

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik 71 (133)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka 3-4/2016

Slovenski pravnik je prvič izšel leta 1862 (izdajatelj dr. Jakob Radoslav 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 *Pravnik*; od 1. januarja 1965, po združitvi z revijo Javna uprava, izhaja *Pravnik* kot revija za pravno teorijo in prakso, maja 2015 pa je postala tudi naslednik revije *Slovenian Law Review*, ki jo je Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani izdajala od leta 2004.

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, Hinko Jenull, dr. Miha Juhart, dr. Erik Kerševan, Boštjan Koritnik, dr. Janez Kranjc, 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. Matej Accetto, dr. Mihajlo Dika, dr. Katja Franko-Aas, dr. Tatjana Machalová, dr. Miomir Matulović, dr. Ivan Padjen, dr. Joseph (Jože) Straus, dr. Jernej Sekolec, dr. Davor Krapac, dr. Slobodan Perović

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

JusFin, d. o. o.

Pravnik Izdajatelj in založnik: **Zveza društev pravnikov Slovenije**, v sodelovanju s
Pravno fakulteto Univerze v Ljubljani

Naslov: Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana

Tisk: Litteralis, d.o.o.

Naklada: 460 izvodov

Izide 12 števil na leto, v šestih zvezkih.

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

Naročila

e-naslov: pravnik@revija-pravnik.si, tel.: 01 42 03 113, faks: 01 42 03 115

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 60,07 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za študente 25,03 EUR, posamezni zvezek 8,00 EUR
- za tujino 160,02 EUR, posamezni zvezek 34,00 EUR

IBAN: SI56 6100 0000 9259 676

VSEBINA

Članki

- | | |
|-----------------|---|
| Jan Zobec | O življenju in delu sodnika
Antonina Scalie (1936–2016) – 171 |
| Klemen Podobnik | Pasti uvedbe pravila poslovne odločitve
(<i>business judgment rule</i>) v slovensko
korporacijsko pravo – 191 |
| Miha Pogačnik | Izbrani mednarodnopravni vidiki
državne suverenosti – 207 |
| Katja Filipčič | Denarna kazen – 225 |
| Nevenka Kržan | Poslovnofinančni fenomen prestrukturiranja
in ukrepi prestrukturiranja – 247 |

Prikaz knjige

- | | |
|----------------|---|
| Boštjan Tratar | Sistem brezplačne pravne pomoči v Nemčiji
pred novimi izzivi – 263 |
|----------------|---|

Avtorski sinopsisi

(v slovenskem in angleškem jeziku) – 271

Navodila za avtorje

(v slovenskem, angleškem in hrvaškem
jeziku) – 283

CONTENTS

Articles

- | | |
|-----------------|--|
| Jan Zobec | On the Life and Work of the Honorable Antonin Scalia (1936–2016) – 171 |
| Klemen Podobnik | Potential Pitfalls of the Enactment of the Business Judgment Rule Doctrine in Slovenia – 191 |
| Miha Pogačnik | Selected International Law Issues regarding State Sovereignty – 207 |
| Katja Filipčič | Financial Penalty – 225 |
| Nevenka Kržan | Business and Financial Phenomenon of Restructuring and Restructuring Measures – 247 |

Book Review

- | | |
|----------------|--|
| Boštjan Tratar | System of Free Legal Aid in Germany in front of New Challenges – 263 |
|----------------|--|

Authors' Synopses

(in Slovenian and English Language) – 271

Guidelines for Authors

(in Slovenian, English and Croatian Language) – 283

O ŽIVLJENJU IN DELU SODNIKA ANTONINA SCALIE (1936–2016)

Jan Zobec,

univerzitetni diplomirani pravnik, sodnik Ustavnega sodišča RS

Pisati o sodniku Antoninu Scalii je hkrati težko in lahko. Mogoče zaradi obilja gradiva. O njem so napisani debeli volumni knjig, članki, razprave in eseji,¹ doživel je celo odrsko uprizoritev – *The Originalist*, delo dramatika Johna Stranda z Edwardom Gerom v glavni vlogi.² Iz istega razloga je o takem sodniku, legendi ameriškega sodstva in prava, o katerem tako rekoč vsi, ne glede na to, ali se z njegovimi stališči in načinom njegovega pravnega razmišljanja ter izražanja strinjajo, govorijo v presežnikih in ki se uvršča med najvplivnejše sodnike ameriške zgodovine, kot so John Marshall, Oliver Wendell Holmes, Jr., in William Brennan, težko in nehvaležno pisati. Tako rekoč nemogoče je vsemu, kar je bilo o tem pravnem velikanu do zdaj povedanega, dodati še kaj novega in izvirnega, toliko bolj v tem kratkem prispevku. Zato bom podal le površen oris sodnikovega življenja, njegovega dela in pogleda na pravo (njego-vo pravno hermenevtiko) ter predstavil peščico od njegovih več sto sodniških mnenj, ki odsevajo sodnikov kaliber, intelekt, poklicni eros in osebni značaj.

1. ŽIVLJENJE

Antonin Gregory Scalia je bil rojen 11. marca 1936 v Trentonu v državi New Jersey, kot edini otrok staršem italijanskega porekla. Mati Catherine, roj. Pa-

¹ Samo nekaj literature: Joan Biskupc: *American Original: The Life and Constitution of Supreme Court Justice Antonin Scalia*. Sarah Crichton Books, New York 2010; James B. Staab: *The Political Thought of Justice Antonin Scalia: A Hamiltonian on the Supreme Court*. Rowman & Littlefield Publishers, Lanham 2006; Kevin A. Ring (ur. in avtor komentarja): *Scalia Dissents: Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice*. Regnery Publishing, Washington DC 2004; Ralph A. Rossum: *Antonin Scalia's Jurisprudence: Text and Tradition*. University Press of Kansas, Lawrence 2006; Bruce Allen Murphy: *Scalia: A Court of One*. Simon & Schuster, New York 2014.

² Gl. <www.nytimes.com/2015/03/12/theater/the-originalist-a-new-play-about-justice-antonin-scalia-by-john-strand.html?_r=0> (5. 4. 2016).

naro, je bila že v ZDA rojena generacija italijanskih priseljencev, oče Salvatore Scalia pa je kot najstnik zapustil rodno Sicilijo in se naselil v New Yorku. Oblikovale so ga tri družinske dediščine: intelektualno stimulatívno družinsko okolje, katoliški etos in sijajna kombinacija genov. V vseh šolah je blestel, na Harvardu je diplomiral *magna cum laude*. Po končanem študiju je šest let opravljal odvetniško prakso v Clevelandu in nato nadaljeval z akademsko kariero na Univerzi Virginija. Po štirih letih poučevanja prava je vstopil v vladno službo, kjer je še razširil in poglobil svoja znanja iz administrativnega prava, zanj osrednjega pravnega področja. Leta 1977 se je odločil za nadaljevanje akademske kariere, tokrat na Univerzi v Čikagu. Ko je bil leta 1980 Ronald Reagan izvoljen za predsednika ZDA, se je nadejal položaja generalnega državnega odvetnika, pristojnega za zastopanje zvezne vlade pred Vrhovnim sodiščem (*solicitor general*), vendar mu ni uspelo. Ponujeno mu je bilo sodniško mesto na zveznem pritožbenem sodišču v Čikagu, a je ponudbo zavrnil, ker je upal na nominacijo za zveznega sodnika pritožbenega sodišča za področje Columbia (*The United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*), ki velja za drugo najmočnejše in najuglednejše sodišče v ZDA – in obenem za odskočno desko na Vrhovno sodišče. V prvem poskusu ni bil uspešen – prehitel ga je zelo ugleden profesor Robert H. Bork, a nedolgo zatem, leta 1982, je bil na to sodišče imenovan Scalia, kjer je zaslovel s prepričljivimi, prodornimi, večkrat tudi duhovitimi mnenji, s katerimi je pritegnil pozornost Bele hiše. Predsednik Reagan ga je leta 1986 imenoval za vrhovnega sodnika. Senat ga je brez glasu proti potrdil.

Antonin Scalia je bil poročen z Maureen, roj. McCarthy. Imela sta devet otrok. Na vprašanje, zakaj toliko, je odgovarjal: »Oba z Maureen sva predana katolika – biti predan katolik pomeni, da imaš toliko otrok, kot jih Bog nameni.« Ob neki priložnosti je posebej poudaril, da je velika družina vplivala tudi na njegovo pravno filozofijo. Vendar je v osi njegovega neponovljivega pravnškega in sodniškega erosa originalizem.

2. ORIGINALIZEM KOT TEKSTUALIZEM – SPLOŠNI OBRISI

Za ameriško pravo, posebej za ustavno pravo, je značilen spopad med dvema temeljnima razlagalnima, posledično pravnofilozofskima pogledoma na pravo in njegovo tvorbo ter v končni posledici na eno od izhodiščnih premis demokracije: na delitev oblasti ter na sistem zavor (nadzorov) in ravnotežij, ki je smisel te delitve. Ta razlagalna koncepta sta na eni strani originalizem in iz njega izvirajoče različne konservativne šole pravne eksegeze, na drugi strani

pa liberalni, progresivistični pristop, ki temelji na konceptu pravnega, zlasti ustavnega besedila kot živega organizma.

Čeprav korenine originalizma (slovenska ustreznica bi bila lahko izvornišтво, a bom ostal pri originalizmu – ker je utrjen in uveljavljen pojem) segajo daleč nazaj,³ je ta metoda razlage ustave dobila pravi zagon šele v 80. letih prejšnjega stoletja, v obdobju Reaganove administracije.⁴ Kaj je bistvo originalizma, katerega prvo ime je Scalia? Kot je pojasnjeno v glosariju knjige *Reading Law*, ki jo je napisal z Bryanom Garnerjem, ima originalizem dve obliki: 1. To je doktrina, po kateri je treba dati besedam pravnega besedila pomen, kakršnega so imele, ko je bilo besedilo sprejeto. Izraža jo razlagalni kanon, po katerem je treba pravno besedilo razlagati z zgodovinsko preveritvijo pomena, ki bi ga besedilo posredovalo dobro poučenemu in obveščnemu opazovalcu v času, ko je začelo veljati (*fixed-meaning canon*). 2. Kot originalizem se lahko razume tudi doktrina, po kateri je treba pravno besedilo razlagati tako, da se uveljavi dejanski namen tistih, ki so besedilo pripravili ali mu dali pravno veljavo.⁵ Avtorja takoj dodata ključno opazko: po njunem mnenju je pravilna prva doktrina, ki ustreza tistemu, kar v polemiki s Scalio Dworkin imenuje »semantični« originalizem – za razliko od »pričakovalnega« originalizma (*«expectation» originalism*), po katerem mora biti besedilo razloženo tako, da uveljavi posledice, h katerim so stremeli njegovi tvorci.⁶

3. TEKSTUALIZEM, IN NE INTENCIONALIZEM

Scalia je vedno poudarjal: odločilno je, kaj je zakonodajalec rekel (promulgiral), in ne, kaj je nameraval (mislil) – ali: ni pomembno, kam je meril, ampak, kam je (z besedami) zadel. Lahko, da je zgrešil in zapisal nekaj, kar ima pomen, ki ni bil v njegovem namenu. Če ne gre za *lapsus linguae*, je treba po mnenju

³ Stališče, da je pomen ustavnih določb treba iskati v izvornem pomenu besedila, kot je bil razumljen v času, ko je bil sprejet, in ne v zunanjih virih, so zastopala velika sodniška in državniška imena devetnajstega stoletja, kot so na primer Thomas Jefferson, Alexander Hamilton, James Madison, John Marshall, Joseph Story (ki je imel s svojim originalističnim pristopom močan vpliv na J. Marshalla), Roger B. Taney.

⁴ Edwin Meese, ki je bil takrat *Attorney General* (član predsednikovega kabineta, odgovoren za pravne zadeve, in vladni odvetnik, kar bi bilo morda primerljivo s položajem ministra za pravosodje), je leta 1985 naznanil namero, da je treba v vseh zveznih administrativnih zadevah zagovarjati ustavnorazlagalni pristop, ki temelji na originalnem namenu. Gl. Edwin Meese III: *Toward a Jurisprudence of Original Intention*, v: *Benchmark*, 2 (1986) 1, str. 1–10.

⁵ Gl. Antonin Scalia, Bryan Garner: *Reading Law*. Thomson/West, St. Paul, MN 2012, str. 435.

⁶ Gl. Ronald Dworkin: *Comment*, v: Amy Gutmann (ur.): *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press, Princeton NJ 1997, str. 119.

Scalie to razčistiti tam, kjer je do napake prišlo: na parlamentarnem parketu in v razpravi v parlamentu.⁷ Dajati prednost zakonodajalčevemu (kar pomeni subjektivnemu) namenu se mu zdi slabše od trika, ki naj bi ga, kot pravi legenda, uporabljal Neron, ki naj bi edikte razobešal visoko na stebre, da se jih ni dalo brati. Vladanje z neizraženim namenom je zato po njegovem mnenju na podoben način tiransko. Pravo je tisto, ki mora vladati, in ne namen zakonodajalca, ali kot je bistvo tega znamenitega ameriškega ideala izraženo v ustavi države Massachusetts: »Oblast prava, in ne mož.« Može lahko nameravajo, kar želijo; toda samo zakoni, ki so jih sprejeli, so tisti, ki vladajo in zavezujejo.⁸

Vendar Scalia takoj pojasni, da prava nevarnost razlage, po kateri je odločilen namen zakonodajalca, ni v tem, da bi namesto besede (zakonov) vladal namen zakonodajalca. Praktična nevarnost je v tem, da sojenje po namenu zakonodajalca nujno privede do poljubne razlage zakonov. Če naj sodnik razsodi ne na podlagi tega, kar je zakonodajalec rekel, ampak na podlagi tistega, kar je nameraval (mislil), in kadar med enim in drugim ni povezave, se bo sodnik spraševal, kako bi spor razrešila modra in razumna oseba. V naslednjem koraku bo sodnik kot (prav ta) modra in razumna oseba sklenil, da pravo v tem konkretnem primeru pomeni to, kar se njemu zdi, da bi *moralo* pomeniti. Prav to pa je model razsojanja po sistemu *common law*.⁹ Vendar ta model ni združljiv s sojenjem na podlagi zakonskega ali ustavnega besedila, ki je bilo sprejeto v demokratičnem zakonodajnem ali ustavodajnem postopku.

3.1 Šolski primer nedopustne razlage

Kot primer nedopustne razlage zakonskega besedila na podlagi zakonodajnega namena Scalia predstavi zadevo *Holy Trinity v. United States* (1892).¹⁰ Vrhovno sodišče je tu zavestno prebilo jezikovne meje zakonskega besedila, ki je prepovedovalo pomoč in spodbujanje uvoza tuje delovne sile za opravljanje dela ali storitev na podlagi predhodno sklenjene pogodbe ali sporazuma. Cerkev *Holy Trinity* (Svete Trojice) je namreč v nasprotju s to prepovedjo iz Anglije »uvozila« rektorja in pastora, zaradi česar ji je nižje sodišče (Okrožno sodišče za Južno območje New Yorka) izreklo predpisano globo. Vrhovno sodišče je izrek obrnilo in ta maneuver obrazložilo z odločilnostjo zakonodajnega namena. Reklo je, »da si navkljub veliki teži nedvoumnega zakonskega besedila ni mogo-

⁷ Antonin Scalia: *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, v: Amy Gutmann (ur.): *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press, Princeton NJ 1997, str. 16.

⁸ Prav tam, str. 17.

⁹ Prav tam, str. 18.

¹⁰ 143 U.S. 457 (1892). Gl. A. Scalia, nav. delo (1997), str. 18 in nasl.

če zamisliti, da bi Kongres hotel inkriminirati tudi transakcije, kakršna je bila konkretna«, ter nato, »da je znano pravilo, po katerem je lahko nekaj znotraj besede zakona, a vendar ne tudi znotraj zakona, ker pač ni v njegovem duhu in ne v skladu z namenom njegovih tvorcev«. Sodišče je nato nadaljevalo z utemeljevanjem na podlagi različnih zunajbesedilnih kazalnikov, celo z nekaj malega zakonodajne zgodovine, ter sklenilo, da je bil zakon namenjen zgolj preprečevanju uvoza ročne delovne sile. Sodniki so zatem menjali prestavo in na sedmih straneh obrazložili, da so Američani veren narod, ter končali z utemeljitvijo, ki pomeni uporabo argumenta teleološke redukcije. Rekli so takole: »Kadar se zakonodaja bori proti zlu s splošnimi pojmi, ker želi na ta način zajeti vse njegove oblike, in zato s tako širokim jezikom nepričakovano zajame tudi dejanja, ki jih sprejemata in potrjujeta celotna zgodovina in življenje države, tedaj je treba vzeti, da so taka dejanja onkraj zakonodajalčevega namena.« Čeprav se na pojem teleološke redukcije nikjer izrecno ne sklicuje, sodišče sklene prav s tem argumentom: »Naj bo zakonsko besedilo še tako široko, morajo sodišča v takih okoliščinah vzeti, da dejanje, čeprav je znotraj zakonskega besedila, ni znotraj namena zakonodajalca in zato tudi ne znotraj zakona.«¹¹

Morda je bila odločitev v rezultatu (izreku) dobra in pravilna, kdo ve, čisto verjetno je, da je bila.¹² Morda je bila celo v skladu z resničnim namenom zakonodajalca.¹³ In morda so bili sodniki povsem zadovoljni s tem, kako so razsodili.¹⁴ Toda ne glede na vse to je pravno napačna. Za Scalio je stvar jasna: če je bilo dejanje znotraj besede zakona (in v tem primeru je bilo, to je priznalo tudi sodišče), je bilo tudi znotraj zakona – in konec zadeve.¹⁵ In še nekaj. Pravilnost (ter tudi kakovost) odločitev najvišjih sodnih instanc se ne meri po izreku, am-

¹¹ Prav tam, str. 20.

¹² V polemiki s Scalio je bil Tribe mnenja, da je sama odločitev v izreku pravilna, in to zato, ker je v skladu s prvim amandmajem, konkretno s svobodo govora in svobodnim izpovedovanjem vere. Gl. Laurence H. Tribe: Comment, v: Amy Gutmann (ur.): *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press, Princeton NJ 1997, str. 92.

¹³ Scalia na več mestih odločno zavrača razlagalni argument zakonodajne zgodovine (razprave v zakonodajnem telesu, poročila odborov, zakonodajno gradivo ipd.). Je namreč samo izpeljava in nadgraditev razlage na podlagi namena zakonodajalca, zato na široko odpira vrata sodniški samovolji. Ob koncu prejšnjega stoletja je argument zakonodajne zgodovine dobil že absurdne razsežnosti. Šala, da je treba v zakonsko besedilo pogledati šele v primeru, če je zakonodajna zgodovina dvoumna, je postala resničnost. Scalia navaja primer, ko je v svoji argumentaciji pred Vrhovnim sodiščem odvetnik izčrpno navajal zakonodajno zgodovino, nato pa sklenil: »Žal zakonodajne debate niso uporabne. Zato nam ne preostane nič drugega, kot da se v tem zagatnem položaju obrnemo na drugo smernico, na zakonski jezik.« Gl. A. Scalia, nav. delo, str. 31; gl. tudi prav tam, str. 29–37.

¹⁴ A. Scalia je znan po številnih izjavah, da sodnik, ki je vselej zadovoljen z izrekom svoje sodbe, ne more biti dober sodnik.

¹⁵ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 20.

pak po razlogih. Četudi je izrek morda napačen (ker je zmagala napačna stran-ka), precedenčno sporočilo pa pravilno (prepričljivo), je odločitev dosegla svoj namen. In narobe: tudi v izreku pravilne odločitve so v resnici napačne, če je njihova utemeljitev pravno zgrešena.¹⁶

3.2 Zmerni tekstualizem

Od tekstualizma je treba razlikovati hipertekstualizem – ali strogo dobessedništvo (striktni konstrukcionizem). Scalia, ki zase pravi, da je previden (*faint-hearted*) originalist, na to posebej opozarja in se odločno ograjuje od razlagalnega pristopa, ki je pendant v srednjeevropskem (in slovenskem) pravnem okolju dobro znanemu hiperpozitivizmu.¹⁷ Kot primer ponudi zadevo *Smith v. United States*.¹⁸ Sodniki so se ukvarjali z razlago kazenskega predpisa, ki je za storilca kaznivega dejanja prepovedane trgovine z mamili zahteval višjo zaporno kazen, če je »med in v zvezi s kaznivim dejanjem prepovedane trgovine z mamili uporabljal strelno orožje«. V konkretni zadevi je hotel obtoženec nabaviti določeno količino kokaina, v zameno zanj pa je ponudil nenabito strelno orožje, ki ga je ob tej priložnosti tudi pokazal preprodajalcu droge. Večina sodnikov je bila mnenja, da beseda »uporaba strelnega orožja« zajema tudi življenjske položaje, kakršen je bil obravnavani. Scalia je menil drugače. Po njegovem mnenju besedna zveza »uporabiti strelno orožje« očitno in jasno konotira uporabo za namen, za katerega je orožje ustvarjeno, narejeno in zamišljeno.¹⁹ Brez posebnega utemeljevanja in razčlenjevanja je vsakomur jasno, da strelno orožje ni mišljeno in ni ustvarjeno kot menjalno sredstvo.

Vendar tako kot dober tekstualist ne sme biti *literalist* (po slovensko »črko-bralec«), tudi ne sme biti nihilist. Besede imajo omejen semantični domet in razlaga, ki ga prekorači, ni dovoljena. Kot najbolj izrazit primer take prekoračitve in hkrati kot svojo največjo bolečino Scalia navaja evolutivno razlago *Due Process Clause* iz petega in štirinajstega amandmaja, ki zagotavlja, da nikomur ne sme biti vzeto življenje, svoboda ali lastnina brez pravnega postopka. Vendar se določba že dolgo, po mnenju Scalie začeniši z (v vsej zgodovini Vrhovnega sodišča nesporno najslabše razsojeno) zadevo *Dred Scott v. Stanford*,²⁰

¹⁶ Prav tam, str. 6.

