik s svojo stvarjo ravna brez vsakršnih omejitev, kar pa je danes zelo redko.

V drugem poglavju razpravlja o lastninski pravici in razpolaganju. Najprej opozori na temeljno vprašanje, namreč ali je razpolaganje upravičenje, eno od upravičenj, ki so vsebina lastninske pravice, ali pa samostojna pravica oziroma del sposobnosti subjekta. Navede in kritično analizira stališča vrste teoretikov, na podlagi česar pride do ugotovitve, da je sam pojem razpolage v civilističnem pojmovnem svetu neopredeljen in se zelo približa pojmu pravnega prometa. Pri razpolagi gre, tako avtor, za dva ločena pravna instituta. Razpolaga glede tretjih je najbolj poudarjena značilnost pravice. Razpolago opredeljuje kot akt prenosa, ustanovitve ali ukinitve pravice. Upravičenje razpolaganja pa izhaja iz neke moči in je po svoji materialni strani lahko vezano na en subjekt, medtem ko s pravico na podlagi nekega izvedenega upravičenja razpolaga nekdo drug. Slednje upravičenje lahko temelji na pravnem poslu ali pa tudi na samem zakonu. Tako lahko nastane situacija, v kateri nosilec moči zaradi svojih subjektivnih lastnosti s pravico sploh ne more veljavno razpolagati, medtem ko je razpolaga vezana na neki pravni položaj, ki jo opredeljuje. Tako avtor ugotavlja, da sta razpolaga in pravica dva pravna instituta, ki se pogosto mešata, tudi zaradi nejasnih stališč v pravnih ureditvah. Ta neopredeljenost zadeva zgolj naravo pravic, ne tudi sposobnosti subjekta. Avtor nato zavzame stališče, da prenosljivost pravic in razpolaganje z njimi nista medsebojno povezana. Poglavje strne s 13 ugotovitvami glede značilnosti razpolaganja in razpolagalnih poslov. Najprej navede ugotovitev, da predmet razpolaganja niso stvari, ampak pravice. Značilnost razpolagalnih poslov pa je, da neposredno učinkujejo na premoženjsko pravico in jo vsebinsko spreminjajo, obremenjujejo, prenašajo ali ukinjajo. Posledica razpolaganj je pravni promet, v katerem pravice prehajajo z enega subjekta na drugega. Tu avtor opozarja, da je lahko prehod pravic med subjekti ustanovitve ali ukinitve pravic tudi posledica pravnih poslov in pravnih dejanj, katerih posledica ni pravni promet (npr. odpust dolga ali oporočnih razpolaganj, ki jih ne uvrščamo med pravne posle). Avtor prišteva k razpolaganjem tudi ravnanja, glede katerih je v teoriji sporno, ali jih je treba opredeliti kot pravnoposlovna (npr. zavrženje ali uničenje). Temeljni instrument razpolaganja je pravni posel, in sicer razpolagalni (pravni) posel. Razpolagalni posli imajo različno naravo in so tako zbirni pravni pojem. Zanje veljajo splošna pravila o pravnih poslih. Med razpolagalne pravne posle

je treba med drugim prištevati: pobotanje, poravnavo, ustanovitev omejenih stvarnih pravic (služnosti, zastavne pravice), prenovitev in cesijo. Od pravnih poslov obligacijskega prava se razpolagalni posli razlikujejo po neposrednem pravnem učinku, saj se z obligacijskopравnimi posli stranka le zaveže k razpolaganju. Obligacijskopравni posel meri na spremembo, ki naj jo ustvari razpolaganje, medtem ko sam ne ustvarja pravne spremembe. Zanj je potreben razpolagalni posel. Avtor sviri pred istovetenjem razpolaganj s stvarnopravnimi posli, čeprav slednji prevladujejo. Kot primer razpolaganja z relativno pravico navaja cesijo. Povsem na koncu avtor postavlja tudi nekaj trditev, ki se nanašajo na razpolagalno sposobnost, potrebno za učinkovito razpolaganje. Zgolj poslovna sposobnost tu ne zadostuje. Pomanjkanje razpolagalne sposobnosti tako povzroči neučinkovitost razpolaganja. Posledica učinkovitega razpolaganja pa je izguba razpolagalne sposobnosti, zaradi česar so onemogočena nadaljnja razpolaganja. Drugače je pri zavezovalnih poslih, pri katerih lahko pravni subjekt prevzame poljubno število obveznosti s povsem enako vsebino.

V tretjem poglavju avtor spregovori o prevrednotenju lastninske pravice na koncu devetnajstega in v začetku dvajsetega stoletja. Analizira zlasti stališča *Iheringa* in *Duguita*. Opozarja na vse več omejitev lastninske pravice, ki so tako daljnosežne, da zbujajo dvome že o samem klasičnem pojmu lastninske pravice. Te ugotovitve pa so že uvod v razpravljanje o javnopravnih omejitvah lastninske pravice, pri čemer avtor poudari temeljno vprašanje, namreč, kje je pri tovrstnih omejitvah mesto lastnikovih dolžnosti. Ali stojijo poleg oziroma zunaj lastninske pravice ali pa so vanjo inkorporirane? V zvezi z odločbo nemškega *Bundesverfassungsgericht* 21, 73 opiše temeljno nasprotje modernega pojmovanja lastninske pravice. Po eni strani se poudarja socialna vezanost lastnine, ki lastnika nujno omejuje, po drugi strani pa te omejitve ne morejo pomeniti zanikanja temeljne narave lastninske pravice, ki je temelj človekovi svobodi. Posledice prevrednotenega pojma lastninske pravice so, kot ugotavlja avtor, teorije o njeni socializaciji in razumevanje njenih omejitev kot njene vsebine, in ne le omejitev, ki stojijo zunaj pojma lastninske pravice. Zaradi tega postanejo omejitve imanentne posameznim vrstam lastninske pravice. V nadaljevanju avtor razpravlja o omejitvah lastninske pravice v javnem interesu, in sicer najprej na splošno, zatem pa o posameznih vrstah: socialni vezanosti lastnine (pri čemer posebej poudarja načelo sorazmernosti, ki zavezuje zakonodajalca pri njegovih posegih v lastninsko pravico), javnem dobru, razlastitvi, zakoniti predkupni pravici, odškodnini in nadomestilu v naravi, splošni in posebni rabi javnega dobra in stavbni pravici kot posebni pravici uporabe javnega dobra.