¹⁷ Med napakami razlage zato Scalia in Garner posebej izpostavita zmotnost pojmovanja, po katerem morajo biti besede strogo razložene. Med drugim se sklicujeta tudi na Josepha Storyja, sicer enega od prvih originalistov, ki je že sredi osemnajstega stoletja svaril pred strogim konstrukcionizmom in poudarjal, da mora imeti razumnost prednost pred strogostjo razlage. Gl. A. Scalia, B. Garner, nav. delo (2012), str. 355.

¹⁸ 508 U.S. 223 (1993).

¹⁹ Gl. A. Scalia, nav. delo (1997), str. 23, 24.

²⁰ 60 U.S. (19 How.) 393,450 (1857).

razlaga kot jamstvo pred posegi države tudi v druge ustavne svoboščine.²¹ *Due Process Clause* je tako že sredi prejšnjega stoletja po zaslugi jurisprudence Vrhovnega sodišča dobila substančnega dvojčka (*Substantive Due Process*), kar je oksimoron že na prvi pogled.²² Zato Scalia odločno zavrača doktrino, po kateri je demokratično sprejeto ustavno besedilo zgolj odskočna deska za sodniško tvorbo prava.²³

Torej:

Scalia in Garner razumeta izvirni pomen besedila kot refleksijo tistega, kar bi poučen in razumen pripadnik skupnosti dojel kot sporočilo pravnega besedila v času, ko je bilo besedilo promulgirano, upošteva je takratne prevladujoče jezikovne pomen in razlagalna načela. Tak pristop imenujeta pošteno razumevanje (*the »fair reading« method*).²⁴ Razlagalno merilo se ravna po razumnem bralcu, ki popolnoma obvlada jezik besedila in ga dojema retrospektivno, v skladu s časom, ko je bilo razglašeno. Ta napor zahteva jezikovno spretnost in nadarjenost, dobro premišljeno presojo, potlačenje osebnih preferenc glede rezultata razlage in, če gre za stara besedila, tudi zgodovinske lingvistične raziskave. Polega tega je pomembna še sposobnost razumeti namen besedila, ki je ključen del njegovega konteksta (Scalia sprejema izraz »semantični namen« – namesto izraza »namen tvorcev besedila«).²⁵ Namen je treba ugotoviti izključno iz samega besedila in pri tem dosledno upoštevati njegov kontekst. Sem spadajo tudi zgodovinske besedne povezave, pridobljene s ponavljajočimi se vzorci nekdanje uporabe, in neposredne sintaktične postavitve, ki obdajajo besedo.²⁶ Prav zadnje je posebej pomembno. Tvori bistvo razlagalnega kanona *noscitur ex sociis* (»poznan po družbi« – kar prevedeno v razlagalno pravilo pomeni, da dvomljivo ali nejasno besedo osvetljujejo in ji dajejo pomen ter jo s tem razlagajo tiste besede, ki jo obkrožajo) in pomeni argument, s katerim

²¹ Gl. ločeno mnenje Scalie v zadevi *Planned Parenthood v. Casey* 505 U.S. 833 (1992).

²² Zadnja zadeva, v kateri je Scalia ostro napadel doktrino *substantive due process*, je bil primer *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. (2015).

²³ A. Scalia, nav. delo (1977), str. 25.

²⁴ A. Scalia, B. Garner, nav. delo (2012), str. 33 in nasl.

²⁵ Izraz semantični namen je v resnici Dworkinov, ki ga je pripisal Scalii v kritiki njegovega odklanjanja intencionalizma (gl. R. Dworkin, nav. delo, str. 117 in nasl.). Temu zelo blizu je pojem objektivni namen, ki ga je razvil Barak. Tudi Scalia uporablja izraz »objektiviziran« namen, ki ga opredeljuje kot namen, ki bi ga razumen bralec razbral iz pravnega besedila, vendar ob upoštevanju celotnega preostalega *corpus juris*. Gl. A. Scalia, nav. delo (1997), str. 17. Tako je tudi sporočilo kanona povezanih zakonov (*related-statutes canon*): »Vsaka beseda ali besedna zveza, ki je predmet razlage, je del celotnega zakona in zato pod vplivom drugih določb tega zakona. Obenem je seveda tudi del celotnega *corporis juris*.« Glej A. Scalia, B. Garner, nav. delo (2012), str. 252, 253.

²⁶ Prav tam, str. 33.

Scalia zavrača (na primer Dworkinove) očitke o nedoslednosti svoje doktrine o odklanjanju namena, ki bi šel onkraj samega besedila.²⁷

3.3 Razlaga ustavnega besedila

Po mnenju Scalie razlaga ustave zahteva poseben pristop – ne zaradi posebnih razlagalnih orodij, ampak zaradi posebnega, neobičajnega predmeta razlage. Za tekstualizem je, kot na več mestih poudarja Scalia, kontekst vse, prvo sporočilo konteksta ustave pa je, da tu ne gre za dlakocepske podrobnosti in da je zato treba besede razlagati prej široko kot ozko – a vendar ne prek meja jezika.²⁸ To pojasni na primeru svobode govora iz prvega amandmaja (kar naj bi bila Ahilova peta njegove doktrine, kamor njeni kritiki, na primer Tribe, Dworkin in Posner, usmerjajo svoje puščice očitkov o nedoslednosti in nekoherentnosti). Pravi takole: prvi amandma prepoveduje poseganje v »svobodo govora ali tiska« (*«Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press.»*). Ta besedna zveza ne našteva izčrpno vseh oblik komunikacijskega izražanja. Z roko napisana pisma, na primer, niso niti govor niti tisk, a vendar je vsakomur jasno, da jih ni mogoče cenzurirati. Zato sta govor in tisk kot dve najpogostejši in najobičajnejši obliki komunikacije v tem kontekstu vrsta sinékdohe (gr. συνεκδοχή), govorniške figure, pri kateri del označuje celoto (*pars pro toto*).²⁹

3.4 Zažig zastave

V skladu s tem je bilo tudi njegovo glasovanje v zadevah zažiga ameriške zastave. Čeprav je bil prav po njegovi zaslugi rezultat sojenja izrazito nekonserватiven in sam, kot je rekel, če bi bil kralj, nikoli ne bi dovolil zažiga zastave,³⁰

²⁷ Gl. Dworkinov komentar Scaliine predstavitve svojih tez, R. Dworkin, nav. delo, str. 116 in nasl. Scalia mu odgovarja na str. 147.

²⁸ Avtor se tu sklicuje na znamenite besede četrtega in najslavnejšega predsednika Vrhovnega sodišča Johna Marshalla v zadevi *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316 (1819): »A Constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. It would probably never be understood by the public. Its nature, therefore, requires that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves.« In potem pisec mnenja sodišča nadaljuje: »That this idea was entertained by the framers of the American Constitution is not only to be inferred from the nature of the instrument, but from the language.« Gl. A. Scalia, prav tam, str. 37.

²⁹ Prav tam, str. 38.

³⁰ Gl. <www.nytimes.com/2012/07/19/us/politics/justice-scalia-says-he-had-no-falling-out-with-chief-justice-roberts.html> (5. 4. 2016).

je bila doslednost njegove razlage prvega amandmaja tisto, kar je tehtnico nagnilo v korist svobode govora, ki zajema tudi neverbalno komunikacijo. Gre za zadevi *Texas v. Johnson* (1989)³¹ in *United States v. Eichman* (1990).³² V prvi zadevi je tesna večina (5 : 4) ugotovila, da je bil zažig zastave zadostno obarvan s komunikacijskimi prvinami. Johnson, ki je komunikacijsko dejanje (zažig ameriške zastave v znak protesta zoper Reaganovo administracijo) storil v času Nacionalne konvencije Republikanske stranke, je imel očiten namen izraziti svoje politično stališče. V drugi zadevi, ki je zgolj ponovitev prve, je Vrhovno sodišče razveljavilo zvezni zakon o zaščiti zastave, s katerim je hotel Kongres obiti odločitev v zadevi *Johnson*.

3.5 *Citizens United*

Naklonjenost Scalie svobodi govora (v resnici izražanja)³³ je prišla do izraza še v drugih zadevah, na primer v zelo polemični zadevi *Citizens United v. FEC* (2010).³⁴ Tudi ta odločitev je bila sprejeta z najtesnejšo večino. V pritrdilnem mnenju je Scalia z zanj značilno ostrino polemiziral s Stevensovo odklonitvijo, ki je temeljila na originalističnih argumentih. Kopja prerekajočih se sodnikov so se lomila na vprašanju izvirnega pomena svobode govora, konkretno, ali v leto 1791 segajoče pojmovanje svobode govora zajema tudi korporacije. Po mnenju Scalie prvi amandma zagotavlja svobodo govora ne glede na to, kako jo posameznik izvršuje – neposredno sam ali prek združenj ali korporacij. Amandma govori o govoru (in tisku), ne o govorcih. Svoje mnenje je sklenil z besedami: »In res je, izključitev ali oviranje korporacijskega govora bi pomenilo utišanje najpomembnejših predstavnikov sodobne svobodne ekonomije. Zato bi morali slaviti, in ne obsojati, nujno dopolnitev k javni debati.«

3.6 Pomen Federalističnih spisov

Čeprav Scalia namen tvorcev pravnega besedila odločno odklanja kot sredstvo in merilo razlage, pa meni, da so za razlago ameriške ustave pomembna pisanja tistih, ki so bili delegati na Ustavni konvenciji med 25. majem in 17. septembrom leta 1787 v Philadelphii, zlasti Hamiltonovi in Madisonovi Federalistični spisi. Vendar ne zato, ker so bili tvorci ustave in ker bi bil zaradi tega njihov

³¹ 491 U.S. 397 (1989).

³² 496 U.S. 310 (1990).

³³ Znale so njegove besede: »Mislim, da bi Thomas Jefferson rekel, več ko je govora, bolje je. To je vse, za kar gre pri prvem amandmaju.« Gl. <www.nytimes.com/2012/07/19/us/politics/justice-scalia-says-he-had-no-falling-out-with-chief-justice-roberts.html?_r=0> (5. 4. 2016).

³⁴ 558 U.S. 310 (2010).

namen avtoritativno merilo razlage. Ne, Federalistični spisi (*The Federalist Papers*) so dragoceni zato, ker povedo, kako so inteligentni in razgledani ljudje v tistem času razmišljali. Na ta način razkrivajo, kako je bilo besedilo ustave izvirno (originalno) razumljeno. Pri tem ni toliko pomembno, ali je bil kdo od njihovih avtorjev delegat v Philadelphii – četudi na primer Jay in Jefferson nista bila, so njuna pisanja enako koristna kot Hamiltonova in Madisonova.³⁵

3.7 Problem »živeče« ustave

Temeljni razkol med razlagalci ustave ne poteka na osi med namenom tvorcev ustave in objektivnim pomenom besedila, temveč med izvirnim (originalnim) pomenom ustave (ne glede na to, ali je izpeljan iz namena njenih tvorcev) na eni strani in njenim sedanjim pomenom na drugi strani. Vsaj do sredine prejšnjega stoletja je dominantna šola ustavne eksegeze temeljila na konceptu »živeče« ustave (*The Living Constitution*), po katerem ustavno besedilo raste, se spreminja in razvija ter se na ta način prilagaja potrebam spreminjajoče se družbe.³⁶ Pri tem igrajo odločilno vlogo sodniki, ki te potrebe ugotavljajo in določajo ter nato »najdejo« njim ustrezno spreminjajoče se (novo) pravo. Scalia ugotavlja, da gre pri tem konceptu za vrnitev sistema *common law* – vendar po njegovem mnenju v neizmerno močnejši obliki od starega občega prava. Novo, sodno ustvarjeno ustavno pravo namreč lahko odvzame veljavo zakonom, ki jih je v sistemu delitve oblasti sprejel za to pristojen demokratično izvoljen zakonodajalec. Scalia ima popolnoma prav. Sodniško ustavno pravo-tvorje je za razliko od »navadnega« sodniškega prava mogoče preseči samo s spremembo ustave. Da je to, vsaj kar zadeva Ameriko, Kimera, dokazuje že dosedanje skupno število sprememb ameriške ustave – sedemnajst.

V tem, še zlasti za Evropo tako značilnem in prevladujočem, danes že samoumevnem pristopu vidi Scalia največjo nevarnost. Najprej zato, ker daje sodstvu neizmerno moč. Daje mu oblast, ki je pridržana zakonodajalcu (in ustavodajalcu). Koncept »živeče« ustave zato po njegovem mnenju na eni strani ogroža demokracijo (o vprašanih, ki jih ustava izroča v presojo ljudstvu, ki prek izvoljenih predstavnikov izvršuje zakonodajno in ustavodajno oblast, odločajo ne-

³⁵ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 38. Zato je originalizem na razlago ustave nanašajoči se tekstualizem. Ali drugače: tekstualist je lahko kdorkoli, originalist pa zgolj razlagalec ameriške ustave.

³⁶ Značilna predstavnika avantgardne šole sta sodnik Calabresi in profesor Eskridge. Prim. Guido Calabresi: *A Common Law for the Age of Statutes*. Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1982; William N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*. Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1994.

demokratsko in nereprezentativno izbrani sodniki),³⁷ na drugi strani pa – kar je posledica prvega – ogroža načelo delitve oblasti. Sodstvo si namreč prilagaja zakonodajno funkcijo – in, ko gre za Vrhovno sodišče, tudi ustavodajno funkcijo. In tretje, koncept »živeče« ustave pomeni pravo-ustvarjalno, evolutivno razlago pravnega besedila, tako da sodnik presoja in odloča na podlagi tega, kakšna naj bosta vsebina in obseg pravic, svoboščin in odgovornosti, ki jih oblikujejo sodobna prevladujoča – večinska pojmovanja in gledanja v družbi. Na ta način se sodišča, katerih vloga je varovati manjšine pred »tiranijo« večine, v resnici spreminjajo v institucije, ki varujejo večino pred manjšino. Favorizirajo in vsiljujejo vrednote, ki jih sprejema večina. V skladu s takim pojmovanjem se ustava neprenehoma prilagaja tistemu, kar želi večina. To pa je nasprotju z bistvenim, namreč s tem, da je ustava namenjena varstvu pred večino.³⁸

Da je tak pristop napačen, po mnenju Scalie izhaja tudi iz dejstva, da je ustavo zelo težko spremeniti – od leta 1791 se je to zgodilo samo sedemnajstkrat. In če je ustavo tako težko spreminjati, potem je treba biti toliko bolj zvest tistemu, kar je v njej zapisano – saj prav zato jo je tudi težko spreminjati. Demokratična družba ne potrebuje zapisane ustave, ki bi odražala tekoče (aktualne) vrednote. To je naloga volitev.³⁹ Ustava je zapisana ravno zato, da se s tem zavarujejo vrednote pred trenutno prevladujočo »modrostjo« večine.⁴⁰ Vdor miselnosti *common law* v ustavno pravo zanika demokratično sprejeto ustavno besedilo,

³⁷ Scalia je to slikovito ilustriral v odklonilnem mnenju v zadevi *Obergefell et al. v. Hodges*, kjer med drugim pravi: »Sodniki so izbrani izključno samo zaradi svojih poklicnih pravniskih veščin; ali odsevajo tudi politične poglede določenega volilnega telesa, tu ni (in tudi ne sme biti) pomembno. Zato ne preseneča, da federalno sodstvo ne odlikava presečišča ameriške družbe. Kot primer – že samo naše sodišče sestavlja le devet moških in žensk, ki so vsi uspešni pravniki, z diplomami s Harvarda ali Yalea. Štirje od njih so rojeni Newyorčani, osem od njih je odraslo v državah vzhodne ali zahodne obale. Samo eden je ‚padel‘ iz širne prostranosti tam nekje vmes. Niti enega sodnika ni z jugozahoda in, če smo iskreni, med nami ni prav nobenega pravega zahodnjaka (Kalifornija ne šteje). Tudi ni niti enega evangeličana (skupina, ki pomeni četrtno vseh Američanov) ali vsaj protestanta katerekoli verske skupnosti. Osupljivo nereprezentativen značaj tega telesa bi bil nepomemben, če bi danes, ko smo glasovali o socialnem preobratu, delovali kot sodniki in odgovarjali na pravno vprašanje, ali je ameriško ljudstvo kdajkoli potrdilo ustavno določbo, ki je bila razumljena kot prepoved definicije tradicionalne zakonske zveze. Ampak seveda sodniki, ki so bili danes v večini, niso glasovali na tej podlagi; *rekli so, da niso*. Dopustiti, da politično vprašanje [*policy question*] o istospolni poroki obravnava in o njem odloča visoko nereprezentativen panel devetih, pomeni kršitev bistveno bolj temeljnega načela, kot je tisto, da ni obdavčenja brez predstavnosti [slogan, ki je dal bistven zagon ameriški revoluciji; op. J. Z.]: namreč načela, da ni družbene transformacije brez predstavnosti.« (Poudarka v izvirniku – prevedel J. Z.).

³⁸ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 47.

³⁹ Gl. A. Scalia: *Originalism: The Lesser Evil*, v: *University of Cincinnati Law Review*, 57 (1989), str. 862.

⁴⁰ Gl. K. A. Ring, nav. delo, str. 4.

pravi Scalia – in se sprašuje, kaj je opravičilo za to.⁴¹ Saj če naj sodniki ne prekoračujejo zakonskega besedila, potem to velja toliko bolj za ustavo – konec koncev tudi zato, ker ustava jasno izraža trdnost, stanovitnost in težnjo po nespremenljivosti.⁴² Z ameriško ustavo zagotovljene pravice so namenoma tako globoko ukoreninjene. Zato, da jih naslednje generacije ne bi zlahka, kar tako, brez težav in brez temeljitega razmisleka odpravile. Družba, ki je sprejela ustavo in njene amandmaje, očitno ni verjela, da bi različni »razvijajoči se standardi spodobnosti« vselej »oznanjali napredek« in da družbe vselej le »zorijo«⁴³ – in nikoli ne gnijejo. Poleg tega razvijajoča se ustava tudi ne gre vedno v prid večjemu obsegu ustavnih pravic v razmerju do države. Primer krčenja pravic je oženje premoženjskih pravic, zelo izrazito v zadevah presoje zakonodaje *New Deal*, potem oženje pravice obtoženca soočiti se z obremenilnimi pričami (na primer zadeva *Maryland v. Craig*, (1990)),⁴⁴ v prihodnosti pa bo to verjetno drugi amandma – če bo večina sodnikov mnenja, da so družbene razmere za to »dozorele«.⁴⁵

Scalia privržencem koncepta »živeče« ustave očita tudi to, da ne najdejo pravno prepričljivega odgovora na vprašanje, s čim je sploh mogoče utemeljiti načelo razvoja. Heraklitov slavní aforizem *Panta rhei* je priročen, a prema-lo informativen, da bi bil uporaben kot temelj za razlago ustavnega besedila. Kako bo sodnik zanesljivo ugotovil, kdaj in v katero smer se dogaja evolucija? Na podlagi volje večine, izsledkov anket, javnomnenjskih raziskav, časopisnih člankov, talk-showov, kavarniških debat? In katera filozofija stoji v ozadju – Rawlsova, Hobbesova, Aristotelova? Kakor hitro sprejememo tezo, da ustava raste in se razvija, se pri iskanju odgovora na vprašanja, v katero smer, kdaj in kako, srečamo s podobno razdrobljenostjo odgovorov kot pri odgovoru na vprašanja, kaj je lepo, dobro in resnično. Res je, da so tudi med originalisti neizogibna nesoglasja o tem, kaj je izvirni pomen razlaganega ustavnega bese-

⁴¹ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 40.

⁴² Gl. na primer intervju z njim: <www.cbsnews.com/news/justice-scalia-on-the-record/> (5. 4. 2016).

⁴³ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 40, 41. Fraza je bila prvič uporabljena v večinskem mnenju v zadevi *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958). Nato je postala stalnica v mnenjih sodnikov Vrhovnega sodišča, ki so se nanašala na smrtno kazen. Pri tem igrajo ključno vlogo »objektivni kazalniki« (*objective indicia*) javnega mnenja – zakonodajni trendi, obnašanje porote, javnomnenjske raziskave, zunanja politika, stališča poklicnih organizacij, pri čemer sta najmočnejšo vlogo igrala primerjava zakonodaj po posameznih državah in morebiten konsenz o vprašanju, ali je smrtna kazen primerna sankcija za določena kazniva dejanja. Gl. Michael D. Dean: *State Legislation and »Evolving Standards of Decency«: Flaws in the Constitutional Review of Death Penalty Statutes*, v: *University of Dayton Law Review*, 35 (2010) 3, str. 381, 408, 409.

⁴⁴ 497 U.S. 836 (1990).

⁴⁵ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 42, 43.

dila.⁴⁶ Ampak, kot pravi Scalia, »mi vsaj vemo, kaj iščemo: izvirni namen besedila«. Velikokrat ga je lahko najti in enostavno uporabiti. So pa tudi nesoglasja o tem, kaj je izvirni pomen ali kako ga uporabiti v novih (pred več kot dvesto leti nepredvidenih) okoliščinah. Kako se na primer svoboda govora uporablja za elektronske medije, Facebook, Twitter ...? Tudi za to ima Scalia odgovor: v takih primerih je treba slediti tirnicam prvega amandmaja in ugotoviti, kaj zahteva – kar nedvomno ni nekaj *cut-and-dried*. Vendar je to iskanje povezano z neprimerno manjšimi težavami in negotovostmi od tistih, ki se jim izpostavlja filozofija spreminjanja ustave, za katero je vsako vprašanje odprto in je vsak dan nov dan.⁴⁷

Scalia za konec postreže še z enim močnim argumentom. Če bi klavzulo enakega varstva pravic iz štirinajstega amandmaja (*»the equal protection of the laws«*) leta 1920 razumeli v duhu »živeče« ustave, ne bi bilo devetnajstega amandmaja, ki je ženskam priznal volilno pravico. Bitka za volilno pravico nežnega spola se kljub ustavno zajamčeni enakosti ni vodila v sodni dvorani. To jamstvo namreč ni zagotavljalo enakega dostopa do volilnih skrinjic – ne leta 1866, ko je Kongres amandma sprejel, ne leta 1920, ko je bil ratificiran leto prej sprejet devetnajsti amandma. Je kdo verjel, da če bi bilo vprašanje ženske volilne pravice odloženo in bi ostala ustava glede tega nespremenjena, da bi zadevo uredila sodišča? Očitno ne.⁴⁸

3.8 Polemika z Dworkinom

Med številnimi kritikami originalizma, kakršnega je razvil Scalia – Dworkin ga označuje s pridevnikom »semantični« in Posner »tekstualni« – velja izpostaviti predvsem Dworkinovo kritiko. Dworkin preizkusi semantični originalizem na zgodovinski odločitvi v zadevi *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954),⁴⁹ s katero je bila prepovedana rasna segregacija v šolah, in ugotovi, da bi pripeljal do enake odločitve, kot je bila leta 1954 soglasno izglasovana. Najprej jo sicer podvrže »pričakovalnemu« originalizmu in se vpraša, kakšna bi bila rzsodba, če bi sledili namenu tvorcev štirinajstega amandmaja (subjektivni namen je razlagalno orodje »pričakovalnega« originalizma). Odgovor je jase. Segregacija v šolah bi ostala nedotaknjena. Takrat ko je bil amandma sprejet, namreč nihče od članov Kongresa ni niti pomislil na to, da bi s klavzulo *»equal protection of the laws«* prepovedali rasno segregacijo v šolah – saj je bila, tudi

⁴⁶ Da je res tako, potrjuje že omenjena polemika v ločenih mnenjih med Scalio in Stevensom v zadevi *Citizens United*.

⁴⁷ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 45, 46.

⁴⁸ Prav tam, str. 47.

⁴⁹ 347 U.S. 483 (1954).

ob njihovem takšnem ali drugačnem odobravanju, to običajna praksa v šolah v Washingtonu D.C. Vendar je Warrenovo sodišče spoznalo, da je najboljšje razumevanje semantičnih namenov štirinajstega amandmaja tako, po katerem vsebuje klavzula o enakosti varstva pravic, kar je postalo jasno (še) leta 1954, splošno načelo o politični moralnosti, ki obsoja rasno segregacijo.⁵⁰

Toda Dworkin zatem Scalii očita nedoslednost. Meni namreč, da bi načelen semantični originalist, kakršen je sam, drugače kot Scalia prišel do sklepa, da je smrtna kazen v nasprotju z osmim amandmajem, ki prepoveduje kruto in nenavadno kaznovanje. Svoj argument razvija takole: če semantični originalizem sledi abstraktnim načelom, ki izhajajo iz besedila, in ne konkretnemu in zastarelemu namenu tvorcev besedila, potem je pravilna razlaga omenjene amandmaja lahko le taka, da prepoveduje kakršnokoli kruto in nenavadno kaznovanje. In ker tedanja pričakovanja tvorcev besedila niso bila usmerjena v prepoved smrtne kazni, so tudi predvideli to, kar je zapisano v petem in štirinajstem amandmaju, namreč da če je taka kazen izrečena, se to lahko zgoditi le na podlagi pravnega postopka in na podlagi obtožbe pred veliko poroto.⁵¹ Dworkinu kot semantičnemu originalistu se zato ne zdi prepričljivo sklicevanje na omembo smrtne kazni v petem in štirinajstem amandmaju, kot tudi, da bi omikani državotvorci osemnajstega stoletja, ki so dobro poznali vsakdanji moralni jezik, uporabili besedo »kruto« kot okrajšavo za besedno zvezo »to, kar se danes šteje za kruto«. Kadar so ocenili, da je to potrebno, so znali biti pisci ustave še kako konkretni: dokaz so različne določbe, ki se nanašajo na civilni in kazenski postopek (četrti, peti, šesti in sedmi amandma).⁵² Ob tem si dovolim še en argument v podporo Dworkinovemu stališču. Abstraktnost osmega amandmaja varuje pred katerimkoli krutim in nenavnim kaznovanjem, tudi pred takim, na katerega ob koncu osemnajstega stoletja nihče ni resno pomislil, a ni izključeno, da bi kdaj v prihodnosti v nekih čudnih okoliščinah lahko postalo aktualno (na primer kamenjanje, pohabljenje, kastracija, bičanje) – za politiko in politike je namreč oblast vselej skušnjava. Saj, konec koncev, kot ugotavlja tudi Scalia, kdo pravi, da gre razvoj vselej le v smeri zorenja – in ne gnitja?

Ključne ustavne določbe so po mnenju Dworkina (ki mu v polemiki s Scalio pritrjuje tudi Tribe) v skladu s svojim izvornim namenom zasnovane kot ab-

⁵⁰ R. Dworkin, nav. delo, str. 119. Scalia je ob številnih priložnostih poudarjal, da bi tudi on pritrdil soglasni odločitvi v tej zadevi ter da bi v zadevi *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896) glasoval enako kot manjšina. Gl. na primer <www.newyorker.com/news/news-desk/postscript-antonin-scalia-1936-2016> (5. 4. 2016).

⁵¹ R. Dworkin, nav. delo, str. 120, 121. Dworkin s tem izpodbija argument Scalie, ki se sklicuje na peti in štirinajsti amandma, ki izrecno omenjata smrtno kazen in postavljata procesna ustavna jamstva glede njenega izrekanja. Gl. A. Scalia, nav. delo (1997), str. 46.

⁵² R. Dworkin, nav. delo, str. 121, 122.

straktna načela, in ne kot konkretna ter zastarela pravila. Ali drugače: »Ustava od sodnikov zahteva, da naredijo vse, kar je v njihovi intelektualni moči, da kolektivno, od generacije do generacije znova in znova razlagajo, preizkušajo, pregledujejo in revidirajo okostje svobode in enakosti, ob varovanju tistega, kar njene vélike določbe v vsej svoji vzvišeni abstrakciji zapovedujejo.«⁵³ V nadaljevanju je Dworkin izrazil nestrinjanje s Scalio tudi glede razlage prvega in štirinajstega amandmaja. Glede prvega mu očita neupoštevanje različnih ravni abstraktnosti ustavnega besedila ter spregled dejstva, da je zelo malo verjetno, da bi z razsvetljenstvom navdahnjeni tvorci države nameravali za vselej imeti zadnjo besedo o moralnem razvoju družbe. Pomembno je razlikovati med vprašanjem, kaj posamezna ustavna določba pomeni, in vprašanjem, katera institucija ima končno besedo pri tem, da to razjasni. Na podoben način kot Pitamic vidi Dworkin v sodni razlagi vélikih ustavnih klavzul kot abstraktnih in razprtih določb izjemen pomen za razvoj posameznikove svobode.⁵⁴

Čeprav Dworkin ne prizanaša Scaliinim stališčem, pa jim na splošni ravni pri-trdi: sebe razglasi za semantičnega originalista, koncepta o »živeči« ustavi ne jemlje dobesedno⁵⁵ in potrdi natanko to, kar pravi Scalia, namreč da so tudi med originalisti nesoglasja in prepiri, vendar da originalisti vsaj vedo, o čem se prepirajo. Prav ta disput med njim in Scalio, dvema semantičnima originali-stoma, kaže, da je res tako. Na Dworkinov očitek glede razlage osmega amand-maja Scalia odgovarja s stališčem o trdnosti in neregresibilnosti moralnih načel, na katerih so tvorci ustave zasnovali njene določbe. Pravi, da je bilo takrat, ko je bil amandma sprejet, za njegove avtorje in ameriško ljudstvo jasno, da

⁵³ Prav tam, str. 122, 123; gl. Ronald Dworkin: *Life's Dominion*. Alfred A. Knopf, New York 1993, str. 145.

⁵⁴ R. Dworkin, nav. delo (1997), str. 127. Pitamic pravi takole: »Kdor ima pravico interpretacije, ima moč *nad* zakonom [poudarek v izvirniku].« Gl. L. Pitamic: *Pravo in revolucija*. Tiskovna zadruga v Ljubljani, Ljubljana 1920, str. 14. Ko govori o ameriškem ustavnem sistemu, nadaljuje: »Pojem svobode se je torej izpremenil; s tem pa tudi ustavna določba, ki govori o tej svobodi. In to vse potom sodnjske interpretacije, ne da bi se ustava ustavnim potom izpremenila.« Prav tam, str. 16. Nato nadaljuje: »Ameriški sodnik je po ustavi sami stavljen izven ustave, ker jo sme na avtoritativen način interpretirati. To je antinomija, ki pomeni, ako se vrše njene konsekvence pri ustavi sami, torej pri glavi pravnega reda, latenten samomor, ki se pojavi v normi, katera sama sebe ruši.« Prav tam. Mislec nato sklene: »Ženialno pa je, uporabiti to notranje protislovje, to nepopolnost, katere ne moremo odstraniti, na način, ki prepreča uničenje ali razsul človeštva, bodisi v družabnem, umstvenem ali moralnem pogledu. [...] S tem, da je ameriška ustava poverila sodniku revolucionarno moč, je najbrže preprečila marsikako revolucijo po *drugih* ljudeh [poudarek v izvirniku]. S tem, da je legalizirala revolucijo nekako rednim potom proti sami sebi, je ovirala revolucijo proti *družbi* [poudarek v izvirniku]. [...] Tako se približuje severnoameriška država nekoliko, na vsak način pa mnogo bolj nego evropske države *Platonovemu* idealu, da naj sodnik kraljuje ali da naj kralj sodi [...].« Poudarek v izvirniku. Prav tam, str. 18.

⁵⁵ R. Dworkin, nav. delo (1997), str. 122.

smrtna kazen ni (bila) kruta ali nenavadna. Nato nadaljuje: »V Listino pravic [*Bill of Rights*] so ukoreninili *svoje* moralne poglede – ne oziraje se na to, kaj si bodo o njih mislile prihodnje, brutalnejše generacije [poudarek v izvirniku].«⁵⁶ In če je tako, če torej osmi amandma varuje pred čemerkoli, kar je krutejše od kaznovanj ob koncu osemnajstega stoletja, potem zbledi tudi moj prejšnji argument v podporo Dworkinovemu stališču. Osmi amandma naj bi tedaj varoval tudi pred skušnjavami oblasti, ki bi šle onkraj moralnih pojmovanj kazni, ki so vgrajena v »semantični namen« moralnega načela prepovedi krutega kaznovanja. Scalia nato pojasni, da gre med njim in Dworkinom pravzaprav za nesporazum. O pomenu prvega amandmaja ne sklepa na podlagi »špekulacij o pričakovanih njegovih avtorjev«, pač pa na podlagi »semantičnega namena«, ki ga razkriva kontekst – ki pa ni nič več kot razlagalni kanon *noscitur ex sociis*.⁵⁷ In na podlagi konteksta opredeljena vsebina pravic se s potekom časa ni spreminjala. Kot je Scalia povedal v odklonilnem mnenju v zadevi *Obergefell*, se morajo nova večinska moralna pojmovanja odraziti v spremembi ustave na način, kot je predviden v ustavi – in ne s sodniškim (in zato protiustavnim) spreminjanjem ustave.

Prav to je temeljna posledica razhajanja med obema pravnima učenjakoma. Njen vzrok pa je v različnih pogledih na izvorni namen nekaterih ustavnih določb. Medtem ko je za Scalia bistven semantični kontekst, je za Dworkina izvorni pomen ključnih ustavnih določb abstrakten in zato odprt. Po njegovem mnenju mora biti zato uporaba teh abstraktnih načel v posameznih konkretnih zadevah neprestano, ponovno in vedno znova preizkušana in preverjana – ne zato, da bi našli nadomestilo za tisto, kar ustava določa, ampak zaradi spoštovanja tega, kar določa. Vendar bolj kot razlike med njima je pomembno to, da sta oba »semantična« originalista – čeprav z različnima pogledoma na to, kako iskati izvorni pomen – in posledično, kakšna je njegova vsebina.

3.9 Poklicni etos in temeljne značajske poteze

Scalia je bil večplastna pravniška in človeška veličina. Kar posebej zaznamuje njegov poklicni krédo, je, poleg zmernega tekstualnega (ali semantičnega) originalizma, njegova dosledna in brezkompromisna zavezanost vladavini prava ter spoštovanju načela delitve oblasti. Temu je podredil vse svoje osebne in ideološke preference. Znale so njegove besede, da je sodnik, ki je velikokrat zadovoljen s svojimi določitvami, slab sodnik. On, ki ni skrival svojih konservativnih pogledov, prav gotovo ni bil zadovoljen z vrsto svojih odločitev

⁵⁶ A. Scalia: Response, v: Amy Gutmann (ur.): *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press, Princeton NJ 1997, str. 146.

⁵⁷ Prav tam, str. 147.

– od že omenjenih zadev zažiga zastave in menjave kokaina za pištolo do zadeve *Johanns v. Livestock Mktg. Ass'n* (2005),⁵⁸ vključno z zadevami, v katerih je šlo za vprašanje pravic staršev. Drugače kot njegovi konservativni kolegi je bil mnenja, da ustava staršem ne zagotavlja pravice do vzgoje in izobraževanja svojih otrok.⁵⁹ Liberalen je bil tudi rezultat njegovega odločilnega glasu v zadevi *Granholm v. Heald* (2005),⁶⁰ ko je zavrnil številne konservativne argumente in kljub enaindvajsetemu amandmaju, ki regulativo glede alkohola prepušča državam, utemeljil protiustavnost zakona, ki je domačim vinarjem dovoljeval neposredno dobavo porabnikom, medtem ko je vinarjem iz drugih držav to prepovedal.

Med kazenskimi zadevami je treba omeniti zadevo *Kyllo v. United States* (2001),⁶¹ kjer je bil njegov glas (z drugimi »liberalnimi« glasovi) spet odločilen za ugotovitev, da je uporaba toplotnih senzorjev za iskanje hišnih nasadov marihuane brez sodne odredbe v nasprotju z ustavo. Njegov glas je odločil o zadevi *United States v. Gonzalez-Lopez* (2006),⁶² ko je sodišče kršitev obtoženčeve pravice do izbire odvetnika (šesti amandma) opredelilo kot strukturno napako postopka, ki ima za posledico avtomatično razveljavitev obsodbe, brez potrebe po t. i. analizi o neškodljivi napaki (*harmless error analysis*). Posebej je treba izpostaviti zadevo *Hamdi v. Rumsfeld* (2004),⁶³ ko je Scalia v odklonilnem mnenju jasno navedel: v primeru, ko je ameriški državljani zajet kot pripadnik sovražne vojske, ima ameriška vlada samo dve možnosti – suspenz pravice do *habeas corpus* ali sojenje v skladu z vsemi ustavnimi jamstvi kazenskega postopka. Pod vplivom Scalie se je spremenil odnos Vrhovnega sodišča do pravice soočiti se z obremenilnimi pričami (šesti amandma). Najprej osamljena stališča⁶⁴ so sčasoma dobila potrditev večine. Do radikalne spremembe je prišlo

⁵⁸ 544 U.S. 550 (2005). Z večinskim mnenjem, ki ga je napisal Scalia, je sodišče zavrnilo ugovor svobode izražanja zoper ukrep države, s katerim je bila dodatno obdavčena industrija predelave govejega mesa, da bi se s temi sredstvi financiralo vladno oglaševanje kampanje, ki so ji posamezni predstavniki te industrije nasprotovali. Geslo oglaševanja je bilo: »Kje je govedina?«

⁵⁹ Gl. na primer zadevi *Winkelman v. Parma City Sch. Dist.*, 127 S. Ct. 1994 (2007), in *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 91-92 (2000), kjer je Scalia izrazil nasprotovanju precedenčni odločitvi v zadevi *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), s katero je bil razveljavljen zakon države Oregon, ki je zahteval obiskovanje javnih šol, ne da bi predvidel izjeme za zasebne in verske šole. Sodniki so tedaj navedli, da je izpodbijani zakon nerazumno posegel v svobodo staršev, da odločajo o vzgoji in izobraževanju svojih otrok.

⁶⁰ 544 U.S. 460 (2005).

⁶¹ 533 U.S. 27 (2001).

⁶² 548 U.S. 140 (2006).

⁶³ 542 U.S. 507 (2004).

⁶⁴ Na primer *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990).

v zadevi *Crawford v. Washington* (2004),⁶⁵ v kateri je Scalia napisal večinsko mnenje. V skladu s to odločitvijo ima obtoženec pravico do neposrednega in živega soočenja z obremenilnimi pričami, ne glede na to, v kakšni obliki so mu bile ali bi mu lahko bile predložene obremenilne izjave.⁶⁶ Zanikati pravico do soočenja z obremenilnimi pričami z izgovorom, da je izpovedba očitno zanesljiva, je podobno kot zanikati pravico do sojenja pred poroto z izgovorom, da je obtoženec očitno kriv, je zapisal Scalia. Sicer pa je besedilo »konfrontacijske« klavzule iz šestega amandmaja jasno in nedvoumno – govori namreč o pravici do soočenja s pričami, in ne o pravici do soočenja z izpovedbami.

Njegova mnenja, predvsem odklonilna, so dosegla svetovno slavo – zaradi jasnosti, premočrtnosti, svežine, barvitosti in nepremagljive prepričljivosti ter hkrati ostrine in brezkompromisne neposrednosti, s katero je obračunaval s stališči večine, bo ostal v večnem spominu. Bil je duhovit in sarkastičen, spreten alegorik ter odličen poznavalec književnosti – tudi to znanje in talent je sijajno vključeval v svoja mnenja. Z zanj tako značilnim slogom in tonom je vnesel iskrenost, svežino in duha v pravniški diskurz.⁶⁷ Tudi zaradi te nadarjenosti in temperamenta ter izjemne karizme je očaral in pritegnil številne mlade pravnike. A ne samo njih. Njegova zasluga je, da je med vrhovnimi sodniki tekstualizem postal prevladujoča metoda razlage. In prej tako priljubljeno sklicevanje na zakonodajno zgodovino je tako rekoč izginilo iz spisov strank in argumentacij sodnikov. Velik vpliv je imel tudi na dosledno uveljavitev jamstev iz šestega amandmaja – čeprav za ceno manjše učinkovitosti kazenskega pregona.

Ko se na koncu sprašujem, katere lastnosti so še posebej krasile njegovo karizmo in zaradi katerih bi moral biti vzor kolegom in prihodnjim generacijam, si jih dovolim strniti v naslednje: predanost ideji prava, intelektualna iskrenost, doktrinarna doslednost, osredotočenost na argumente, in ne na govorca, adversarnost kot način razmišljanja in argumentiranja⁶⁸ ter – ne nazadnje –

⁶⁵ 541 U.S. 36 (2004). Po poti tega precedensa je šla tudi odločitev v zadevi *Mendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (2009), v kateri je Scalia prav tako napisal večinsko mnenje in med drugim opozoril, da »konfrontacijska« klavzula obremenjuje in otežuje pregon storilcev kaznivih dejanj – ampak enako velja za privilegij zoper samoobtožbo in za pravico do porotnega sojenja.

⁶⁶ O tem izčrpno Richard D. Friedman: *Confrontation and Forensic Laboratory Reports*, Round Four, Texas, v: *Tech Law Review*, 45 (2012) 1, str. 51–82.

⁶⁷ Gl. Yury Kapgan: *Of Golf and Ghouls: The Prose Style of Justice Scalia*, v: *The Journal of the Legal Writing Institute*, 9 (2003), dostopno na: <www.law2.byu.edu/Law_Library/jlwi/archives/2003/kap.pdf> (5. 4. 2016).

⁶⁸ Med svetovalci si je vselej izbiral tudi take, ki so sloveli po stališčih, nasprotnih njegovim (med njimi na primer E. Joshua Rosenkranz) – ker je vedel, da je samo tako, s soočanjem z nasprotnimi argumenti, mogoče preizkušati in ostriti lastna stališča.

širokosrčnost, dobrota, izjemen smisel za prijateljstvo in človeška toplina. S svojimi najtršimi doktrinarnimi in svetovnonazorskimi nasprotnicami, kot sta sodnici Ruth Bader Ginsburg in Elena Kagan, je negoval pristne in globoke prijateljske vezi ter iskreno medsebojno spoštovanje.

* * *

Domnevno je Voltaire rekel: »Če te zanima, kdo ti zares vlada, pomisli, koga ne smeš kritizirati.« Če test uporabim pri Scalii, se pokaže, da so to njegova načela, vrednote in prepričanja. Njim se nikoli ni upal izneveriti. V svečanem nagovoru ob podelitvi diplom na kolidžu William in Mary dne 27. maja 1996 je mladim diplomantom položil na srce:

»Zapomnite si, da so možgani in izobrazba, tako kot mišice in telesne veščine, zgolj prodajni artikli. Ljudje jih prodajajo in kupujejo. Lahko jih najamete za celo leto ali le za uro. Edina stvar na tem svetu, ki ni na prodaj, je človekov značaj. In če ta ne obvladuje in usmerja vaših možganov in znanja, bo oboje tako vam kot tudi svetu naredilo več škode kot koristi.«⁶⁹

⁶⁹ Gl. <www.nytimes.com/1996/05/27/us/in-season-of-commencements-words-of-wisdom-heard-anew.html> (5. 4. 2016).