Peto poglavje je posvečeno institutu zlorabe lastninske pravice. Ta institut že s svojim obstojem izključuje povsem absolutno naravo lastninske pravice. Hkrati pa to pomeni, kot piše avtor, da nobena lastninska pravica ne more biti

močnejša od druge. Najprej opredeli zlorabo kot uporabo stvari v nasprotju z njenim namenom. Preprečevanje zlorabe lastninske pravice se je razvijalo postopno s posameznimi zakonskimi določbami (npr. o nujnih služnostih) in precedenčnimi sodnimi odločbami. Tu avtor navaja slikovite primere iz francoske sodne prakse: povzročanje hrupa z namenom, da se splaši divjad na sosednjem zemljišču, postavitve lažnega dimnika, da se sosedu odvzameta razgled in svetloba, postavitve naostrenih konic, da se prepreči prelet zrakoplovov nad zemljiščem, itd. Čeprav je bil v omenjenih primerih vedno navzoč namen drugemu škodovati, se avtor zavzema za objektivno pojmovanje zlorabe lastninske pravice, kar pomeni, da je treba kot zlorabo šteti vsako čezmerno oziroma nenormalno izvrševanje lastninske pravice, ne glede na lastnikove namene. Poleg tega pa institut zlorabe ne zajema samo kršitev zasebnih interesov (drugih lastnikov), temveč tudi izvrševanje lastninske pravice v nasprotju z družbenim (javnim interesom). V nadaljevanju se avtor sprehodi skozi več zanimivih judikatov glede zlorabe lastninske pravice sodišč iz drugih republik bivše Jugoslavije. Tako najprej navede vsebinsko sporno sodbo Vrhovnega sodišča Srbije, v kateri je bilo odločeno, da lastnik stavbe nima pravice, da bi na svoji stavbi odprl okno proti sosedu, če nima služnosti odprtja okna. V sodni praksi pa je prevladalo nasprotno stališče, po katerem lastnik stavbe s tem, ko odpre okno, zgolj izvršuje lastninska upravičenja. Zato ne potrebuje nobene služnosti. V nadaljevanju je navedena sodna praksa glede imisij, in sicer sence, ki jo na zemljišče oškodovanca meče drevje, ki ga je zasadil sosed na svojem zemljišču. Tako je Vrhovno sodišče Bosne in Hercegovine leta 1969 odločilo, da lastnik zemljišča, na katerem je zasajeno drevje, praviloma ni odgovoren sosedu za škodo zaradi pomanjkanja sončne svetlobe, ki jo odvzame drevje. Drugače je le, če je bilo drevje posajeno z namenom, da se sosedu povzroči škoda. Drugače pa je odločilo leta 1978 neko okrožno sodišče v Srbiji v primeru, ko je lastnik na območju kmetijskih obdelovalnih zemljišč namesto poljedelskih kultur ali trte na svojem zemljišču zasadil akacije. Avtor v tej zvezi ugotavlja, da namen drugemu škodovati ni konstitutiven element zlorabe. Za zlorabo gre tudi, če lastnik pusti, da njegovo zemljišče preraste drevje in s tem zapre svetlobo sosedu ali če posadi drevo tako, da škodi kulturi na sosedovem zemljišču, čeprav bi ga lahko posadil tudi tam, kjer ne bi povzročal škode. Tako avtor opredeli zlorabo po našem pravu kot »vsako izvrševanje lastninske pravice, ki nasprotuje njenemu cilju ali nasprotuje morali, to pa lahko predstavlja tudi pomanjkanje zadostne obzirnosti do tujih zakonitih interesov in neupoštevanje možnosti, da se pravice izvršuje na drug način, ki je manj škodljiv za sosedu, je pa enako koristen za lastnika«. Sodišče pa mora v konkretnem primeru, ko odloča o (ne)dopustnosti nekega načina izvrševanja lastninske pravice, upoštevati zlasti naslednje okoliščine:

krajevne navade, geografsko lego in sorazmernost med pridobljeno koristjo in povzročeno škodo.