PASTI UVEDBE PRAVILA POSLOVNE ODLOČITVE (*BUSINESS JUDGMENT RULE*) V SLOVENSKO KORPORACIJSKO PRAVO

Klemen Podobnik,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani,
znanstveni sodelavec na Inštitutu za primerjalno pravo*

1. UVOD

V času zaključevanja končnega poročila o delu na ciljnem raziskovalnem projektu Konkurenčnost Republike Slovenije 2006–2013 z naslovom Pomen neodvisnih direktorjev v upravnih odborih delniških družb sem v uvodu v enega od poglavij zapisal tudi naslednje:

»Kljub načelni prepovedi prenosa vodenja poslov na nadzorni svet (281/5 ZGD-1) je mogoče, da nadzorni svet izvaja določene oblike poslovnih odločitev, predvsem v primerih, ko bo statut ali sklep nadzornega sveta določal, da je potrebno posamezne vrste poslov opravljati zgolj s predhodnim soglasjem nadzornega sveta. V teh primerih je torej mogoče govoriti o drugi obliki delovanja nadzornega sveta – ne gre več za delovanje v okviru klasičnih nadzorstvenih pristojnosti, marveč za klasično obliko poslovnih odločitev, pri katerih se pojavlja pomembno vprašanje morebitne spremembe standarda presoje. Povedano drugače, potrebna je odločitev glede morebitnega vklopa ekskulpacije članov nadzornega sveta v smislu presoje poslovne odločitve (*business judgment rule*). Kljub odsotnosti izrecne ureditve v slovenski korporativni zakonodaji je potrebno opozoriti na razvoj v nemškem pravu delniških družb, kjer je zakonodajalec z zakonom o (2005, UMAG)¹ v 93. člen AktG² vnesel pravilo poslovne presoje za poslovne odločitve članov uprave.«³

¹ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, 16. junij 2005.

² »Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angelegener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.«

³ K. Podobnik, nav. delo, str. 11.

Od tedaj je minilo dobrih pet let, slovensko korporacijsko okolje pa se je v vmesnem času na tem področju dodobra spremenilo. Vrhovno sodišče Republike Slovenije je v zadevi VS4002308 z dne 9. julija 2013 v obrazložitvi sodbe uporabilo tako termin (pravilno) kot tudi koncept (morda ne povem jasno) *business judgment rule*, leto zatem pa je Vlada RS pripravila osnutek predloga sprememb in dopolnitev Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-11), s katerim naj bi se diktija 263. člena spremenila tako, da bi se veljavnemu besedilu dodatni prvi odstavek, ki (na nekoliko svojski način) v slovensko korporacijskopravno zakonodajo uvaja koncept pravila poslovne presoje (angl. *business judgment rule*). Tako je mogoče ugotoviti, da je koncept, o katerem smo pred štirimi leti šele resno razmišljali in se o njem bolj ali manj pozitivno izrekli,⁴ razmeroma tiho in brez resnega predhodnega premisleka vstopil v slovenski režim upravljanja delniških družb. Predlagatelj je v nadaljevanju zakonodajnega postopka sicer odstopil od namere uzakonitve pravila poslovne presoje, pri čemer poudarjam, da ni zaslediti razlogov za tako odločitev. Čeprav novela ZGD-11 torej ni prinesla niti resne razprave o tem institutu, še manj pa njegovo kodifikacijo, je treba – predvsem zaradi najverjetnejše ponovitve poskusa spremembe ZGD-1 v tej smeri z naslednjo novelo – spregovoriti tako o prelahkotnem obravnavanju pravila poslovne presoje s strani tistih, ki so pripravljali predloge sprememb zadnje novele, kot tudi o zelo kompleksni izvorni naravi pravila. O odsotnosti premisleka pri nas jasno priča zelo kratka in suhoparna obrazložitev predloga spremembe s strani predlagatelja, ki je očitno sledil (po mojem mnenju povsem napačni) premisi »če so koncept vpeljali v Nemčiji, bo dober tudi za nas«, pri čemer pa je povsem spregledano dejstvo, da gre za izvorno anglosaški, oziroma ožje, ameriški pravni konstrukt, ki, prvič, ni plod premišljene zakonodajalčeve aktivnosti, temveč nedvomno rezultat dejavnosti sodišč,⁵ in ki, drugič, v svoji izvorni domovini, torej Združenih državah Amerike, tudi zaradi svoje »sodne« narave, ni v celoti izčiščen, vsebinsko nikakor enotno napolnjen in predvsem različno interpretiran. Predlagatelj koncepta *business judgment rule* v obrazložitvi predloga sprememb pravzaprav ni obrazložil, temveč se je zgolj opredelil do uporabe doktrine v »avstrijski, švicarski, nemški in anglosaški sodni praksi« ter pravilno povzel del razlogov, zaradi katerih se je doktrina izoblikovala, pri čemer mislim predvsem na razlogovanje v smeri olajšanja delovanja upravljalvske strukture, ki v trenutku sprejemanja

⁴ V slovenskem prostoru s tega področja glej M. Dolenc, nav. delo, in P. Podgorelec, nav. delo.

⁵ Razvojno so v tem prednjačila delawarska sodišča. Glej na primer sodbe v zadevah *Smith v Van Gorkom* (488 A.2d 858 (Supreme Court of Delaware, 1985)), *Aronson v Lewis* (473 A.2d 805, 812 (Del. 1984)), *Brehm v Eisner* (746 A.2d 244, 264 (Del. 2000)). Pri tem nikakor ne želim zmanjševati vplivnosti in pomena, ki ga je v postopek razvoja instituta vnesel American Law Institute (ALI), več v nadaljevanju.

poslovnih odločitev ne sme biti ohromljena od strahu pred poznejšim potencialnim očitkom odškodninske odgovornosti. Predlagatelj je tako žal prezrl dejstvo, da je koncept v svojem prvotnem okolju tudi posledica spoznanja, da sodna veja oblasti preprosto ni sposobna »preverjanja« pravilnosti poslovnih odločitev in da ni prisoten zgolj v sodni praksi (tipičen primer je nemški UMAG/AktG iz leta 2005⁶) pa morda tudi, da so ga v svoj ZTD na Hrvaškem uvedli že leta 2008, v Avstriji pa je kodifikacijo oziroma začetek veljavnosti doživel januarja letos.⁷ Nedvomno pa najbolj skrbi tisto, kar je bilo zapisano kot prvi očitek: predlagatelj v obrazložitvi predlogov sprememb ni ponudil niti (pravne) narave instituta samega niti potrebe po vključevanju v slovensko pravno okolje in tako ostal na žal prepogosto prisotni interpretacijski ravni ponavljanja zakonske dikcije v obrazložitvi.⁸

Glede uporabe instituta s strani Vrhovnega sodišča RS pa gre po mojem mnenju za nekoliko nejasno uporabo pravila poslovne odločitve,⁹ ki bi lahko – skupaj z zadnjo (in morebitno naslednjo) nenatančno dikcijo predloga spremembe 263. člena ZGD-1 – v prihodnosti vplivala na njegovo koherentno uporabo in v skrajnem primeru rezultirala v premilem obravnavanjem potencialno protipravnih ravnanj članov organov vodenja in nadzora delniških družb. V odsotnosti podrobnejše analize zadeve in ne da bi se kakorkoli želel opredeljevati o pravilnosti končne odločitve sodišča ali o njej dvomiti, je treba poudariti, da je Vrhovno sodišče pri uporabi doktrine poslovne presoje premalo intenzivno poudarilo najpomembnejši kriterij presoje (ne glede na to, ali se sklicuje na doktrino v smislu izdelanega koncepta delawarskih sodišč, teoretičnih pristopov ameriških teoretikov, ali v obliki, uzakonjeni v AktG/UMAG), in sicer ali je bila poslovna odločitev, ki jo je sprejel član organa vodenja in nadzora, sprejeta na podlagi informacij, za katere je član organa vodenja ali nadzora **racionalno** ali **razumno** menil, da so dovoljšne za sprejem odločitve. Vrhovno sodišče se tako v obrazložitvi sklicuje predvsem na nezmožnost *ex post* presojanja poslovnih odločitev, pri čemer nedvomno pravilno uporabi doktrinarno jasno izraženo idejo o nezmožnosti **vsebinske** presoje poslovnih odločitev, vendar menim, da premalo poudarja nujnost prisotnosti in izvedbe

⁶ Glej zgoraj, op. 1.

⁷ Za podrobnejši prikaz uveljavitve instituta v hrvaškem korporacijskem okolju glej H. Horak, K. Dumančić, nav. delo, glede uvedbe v avstrijskem korporacijskem pravu zgolj pregledno glej C. Grossmeyer, nav. delo.

⁸ Glej zadnji stavek obrazložitve 39. člena predloga sprememb in dopolnitev ZGD-II.

⁹ Ponavljam, da je Vrhovno sodišče RS institut uporabilo še pred osnutkom predloga sprememb in dopolnitev ZGD-II.

procesne presoje, ki temelji na pravkar opisanem postopku.¹⁰ Vrhovno sodišče se v svoji razlagi in uporabi doktrine tako osredotoči na vprašanje **razumne** odločitve, premalo pa pove o razumnosti (ali racionalnosti) postopka odločanja, ki je do odločitve pripeljal. Če je morebiti lahko sporna že uporaba izraza razumno,¹¹ je po mojem mnenju lahko nevarnejše, da sodišče v obrazložitvi sodbe brez rezervacij uporablja povedi, kot je na primer: »Tudi če bi se poslovna odločitev tožencev naknadno izkazala kot napačna, ta okoliščina sama po sebi še ne bi pomenila kršitve njune dolžne skrbnosti.« Taka dikcija lahko površnega bralca zapelje v misel, da v okviru pravila poslovne presoje odpade vsakršna analiza kateregakoli ravnanja članov organov vodenja in nadzora, ter da so slednji preprosto ekskulpirani *ex post* presoje svojih ravnanj.

2. RAZVOJNA POT DOKTRINE *BUSINESS JUDGMENT RULE*

2.1. Uvodno

Domicil koncepta pravila poslovne presoje je anglosaško korporacijsko pravo. Koncept se v kontinentalnih pravnih sistemih prvič pojavi v Nemčiji – najprej ga uporabljajo zgolj sodišča, pozneje se za kodifikacijo odloči tudi zakonodajalec. Gre za prilagojen in nedosleden prenos pravila iz ameriškega sistema, v katerem se je oblikovalo prek odločitev sodišč zvezne države Delaware¹² in našlo svoje mesto tudi v nekaterih vzorčnih predpisih.¹³ Temeljna predpostav-

¹⁰ »[...] Vsaka podjetniška odločitev, ki se izkaže za škodljivo, zato ne more pomeniti ravnanja v nasprotju z zahtevanim standardom skrbnosti. Pretirano stroge zahteve do članov uprave bi lahko obremenilno vplivale na potrebno podjetnost pri sprejemanju tveganih poslovnih odločitev. Zato je treba upravi omogočiti, da sprejema odločitve brez strahu, da bo zaradi njih morala odgovarjati. **Zadostuje torej, da gre za razumno odločitev v konkretni situaciji.** [...] Podjetniške odločitve namreč temeljijo na domnevah in prognozah, ki le pogojno omogočajo ali sploh ne omogočajo zanesljive ocene bodočega dogajanja. V tem okviru ne gre zanemariti, da so informacije o morebitnih alternativah njihovim odločitvam članom uprave na razpolago le v omejenem obsegu; tudi informacije o primernosti različnih odločitev, če sploh obstaja več možnih odločitev, navadno niso na razpolago v taki meri, da bi omogočale popolno primerljivost alternativ. Podatki postanejo dostopni navadno časovno šele po sprejeti odločitvi.«

¹¹ O pomenu razlikovanja med izrazoma *rational* in *reasonable* v okolju ameriškega sistema in njune primerjave s izrazom *vernünftig*, za potrebe doktrine »izumljenega« v Nemčiji.

¹² Prim. predvsem zadeve *Smith v Van Gorkom* (488 A.2d 858 (Supreme Court of Delaware, 1985)), *Aronson v Lewis* (473 A.2d 805, 812 (Del. 1984)) in *Brehm v Eisner* (746 A2d 244, 264 (Del. 2000)).

¹³ Revised Model Business Corporation Act (RMBCA), dostopno na <<http://www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbca2002.pdf>> (17. 4. 2016).

ka pravila poslovne presoje naj bi bila, da je časovno *ex post* sodna kontrola **skrbnosti** članov organov vodenja (in nadzora), ko sprejemajo poslovne odločitve, nesmiselna, če naj se zagotovi razmeroma visoka raven neodvisnosti in samostojnosti pri njihovem delovanju.¹⁴ Presoja (skrbnosti pri sprejemanju) poslovnih odločitev članov teh organov torej ne more temeljiti na kriteriju **pravilnosti** ali **nepravilnosti** teh odločitev, saj bi v takem primeru *ex post* lahko vsakršno odločitev, ki bi rezultirala v škodi za družbo, šteli za **nepravilno** in s tem tudi protipravno. Temeljni element presoje se mora tako preoblikovati v širšo paleto kriterijev, s katerimi je mogoče oceniti dejanja članov predmetnih organov. Širše (predvsem s strani teorije) sprejeta opredelitev teh kriterijev, kot primarno izhaja iz načel korporacijskega upravljanja American Law Instituta¹⁵ (ALI), tako zajema naslednje elemente, ki v bistvu jasno zajemajo temeljno triado dolžnostnih ravnanj članov organov vodenja in nadzora v delniških družbah:

- sprejem poslovne odločitve;
- odločitev so člani organa sprejeli na podlagi informacij, za katere so lahko upravičeno (razumno oziroma racionalno)¹⁶ menili, da zadostujejo za sprejem odločitve (procesna in ne vsebinska **skrbnost**);
- odločitev je bila sprejeta v dobri veri (dobra vera);
- člani organov, ki sprejemajo poslovno odločitev, niso imeli lastnih premoženjskih interesov glede predmeta odločitve (lojalnost družbi).

Seveda je opisana koncepcija pravila poslovne presoje zgolj ena od številnih, ki jih je mogoče identificirati v ameriški sodni praksi in doktrini. Institut, ki je sicer vseprisoten, je mogoče razlagati prek bogate pahljače različnih pristopov; od tistih, ki mu pripisujejo negativno naravo,¹⁷ do tistih, ki ga dojemajo

¹⁴ Najbolj ilustrativno je omenjeno dejstvo v sodbi v zadevi Disney povzel sodnik Chandler: »*The redress for failures that arise from faithful management must come from the markets, through the action of shareholders and the free flow of capital, and not from this Court. Should the Court apportion liability based on the ultimate outcome of decisions taken in good faith by faithful directors or officers, those decision-makers would necessarily take decisions that minimize risk, not maximize value.*«, In re The Walt Disney Co. Derivative Litig., 2005 WL 1875804 (Del. Ch. Aug. 9, 2005).

¹⁵ ALI *Principles of Corporate Governance*.

¹⁶ Tu zgolj opozarjamo na terminološko (in posledično vsebinsko) razlikovanje med standardoma razumnosti (angl. *reasonable*) in racionalnosti (angl. *rational*) v ameriški doktrini in sodni praksi ter standardom, ki ga prinaša nemška ureditev – *vernünftigerweise*, ki ga avtorji na lestvici intenzivnosti umeščajo med prej omenjena standarda ALI.

¹⁷ Pri tem mislim na teoretike, ki institut *business judgment rule* v ZDA dojemajo kot koncept »vzdržnosti« oziroma popolnega varnega pristana. Sodišča naj torej uporabijo institut *business judgment rule* tako, da sploh ne presojajo poslovnih odločitev organov vodenja delniške družbe, v nasprotnem primeru uporabljen kot standard presoje odgo-

intenzivneje in ga približujejo klasičnemu kontinentalnemu dojemanju standarda odgovornosti članov organov vodenja in nadzora delniških družb. Poleg opisanega izhodiščnega pristopa je dodatna temeljna razpoka med pripadniki različnih struj nedvomno odnos do t. i. procesnega oziroma formalnega in na drugi strani vsebinskega oziroma materialnega presojanja (proti)pravnosti delovanja članov organov vodenja in nadzora. Kontinentalnemu pravniku je morda intuitivno bližje tista struja, ki želi vsebinsko presojo poslovne odločitve članov organov vodenja in nadzora osamosvojiti in jo torej »osvoboditi« ter ločiti od predhodne formalne presoje, ki se zrcali zgolj v presoji poti, ki je do odločitve vodila, v Združenih državah Amerike pa je velik pomen namenjen tudi zagovornikom klasične teorije »*director primacy*«, ¹⁸ ki želijo skozi prizmo ekonomskega pogleda na delovanje družbe članom organov vodenja in nadzora zagotoviti čim višjo raven neodvisnosti in samostojnosti. To pa je mogoče doseči zgolj z zelo vzdržno potencialno uporabo pravila poslovne presoje oziroma njenega materialnega (vsebinskega) dela. Tako je mogoče s tega vidika temeljno metodološko poudariti dva temeljna »tipa« percepcije doktrine poslovne presoje – tisto, ki v sebi nosi možnost vsebinske, materialne presoje odločitev, ki jih sprejmejo organi vodenja in nadzora, ter na drugi strani tisto, ki tako možnost zanika oziroma jo dopušča zgolj v skrajnih primerih, ko je delovanje članov organov vodenja in nadzora v delniški družbi mogoče *ab initio* identificirati kot v nasprotju z dolžnostjo lojalnosti ¹⁹ oziroma ko ni bilo mogoče govoriti o poslovni odločitvi članov organov vodenja in nadzora. ²⁰ Splošno

vornosti članov organov vodenja in nadzora delniških družb in s tem v celoti izgubi svoj primarni pomen. Podrobneje o tem glej v nadaljevanju, prim. pa predvsem S. Bainbridge, nav. delo, L. McMillan, nav. delo, in D. Rosenberg, nav. delo.

¹⁸ Glej na primer R. Reich-Graefe, nav. delo.

¹⁹ *Duty of Loyalty*, ki bi jo lahko v smislu slovenske ureditve, kot je uveljavljena v 263. členu ZGD-1, razumeli kot dolžnost ravnanja v korist družbe.

²⁰ Odločitve ni mogoče razumeti kot poslovne, kadar organ vodenja ali nadzora sprejema odločitve, ki ne pomeni odločitve v okviru razumne poslovne dejavnosti družbe, temveč gre na primer zgolj za navidezno poslovanje – kot tipičnega bi lahko identificirali primer, ko uprava v delniški družbi prenese večji del premoženja na drugo družbo, pri tem pa gre pravzaprav zgolj za namensko zmanjševanje vrednosti delniške družbe zaradi prihajajočega managerskega odkupa. Že v tem primeru je mogoče zaznati prepletanje kriterijev, ki sprožijo možnost vsebinske presoje poslovne odločitve oziroma presoje ravni skrbnosti, s katero so ravnali člani organov vodenja in nadzora v delniški družbi. To prepletanje postane še bolj kompleksno v primeru, ko kot kriterij presoje uvedemo še dolžnost dobrovernega ravnanja (angl. *duty of good faith*). Dodatno je mogoče ugotoviti, da posameznega ravnanja – ali bolje: opustitve – ne bo mogoče opredeliti kot poslovne odločitve v primerih, ko član organa vodenja in nadzora res ne bo **sprejel odločitve**. Izvzete so torej situacije, ko škodna posledica izhaja iz preproste opustitve, ki ni bila predmet oziroma rezultat predhodne presoje in je utemeljena na odločitvi. Glej na primer M. Eisenberg, nav. delo, str. 441.

je mogoče predstavnike številnih struj umestiti med tiste, ki pravilo poslovne odločitve dojemajo kot standard **odgovornosti**, in na tiste, ki ga zaznavajo zgolj kot domnevo ne-odgovornosti članov organov vodenja in nadzora. Pri tem torej prvi koncept razumejo kot »odpustek«, ki ga je članom organov vodenja in nadzora mogoče ponuditi šele potem, ko je jasno, da niso ravnali v nasprotju z načeli dobre vere, lojalnosti in skrbnosti, in ko je jasno, da so pri svoji poslovni odločitvi ravnali racionalno (ali morda celo razumno); drugi pa menijo, da je treba pravilo uporabiti *a priori* ter tako ustvariti »varni pristan« v smislu popolne ali manj popolne odsotnosti uporabe kriterijev procesne ali materialne presoje ravnanja članov organov vodenja in nadzora.

2.2. Pravilo poslovne presoje kot varni pristan – od doktrine vzdržnosti do potencialne vsebinske presoje v skrajnih primerih

Procesna presoja poslovnih odločitev članov upravnih odborov kot izhodišče koncepta *business judgment rule* v ZDA se zrcali v razmišljanjih številnih teoretikov s področja korporacijskega prava, pri čemer je vsem skupna temeljna ideja o konceptu pravila poslovne presoje kot domnevi ustreznega vedenja članov organov vodenja in nadzora in ne standardu delovanja oziroma vedenja, pri čemer pa je njihova stališča mogoče razdeliti na več stopenj, ki se gibljejo od uporabe standarda v skrajnih primerih in tako domala zanikanja možnosti vsebinske presoje (na primer Bainbridge, ki sicer dopušča skrajno možnost vsebinske presoje v primeru **popolnoma neracionalne poslovne odločitve**) do tistih, ki tako možnost dopuščajo v primerih, ko bi se poslovna odločitev izkazala za nerazumno (prim. denimo Rosenberg). Temeljno je mogoče zapisati, da torej opisani pristop temelji na naslednjih nevtralnicih točkah:

1. postopek sprejemanja poslovnih odločitev je mogoče »presojati« zgolj v redkih primerih;
2. tudi v teh primerih je treba analizirati zgolj **postopek (oziroma njegovo ustreznost)**, ki je do sprejema poslovne odločitve pripeljal;
3. same poslovne odločitve naj ne bi analizirali vsebinsko, razen ko gre za skrajne primere.