V šestem poglavju avtor obravnava ključno vprašanje monizma ali pluralizma v pojmovanju lastninske pravice. Sprašuje se, ali so omejitve na posameznih dobrinah del vsebine lastninske pravice na teh dobrinah ali pa stojijo zunaj nje. Tu gre za vprašanje, ali je lastninska pravica na predmetu osebne uporabe, na primer obleki ali obutvi, po vsebini enaka lastninski pravici na gozdu ali kmetijskem zemljišču. Avtor ugotavlja, da so omejitve lastninske pravice postale del same vsebine pravice. Tako je lastninska pravica izgubila svojo individualistično naravo in pridobila družbeno. »Lastnik je fiduciar skupnosti.« Lastninska pravica ni omejena samo z javnim namenom, temveč njeno vsebino določa družbeno-gospodarska funkcija (namen in narava) posamezne vrste predmeta lastninske pravice. Lastnik je torej vezan, njegova lastninska pravica pa je diferencirana glede na njen predmet.

V zadnjem, sedmem poglavju avtor najprej označi lastnino kot pravico, ki je hkrati tudi zaveza. Ker je zaveza del vsebine pravice, je nosilec pravice hkrati tudi nosilec dolžnosti. Avtor opozarja na razliko med pravico kot močjo, katere cilj je zadovoljitev individualnih (»sebičnih«) interesov posameznih lastnikov, in pravico kot funkcijo, katere končni cilj je vzpostavitev nekega socialnega reda. Tu nosilec pravice ne nastopa kot nosilec individualne moči, ampak kot agent socialne skupnosti. Zlorabo pravice je treba pri pravici kot funkciji presojati glede na končni cilj njenega izvrševanja. Za zlorabo gre, če je izvrševanje pravice usmerjeno proti cilju institucije, njenemu duhu ali finalnosti. Tu ne gre zgolj ali primarno za motiv izvrševalca pravice, temveč za smer, kamor meri njegovo ravnanje, in korist, ki naj bi jo s tem pridobil. Če nista skladna z duhom institucije, gre za zlorabo, za katero izvrševalec odgovarja. Avtor sklene svoje razpravljanje z ugotovitvijo, da je lastninska pravica temeljni problem sodobnega človeka in da bo to ostala vse do nastanka nekega drugega, doslej še neznanega moralnega imperativa. Lastninski pravici so podvrženi vsi dosedanja moralni imperativi, vključno s človekovo svobodo, ne glede na to, kako so se v zgodovini imenovali. Če je moralni imperativ zunaj pravice (kot pri absolutnem pojmovanju lastninske pravice), nista možna njena diferenciacija in prehod v neki drug, z avtorjevo besedo »višji« lastninski sistem.

Monografija vsebuje tudi dodatek, v katerem avtor govori o marksističnih pogledih na lastnino in razvoju družbene lastnine v Jugoslaviji. Dodatek je razčlenjen na štiri poglavja. V prvem je predstavljena lastnina kot družbena kategorija po *Marxu* in *Engelsu*, v drugem razvoj družbene lastnine v Jugoslaviji (pred letom 1974 in po njem). Zatem avtor v tretjem poglavju ponovi svojo kritiko marksističnega pojmovanja, kot jo je zapisal leta 1989, v zadnjem, četr-

tem poglavju pa se še enkrat ozre nazaj, vendar tokrat iz sedanjosti. Uvodoma ugotavlja, da je bilo stališče do podružbljanja lastnine in lastninskih odnosov v sistemu Jugoslavije naivno. Zanikanje lastninskih zakonitosti na podlagi nekega (nekakšnega) socialnega naboja se je namreč izkazalo za utopijo. Družbene lastnine kot temeljnega družbenoekonomskega odnosa in tako tudi temeljnega pravnega razmerja ni bilo mogoče oziroma dovoljeno prezreti, obstajala pa je velika razlika v njeni razlagi, in sicer v tem, ali se jo je poskušalo razlagati skozi institute lastninske pravice in znanega pravnega instrumentarija ali pa s pomočjo nekih do tedaj neznanih vsebin in institutov. Tu so bile med teoretični velike razlike. Šlo je za bolj ali manj uspešno zapolnjevanje vsebin instituta družbene lastnine kot lastnine vseh in vsakogar, kar s pravnega stališča ne pomeni nič in je tako negacija negacije z atributi lastninske pravice. Pravna znanost tudi ni izdelala ustreznega metodološkega pristopa k proučevanju družbene lastnine. Gledano s pravnega stališča je na mestu ugotovitev, da civilistični individualizem ni združljiv z idejo družbene lastnine. Zato so v sistemu družbene lastnine nesprejemljivi vsi instituti civilnega prava kot prava dveh antagonističnih subjektov: lastnika in nelastnika. Sistem družbene lastnine, ki je bil, kot pravi avtor, zasnovan z veliko entuziazma, bi potreboval povsem nov instrumentarij, kot so bili zlasti samoupravni sporazumi in družbeni dogovori. Vendar ta instituta nista bila jasno dogmatično opredeljena in ločena od pogodb civilnega prava. Predvsem je bil to poskus, da bi načelo utilitete izpodrinilo načelo legalitete. Ena od sklepnih avtorjevih ugotovitev v tem delu je, da je o sistemu družbene lastnine tudi še danes vredno razpravljati, ugotoviti in analizirati njegove pomanjkljivosti in protislovja ter se zamisliti ob njegovih metodah in ciljih.

Berdenova znanstvena monografija bralcu postreže s pregledom temeljnih teoretičnih pogledov na lastnino. Avtor navede stališča vrste domačih in tujih avtorjev, tako iz romanske kot germanske pravne družine. Nadgradi jih z lastnimi mislimi in spoznanji. Celotni sistem našega stvarnega prava in tudi posamezni stvarnopravni instituti v naši novejši literaturi so dodobra obdelani na način, ki je blizu (in tudi namenjen) praktikom, primanjkuje pa temeljnih teoretičnih del. Tako lahko ugotovim, da monografija zapolnjuje pomembno vrzel v naši stvarnopravni literaturi, saj se na visoki teoretični ravni ukvarja s temeljnim institutom stvarnega prava, lastnino. Čeprav se bo dodatek zdel marsikomu manj potreben ali celo odveč, menim, da je vendarle smiseln. Avtor v omejenem obsegu predstavlja tako marksistično teorijo kot jugoslovanski sistem družbene lastnine. Nekateri smo s tem sicer »zrasli«, mlajšim generacijam pa je ta del zgodovine našega »stvarnega prava« malo znan. Ta monografija je odlična priložnost, da se z njim seznanijo. Ostaja tudi aktualen, saj se naša praksa še vedno srečuje s problemi, ki imajo izvor v tedanji družbeni lastnini.

Prav tako se je zanimivo seznaniti z avtorjevimi retrospektivnimi pogledi na tedanjo ureditev »stvarnega prava«.

Knjigo toplo priporočam podiplomskim študentom, še zlasti vsem, ki pišejo in bodo pisali doktorske disertacije s področja stvarnega prava. Ne dvomim pa, da bo zanimivo branje tudi za marsikaterega praktika.

Matjaž Tratnik,
*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
profesor na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru*

AVTORSKI SINOPSIS

*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 340.132.3

PAVČNIK, Marijan: Časovnost pravne igre (Ob odločbi Ustavnega sodišča RS o dodatnem davku)**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131), št. 1-2**

V Sloveniji lahko izjemoma posamezne zakonske določbe veljajo za nazaj (retroaktivno). Retroaktivnost je dovoljena, če gre za posamezne določbe, te morajo biti zakonske, samo retroaktivnost mora zahtevati javna korist in retroaktivna določba ne sme posegati v pridobljene pravice (drugi odstavek 155. člena Ustave RS). Merila, ki dovoljujejo retroaktivnost, morajo biti izpolnjena kumulativno. Pravno nedopustno bi bilo, če bi merilu javne koristi dali tolikšno težo, da bi dopustili tudi poseg v pridobljene pravice.

Retroaktivno zakonsko pravilo ne sme popravljati morebitnih učinkov (npr. zelo visokih dohodkov), ki so nastali v okviru pravno dovoljenih možnosti in jih *ex post facto* ocenjujemo kot socialno nepravilne. Pravi razlog, ki utemeljuje morebitno retroaktivno veljavnost zakonskega pravila, je sedanji razlog, ki ga v času, v katerega retroaktivno posegamo, še ni bilo.

V življenju se lahko primeri, da je davčni dejanski stan v razvoju in ga zato predpis, ki velja za naprej, ne more v celoti zajeti. Ta okoliščina ne more biti pravni izgovor, ki naj bi kar po naravi stvari utemeljeval retroaktivnost. Če je v resnici tako, da posameznega davčnega obdobja ni mogoče razčleniti na več davčnih prejemkov, ker je, denimo, izplačilo enkratno in zapade ob koncu koledarskega leta, pomeni, da mora biti davčna obremenitev sorazmerna glede na dolžino in intenzivnost davčnega obdobja. Ta obveznost se lahko nanaša samo na obdobje, ki teče od trenutka, ko zakon začne veljati.

Načelo sorazmernosti ni merilo, ki bi lahko upravičilo retroaktivni poseg v pridobljeno pravico. Prva stopnja načela sorazmernosti je, da morata biti tako cilj kot sredstvo, med katerima iščemo pravo mero, ustavna in zakonita. Retroaktivno zakonsko določilo, ki ne ustreza kumulativno predpisanim merilom retroaktivnosti, je neustavno sredstvo. Brž ko sta cilj in (ali) sredstvo nepravna, je *eo ipso* izključeno tudi to, da bi ugotavljali, ali je sredstvo primerno, nujno in sorazmerno glede na cilj.

Original Scientific Article

UDC: 340.132.3

PAVČNIK, Marijan: Temporality of Legal Game (On the Decision of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia Concerning Additional Tax)

Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 1-2

In Slovenia, exceptionally, certain law provisions may have retroactive effect. Retrospectivity is allowed if single provisions are in question, they must be law provisions, the retrospectivity itself must be required in the public interest and the retrospective provision must not infringe any acquired rights (Art. 155/2 of the Constitution of the Republic of Slovenia). The criteria allowing retrospectivity must be cumulatively present. It would be legally inadmissible to give the criterion of public interest such weight as to allow an infringement of acquired rights.

A retrospective legal provision must not remedy any possible effects (e.g. very high income) that originated within the framework of legally allowed possibilities and are *ex post facto* considered socially unjust. The real reason justifying a possible retrospective validity of a law provision is a present reason that did not yet exist at the time in which we retrospectively intervene.

In real life it can happen that the factual tax situation is under development and therefore cannot be completely encompassed by a prospective provision. This circumstance, however, cannot be a legal pretext that would, by its very nature, justify retrospectivity. If a tax period cannot really be divided into several tax incomes because e.g. the payment is a onetime one and is due at the end of the calendar year, this means that the tax burden must be proportionate with regard to the length and the intensity of the tax period. This duty can only refer to the period running from the moment the law came into force.