Seveda se glede tega kot primarno nujno postavlja vprašanje glede dovoljšne ravni »skrajnosti« primerov, ki že omogočajo možnost uvedbe vsebinske presoje poslovne odločitve same. Pri tem lahko izhajamo iz izdelane, a žal ne tudi izčrpane sodne prakse delawarskih sodišč. Značilna je na primer obrazložitev v zadevi *Caremark*, v kateri sodnik Allen kot **nezadostno skrajne** primere posredno navaja **neumne, šokantno slabe** in celo **iracionalne** poslovne odločit-

ve.²¹ Kot skrajni primer analiziranega pristopa lahko navedemo Bainbridgea,²² ki na podlagi tez o primatu upravljaljske strukture v delniških družbah izvaja tudi teorijo o pravilu poslovne odločitve kot konceptu, ki od sodišč zahteva popolno vzdržnost glede presoje poslovnih odločitev. Pravilo po njegovem mnenju sodiščem torej nalaga, da **ne presoјajo** ravnanj članov organov vodenja in nadzora, če jih je mogoče identificirati kot poslovno odločitev. Bainbridge delawarskim sodiščem očita nekonsistentno uporabo pravila poslovne odločitve in spreminjanje narave pravila iz pravne domneve v standard odgovornosti, pri čemer po njegovem mnenju sodišča nepravilno zamenjujejo logično zaporedje delovanja pravila. Kot sem že omenil, je Bainbridgeov pristop najbolj prirejen osnovno izraženemu namenu oziroma učinku pravila poslovne odločitve, ki ga domala prav vsi pregledani viri opredeljujejo enako – kot poskus sproščanja pritiska v obliki potencialnih odškodninskih zahtevkov na člane organa vodenja in nadzora v delniški družbi ter s tem spodbujanja čim bolj samostojnega sprejemanja (tudi) bolj tveganih poslovnih odločitev.²³ Pristop temelji na izrazito usmerjenem dojemljanju procesov korporativnega upravljanja, saj – drugače kot večina²⁴ – kot hierarhično nadrejeno dojema upravljaljsko strukturo. Koncept »prevlade direktorjev« za Bainbridgea tako kaže jasno sliko delniške družbe, v kateri upravni odbor ne predstavlja »zastopnika« delničarjev ali »fiduciarnega upravljaljca« njihovega premoženja, temveč je »utelešenje« principala korporacije, kar torej pomeni, da izvaja tudi najpomembnejše funkcije moderne korporativne organizacijske strukture, ki se kaže kot sprejemanje in izvajanje poslovnih odločitev.²⁵ Prav zaradi tega dejstva je treba po njegovem mnenju pravilo poslovne odločitve razumeti in uporabljati tako, da sodišča dejansko **ne presoјajo** odločitev upravnih odborov, dokler tožnik ne dokaže kršitev načel dobre vere ali dolžnosti lojalnosti. V takih primerih po Bainbridgeu spet ne pride do vsebinske presoje poslovne odločitve same (s tem se spoštuje doktrina vzdržnosti pri uporabi pravila samega), temveč zgolj do spoznanja, da je član upravnega odbora kršil druge dolžnosti, ki so mu bile naložene, s čimer je družbi (lahko) povzročil škodo.

²¹ Caremark, 698 A.2d at 967.

²² S. Bainbridge, nav. delo, str. 85.

²³ Zgolj za ponazoritev navajam primer nemške teorije. »Der Vorstand muss unter Umständen auch mit einem Risiko behaftete Geschäfte vornehmen können, ohne dass bereits in der Vornahme solcher Geschäfte eine unternehmerische Pflichtwidrigkeit oder ein Verschulden zu sehen ist. Ansonsten würde eine dem Unternehmenserfolg wenig zuträgliche risikoverse Haltung gefördert.«, G. Spindler, nav. delo.

²⁴ Poleg že omenjenih ameriških avtorjev glej tudi M. Kocbek, Š. Ivanjko, S. Prelič, nav. delo, v katerem avtorji kot hierarhično najvišji organ v delniški družbi dojemajo skupščino, torej lastniško strukturo.

²⁵ S. Bainbridge, nav. delo, str. 86.

3. SODNO OBLIKOVANJE PRAVILA POSLOVNE ODLOČITVE

Pravilo poslovne odločitve ima sicer z vidika razvojne poti ameriških sodišč zelo zanimivo zgodovino. Tukaj opozarjam, da se v prispevku ne lotevam vseh podrobnosti in različnosti v pristopih, prav tako ne analiziram večjega dela ameriške sodne prakse, saj je namen članka za kaj takega preozko koncipiran. Omejujem se torej na fenomenološko koncipiranje pravila s strani sodišč, pri čemer vnovič opozarjam na izrazito kronološko razvojno spreminjanje vsebine in uporabe pravila. Položaj je zelo zapleten, saj so sodišča v osemdesetih letih prejšnjega stoletja intenzivno posegala v naravo pravila in ga spreminjala iz doktrine popolnega nevmešavanja v odločitve upravljavskih struktur (pristop, blizu zgoraj omenjeni teoriji Bainbridgea) v koncept presoje postopkov, ki so do odločitve pripeljali, z možnostjo vsebinske presoje odločitve v skrajnih ali manj skrajnih okoliščinah. Tako je kot prvotno obliko pravila poslovne odločitve mogoče izpostaviti opredelitev delawarskega sodišča v zadevi *Bodell*,²⁶ v kateri je pravilo izdelano kot popolna in domala neprebojna zaščita upravnega odbora pred očitki pomanjkanja skrbnosti. Onemogočena je torej kakršnakoli oblika presoje, tako procesna kot tudi vsebinska, procesa odločanja in odločitve, ki bi temeljila na zatrjevanju nespoštovanja dolžnosti skrbnosti.²⁷ Poudariti je treba, da sodišče ostaja trdno v svojem prepričanju tudi v primeru velike malomarnosti članov upravnega odbora²⁸ – tako stališče v celoti sovпада z dejstvom, da so delawarska sodišča dolžnost skrbnosti kot standard vedenja članov upravnih odborov delniških družb pripoznala šele leta 1963 v zadevi *Graham*,²⁹ v katerem so kot standard skrbnosti opredelili standard **razumnega posameznika v podobnih okoliščinah**.³⁰ Tako okolje je v celoti onemogočalo kakršnekoli očitke članom upravnih odborov glede njihove skrbnosti – v predmetnem obdobju je zato zelo težko najti obsodilne sodbe, ki bi temeljile **zgolj** na dokazanem malomarnem delovanju direktorjev; v večini primerov obsodilnih sodb je šlo tako za ravnanja, ki so pomenila poslovno goljufijo ali protipravno pridobivanje premoženjske koristi.³¹ Dobrih šestdeset let

²⁶ *Bodell v. General Gas & Electric Corp*, 140 A. 264 (Del. 1927).

²⁷ »[t]he discretion of a board of directors [...] should not be interfered with, except for fraud, actual or constructive, such as improper motive or personal gain or arbitrary action or conscious disregard of the interests of the corporation and the rights of its stockholders.«

²⁸ B. Sharfman, nav. delo (2006), str. 146.

²⁹ *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co*, 188 A.2d 125, 130 (Del. 1963).

³⁰ »[T]he amount of care which ordinarily careful and prudent men would use in similar circumstances.«, kar bi v kontinentalnem pravnem okolju lahko opredelili kot standard razumnega (dobrega) strokovnjaka.

³¹ B. Sharfman, nav. delo (2006), str. 147.

lagodnega življenja direktorjev je na glavo postavila sodba v zadevi *Aronson*,³² v kateri so delawarski sodniki kot nujno predpostavko domneve neodgovornosti direktorjev glede dolžne skrbnosti vpeljali obveščenost. Razumna raven obveščenosti je torej nujnost, ki se zahteva, če naj pravilo poslovne odločitve ščiti člane upravnih odborov pred očitki zanemarjanja dolžnosti skrbnosti. Na podlagi take obveščenosti lahko člani upravnih odborov sprejemajo odločitve, ki jih sodišča **ne smejo** presoјati vsebinsko, razen če je mogoče dokazati ravnanja z veliko malomarnostjo. S sodbo v zadevi *Aronson* se šest desetletij trajajoč koncept pravila poslovne odločitve kot **prave doktrine vzdržnosti** začena spreminjati v standard presoje, večinoma pa je preboden tudi oklep, ki je direktorje v celoti varoval pred očitki pomanjkanja skrbnosti. Z zadevo *Van Gorkom* se je položaj direktorjev vnovič spremenil, saj je sodišče odpravilo napako iz sodbe v zadevi *Aronson* in postavilo jasne meje postopku, ki je lahko pripeljal do informirane odločitve. V prejšnji zadevi je sodišče »pozabilo« na standard velike malomarnosti, v zadevi *Van Gorkom* pa je jasno zavzelo stališče, da lahko člani upravnih odborov ravnaјo malomarno tudi v postopku pridobivanja potrebnih informacij, ki jim služijo kot podlaga za poslovno odločitev. Če ravnaјo z veliko malomarnostjo, jih pravilo poslovne odločitve ne varuje več. Zadeva *Van Gorkom* je zopet načela vprašanje morebitnega vsebinskega presoјanja tako postopka odločanja kot tudi predvsem poslovne odločitve. Je mogoče člane upravnih odborov kaznovati tudi za napačno odločitev, čeprav je bil postopek, ki je do nje vodil, korekten, racionalen, razumen in brez dokazane velike malomarnosti? (Razmeroma) jasen odgovor na to je mogoče najti v sodbi v zadevi *Brehm*,³³ v kateri je sodišče zelo ostro zavrnilo možnost kakršnega koli *ex post* vsebinskega presoјanja poslovne odločitve,³⁴ razen v primeru, ko bi upravni odbor sprejel **iracionalno** poslovno odločitev. Kot je že bilo zapisano, se podoben trend sodne razlage pravila poslovne odločitve kaže tudi v kronološko poznejših zadevah.

Iz zgoraj napisanega glede ameriškega (torej izvirnega) koncepta pravila poslovne odločitve izhaja, da pravilo ni izčiščeno, se razvija, predvsem pa je v

³² »It is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company. Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption.« *Aronson v Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984).

³³ *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244 (Del. 2000).

³⁴ »As for the plaintiffs' contention that the directors failed to exercise "substantive due care," we should note that such a concept is foreign to the business judgment rule. Courts do not measure, weigh or quantify directors' judgments. We do not even decide if they are reasonable in this context. Due care in the decisionmaking context is process due care only. Irrationality is the outer limit of the business judgment rule.« *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244 (Del. 2000).

svoji osnovni, najskrajnejši obliki (ki jo danes deloma še vedno zagovarja Bainbridge), omogočalo domala nepremagljivo obrambo članov upravnih odborov zoper kakršnekoli morebitne očitke pomanjkanja skrbnosti. Tudi danes in tudi v trenutni obliki, ki jo je razvilo (ko torej ne govorimo več o doktrini vzdržnosti), pa je povsem jasno, da se v smislu standarda presoje uporablja zgolj standard **postopkovne presoje** (torej postopek informiranja, ki je vodil do odločitve), po katerem morajo direktorji izkazovati razumnost ali racionalnost,³⁵ **vsebinska presoja** pa je prihranjena za položaje, ki jih vnaprej težko določamo. Odločitev se tako morda lahko zdi neumna, povsem neprimerna, načelno bi lahko vsebinsko presojo začeli šele, ko doseže raven **iracionalnosti**. Mogoče je torej ugotoviti, da v okviru pravila poslovne presoje sodišča ne bodo presojala potencialne protipravnosti poslovne odločitve, tudi če bi lahko ugotovila njeno popolno iracionalnost, če bodo člani organa v času sprejemanja take odločitve razumno verjeli, da je v najboljšo korist družbe.³⁶ Ob tem poudarjam, da bi sodišče v takem primeru kot standard presoje uporabilo kriterij **racionalnosti** in ne **razumnosti**. Taka delitev je logična glede na ameriško doktrino in priporočila ALI, ki ločujejo med postopkom sprejemanja odločitve in sprejemom odločitve.³⁷

4. PRAVILO POSLOVNE ODLOČITVE V NEMČIJI

Nemško korporacijsko okolje je pravilo poslovne presoje »ponotranjilo« žele pred zgoraj omenjeno spremembo zakonodaje. Zvezno vrhovno sodišče je leta 1997 v zadevi *ARAG/Garmenbeck*³⁸ široko opredelilo in vsebinsko napolnilo standard skrbnosti članov uprave, pri čemer je črpalo tudi iz ameriških doktrinarnih izsledkov in sodne prakse ter se očitno delno »naslonilo« na izdelani koncept poslovne presoje.³⁹ Temeljne razlike, ki jih je mogoče identificirati pri analiziranju nemške in ameriške ureditve pravila poslovne odločitve, so nedvomno zelo pomembne tudi za uporabo pri trenutnem predlogu

³⁵ Odločilna kocka tu še ni padla.

³⁶ L. Ribstein, K. Alces, nav. delo.

³⁷ Prim. M. Roth, nav. delo, str. 348.

³⁸ *ARAG/Garmenbeck*, BGH, 21. april 1997, II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 = [1997].

³⁹ Eden od sodnikov naj bi kot temelj za odločitev izrecno navajal doktrino *business judgment rule*. Roth, nav. delo, str. 349. Sicer pa sodišče poudarja, da je treba upravi zagotoviti dovolj širok maneverski prostor, da lahko učinkovito opravlja svoje temeljno poslanstvo: »Bei seiner Beurteilung, ob der festgestellte Sachverhalt den Vorwurf eines schuldhaft pflichtwidrigen Vorstandsverhaltens rechtfertigt, hat der Aufsichtsrat zu berücksichtigen, daß dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte des Gesellschaftsunternehmens ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muß, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist.« (tč. aa) tenorja sodbe *ARAG/Garmenbeck*).

sprememb v slovenski zakonodaji – z njihovim prikazom je namreč mogoče osvetliti osnovne konceptualne težave, do katerih bi lahko prišlo s predlagano uzakonitvijo pravila, in seveda v odsotnosti resne predhodne razprave o njegovi večplastnosti. Nedvomno je treba najprej poudariti dejstvo, da je pravilo poslovne odločitve v AktG(D)/UMAG mogoče opredeliti kot formalno-vsebinski instrument presoje **odgovornosti** ravnanj članov organov vodenja in nadzora delniške družbe.⁴⁰ Drugače kot pretežno uveljavljen ameriški pristop, ki koncept dojema kot domnevo neodgovornosti, ima nemška različica torej zgolj razlagalno vrednost oziroma se kaže kot standard presoje – pove, kako je treba presojati (ne)odgovornost članov organov vodenja in nadzora delniških družb za svoje (ne)delovanje. Drugo in tretjo temeljno razliko lahko najdemo v »vsebini« pravila. Pri ameriški obliki pravila poslovne odločitve je mogoče jasno ločevati med procesnim in vsebinskim delom presoje (pri čemer gre pri prvem za presojanje postopka, na podlagi katerega so člani organov vodenja in nadzora prišli do informacij, za katere so razumno menili, da zadostujejo za sprejem poslovne odločitve, pri drugem pa za – domala neobstoječo – presojo racionalnosti ali razumnosti odločitve same), v nemškem okolju pa je tako razlikovanje neizvedljivo. Nemško pravilo že zaradi svoje narave (ne gre torej za domnevo »ne-odgovornosti«, temveč standard odgovornosti oziroma presoje) ne omogoča take delitve, dodatno pa se zaplete zaradi dikcije, ki nam ne omogoča povsem jasnega vpogleda v to, ali je zakonodajalec želel s kriterijem *vernünftigkeit* meriti postopek sprejema odločitve ali tudi odločitev. Končno pa težave pri primerjavi povzroča tudi izbira izraza *vernünftig*, ki ga na primer Roth pojmovno umešča med ameriška pojma *reasonable* in *rational*.⁴¹

5. SKLEPNO O UMESTITVI KONCEPTA V SLOVENSKO KORPORACIJSKO OKOLJE

Kljub razmeroma ostrim besedam v začetku tega prispevka sam nisem vnaprejšnji nasprotnik uvedbe pravila poslovne odločitve v slovensko korporacijsko zakonodajo. Načelno se strinjam s tezo, da je treba odpraviti ali spremeniti pravila, ki hromijo delovanje upravljavskih struktur v gospodarskih družbah, ki dosegajo njihovo samocenzuro v smislu odklanjanja sprejemanja tveganih odločitev. Gotovo sem tudi zagovornik čim bolj samostojnega delovanja upravljavskih struktur v korporacijah in se absolutno strinjam s stališči, da sodišča niso primeren kraj za *ex post* (ali kakorkoli drugače) presojanje poslovnih odločitev. Sodniki in sodnice za tako delovanje nimajo primernih znanj, predvsem pa gre za historične dogodke, ki so neponovljivi, s potekom časa pa

⁴⁰ M. Roth, nav. delo str. 349.

⁴¹ Prav tam.

postanejo tudi najbolj skrite napake vidne vsem. Težava, ki jo je bilo mogoče zaznati v zvezi s predlogom spremembe 263. člena ZGD-1 z zadnjo novelo, je prej postopkovna kot pa doktrinarna, prej izvedbena kot pa vsebinska. Kot sem jasno poudaril v uvodnih delih članka, se je ob branju predloga spremembe in priložene obrazložitve zdelo, kot da je koncept pravila poslovne odločitve absolutno preprosta enačba, jasen standard presoje, ki bo omogočal cilj, ki si ga je predlagatelj postavil in zapisal. Videti je bilo, kot da je koncept enak po vseh jurisdikcijah, ki jih predlagatelj omenja, da ne poznamo razlik med razumnim, racionalnim, med postopkovno in vsebinsko presojo itd., dejanskost pa je večinoma drugačna. Ker menim, da bo uzakonitev pravila poslovne presoje skoraj gotovo predmet naslednje novele ZGD-1, bi bilo primerno, ko bi se dikcijo predloga spremembe dopolnilo tudi na način, da bo povsem jasno, da je treba presojati razumnost delovanja v postopku sprejemanja odločitve (torej pri seznanjanju z informacijami, ki jih manager potrebuje za sprejem poslovne odločitve) in – vsaj po mojem mnenju – racionalnost glede odločitve. Sicer se lahko pripeti, da bodo sodišča o (ne)skrbnosti članov organov vodenja in nadzora odločala zgolj na podlagi ocene razumnosti poslovne odločitve, ne da bi presojala predvsem, ali je bila sprejeta na dovolj kakovostni, razumno ocenjeni količini kakovostnih informacij. Ob tako korenitem posegu v sicer izdelan zakonski režim odgovornosti članov organov vodenja in nadzora pričakujem tudi zelo poglobljeno analizo potencialnih posledic, ki jih bodo spremembe prinesle, čeprav nisem pristaš SWOT analiz v zakonodajnih postopkih. Ne gre namreč prezreti, da standard ravnanja članov organov vodenja in nadzora z uvedbo pravila poslovne presoje (tudi v primeru »pravilnega« uzakonjenja) deloma postaja blažji.⁴² Upoštevati je treba tudi opozorila iz primerjalnih jurisdikcij, da lahko neposredno in predvsem nepremišljeno prenašanje koncepta *business judgment rule* izrazito negativno vpliva na korporacijska okolja, za katera so značilne koncentrirane lastniške strukture, neobstoječa ali redka sodna praksa na področju odgovornosti za neskrbno ravnanje članov organov vodenja in nadzora in posledično razmeroma nizka raven generalne preprečitve določil o odškodninski odgovornosti.⁴³ Kaj to pomeni za slovensko okolje, ki je med drugim izrazito značilno po zelo nizki stopnji korporacijske kulture, je sicer razmeroma preprosto napovedati, a je treba izdelati pravilne kriterije analize ter implementirati pridobljene rezultate in se šele potem lotiti tako resne reforme prava družb.

⁴² Kot izhodišče bi lahko uporabili na primer študijo London School of Economics, Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission DG Internal Market.

⁴³ A. Gurrea-Martinez, nav. delo, str. 18 in 22.

Literatura

William T. Allen, Jack B. Jacobs, Leo E. Strine, Jr.: Realigning The Standard of Review of Director Due Care With Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom And Its Progeny As a Standard of Review Problem, v: Northwestern University Law Review, št. 96/2002.

Stephen Bainbridge: Business Judgment Rule as Abstention Doctrine. UCLA, School of Law, Law and Economics Research Paper No. 03-18, 2003.

Stephen Bainbridge: The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine, v: Vanderbilt Law Review, št. 57/2004.

Mile Dolenc: Odgovornost uprave gospodarske družbe za škodo, povzročeno družbi, v: Pravni letopis Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2010.

Melvin Eisenberg: The Divergence of Standards of Conduct And Standards of Review In Corporate Law, v: Fordham Law Review, št. 62/1993.

Melvin A. Eisenberg: Whether The Business-Judgment Rule Should Be Codified, <www.clrc.ca.gov/pub/BKST/BKST-EisenbergBJR.pdf> (15. 4. 2016).

Carsten Gerner-Beuerle, Philipp Paech, Edmund Philipp Schuster: Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission DG Internal Market; <https://www.google.si/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiRwZmfmlMAhWGOhoKHZfABLYQFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Finternal_marke%2Fcompany%2Fdocs%2Fboard%2F2013-study-analysis_en.pdf&usq=jCNEEnXSVNu1TdVCHy0iQtltab9OcCg&sig2=AqvFFw79YMkNmYbtCatmNm> (15. 4. 2016).

Clemens Grosmayer: Was bringt die neue Business Judgement Rule?, <<http://blog.cms-rrh.com/post/2016/01/13/was-bringt-die-neue-business-judgement-rule/?L=1&cHash=3a6d6d3e035b4b89ed498400d5547671>> (15. 4. 2016).

Aurelio Gurrea-Martinez: The Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for Its Implementation in Non-US Jurisdictions. Ibero-American Institute for Law and Finance Working Paper, Stanford 2016.

Hana Horak, Kosjenka Dumančić: Pravilo poslovne prosudbe u Hrvatskom i pravu SAD, v: Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 29 (2008) 2, str. 975–1008.

Lyman Johnson: Unsettledness In Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose, v: Delaware Journal of Corporate Law, št. 38/2013.

Lori McMillan: The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine, v: William & Mary Business Law Review, št. 4/2013.

Peter Podgorelec: Odškodninska odgovornost članov posloводства – analiza nekaterih sodb Vrhovnega sodišča RS, v: Podjetje in delo, št. 5/2013.

Peter Podgorelec: Odgovornost direktorjev in nadzornikov v Evropski uniji, v: Podjetje in delo, št. 5/2014.