The principle of proportionality is not a criterion that would justify a retrospective infringement of an acquired right. The first stage of the principle of proportionality is that the aim as well as the means, between which a proper proportion is sought, must be constitutional and legal. A retrospective law provision that does not comply with the cumulatively prescribed retrospectivity criteria is an unconstitutional one. As soon as the aim and/or the means are illegal, it is *eo ipso* excluded that one would try to establish whether the means are suitable, necessary and proportionate in view of the aim.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.626:349.444(497.4)

HUDEJ, Jasna, in ŠČERNJAVIČ, Iztok: Odkupna pravica po Stanovanjskem zakonu in skupno premoženje zakoncev – skupna ugodnost ali vložek posebnega premoženja v skupno?

Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131), št. 1-2

Avtorja v prispevku najprej predstavita ustaljeno stališče sodne prakse, da ugodnosti odkupa stanovanja po Stanovanjskem zakonu v primeru, ko je odkup financiran iz skupnih sredstev, ni mogoče šteti v korist enega od zakoncev, temveč v korist obeh. V nadaljevanju navedeta in s konkretnimi primeri ponazorita argumente, ki zbujajo dvom o pravilnosti omenjenega stališča za primere, ko nobeden od zakoncev ni bil imetnik stanovanjske pravice, pravico do odkupa pa je eden od njiju kot ožji družinski član uresničil s privolitvijo imetnika stanovanjske pravice. Po mnenju avtorjev bi se v teh primerih premoženjska narava odkupne pravice morala odraziti pri določitvi deležev na skupnem premoženju, in sicer kot vložek posebnega premoženja enega od zakoncev v skupno premoženje. Avtorja predstavita rešitev, ki bi z najmanjšim posegom v obstoječo sodno prakso omogočala upoštevanje pravice do odkupa pri določitvi deležev na skupnem premoženju.

Original Scientific Article

UDC: 347.626:349.444(497.4)

HUDEJ, Jasna, and ŠČERNJAVIČ, Iztok: The Right to Buy under the Conditions of the Housing Act, and Community Property – A Benefit of Both Spouses or a Contribution of Separate Property to Community Property?

Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 1-2

In this article the authors first present the established case-law according to which the benefit of buying an apartment under the conditions of the Housing Act cannot be considered in favour of one of the spouses, but as a benefit of both, if a purchase was financed by community assets. In addition, the authors give arguments and illustrative examples that question the appropriateness of the established case-law in the situation, where none of the spouses was the housing right holder, however one of them realized the right to buy as a close family member of the housing right holder with his/her consent. The authors argue that in such situation the pecuniary nature of the right to buy should be reflected in the determination of shares on community property as a contribution of separate property of one of the spouses to the community property. The authors offer a solution that enables the right to buy to be taken into account in the determination of shares on community property with the minimum interference in the existing case-law.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.72.028

PROSTOR, Jerneja: Razdružitev statutarnega in dejanskega sedeža slovenske družbe**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131), št. 1-2**

V prispevku avtorica obravnava vprašanje posledic teorije dejanskega sedeža, ki je v slovenskem pravu sprejeta za domače družbe. Slovenska družba (s statutarim sedežem v Sloveniji) mora izpolnjevati načelo teritorialne skladnosti sedeža družbe. Če to načelo prekrši in v Sloveniji nima (več) dejanskega sedeža, ji po slovenskem pravu, tj. pravu njene ustanovitve, ni več priznana pravna subjektiviteta. Pomisleke vzbujata morebitna dolžnost in način preverjanja lokacije dejanskega sedeža družbe s strani registrskih organov. Ob tem avtorica zaradi vrste praktičnih razlogov in ekonomskih vzgibov zaključi, da bi bilo treba za slovenske družbe teorijo dejanskega sedeža odpraviti in jim s tem dopustiti čezmejni prenos zgolj dejanskega sedeža. V prispevku je ob sklicevanju na sodno prakso Sodišča EU poudarjeno, da obstaja pravna podlaga za čezmejni prenos statutarnega (in dejanskega) sedeža družbe v določbah Pogodbe o delovanju EU, vendar je treba v luči zagotavljanja pravne varnosti kljub temu čim prej sprejeti Štirinajsto direktivo s področja prava družb. Avtorica prav tako ob sklicevanju na sodno prakso Sodišča EU sprejme stališče, da Slovenija ne glede na teorijo dejanskega sedeža slovenskim družbam praviloma ne bi smela preprečevati čezmejnega prenosa zgolj statutarnega sedeža.

Original Scientific Article

UDC: 347.72.028

PROSTOR, Jerneja: The Separation of the Registered Office and the Real Seat of the Slovenian Company**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 1-2**

The authoress raises the question of the consequences of the real seat theory, which is accepted in Slovenian law for domestic companies. Slovenian company must comply with the principle of territorial coincide of the company's seat. The breach of this principle with the cross-border transfer of the company's real seat causes the company to lose a legal personality under the Slovenian law. The authoress opens up the question of the eventual duty and method of verification of the company's real seat by the registration authorities. For the practical reasons and economic motives she suggests the real seat theory to be abolished and thereby Slovenian companies to be allowed to transfer solely their real seat to another Member State. In the light of the relevant case law of The Court of Justice of the EU the authoress emphasizes that the cross-border transfer of company's registered office must be permitted on the basis of the Treaty on the Functioning of the EU. Nevertheless, the Fourteenth Company law Directive should be adopted for the reasons of legal certainty. Furthermore, the authoress referring to the relevant case law of The Court of Justice of the EU from the viewpoint of the home Member State concludes that irrespective of the real seat theory Slovenian companies should be allowed to transfer merely their registered office to another Member State.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 342.573.05

ŽUBER, Bruna: Kvorum na zakonodajnem referendumu v našem in v primerjalnem pravu**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131), št. 1-2**

Ureditve zakonodajnega referenduma v ustavnih sistemih evropskih držav z razvito neposredno demokracijo se med seboj razlikujejo po vrsti oziroma obliki referenduma, po postopkih za njegovo uporabo ter po pogojih za sprejem referendumske odločitve. Pogoje za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu na teoretični ravni razvrščamo v tri skupine. V prvo skupino spada večina, ki je potrebna za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu, in je obligatorni pogoj za izvedbo vsakega zakonodajnega referenduma. V drugo skupino pogojev za sprejem referendumske odločitve uvrščamo kvorume, in sicer kvorum udeležbe ter kvorum odobritve oziroma zavrnitve. V tretjo skupino pa uvrščamo t. i. druge pogoje za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu, ki so lastne zgolj referendumskim ureditvam v posameznih državah. Določitev kvoruma ali drugih pogojev za sprejem odločitve na referendumu je v nasprotju z referendumsko večino fakultativne narave in praviloma sledi namenu večje legitimnosti referendumske odločitve. V državah, ki predvidevajo suspenzivni potrditveni referendum, je za potrditev zakona na referendumu praviloma potrebna večina glasov volilnih upravičencev, ki so glasovali (relativna večina), pri čemer v večini primerov tudi nista predpisana kvorum udeležbe oziroma kvorum odobritve. V državah, kjer je predviden suspenzivni zavrnitveni referendum, je za veljaven sprejem referendumske odločitve prav tako potrebna relativna večina, pri čemer je hkrati predpisan kvorum zavrnitve. Države, ki poznajo razveljavitveni zakonodajni referendum, v večini primerov kot pogoj za referendumsko odločitev predpisujejo kvorum udeležbe. Še nedavno je bila slovenska ureitev zakonodajnega referenduma deležna številnih kritik, pri čemer sta se kot najbolj problematični kazali ureditev predlagateljev in predmeta zakonodajnega referenduma ter legitimnost na referendumu sprejete odločitve. Z Ustavnim zakonom o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije je bila naša ureitev zakonodajnega referenduma v celoti spremenjena, posledično pa so se spremenili in zaostрили tudi pogoji za sprejem referendumske odločitve.

Original Scientific Article

UDC: 342.573.05

**ŽUBER, Bruna: Quorum in Legislative Referendum
in Slovenian and Comparative Law***Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 1-2*

The regulation of legislative referendum in constitutional systems of different European countries with a well developed direct democracy vary in three main points i.e. type and form of a referendum, procedures regarding its use and acceptance, and conditions required to accept the referendum decision. In theory, the conditions required to accept a referendum decision are classified into three groups. The first group of conditions relates to the majority required to accept the decision on the legislative referendum. The second group of conditions to accept the referendum decision are conditions regarding the quorums, i.e. the quorum of participation and the quorum of approval and rejection. The third group of conditions relates to other conditions required to accept the decision on the legislative referendum. The last ones are typical only of different referendum regulations in each individual country.

Determining the quorum and other conditions to accept the referendum decision is facultative as opposed to the referendum majority and its purpose is mainly a greater legitimacy of the decision. In countries with a suspensive confirmative referendum the majority of voters who voted (relative majority) is needed to approve the law. In most cases, the quorum of participation and the quorum of approval are not provided. In countries with a suspensive rejective referendum the majority of voters as well as the quorum of rejection are required for the referendum decision to be accepted. In countries with an abrogative legislative referendum the quorum of participation is in most cases the condition to accept the referendum decision.

The regulation of legislative referendum was a subject of constant criticism in Slovenia not so long ago. The regulations regarding the subjects that can initiate a referendum, the questions decided upon and the legitimacy of the referendum decision were among the most problematic issues. Constitutional Act amending Articles 90, 97 and 99 of the Constitution of the Republic of Slovenia changed the regulation completely. Consequently, the conditions required to accept the referendum decision were changed and strengthened.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343.537(497.4)

KERŠMANC, Ciril: Glosa o interpretacijski diskreciji pri pregonu kaznivega dejanja poslovne goljufije**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131), št. 1-2**

Kaznivo dejanje poslovne goljufije je daleč najbolj pogosto kaznivo dejanje s področja gospodarske kriminalitete, s katerim se srečujejo organi odkrivanja, pregona in sojenja. Rdeča nit prispevka je vprašanje, kako je mogoče zamejiti nadaljnje drsenje tega kaznivega dejanja v gospodarsko bagatelo. Po uvodni sumarni predstavitvi (normativnega) razvoja inkriminacije poskusi avtor na podlagi obsežne terenske raziskave razvrstiti zaznane pojavne oblike obravnavanega kaznivega dejanja v (pod)tipe glede na različne stopnje neprava. V osrednjem delu prispevka pa obravnava dva problematična vsebinska sklopa, ki dajeta organom pregona in sojenja na voljo določeno stopnjo interpretacijske diskrecije glede pregona, in sicer vprašanje stopnje kvalifikacije oz. konkretizacije preslepitve ter objektivni pogoj kaznivosti in z njim povezano vprašanje t. i. *ex post facto* plačil.