Klemen Podobnik: Pomen neodvisnih direktorjev v upravnih odborih delniških družb, Zaključno poročilo o rezultatih opravljenega raziskovalnega dela na projektu v okviru CRP »Konkurenčnost Slovenije 2006–2013«. Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, Ljubljana 2009.

René Reich-Graefe: Deconstructing Corporate Governance: Absolute Director Primacy, v: Brooklyn Journal of Corporate, Financial And Commercial Law, št. 5/2011.

Larry Ribstein, Kelli Alces: The Business Judgement Rule In Good And Bad Times, <<http://www.law.umaryland.edu/faculty/conferences/twilight/ribstein%20&%20alces.pdf>> (15. 4. 2016).

David Rosenberg: Galactic Stupidity and the Business Judgment Rule, v: Journal of Corporation Law, št. 32/2007.

Markus Roth: Outside Director Liability: German Stock Corporation Law in Transatlantic Perspective, v: Journal of Corporate Legal Studies, št. 8/2008.

Bernard S. Sharfman: Being Informed Does Matter: Fine Tuning Gross Negligence Twenty Plus Years After Van Gorkom, v: The Business Lawyer, št. 62/2006.

Bernard S. Sharfman: The enduring legacy of Smith v. van Gorkom, v: Delaware Journal of Corporate Law, št. 33/2008.

Karsten Schmidt, Marcus Lutter: Aktiengesetz Kommentar. Verlag dr. Otto Schmidt, Köln 2008.

Gerald Spindler: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. izdaja. C. H. Beck, München 2008.

IZBRANI MEDNARODNOPRAVNI VIDIKI DRŽAVNE SUVERENOSTI

Miha Pogačnik

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
izredni profesor mednarodnega in evropskega prava na
Evropski pravni fakulteti v Novi Gorici*

1. UVOD

Suverenost v mednarodnem pravu zavzema posebno mesto, saj je mednarodno pravo zgodovinsko nastalo kot sistem pravnih pravil, ki urejajo odnose med suverenimi državami.¹ Od tod tudi prvotno poimenovanje: meddržavno pravo.² Tako lahko najdemo poglavje o različnih vidikih suverenosti države in povezana teoretska razmišljanja tako rekoč v vsakem sistemskem učbeniku mednarodnega prava, ne glede na celino in vrsto pravne šole, pri čemer vse skupaj razvojno logično izhaja iz pravne utemeljitve koncepta države, ki jo je razvila obča teorija prava.³ Vendar namen tega prispevka ni usmerjen v teoretične razprave, temveč v znanstveno in strokovno analizo ter oceno praktičnih vidikov (izvajanja) državne suverenosti, z nekaterimi ponazoritvami iz mednarodnopravno relevantne prakse, v katerih je bila udeležena Republika Slovenija od svojega mednarodnopravnega nastanka dalje.

2. KONCEPT SUVERENOSTI V MEDNARODNEM PRAVU

Suverenost v mednarodnem pravu se od klasikov doktrine mednarodnega prava dalje šteje kot nerazdružljiva povezava vrhovnosti in izključnosti oblasti

¹ V zgodnjem obdobju nastajanja mednarodnopravnih pravil so ta urejala odnose med suverenimi vladarji.

² Pozneje so se državam kot subjektom mednarodnega prava pridružile mednarodne organizacije kot neteritorialni pojav, ki ga v tem prispevku ne obravnavam.

³ V slovenskem prostoru sistemsko od dela dr. Leonida Pitamica *Država* dalje.

nad določenim ozemljem in opredeljivim prebivalstvom. Sporočilo suverena, ki je bil nekoč suvereni vladar (cesar, kralj, sultan itd.), je, da nad njim ni nobene višje zemeljske avtoritete: ali kot je do današnjih časov v kraljevi grb Združenega kraljestva in nekaterih odvisnih ozemelj, ki so pozneje postala samostojna, odtisnil francosko (akvitantsko) govoreči vladar Rihard I. Angleški (znan tudi kot Rihard Levjesrčni): *Dieu et mon droit*.⁴

Suverenost, kot je zapisal arbiter Max Huber, pomeni neodvisno (in zato – op. M. P. – zemeljsko vrhovno) državno oblast nad zadevnim koščkom zemlje, ob izključitvi vsake druge (podobne, enakovredne – op. M. P.) oblasti.⁵ Okoli te točke se razvijajo vse teorije suverenosti države v mednarodnem pravu. Od tod izvira koncept teritorialne in personalne suverenosti države. Od tod tudi izvira utemeljitev koncepta državnega ozemlja in prebivalstva (državljanstva), ki sta *conditio sine qua non* za državo kot subjekt mednarodnega prava.⁶ Država je in mora biti kot pastir, suverena, torej vrhovna in izključna, nad svojim pašnikom (tj. državnim ozemljem) in nad svojimi ovci (tj. državljani) ter hkrati oba segmenta skrbno, če ne kar ljubosumno, varuje pred drugo državo (ki ima prav tako svoje ozemlje in svoje državljane). Ozemlje in prebivalstvo sta namreč nujni pogoj za vzpostavitev teritorialne in personalne suverenosti. Brez kateregakoli od obeh elementov – brez ozemlja in državljanov (beri na primer davkoplačevalcev) – države po mednarodnem pravu ne bo. Od tod načelo suverene enakosti držav, načelo ozemeljske celovitosti, načelo nedotakljivosti mednarodnih meja, načelo nevmešavanja v notranje zadeve države in povezane vsebine, ki jih sporočajo temeljni dokumenti mednarodne skupnosti.⁷

S temi izhodišči državne suverenosti so še danes enako trdno povezana vsa vprašanja progresivnega razvoja in kodifikacije mednarodnega prava, ki so izhodiščno utemeljena na konsenzualnem in decentraliziranem modelu mednarodnega prava: brez volje držav ni premika.⁸ Mednarodno pravo se ustvarja z voljo držav po samoomejevanju suverenosti: s sklepanjem mednarodnih po-

⁴ Uveljavljam svojo pravico do vladanja oziroma prestola (beri: do suverenosti) v skladu z božjo voljo; nad menoj je le Bog.: *Rex Angliae Dei gratia*.

⁵ *Island of Palmas (United States v. The Netherlands)*, PCIJ 1928: »Sovereignty in the relation between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State.« PCIJ, Award of the Tribunal, Haag, 4. april 1928. Arbitražni sporazum je bil registriran v LNTS, vol. 33, str. 446, maj 1925.

⁶ Podrobneje o pogojih za vzpostavitev državnosti glej J. Crawford, nav. delo, str. 127 in naslednje. Glej na primer tudi P. Malanczuk, nav. delo, str. 75–82.

⁷ Glej 2. člen Ustanovne listine OZN, dekalog načel Helsinške sklepne listine KVSE (zdaj: OVSE) in Deklaracijo sedmih načel.

⁸ *The Case of the S.S. »Lotus«*, PCIJ, Series A, No. 10, Judgment, 7. september 1927.

godb in s prakso držav; ali kot je izreklo Stalno meddržavno sodišče v Haagu (angl. *Permanent Court of Justice*) v zadevi *S. S. Lotus*:

»*International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law... Restrictions upon the independence of State cannot therefore be presumed.*«⁹

To spoznanje v mednarodnem pravu, kot se zdi, bo veljalo za skoraj vse čase; do morebitne korenite spremembe mednarodne skupnosti. Mednarodna skupnost, drugače kot ljudje, ki smo se na določeni stopnji družbenega razvoja organizirali v *polise* državnih skupnosti, namreč še ni doživela svoje »družbene pogodbe«. Suverene države namreč niso privolile v vseobsežni in brezpogojni ter nepovratni prenos suverenosti na višjo avtoriteto v zameno za svojo in siceršnjo pravno varnost ter predvidljivost.

Posamezniki smo nekoč, ko nam je bilo dovolj plemenske skupnosti, privolili, da se bomo v zameno za svojo (pravno) varnost z vložkom oziroma za ceno zajetnega dela svobodne volje podredili instituciji, ki jo imenujemo država.¹⁰ Nad suvereno državo pa pravno ni nikogar; suverena država sama ustvarja mednarodno pravo, prostovoljno, skupaj z drugo (ali drugimi državami), tako da sklepa mednarodne pogodbe in da sodeluje v vzorcu oblikovanja splošno veljavnih občin pravil običajnega mednarodnega prava (angl. *customary norms of general international law*).¹¹ Suverena država je, drugače kot posameznik, neposredna soavtorica mednarodnega prava, njegova izvajalka, razlagalka, pogosto kršiteljica ter na koncu tudi izvršiteljica sankcije – in v tem sta čar ter romantika mednarodnega prava. Suverena država se rodi *suverena* in taka ostane, ker je država oziroma dokler je država. Ker sta ozemlje in prebivalstvo – vsaj kar najbolj predvidljiva –, država umre, ko ni več suverena.¹² Koncept suverenosti tako v prihodnosti, ki jo še lahko predvidimo, ostaja temeljno orodje mednarodnega prava.¹³ V nadaljevanju analiziram nekaj primerov, v katerih se je Republika Slovenija na različne načine srečala s konceptom suverenosti v mednarodnem pravu.

⁹ Prav tam, str. 18.

¹⁰ Posameznik danes ne more ne zanikati ne ignorirati sistema države in mu je v taki ali drugačni obliki podrejen pravzaprav v vseh segmentih življenja na vsej površini planeta Zemlja.

¹¹ Avtor na tem mestu v sistematiki virov mednarodnega prava, kot jih povzema 38. člen Statuta Meddržavnega sodišča v Haagu, ne posega v problematiko t. i. »splošnih pravnih načel, ki jih pripoznavajo civilizirani narodi.« O tem glej J. Crawford, nav. delo, str. 34–37.

¹² Pravi praktikum v zvezi s temi vprašanjem so posvetovalna mnenja Badinterjeve arbitražne komisije v zvezi z razpadom nekdanje SFRJ; besedilo je objavljeno v *International Legal Materials*, ASIL 1992. Glej tudi A. Pellet, str. 178–185.

¹³ J. Crawford, nav. delo, str. 13.

3. IZBRANI PRAKTIČNI MEDNARODNOPRAVNI VIDIKI IZVAJANJA DRŽAVNE SUVERENOSTI V REPUBLIKI SLOVENIJI

3.1. Uvodno o vzpostavitvi suverenosti

Slovenija se je kot samostojna in neodvisna država ustavnopravno gledano »osamosvojila«¹⁴ 25. junija 1991. Mednarodnopravno gledano je bila vzpostavitev suverene državnosti bolj zapletena, saj mednarodno pravo pri oceni omejenih pogojev za državnost (ozemlje, prebivalstvo in suverena oblast) vprašanju suverenosti namenja posebno dejansko pozornost, pri čemer – seveda ob predpostavki, da je pravni temelj suverenosti legalen¹⁵ (*ex iniuria ius non oritur*) – prevladuje premisa *ex factis ius oritur*. Danes so ta vprašanja – vsaj glede naše osamosvojitve – po mednarodnem priznanju¹⁶ ter vstopu v Združene narode, strokovno gledano pa še zlasti po ugotovitvi sekretariata Združenih narodov, da Republika Slovenija nasledi svoje pogodbene obveznosti s 25. junijem 1991, pretežno akademska.

Toda koncept mednarodnopravne suverenosti v povezavi z vzpostavitvijo državnosti ostaja še kako pomemben za razumevanje nekaterih »odprtih vprašanj« oziroma mednarodnopravno strokovno natančneje rečeno mednarodnih sporov,¹⁷ v katerih je udeležena Republika Slovenija, ter več drugih mednarod-

¹⁴ Pojem »osamosvojitve«, ki sem ga uporabil namenoma, ni mednarodnopravni izraz, temveč splošni politični pojem. Mednarodno pravo v zvezi z omenjenimi dogodki na področju nekdanje SFRJ ponuja pojma razpad (angl. *dissolution*) in odcepitev (angl. *separation*). Pravila dunajskih konvencij o vprašanih nasledstva so glede tega različna; spor o tem, kaj se je pravzaprav zgodilo, je med naslednicami trajal deset let, do sklenitve Dunajskega sporazuma o vprašanih nasledstva na podlagi mediacije svetovno znanega mednarodnega pravника Sir Arthurja Watta leta 2001. Avtor prispevka sem v zvezi z implementacijo tega sporazuma več let deloval kot visoki predstavnik Republike Slovenije za vprašanja nasledstva.

¹⁵ V primeru Republike Slovenije prvenstveno pravica naroda do samoodločbe v povezavi z upoštevanjem načela nedotakljivosti mednarodnih meja.

¹⁶ Ker mednarodno pravo šteje nastanek države kot dejstvo, kot seštevek kumulativno izpolnjenih pogojev ozemlja, prebivalstva in suverene oblasti. Priznanje države zato v mednarodnem pravu učinkuje le deklarativno (ugotovitveno) in za nazaj (*ex tunc*), od trenutka dejanskega nastanka države. Tu se odpira še več mednarodnopravno relevantnih vprašanj, kot so prežgodnje priznanje, poseganje v notranje zadeve države in podobno.

¹⁷ Opredelitve pojma spor (angl. *dispute*) v mednarodnem pravu kažejo, da je nastanek in obstoj spora dejansko vprašanje. Merrills opredeljuje mednarodni spor kot »nesoglasje glede dejstev, prava ali politike, v katerem zahtevke ali trditve ene strani naleti na zavrnitev, nasprotni zahtevke ali prerekanje z nasprotne strani« (J. G. Merrills, nav. delo, str. 7). Podobno je Stalno meddržavno sodišče v Haagu v obdobju Društva narodov spor opredelilo kot »nesoglasje glede pravnega ali dejanskega vprašanja oziroma nasprotovanje pravnih stališč in interesov med strankama« (*Mavrommatis*, PCIJ, Ser. A, No. 2, str. 11).

nopravno relevantnih primerov v zunanjepolitični praksi samostojne in neodvisne Republike Slovenije. Ker jih je bilo veliko, bom poudaril le nekatere.

3.2. Preleti letal zveze NATO proti ZRJ skozi slovenski zračni prostor

V času napadov vojaških sil Severnoatlantskega zavezništva (NATO) na izbrane cilje v Zvezni republiki Jugoslaviji (ZRJ) v času, ko so zahodne sile želele spametovati režim tedanjega predsednika Slobodana Miloševića, se je kot ena od vročih tem državne suverenosti postavilo vprašanje pravnih podlag za prelet oboroženih letal zavezništva skozi zračni prostor Republike Slovenije. Prišlo je do zanimive globoko mednarodnopravne in ustavnopravne razprave med Službo Vlade RS za zakonodajo kot skrbnikom sistemske skladnosti aktov vlade s pravnim redom Republike Slovenije in funkcionarji Ministrstva za zunanje zadeve. Prvi so (smo)¹⁸ poudarjali, da je Republika Slovenija samostojna in suverena država, da je njen suveren v pogojih parlamentarne demokracije po 3. členu Ustave ljudstvo¹⁹ ter da lahko torej odločitev o preletu oboroženih formacij skozi suvereni zračni prostor v tem primeru odobri le predstavnik ljudstva – Državni zbor Republike Slovenije. Suverena država po mednarodnem pravu suvereno, torej vrhovno in izključno, nadzira tudi zračni prostor, ki je po mednarodnem pravu po definiciji del suverena državnega ozemlja: za vsakršno prisotnost tujih oboroženih formacij se zato zahteva jasno in brezpogojno soglasje ozemeljske države. Morda je odveč, a naj vendarle omenim: v tem času nismo bili člani zveze NATO, tako da glede reševanja tega problema ni bilo mogoče najti pravne podlage v mednarodni pogodbi na temelju 8. in 153. člena Ustave.²⁰ Seveda je treba ustrezno razumeti mednarodnopravno razsežnost primera; med drugim, zveze NATO pravni red Republike Slovenije ne zanima, saj na mednarodnopravni ravni zahteve notranjega prava nastopajo zgolj kot dejstva. Država je tista, ki mora poskrbeti za skladnost svojih zavez, obljub in pričakovanj do drugih subjektov mednarodnega prava z la-

¹⁸ Avtor besedila sem bil v tem času zunanji mednarodnopravni svetovalec Službe Vlade RS za zakonodajo.

¹⁹ Ustava Republike Slovenije, drugi odstavek 3. člena: »V Sloveniji ima oblast ljudstvo. Državljanke in državljani jo izvršujejo neposredno in z volitvami, po načelu delitve oblasti na zakonodajno, izvršilno in sodno.«

²⁰ Ustava RS, 8. člen: »Zakoni in drugi predpisi morajo biti v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo. Ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe se uporabljajo neposredno.« Ustava RS, drugi odstavek 153. člena: »Zakoni morajo biti v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z veljavnimi mednarodnimi pogodbami, ki jih je ratificiral državni zbor, podzakonski predpisi in drugi splošni akti pa tudi z drugimi ratificiranimi mednarodnimi pogodbami.«

stnim pravnim sistemom. Gre za obče veljavno načelo mednarodnega prava,²¹ ki je med drugim dobilo svoj izraz tudi v kodificiranem pravu mednarodnih pogodb, in sicer v obeh dunajskih konvencijah o pravu mednarodnih pogodb (angl. *law of treaties*).²² Ob napovedi, da lovci zveze NATO v letalski bazi v Avianu že ogrevajo motorje, in upoštevajoč dolgotrajni postopek po pravilih predstavnika suverena, je bilo treba nujno sprejeti hitro odločitev. Ob tem smo v krogu kolegov hudomušno ugotovili: če zveza NATO Republike Slovenije o svoji nameri ne bi uradno obvestila in zaprosila za dovoljenje za prelet suverenega zračnega prostora Republike Slovenije, do omenjene pravne težave, s katero smo se ukvarjali, najverjetneje sploh ne bi prišlo, saj zračna kontrola suverene države Republike Slovenije »nevidnih« lovcev zveze NATO verjetno tako ali tako ne bi zaznala in se tako suverena in neodvisna država ne bi mogla počutiti ogrožena v svoji suverenosti oziroma legitimirana za diplomatski protest in druge ukrepe po mednarodnem pravu. Seveda je tako hudomušno razmišljanje, kot bomo videli v nadaljevanju tega prispevka (točka 3.4.), omejeno z obveznostjo države, da izvaja učinkovito oblast in nadzor na svojim državnim ozemljem in v slednjega spada tudi zračni prostor.

3.3. Jamstvo za devizne hranilne vloge Ljubljanske banke, glavne podružnice Zagreb

Dotaknimo se nadalje spora med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško ter hrvaškimi varčevalci v zvezi z domnevno odgovornostjo Republike Slovenije za prevzem jamstva nekdanje SFRJ za devizne hranilne vloge, ki so jih varčevalci deponirali pri Ljubljanski banki, glavni podružnici Zagreb. Seveda bi bilo najlepše, če bi se spor rešil po civilnopravni poti (hrvaške gospodarske družbe, ki jih je kreditirala banka, torej povrnejo kredite banki, ta pa izplača varčevalce, katerih vložek sploh ni sporen, spora ni več, banki ostane še nekaj sredstev), saj se mednarodnopravna komponenta jamstva suverene oblasti sproži šele v trenutku, ko civilnopravna rešitev ni možna. Vendar pa se v aktualni fazi spora, ki je na temelju tožb varčevalcev prišel pred Evropsko sodišče za človekove pravice, žal poudarja predvsem vprašanje odgovornosti ene države, Republike Slovenije, pri čemer se je njen položaj v zadnjih letih dramatično poslabšal. Glede tega je treba poudariti, da je suverenost teritorialni pojem, fiskalna suverenost pa se glede poslovanja bank v posamezni državi prav tako navezuje na finančno in monetarno suverenost države,²³ pod nad-

²¹ Glej konkretneje M. Pogačnik, nav. delo (1996), str. 361–373.

²² Glej na primer 27. člen konvencije iz leta 1969: »*A party may not invoke the provisions of internal law as justification for its failure to perform a treaty ...*« Vienna Convention on the Law of Treaties, UN Treaty Series, Vol. 1155, str. 339.

²³ Podrobneje M. Pogačnik, nav. delo (2003), str. 40–41. Glej tudi L. Slak, nav. delo, str. 92–127.

zorom izvršnih oblasti in centralne banke. Ključno mednarodnopravno relevantno vprašanje v zvezi z reševanjem problematike varčevalcev Ljubljanske banke, glavne podružnice Zagreb, ob vseh drugih predvsem finančno pa tudi notranjepravno zapletenih in celo političnih vprašanjih, ki izvirajo iz ozemlja Republike Hrvaške, je, kdo je bil na drugi strani jugovzhodne državne meje Republike Slovenije suveren 25. junija 1991 in zato odgovarja za jamstvo za devizne hranilne vloge, deponirane na tem ozemlju. Republika Hrvaška ali tedanja SFRJ? Stvar razprave, Republika Slovenija zagotovo ne.²⁴ V primeru morebitne meddržavne arbitraže ali predložitve spora Meddržavnemu sodišču v Haagu – oba izhajata iz koncepta državne suverenosti in povezane mednarodne odgovornosti države – menim, da bi imela Republika Slovenija z uveljavljanjem pravil mednarodnega prava v zvezi z državno suverenostjo sijajne možnosti. Žal je zadeva končala pred Evropskim sodiščem za človekove pravice v Strasbourgu, ki je glede na svoje temeljno poslanstvo zagledano predvsem v pravico posameznika, manj pozornosti pa namenja vprašanju, katera suverena država je odgovorna za domnevno kršitev. Tragedija²⁵ je bila za Republiko Slovenijo, upoštevajoč nauk iz zadeve *Barcelona Traction*,²⁶ še toliko večja, saj namreč nihče, med drugimi ne banka in ne Republika Slovenija, ni prerekal premoženjske pravice varčevalcev kot take, torej da dobijo deponirane vloge z vsemi predpisanimi obrestmi nazaj, tako da pravica varčevalcev kot taka sploh ni bila okrnjena.