Original Scientific Article

UDC: 343.537(497.4)

**KERŠMANC, Ciril: A Gloss on the Interpretative Discretion
in Prosecuting the Serious Crime of Business Fraud****Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 1-2**

The serious crime of business fraud as defined in the Slovene Penal code is by far the most frequent »serious« crime in the chapter of economic crime that Slovenian law enforcement and judiciary have to deal with on a daily basis. The central question this article addresses is how to limit the scope of the legal definition to the more serious cases and thus curb overcriminalization, especially vis-à-vis the so called *de minimis* cases. After briefly outlining the normative development, the author proceeds to classify various (sub)types of business fraud that he encountered during his extensive fieldwork analysis of raw prosecutorial files. The core of the article focuses on two issues in particular that allow for a degree of interpretative discretion in prosecuting and adjudicating cases of this particular crime. Namely, the degree of qualification and concretization of the deception itself and the problem of *ex post facto* payments in connection to what role such payments should play in assessing whether business fraud was actually committed and if it is worth prosecuting or not.

Prikaz knjige

UDK: 340.132.6(049.3)

BAVCON, Ljubo: Vladavina prava za politike**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131), št. 1-2**

Po uvodni zelo preprosti definiciji pojma vladavine prava se knjižica posveča trem vidikom vladavine prava. Najprej je na vrsti raven države, pri kateri avtorji poudarjajo zlasti načelo zakonitosti, pravila demokratične politične »igre« in človekove pravice kot končni smoter vladavine prava. Knjižica je namenjena politikom in zato najdemo ob skoraj vsaki zahtevi vladavine prava še posebno neposredno ali posredno opozorilo politikom.

Book Review

UDC: 340.132.6(049.3)

BAVCON, Ljubo: Rule of Law for Politicians

Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 1-2

After a very brief definition of the rule of law, the booklet considers three aspects of the rule of law. Firstly the level of the state, where the authors emphasize primarily the legality principle, the rules of the democratic “game”, and human rights as the final aim of the rule of law. The booklet is intended for politicians. Consequently, every prerequisite for the rule of law is followed by a direct or indirect warning for the politicians.

Prikaz knjige

UDK: 347.2(049.3)

TRATNIK, Matjaž: Lastnina – pravnoteoretični pogledi na lastnino**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131), št. 1-2**

Monografija Andreja Berdena podaja, tako kot kaže njen naslov, avtorjeve pravnoteoretične poglede na institut lastnine. Temeljna avtorjeva teza je, da lastnina danes ni več enoten koncept, ki bi temeljil na izključni pravici posameznika, da predmet svoje lastninske pravice uživa, uporablja in z njim razpolaga. Lastnina se glede na svoj predmet razlikuje. Tako se lastnina predmetov za osebno rabo bistveno razlikuje od lastnine nepremičnin, še zlasti ko gre za nepremičnine posebnega pomena, kot so kmetijska zemljišča in gozdovi. Pri slednjih je vsebina lastninske pravice večinoma določena z javnopravnimi omejitvami, ki so, kot poudarja avtor, del lastninske pravice same.

Book Review

UDC: 347.2(049.3)

**TRATNIK, Matjaž: Ownership – Legal Theoretical Views
on Ownership**

Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 1-2

The monograph, written by Andrej Berden, offers (as it follows from its title) author's legal theoretical views on ownership. His basic assumption is, that today, ownership is not a unitary concept, based upon the exclusive right of an individual to enjoy, use and dispose of the subject of his right. Ownership is differentiated with regard to its subject. Therefore, the ownership of articles for personal use substantially differs from ownership of immovables, especially of immovables of special importance, such as agricultural land and forests. As regards the latter, the substance of ownership is to a great extent determined by limitations, imposed by public law, which are, as the author emphasizes, a substantial part of ownership as such.

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 Anglišta, Pravna založba, Ljubljana 2008.

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

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

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

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

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

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: 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 Pravnik (npr. službeni naslov), številko transakcijskega računa (TRR) in točen naziv banke, svojo telefonsko številko in številko mobilnega telefona ter e-poštni naslov.

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

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

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

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

NOVO

Pravo in družba

Hrestomatija sociologije prava

2., popravljena in dopolnjena izdaja

Urednik: **dr. Albin Igličar**

Stara modrost uči: kjer je družba, tam je pravo. Pravo torej nastopa kot nujni, seveda pa še ne zadostni, pogoj za obstoj družbe in posameznika.

To preprosto resnico so v začetku dvajsetega stoletja poglobljeno in sistematično razvijali veliki umi družboslovne misli: Ehrlich, Weber, Gurvitch, Luhmann in Habermas. V slovenskih logih sta jih povzemala in dopolnjevala Goričar in Žun.

V knjigi lahko preberemo najbolj tipične odlomke iz znanstvenih del omenjenih avtorjev. V tem izboru sociologije prava so v slovenskem prevodu dostopna besedila, ki smo jih v celoti lahko brali le v svetovnih jezikih oziroma – ko gre za Goričarja in Žuna – v že zelo starih in težko dostopnih revijah.

Cena: 58,00 EUR | Št. strani: 350 | Leto izdaje: 2014



Argumentacija v pravu

Od življenjskega primera do pravne odločitve

3., spremenjena in dopolnjena izdaja

Avtor: **dr. Marijan Pavčnik**

Teorija argumentacije v pravu se ukvarja s pravnim odločanjem v konkretnih primerih. Njeno temeljno izhodišče je, da so vnaprej dana samo izhodišča odločanja, ovrednotenje teh izhodišč in njihovo medsebojno povezovanje pa je stvar človekove odločitve. Teorija argumentacije se zaveda celovitosti pravnega odločanja, ga razčlenjuje in osvetljuje. Racionalno pravno razpravljanje zahteva, da imajo njegovi udeleženci enake pravne možnosti, da so dopustni vsi pravni argumenti, do katerih je treba v dialogu zavzeti stališče, in da je treba ravnati v skladu z ustaljeno prakso, če za odstop od nje ni novih tehtnejših argumentov.