3.4. Izvajanje suverenosti, državno ozemlje in državna meja

Državno ozemlje je, kot sem uvodoma poudaril, eden od nujnih pogojev za vzpostavitev in obstoj suverene države. Suverena država zato svoje ozemlje nadzoruje v vseh vidikih izvajanja državne oblasti oziroma se to od nje v mednarodnem pravu in mednarodnih odnosih pričakuje. Glede na to je država, kot nas je med drugim podučilo Meddržavno sodišče v Haagu v primeru spora med Združenim kraljestvom in Albanijo v zvezi z incidentom v Krfskem kanalu²⁷ v sodbi iz leta 1949, tudi – do velike stopnje objektivne vrste odgovorno-

²⁴ Menim, da je lahko Republika Hrvaška mednarodnopravno gledano z vidika pravne argumentacije v precejšnjih težavah, ker je svojo monetarno suverenost notranjepravno zakonodajno vzpostavila šele 8. oktobra 1991, tj. po preteku t. i. Brionskega moratorija. Potemtakem je bila 25. junija 1991 na zadevnem ozemlju monetarno še vedno suverena Jugoslavija; edina država, ki pa je lahko nasledila zadevne obveznosti, vključno z jamstvom za hranilne devizne vloge, deponirane na zadevnem ozemlju, pa je Republika Hrvaška.

²⁵ Čas pisanja prispevka je januar 2015, ko smo še vedno pod vtisom za Republiko Slovenijo zelo neugodne sodbe sodišča iz Strasbourga.

²⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.*, ICJ Reports, 1970, str. 3.

²⁷ *The Corfu Channel Case*, ICJ. Reports 1949, str. 4.

sti²⁸ – mednarodnopravno odgovorna za stanje na svojem ozemlju, vključno s teritorialnim morjem. Od države, ki ima svoje (suvereno) teritorialno morje, med katere spada tudi Republika Slovenija (tukaj ne posegam v utemeljevanje drugih morskih pasov), se pričakuje, da bo svoj državni teritorij na morju suvereno nadzirala in varovala v vseh vidikih izvajanja oblasti in nadzora: policijskega, carinskega, fiskalnega, okoljevarstvenega idr. Ob tem ostaja grenak spomin na prebiranje zapisnikov pomorske policije Republike Slovenije v zvezi z ribolovnimi incidenti, v katerih je bilo med drugim zapisano nekako tako, da je zapisnik narejen na temelju opazovanja z obale (menda sta bila **oba** (*sic!*) policijska čolna na popravilu). Ali pa posnetih prizorov, ko je pomorska policija Republike Slovenije na valovitem morju v gumijastem čolnu dajala navodila veliki zarjaveli hrvaški ribiški ladji, naj se umakne v hrvaške vode. Malo močnejši dotik gume z zarjavelim železjem ali pa neroden gib mornarja z ostrim kosom ribiške opreme in uniformirani predstavniki suverenosti Republike Slovenije bi se utapljali na posnetku, ki bi ga z veseljem odkupila vsaka televizijska hiša in bi obšel svet, v pravnem premisleku glede suverenosti pa bi pozneje kot del dokaznih gradiv močno usmeril tudi strokovnjaka za mednarodno pravo – arbitra. V odsotnosti pogodbenega ali drugega formalnega temelja in če ni jasno ugotovljena kršitev pravne norme, je namreč, kot smo poudarili že v uvodnem delu, v mednarodnem pravu prav zaradi koncepta državne suverenosti močno prisotna maksima *ex factis ius oritur*.

Izvajanje suverene oblasti nad določenim ozemljem je predvsem vprašanje dejstev. Katera država je bila (bolj) suverena nad območjem zaselkov ob reki Dragonji na presečni datum (angl. *critical date*) ob osamosvojitvi,²⁹ se presoja po tem, kdo je takrat izvrševal različne vidike državne oblasti in različnih storitev: katera policija je nadzorovala zaselke, kateri gasilci so prišli gasit, kateri poštar je prinašal pošto, na katero elektro-distribucijsko omrežje in na kateri vodovod so bile priključene hiše, kam so se plačevali davki in prispevki, kje so zdravstveno in socialno zavarovani prebivalci itd. Če spustimo zgodovinske dokumente in morda katerega pravnega, ki se bo še našel, ima spor glede zaselkov v sebi v osnovi pravzaprav zelo malo če ne skoraj nič izvirno mednarodnopravne in nasploh pravne vsebine. Metode razmejitve v naravi (angl. *boundary delimitation*)³⁰ namreč nujno temeljijo večinoma na izkazu dejanskega

²⁸ Pri tem opozarjam, da je kvalifikacija »objektivno« uporabljena kot groba vzporednica z notranjim pravom. Odgovornost države (angl. *state responsibility*) je v mednarodnem pravu posebno koncipirano strokovno področje in zato ni mogoče postavljati natančnih primerjav.

²⁹ V mednarodnem pravu se uporablja izraz presečni ali kritični datum kot datum, ki je merodajen za presojo pravnega naslova in dejanskega stanja. O doktrini t. i. intertemporalnega prava glej podrobneje J. H. Currie, nav. delo.

³⁰ Mednarodnopravna teorija in praksa razlikujeta med sporom glede suverenosti (angl. *dispute concerning sovereignty*), mejnim sporom (angl. *frontier dispute* oziroma *boundary*

stanja suverenosti. Drugače je v primeru določanja bočne morske meje med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško, v katerem se, med drugim, postavlja vprašanje razlage in uporabe 15. člena Konvencije Združenih narodov o pomorskem mednarodnem pravu (t. i. Jamajska konvencija oziroma Konvencija iz Montego Baya), vključno z razlago institutov posebnih okoliščin (angl. *special circumstances*) in zgodovinskega naslova (angl. *historic title*). Vendar se tudi tu postavlja vprašanje: kdo je na presečni datum v skladu z načelom intertemporalnega prava suvereno nadziral morski prostor okoli razvpite točke T5, v kateri se razhajata teritorialno morje Italijanske Republike in teritorialno morje nekdanje SFRJ³¹ ter se začenja odprto morje.³² Trditi, da smo »pomorska država«³³ in da imamo izhod na odprto morje, ni dovolj; treba je dokazati, da smo bili kot suverena država z oblastjo tudi tam.³⁴ To je ugotovitev, ki je nekoliko v tolažbo kritikom barterskega posla z Rusko federacijo, katerega rezultat je bil za državno suverenost zelo pomembna pridobitev vojaške ladje »Triglav« (sicer smo jo glede na presečni datum dobili prepozno). Kdor se gre samostojno in neodvisno državo, mora znati izvajati in izkazovati suvereno državno oblast; dejansko in simbolično. To seveda stane.

Pomemben del izvajanja suverene oblasti je tudi ustrezno izvajanje sodne oblasti. Pravosodje Republike Slovenije se je v nekem primeru izreklo celo za nepristojno glede območja zaselkov ob reki Dragonji, hrvaško pravosodno oblast pa so v nekaterih primerih državljani Republike Slovenije, živeči ob meji, sicer nenamerno, zalagali z gradivom za poznejše dokazovanje suverenosti ko

dispute) in razmejitvenim sporom (angl. *delimitation dispute*).

³¹ Točka T5 je od zadnje relevantne točke nespornega dela obale Republike Slovenije oddaljena več kot 12 navtičnih milj, kar je vzpodbudilo vprašanje, ali je pravilo navedene maksimalne širine teritorialnega morja morda pravilo *ius cogens*. To ne drži, saj to pravilo ne izpolnjuje meril identifikacije imperativnih norm občega mednarodnega prava, v konkretnem primeru pa mu manjka tudi narava obveznosti *erga omnes*. Podrobneje o teh merilih glej v M. Pogačnik, nav. delo (1998), str. 281–308.

³² Odprtega morja pravzaprav tam ni več, ker je Republika Hrvaška uzakonila in razglasila, Republika Slovenija pa uzakonila in si pridržala izključno ekonomsko cono.

³³ Pojem pomorska država je politični pojem in ga mednarodno pravo ne pozna. Mednarodno pravo pozna izraze, kot so obalna država (angl. *coastal state*), geografsko prikrajšana država (angl. *geographically disadvantaged state*), država brez morja – celinska država (angl. *land locked state*) in država z epikontinentalnim pasom (angl. *shelf state*).

³⁴ Čeprav se zdi grotesko, je lahko del dokumentiranja izvajanja suverene oblasti nad zadevnim območjem tudi dokumentacija o posredovanju z orožjem, ki se je zgodilo jeseni 1986, ko je bil pod streli pomorske policije na jugoslovanski strani ubit italijanski ribič na ladji Aurora iz Gradeža. Čeprav je tako posredovanje policije obžalovanja vredno in pravno vprašljivo, pa je z vidika mednarodnega prava glede vprašanja bočne delimitacije za Republiko Slovenijo dobrodošlo, da je streljala slovenska policijska patrulja. To je namreč dokaz, da je zadevni del akvatorija nadzorovala slovenska policija in da se je suverenost varovala celo z orožjem.

so povsem razumljivo uveljavljali svoje pravice v zvezi z življenjem ob meji. V spomin se mi je vtisnilo neformalno in povsem naključno srečanje z znanim odvetnikom v eni od istrskih krčem, ko se je ravno vračal z obiska pri občanu, ki so ga pridržale hrvaške oblasti. V prijateljski in kakovostni pravni razpravi v zvezi s tem, kako reševati situacijo na površinah pod lastništvom zadevnega občana, sem mu postavil vprašanje: »Zakaj ne vložite tožbe proti Republiki Sloveniji?«. S tem bi priznali sodno oblast naše države nad zadevnim ozemljem, tako pa se vsakič znova, kljub najboljšim namenom, potrjuje pravosodna oblast Republike Hrvaške.

Suverenost stane. Zato tudi samostojna in neodvisna država stane. Suverenost je neprecenljiva in jo ni mogoče nominalno ovrednotiti, na primer v obliki vprašanja, koliko je vreden kvadratni meter državnega ozemlja. Preveč, gre celo proti neskončnem: na njem, v zraku nad njim in v zemlji pod njim država, ki je trajni pojav, skozi stoletja in celo tisočletja, izvršuje vse veje svoje oblasti (in na njem pobira skoraj neskončno vrsto davkov in prispevkov, ki so nujni za delovanje njenih organov).³⁵ Priprava na mednarodno arbitražo je za državo vselej kompleksen projekt nacionalnega pomena, v katerega vloži vse človeške in druge zmogljivosti, ki jih ima na voljo.

3.5. Državna suverenost in članstvo v Evropski uniji

Koncept državne suverenosti se je v mednarodnopravnem in ustavnopravnem smislu v svoji osnovi in bistvu močno izpostavil v času pristopanja Republike Slovenije k Evropski uniji. Evropska unija je razvojno že v šestdesetih letih prejšnjega stoletja dosegla status naddržavne mednarodne organizacije,³⁶ na katero države članice na pogodbeno določenih področjih prenašajo del izvrševanja svoje suverenosti. V vladni skupini, ki je pripravljala osnutek besedila novega t. i. evropskega člena (današnjega 3.a člena) Ustave, smo močno pazili na to, da bo Republika Slovenija tudi ustavnopravno zapisano s pristopom k Evropski uniji »izgubila« le tisto, kar je res nujno potrebno. Pozorno branje danes veljavnega besedila 3.a člena Ustave Republike Slovenije tako pokaže, da Republika Slovenija na Evropsko unijo s pristopom ni prenesla svoje su-

³⁵ Pogosto se vrne v spomin neko sicer povsem tehnično gradivo za sejo vlade: v njem so bili, verjetno zaradi hitrejšega postopka, ocenjeni stroški v zvezi s pripravi na arbitražno reševanje mejnega in delimitacijskega spora z Republiko Hrvaško kot manjši od praga 30.000 evrov. Državni uradniki takrat verjetno niso razumeli, kaj je meddržavna arbitraža, in še manj to, da lahko za ta znesek država najame vrhunskega tujega mednarodnopravnega strokovnjaka le za nekaj dni, kar je zdaj država menda že spoznala. Sicer pa so zneski, ki jih Republika Slovenija vloga v arbitražni postopek, javno dosegljivi v skladu z Zakonom o dostopu do informacij javnega značaja (ZDIJZ).

³⁶ Sodišče je to potrdilo v sloviti zadevi *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie*, št. 26/62, (1963) ECR I.

verenosti, ampak le morda njen del, pa še tega ne; ne del suverenosti, temveč morda le del suverenih pravic, in še to ne, temveč le golo izvrševanje tega dela suverenih pravic.³⁷

Ob sicer strokovno zelo visoki pravni ravni oblikovanja predlogov sprememb Ustave Republike Slovenije z vidika mednarodnopravnih in ustavnopravnih vprašanj državne suverenosti so se v razpravo nujno prikradli tudi politični elementi, ki s pristopom Republike Slovenije k Evropski uniji niso bili neposredno povezani, še manj pa z mednarodnopravno stroko. Tako se je na nekem ožjem sestanku pri predsedniku vlade oblikovala zamisel: pa dodajmo k Evropski uniji v spremembo zadevnega člena Ustave še zvezo NATO (v tistem času se je namreč še razmišljalo o izrecnem navajanju imen mednarodnih organizacij v Ustavi, pozneje pa je prevladal bolj smiseln abstraktni pristop). Glede tega se je bilo treba odločno strokovno odzvati. Čeprav je bila razumna in razumljiva zunanjepolitična želja, da naša država postane članica Severnoatlantskega zavezništva,³⁸ je bilo treba vladi pojasniti, da je zveza NATO pač mednarodna organizacija, ki ni naddržavna tako kot Evropska unija, temveč v svoji izhodiščni ideji in pravnem modelu deluje kot obrambna zveza, kakršne poznamo že v 19. stoletju³⁹ in da zaradi članstva v zvezi NATO slovenske Ustave res ni treba spreminjati, niti organizacije v njo zapisati.

Pristop naše države k Evropski uniji je zaradi sistemskih razmerij med pravom unije, mednarodnim pravom in notranjim ustavnim redom Republike Slovenije zahteval spremembo Ustave, ki je, kot sem že omenil, obudila razpravo o suverenosti. Slednja pa se je čez nekaj let še enkrat odprla, tokrat po nepotrebnem. V postopku oblikovanja sporazuma med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško o arbitražnem reševanju vprašanja mejnega in delimitacijskega spora se je slednje izrazito neposrečeno preneslo v kontekst pristopnega

³⁷ Pozneje je bila v postopku v okviru strokovne skupine Državnega zbora dodana še dodatna varovalka, ki izvira iz spoznanj ustavnosodne prakse Republike Nemčije v zadevah *Solange I* in *Solange II*.

³⁸ Avtor tega prispevka sem bil v časih pred in ob včlanitvi Republike Slovenije v zvezo NATO predsednik nevladne organizacije Slovenski odbor za NATO, ki je združevala več intelektualcev iz pozicije in opozicije, čeprav žal zlasti iz opozicije, ki so se po svojem najboljšem prepričanju na račun družinskih proračunov trudili prepričati slovensko ljudstvo o pozitivnih varnostnih in razvojno-tehnoloških učinkih članstva v tem zavezništvu. Nasproti jim je stala t. i. mladina, ki je za velikanska sredstva po vsej državi na najelitnejših lokacijah polepila jumbo plakate z motivom »reci ne NATU«. Hvala Bogu in marsikateremu dolgoročno razmišljujočemu posamezniku, da se je tudi ta del tranzicije končal v pravi smeri.

³⁹ Pristop k zvezi NATO ne zahteva prenosa suverenosti, država članica pa ohrani možnost svoje suverene odločitve v konkretnem primeru; v okviru zveze NATO ni naddržavnih institucij in neposredno učinkujočih pravnih aktov, tako da s tega vidika sprememba Ustave Republike Slovenije ni bila potrebna.

procesa Republike Hrvaške k Evropski uniji. Menim, da se je ob menjavi vlade v Republiki Sloveniji takrat tako rekoč čez noč zgodil nerazumljiv zasuk in sta se s tem nepotrebno izgubila ritem in taktičen položaj, vprašanje rešitve tega spora pa se je začelo odkrito in v medijih povezovati s privolitvijo Republike Slovenije za članstvo sosede v bruseljski integraciji. Za nameček je v arbitražnem sporazumu (glej 9. člen sporazuma) naša država, tako menim, še formalno priznala, da medsebojno povezuje stvari, ki v mednarodnem pravu in praksi nimajo smiselne povezave.⁴⁰ Evropska unija je pač kot mednarodna organizacija pojav, ki deluje onkraj teritorialne suverenosti, med njenimi cilji in poslanstvom pa ni reševanja vprašanj mednarodnih meja, saj to prepušča državam in medvladnemu urejanju oziroma klasičnemu mednarodnemu pravu. Tudi države članice integracije so bile leta v sporih glede meja pasov oziroma prostorov izvrševanja svojih suverenih pravic in so jih reševale zunaj Evropske unije (tedaj Skupnosti) in tudi uspešno rešile (primer epikontinentalnega pasu v Severnem morju iz leta 1969⁴¹) ali pa so v sporu glede ozemlja še danes pa tega logično ne mešajo in ne vpletajo v kontekst članstva v Evropski uniji (denimo primer več stoletnega miroljubnega spora med Združenim kraljestvom in Kraljevino Španijo glede pravnega statusa Gibraltarja). V nasprotju z utečenimi razumevanji več desetletij jasnih razmerij med pravom Evropske unije in mednarodnim pravom je neposrečena taktika v primeru Republike Slovenije vodila v posredovanje (mediacijo) Evropske unije, ki je tehtala med interesi celotne integracije po širitvi in interesi obstoječe mlade članice.

Problemатike mednarodnopravnega in ustavnopravnega odnosa do vprašanja teritorialne suverenosti v povezavi z arbitražnim sporazumom pa s tem še ni bilo konec. Ko je vlada menda morala pod pritiski Evropske unije podpisati arbitražni sporazum, je bilo treba najti še ustavnopravno legitimacijo za – tako menim – nespreni zunanjepolitični podvig in njegov rezultat. Zdi se očitno, da je prav zato arbitražni sporazum Pahor-Kosor vlada v skladu z drugim odstavkom 160. člena Ustave Republike Slovenije⁴² takoj predložila Ustavnemu sodišču Republike Slovenije v predhodno presojo skladnosti te mednarodne pogodbe (arbitražnega sporazuma) z ustavo, ki poteka v postopku ratifikacije. Zakaj je vlada podpisala nek mednarodni dokument in nemudoma zatem, kot kaže njeno ravnanje, odkrito podvomila v ustavnost dokumenta, ki ga je podpisala? Menim, da je odgovor preprost; vlada ni dvomila v ustavnost

⁴⁰ V mednarodni politiki se posamezni položaji izrabljajo in nekatera vprašanja pogojujejo, vendar to zrele diplomacije delajo precej bolj prefinjeno od zadevnega primera.

⁴¹ *North Sea Continental Shelf Case*, ICJ Reports 1969, str. 3.

⁴² Ustava Republike Slovenije, drugi odstavek 160. člena: »Na predlog predsednika republike, vlade ali tretjine poslancev državnega zbora izreka ustavno sodišče v postopku ratifikacije mednarodnih pogodb mnenje o njeni skladnosti z ustavo. Državni zbor je veza na mnenje ustavnega sodišča.«

podpisanega. Vlada si namreč ne more privoščiti podpisovanja protiustavnih dokumentov. Vlada, ki ima svoje strokovnjake⁴³ in ki je ravnala natančno po postopku, ki ga predvideva Zakon o zunanjih zadevah (ZZZ-1),⁴⁴ je vedela, da je arbitražni sporazum ustavno dopusten: potrebovala je le še dodaten pečat Ustavnega sodišča Republike Slovenije, verjetno za notranjepolitične name-ne. Ustavno sodišče se temu primeru ni moglo izogniti,⁴⁵ saj je bil precedens ustvarjen že leta 1996, ko je vlada dr. Drnovška poslala v ustavno presojo Evropski sporazum o pridružitvi zaradi domnevne neskladnosti te pogodbe s tedanjo določbo 68. člena Ustave, ki je tujcem omejevala lastninsko pravico nad nepremičninami.⁴⁶ Menim, da je bila takrat v morebitni resnični negotovosti, ali so zadevne določbe sporazuma res v nasprotju z Ustavo,⁴⁷ narejena usodna napaka z vidika prava mednarodnih pogodb (angl. *law of treaties*) in mednarodnopravne verodostojnosti države, ki še danes vsakič znova postavlja resen mednarodnopravni in ustavnopravni premislek, ali naj se iz drugega odstavka 160. člena Ustave vlado črta kot enega od akterjev, ki lahko sprožijo postopek presoje skladnosti mednarodne pogodbe, ki jo je sama podpisala, z Ustavo. Po mednarodnem pravu namreč izvršna veja države (v tem primeru vlada), ki podpiše mednarodno pogodbo, prevzame obveznost prizadevanja,⁴⁸ da bo storila vse, kar je v njeni moči, da bo pogodbo ratificiral vrhovni organ, suveren, v primeru parlamentarne demokracije parlament. Vlada mora stati za svojim podpisom, ki je odraz pristne volje (sicer začasne, na ravni vlade, do ratifikacije v parlamentu) države prevzeti pogodbene zaveze,⁴⁹ in zato mora vlada v parlamentu zagovarjati mednarodno pogodbo, ki jo je podpisala,⁵⁰ ne

⁴³ Beri: Službo Vlade RS za zakonodajo. Avtor sem več let deloval kot zunanji svetovalec v omenjeni službi in menim, da bi ta služba v zvezi s tem vprašanjem glede na visoko stopnjo usposobljenost zelo težko naredila tako strokovno napako.

⁴⁴ Zakon o zunanjih zadevah, Ur. l. RS, št. 113/03 in nasl. ZZZ-1 v poglavju glede mednarodnih pogodb postavlja več procesnih pravil, ki poskušajo od zgodnjih faz sklepanja pogodbe dalje zagotoviti usklajenost mednarodne pogodbe s sistemom notranjega prava. O teh pravilih glej na primer I. Jager Agius: *Priročnik o postopku sklepanja mednarodnih pogodb* ..., v: A. Polak Petrič, I. Jager Agius, A. Zidar, nav. delo, str. 7–20.