Cena: 68,00 EUR | Št. strani: 542 | Leto izdaje: 2013





(Ustavno)sodno odločanje

Urednika: **dr. Marijan Pavčnik, dr. Aleš Novak**

Avtorji: **dr. Matej Accetto, dr. Miro Cerar, dr. Mile Dolenc, dr. Albin Igličar, dr. Aleš Novak, dr. Barbara Novak, dr. Marijan Pavčnik, dr. Ada Polajnar Pavčnik, dr. Grega Strban, dr. Mirjam Škrk, dr. Tilen Štajnpihler, dr. Dragica Wedam Lukić, Jan Zobec**
Stvarno in imensko kazalo: **Mojca Zadravec**

Knjiga je sad raziskave, ki so jo v letih od 2010 do 2013 opravili raziskovalci Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

Prvi del je splošno teoretičen in zajema prispevke o družbenem dojemanju (ustavno)sodnega odločanja, o ustavnoskladni razlagi (zakona), o načelu sorazmernosti, o sodni praksi in o etičnih temeljih sodniškega poklica. Drugi del se spoprijema z več odprtimi vprašanji na področju civilnega, družinskega in socialnega prava. Tretji del združuje prispevek, ki je postopkovne narave, in prispevke, ki nas popeljejo tudi k naddržavnemu pravu.

Cena: 68,00 EUR | Št. strani: 578 | Leto izdaje: 2013

Cestnoprometno kazensko pravo

Analiza temeljnih institutov za sodno prakso

Urednika: **dr. Damjan Korošec, dr. Zlatan Dežman**

Avtorji: **dr. Zlatan Dežman, mag. Aleksander Karakaš, dr. Damjan Korošec, dr. Barbara Nerat, dr. Petar Novoselec, mag. Vanja Verdel Kokol, dr. Sabina Zgaga**

Stvarno kazalo: **dr. Barbara Nerat**

Knjiga obravnava problematiko kaznivih dejanj zoper varnost cestnega prometa. Ta dejanja sodišča pogosto obravnavajo, na aktualnost tematike pa kažejo tudi spremembe posebnega dela kazenskih zakonikov v samostojni Sloveniji. Te odpirajo mnogo praktičnih vprašanj v sodni praksi, pa tudi dogmatičnih vprašanj, ki jih knjiga obravnava.

Dodana sta zgodovinski in primerjalni pregled, pri katerem je posebej poudarjen kritičen pogled na slovensko ureditev v primerjavi s hrvaško.

Cena: 98,00 EUR | Št. strani: 336 | Leto izdaje: 2013



Spremljajte stroko in postanite naročnik

Pravnik, revija za pravno teorijo in prakso

Pravnik je najstarejša slovenska pravna revija, saj njeni začetki segajo v leto 1862. Je edina nespecializirana znanstvena pravna revija v Sloveniji, ki objavlja prispevke z vseh pravnih področij in je zato namenjena najširšemu krogu pravnikov.

Teme z različnih pravnih področij obravnavajo uveljavljeni domači, občasno pa tudi tuji strokovnjaki.

V reviji Pravnik so objavljeni:

- znanstveni in strokovni članki,
- razprave,
- prevodi iz tuje literature,
- recenzije.

Izdajatelj in založnik je Zveza društev pravnikov Slovenije. Izide 12 števk na leto v šestih zvezkih. Letna naročnina znaša 80,02 EUR. Cena posameznega zvezka (dvojna številka) je 16,00 EUR.



Podjetje in delo, revija za gospodarsko, delovno in socialno pravo

Znanstvena revija **Podjetje in delo** seznanja z novimi dosežki in tokovi, se loteva aktualnih tem in pomaga pri reševanju vsakdanjih pravnih vprašanj.

V reviji Podjetje in delo so objavljeni:

- znanstveni in strokovni članki ter razprave,
- komentarji sprejetih predpisov in povzetki tujih predpisov,
- analize sodnih primerov in pregledi sodne prakse,
- prispevki iz prakse za prakso.

Izide 8 števk na leto. Letna naročnina znaša 210,06 EUR.



Pravna praksa, tednik za pravna vprašanja

V Pravni praksi vsak teden objavljamo zanesljive informacije v strokovnih člankih z vseh pravnih področij:

- predstavitev in analize novih predpisov in njihove uporabe v praksi,
- poglobljena obravnava aktualnih pravnih vprašanj,
- slovenska in tuja sodna praksa,
- pravne novosti, seminarji, dogodki, knjige, zanimivosti iz sveta,
- opomnik – redno obvešča o začetku veljavnosti vseh novih predpisov.

Izide 50 števk na leto. Cena izvoda je 6,67 EUR, naročniki imajo 10-odstotni popust. Polletna naročnina znaša 150,02 EUR.



IUS SOFTWARE, d. o. o., Tivolska cesta 50, Ljubljana
Prodaja, telefon: 01 30 91 820, faks: 01 30 91 815
e-pošta: prodaja@gvzalozba.si

www.gvzalozba.si



Pravnik