⁴⁵ Za mnenje Ustavnega sodišča v zadevi glej Rm 1/09 z dne 18. marca 2010.

⁴⁶ Polno ime pogodbe je Evropski sporazum o pridružitvi med Republiko Slovenijo na eni strani in Evropskimi skupnostmi in njihovimi državami članicami, ki se združujejo v Evropsko unijo, na drugi strani.

⁴⁷ Šlo je za več določb 45. člena sporazuma, pri čemer določba, ki jo je Ustavno sodišče spoznalo za neskladno z ustavo, sploh ni bila neposredno uporabna, tako da do konkretne neskladnosti v praksi sploh ne bi moglo priti. O neposredni uporabnosti mednarodnih pogodb glej M. Pogačnik, nav. delo (2000), str. 858–869.

⁴⁸ Angl. *obligation of conduct*; fr. *obligation de comportement*.

⁴⁹ »Here, the signature demonstrates the expression of a State's genuine, albeit provisional will to be bound (signature subject to ratification)«; v: M. E. Villiger, nav. delo.

⁵⁰ O pomenu podpisa glej A. Aust, nav. delo, str. 87–98.

pa podpisati nekaj, v kar takoj (domnevno) sama podvomi, in pred vsebinsko obravnavo v parlamentu poslati v ustavno sodno presojo.

Na temelju tega je morda lažje razumljivo, da ključna problematika, vsaj glede vprašanja državne suverenosti, v zadevnem primeru ni v vsebini arbitražnega sporazuma, ampak v postopkovnih vprašanjih njegove potrditve. Če je morda arbitražni sporazum za interese Republike Slovenije vsebinsko slabo oblikovan, to še ne pomeni, da je nujno v nasprotju z Ustavo – do morebitnih konkretnih protiustavnih situacij bo lahko prej kot sam sporazum, ki je pretežno procesno orodje, pripeljal njegov rezultat: arbitražna razsodba, ki bo dokončno postavila vsebino. Tudi za to fazo pa je še vedno na voljo t. i. naknadna presoja ustavnosti in zakonitosti v skladu s prvim odstavkom 160. člena, saj arbitražna razsodba ni neposredno uporabna, temveč jo bo treba mednarodnopravno⁵¹ in notranjopravno izvršiti.

Če naj bi bila domnevna protiustavnost v tem, da bi se lahko na temelju sporazuma pozneje z arbitražno razsodbo zmanjšal obseg državnega ozemlja, kot si ga predstavljajo osamosvojitveni in ustavni dokumenti Republike Slovenije, potem je odgovor: še ne vemo, prav lahko pa.⁵² Bistvo meddržavne arbitraže je namreč v tem, da državi pooblastita arbitražni tribunal za odločanje o predloženi zadevi, pri čemer se vnaprej zavežeta, da bosta razsodbo spoštovali in izvršili.⁵³ Ker se pri mejnih in delimitacijskih sporih⁵⁴ ozemeljske trditve strani prekrivajo, se prav lahko zgodi, da rešitev poseže v dotedanje »ustavne predstave« ene ali druge ali pa kar obeh držav o obsegu njune ozemeljske suverenosti. Ker sta državi med drugim pooblastili arbitražo za določitev bočne meje teritorialnih morij (teritorialno morje pa je del državnega ozemlja), sta s tem vnaprej mednarodnopravno pristali na rešitev, ki bo lahko s tega vidika notranjopravno problematična.

Bistvo torej ni v tem, ali se bo morda z arbitražno razsodbo spremenila (povečala, pomanjšala) površina ozemeljske suverenosti države, temveč na kakšni ustavni podlagi je država, v našem primeru Republika Slovenija, k temu vnaprej privolila. Natančneje, gre za vprašanje, s kakšno večino naj predstavnik slovenskega suverena,⁵⁵ tj. Državni zbor, ratificira mednarodne pogodbe, ki

⁵¹ Mednarodnopravno z ustreznimi izvedbenimi sporazumi, ki bodo lahko predmet ustavnosodne presoje po doktrini, ki jo je Ustavno sodišče vzpostavilo v zadevi Rm 1/99 v zvezi s t. i. Izraelskim sporazumom.

⁵² Potemtakem bi morali protiustavnost oceniti že v fazi oblikovanja pobude za sklenitev sporazuma v skladu s pravili ZZZ-1.

⁵³ Podrobneje M. Pogačnik, nav. delo (2000), str. 373–389.

⁵⁴ Ti spori po teoriji iger v mednarodnih odnosih spadajo v kategorijo sporov igre z nično vsoto (angl. *zero sume game*). Del ozemlja, ki pripade eni državi, pač ne pripade drugi.

⁵⁵ Slovenski suveren oziroma, glede na 3. člen ustave, natančneje njegov predstavnik (Državni zbor), je vrhovni organ odločanja, nad njim ni nobene druge zemeljske avtoritete,

zadevajo državno suverenost, v tem primeru obseg ozemeljske suverenosti. Za pristop k Evropski uniji, na katero smo prenesli zgolj del izvrševanja nekaterih suverenih pooblastil (pa še to začasno in preklicno; glej zgoraj) in ne same državne suverenosti, je Ustava v 3.a člen zapisala kot pogoj dvotretjinsko večino. Za ratifikacijo arbitražnega sporazuma, s katerim smo dali *ad hoc* arbitražnemu tribunalu pooblastilo za odločanje, ki se lahko konča tako, da na določenem delu ozemlja Republika Slovenija nikoli več in sploh ne bo suverena v nobenem od elementov svoje državne suverenosti, je bila očitno dovolj zgolj navadna večina,⁵⁶ ki jo določa 86. člen Ustave. Menim, da bi morali tudi v tem primeru uporabiti dvotretjinsko večino, saj lahko mednarodni arbitražni tribunal že v okviru veljavnega besedila Ustave kvalificiramo kot naddržavno mednarodno organizacijo, ki ne izvaja zgolj suverenih pooblastil, temveč odloča o obsegu državne suverenosti same. Morda bi se ob prvi priložnosti to, za kar menim, da je mednarodnopravno nesporno, jasneje zapisalo v Ustavo.

4. SKLEP

Suverenost v mednarodnem pravu in praksi držav ima številne pravno relevantne razsežnosti. V tem prispevku sem jih predstavil le nekaj. Izvirno gre za globoka sistemska pravna vprašanja, dobro obdelana v obči pravni teoriji, ki nenehno zaposluje tudi mednarodne pravnike. Pragmatičnost mednarodnega prava pa potiska ta vprašanja iz teorije v prakso, ki jo na koncu tako ali drugače dojema in občuti v državo organizirana skupnost ter v njej vsak posameznik; tudi tisti, ki s temi rečmi nima nikakršne formalne zveze: običajen državljan, ki pač spremlja zunanjepolitično dejavnost, študent, ki ga zanima to področje, in pravzaprav na koncu vsak davkoplačevalec, ki vse to pokriva. Slednjemu je lahko v tolažbo, da je o stvareh vsaj podrobno seznanjen, saj se pri nas, kot se zdi, mednarodnopravno relevantna vprašanja, s katerimi se v zunanjih zadevah sooča naša država, rešujejo po nekakšnem plemenskem izročilu pogosto kar v kontaktnih televizijskih oddajah. Tako se lahko v Republiki Sloveniji, kot mi je v nekem neformalnem strokovnem pogovoru dejal eden od svetovno najuglednejših mednarodnih pravnikov in nekdanji sodnik Meddržavnega sodišča v Haagu, pohvalimo na primer s tem, da smo, vsaj po njegovem vedenju, verjetno prva država, v kateri je mednarodnopravno zelo zahteven koncept pravičnosti *ex aequo et bono*, kot ga opredeljuje 38. člen Statuta Meddržavnega sodišča,⁵⁷ v zvezi z reševanjem meja državne suverenosti prišel na večerno televizijsko oddajo; in šegavo dodal, da verjetno polovica sodelujočih ni razumela

zato je treba njegov razmislek in njegovo razpravo spremljati s strahospoštovanjem.

⁵⁶ Več o tem v M. Pogačnik, nav. delo (2011), str. 327–342.

⁵⁷ O tem glej P. Malanczuk, nav. delo, str. 55.

vseh mednarodnopravnih razsežnosti problema odločanja *ex aequo et bono*, druga polovica pa tega verjetno ni znala pravilno izgovoriti.

Samostojne in neodvisne države so suverene in kot take uveljavljajo svoje interese v sodobni mednarodni skupnosti. Nekatere države, navadno tiste z dolgo državno zgodovino in vrhunsko diplomacijo, to počno bolj prefinjeno, druge bolj nespretno in okorno, včasih za poznavalce celo zabavno. Za vse diplomacije, zlasti pa za diplomacije šibkejših držav, pa je pomembno, da se pri tem opirajo na ustrezne mednarodnopravne argumente, ki so pretežno utemeljene na načelu suverene enakosti držav, tj. pravne enakosti, ki temelji na obravnavanju pojavnosti državne suverenosti.

Kot izhaja iz teorije koordinacije, ki jo je v mednarodnem pravu pred pol stoletja utemeljil Fitzmaurice, mora suverena država svoje obveznosti nasproti lastnemu ustavnemu redu vseskozi koordinirati s svojimi obveznostmi, ki jih je kot suvereno enaka prevzela na mednarodnopravni ravni v razmerju do drugih suverenih držav; in obratno. V prispevku analizirani in nekateri drugi primeri iz novejših praks Republike Slovenije kažejo na potrebo po nenehni pozornosti in ustrezni pozitivni občutljivosti oblasti do vprašanja suverenosti države v kontekstu razmerja med mednarodnim in notranjim pravom.

Literatura

Anthony Aust: *Modern Treaty Law and Practice*, tretja izdaja. Cambridge University Press, Cambridge 2012.

James Crawford: *Brownlie's Principles of Public International Law*, osma izdaja. Oxford University Press, Oxford 2012.

John H. Currie: *Public International Law*, druga izdaja. Irwin Law, Toronto 2008.

Tomaž Ilešič, Petra Jug, Miha Pogačnik, Miro Prek, Primož Vehar: *Pravni vidiki pridružitvenega procesa: Sklenitev, vsebina in razlaga Evropskega sporazuma o pridružitvi*. Gospodarski vestnik, Ljubljana 2000.

Peter Malanczuk: *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Routledge, London 2002.

John G. Merrills: *International Dispute Settlement*, peta izdaja. Cambridge University Press, Cambridge 2011.

Alain Pellet: *The Opinions of Badinter Arbitration Committee: A Second Breath for the Self-Determination of Peoples*, v: *European Journal of International Law*, (1992) 3(1), str. 178–185.

Miha Pogačnik: *Arbitration, Constitutionality and Sovereignty*; v: *Challenges of Contemporary International Law and International Relations*, v: *Liber Ami-*

corum in Honour of Ernest Petrič. Evropska pravna fakulteta, Nova Gorica 2011, str. 327–342.

Miha Pogačnik: Devizne vloge varčevalcev podružnice LB, v: Pravna praksa, št. 29/2003, str. 40–41.

Miha Pogačnik: Imperativne norme občega mednarodnega prava, v: Zbornik znanstvenih razprav, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, LVIII (1998), str. 281–308.

Miha Pogačnik: Temeljne značilnosti meddržavne arbitraže, v: Zbornik 6. dne-
vov javnega prava, Portorož, 7.–9. junij 2000, str. 373–389.

Miha Pogačnik: Veljavnost mednarodnih pogodb v Republiki Sloveniji, v: Pravniki, št. 6–8/1996, str. 361–373.

Ana Polak Petrič, Irena Jager Agius, Andraž Zidar: Pravo mednarodnih po-
godb : Priročnik, strokovni prispevki in dokumenti, Fakulteta za družbene
vede Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2013.

Leon Slak: Načelo teritorialnosti v nasledstvu finančnih obveznosti držav, dok-
torska disertacija, Evropska pravna fakulteta Nova Gorica, Nova Gorica 2012.

Mark E. Villiger: Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of
Treaties. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2009.

DENARNA KAZEN

Katja Filipčič,

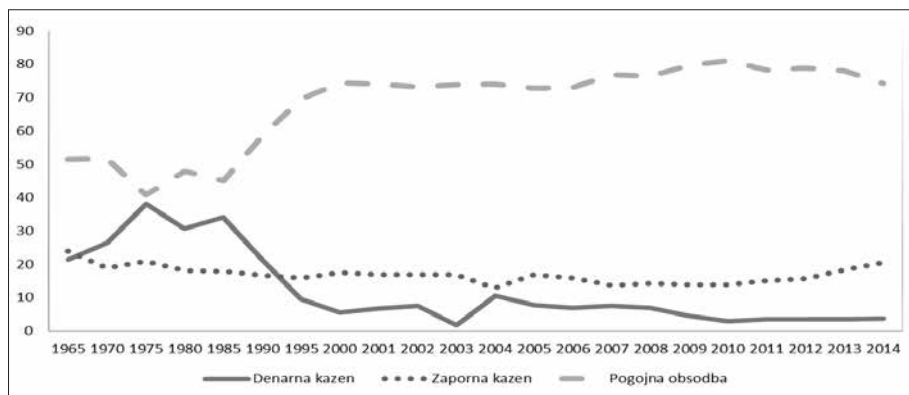
univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, izredna profesorica za kazensko pravo, izredna profesorica za kriminologijo, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani

1. O KAZNOVALNI POLITIKI V SLOVENIJI

Slovenska kaznovalna politika (zakonska in sodna) je deležna številnih ocen v strokovnem tisku in javnih občilih. Ocene so diametralno različne, pogosto odvisne od (ne)poznavanja statističnih podatkov in pogojene z razumevanjem namena kaznovanja, ki ga mora oziroma naj bi ga kazen dosegala v očeh ocenjevalca. Statistični podatki, predstavljeni na grafu 1, kažejo njene temeljne značilnosti v zadnjih petih desetletjih:

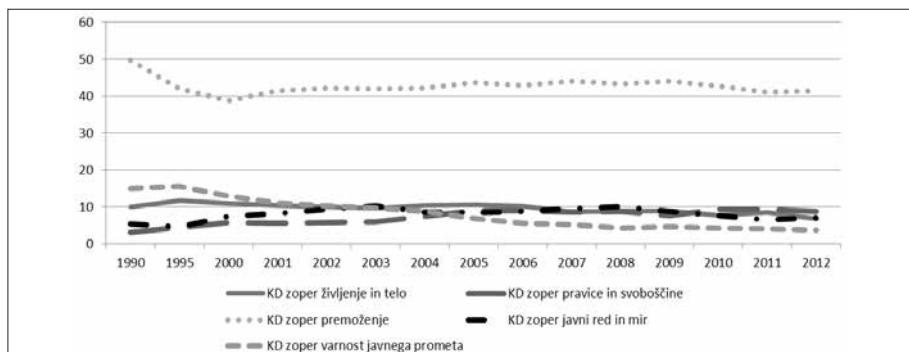
- po letu 1990 je močno narastel delež pogojnih obsodb; od leta 1965 do leta 1990 je znašala pogojna obsodba približno polovico vseh izrečenih sankcij, po letu 1990 pa je njen delež narastel na približno 75 odstotkov;
- delež izrečene zaporne kazni med letoma 1965 in 1990 upada (s 24 odstotkov je upadel na 16,6 odstotka), po letu 1990 predstavlja približno 15 odstotkov. Z letom 2013 se delež začne zviševati in zaporna kazen leta 2014 predstavlja 20,5 odstotka vseh izrečenih sankcij;
- denarna kazen v sedemdesetih in osemdesetih letih prejšnjega stoletja predstavlja okrog tretjine vseh izrečenih sankcij, po letu 1990 pa začne močno upadati in leta 2014 predstavlja le še 3,7 odstotka izrečenih sankcij.¹

¹ <<http://pxweb.stat.si/pxweb/dialog/Saveshow.asp>>.



Graf 1: Polnoletne obsojene osebe po izrečenih kazenskih sankcijah (izražene v deležih), 1965–2014.²

Te spremembe kaznovalne politike so lahko posledica sprememb obsega in strukture kriminalitete. Vendar pa podatki iz grafa 2 kažejo, da se struktura kaznivih dejanj obsojencev po letu 1990 ni bistveno spremenila; še vedno prevladujejo kazniva dejanja zoper premoženje, zmanjšal pa se je delež nasilnih kaznivih dejanj in kaznivih dejanj zoper varnost javnega prometa. Čeprav graf 2 prikazuje deloma nepopolne podatke o strukturi kriminalitete (ne prikazuje na primer sprememb strukture nasilne kriminalitete), je mogoče sklepati, da sodišča v zadnjih desetih letih za podobna kazniva dejanja izrekajo drugačne kazenske sankcije.³



Graf 2: Obsojene polnoletne osebe po skupinah kaznivih dejanj (izražene v deležih), 1990–2012.⁴

² <http://pxweb.stat.si/pxweb/Database/Dem_soc/13_kriminaliteta/90_arhiv/03_13603_obsojene_poln_osebe/03_13603_obsojene_poln_osebe.asp> (16. 1. 2016).

³ K. Filipčič, nav. delo.

⁴ V tabeli niso prikazane vse skupine kaznivih dejanj, ki so jih izvršile obsojene osebe, ampak le tiste, ki so vsa leta najpogostejše zastopane.

Vloga denarne kazni je v kaznovalni politiki večine evropskih držav bistveno drugačna. V Nemčiji in Angliji predstavlja 70 odstotkov vseh izrečenih kazni,⁵ na Nizozemskem in Švedskem od 80 do 90 odstotkov,⁶ podoben je delež izrečenih denarnih kazni na Škotskem.⁷ Z uvedbo alternativnih postopkov, ki predstavljajo obliko odvrčanja od formalnega kazenskega postopka in so primerni za lažja kazniva dejanja, pa delež izrečene denarne kazni v nekaterih državah upada. V Avstriji je bila na primer pred uvedbo alternativnih načinov obravnavanja denarna kazen izrečena 63 odstotkom vseh obsojencev, po njihovi uvedbi pa je padla na 30 odstotkov.⁸ Kljub temu pa denarna kazen v večini evropskih držav še vedno predstavlja velik delež izrečenih kazenskih sankcij.⁹ Pri razumevanju teh podatkov je potrebna previdnost, saj so v nekaterih pravnih sistemih med kazniva dejanja zajeti tudi hujši prekrški zoper varnost cestnega prometa, ki so številni in za katere se praviloma izrekajo denarne kazni. Kljub temu zadržku pa ostaja dejstvo, da je denarna kazen v Evropi bistveno pogostejše izrečena storilcem kaznivih dejanj kot v Sloveniji.

Glede na dobro sprejetost denarne kazni v Evropi je presenetljiv podatek, da je v Sloveniji njen delež v zadnjih petih letih pod 5 odstotkov (graf 1). Razlogi za tako odstopajočo majhno uporabo denarne kazni pri obravnavanju storilcev kaznivih dejanj v Sloveniji so številni, vendar pri nas še ni bila opravljena študija, ki bi raziskala to vprašanje in se tudi opredelila do njegove ocene; je tako stanje ustrezno, bi ga bilo treba spremeniti? V prispevku bodo predstavljene temeljne značilnosti denarne kazni (njene prednosti in slabosti), njena učinkovitost glede na (željene) namene kaznovanja in težave pri njenem izvrševanju. Poznavanje teh vidikov je pomembno pri razmisleku o marginalni vlogi denarne kazni v slovenski kaznovalni politiki.

2. RAZVOJ DENARNE KAZNI

Denarna kazen je stara toliko, kot je staro kaznovanje storilcev prestopniških dejanj. Skupaj s smrtno kaznijo in telesnimi kaznimi spada med najstarejše kazni.¹⁰ V katalog kazni sta jo uvrščala že najstarejša pravna zapisa, Hamurabijev zakonik in Zakonik XII. plošč (ki sta višino denarne kazni opredeljevala

⁵ P. O'Malley, nav. delo, str. 68.

⁶ R. Ruback, M. Bergstrom, nav. delo, str. 259.

⁷ G. McIvor in drugi, nav. delo, str. 6.

⁸ Prav tam, str. 18.

⁹ Pomen denarne kazni je v ZDA drugačen kot v Evropi; v ZDA predstavlja le pet odstotkov izrečenih kazni (P. O'Malley, nav. delo, str. 71). Pogostejše pa se uporablja na sodiščih z omejeno pristojnostjo, kot na primer na sodiščih za prometne prestopke (angl. *traffic courts*) (B. Ruback, M. Bergstrom, nav. delo, str. 259).

¹⁰ H. Furlan, nav. delo, str. 72.

absolutno ali relativno, glede na vrednost povzročene škode). Za srednji vek so bile značilne zelo stroge kazni (pogoste smrtne kazni, telesno kaznovanje) in denarna kazen je imela vlogo milejše kazni; *Constitutio Criminalis Carolina* jo je na primer predpisovala alternativno s smrtno kaznijo in telesnimi kaznimi za mladoletnega tatu.¹¹

Cesare Beccaria ji v svoji znameniti razpravi O zločinih in kaznih iz leta 1764, ki pomeni prelomnico v razvoju kazenskega prava, ni namenil posebne pozornosti, nikakor pa ni mogoče trditi, da jo je spregledal. V prizadevanjih za humanejše kaznovanje je predlagal nadomestitev telesne kazni za storilce tatvin: »Kdor išče, da bi se okoristil s tujim, mora biti osiromašen za svoje.«¹² V denarni kazni je videl ustrezno sankcijo le za lažja kazniva dejanja, saj je poudarjal, da je treba razlikovati nenasilne od nasilnih tatvin in storilce slednjih kaznovati s kombinacijo prisilnega dela in telesnih kazni, saj se sicer »človeško življenje nesmiselno izenačuje s kupom denarja.«¹³ Vlogo kazni za lažja kazniva dejanja je denarna kazen ohranila do konca 18. stoletja.¹⁴

V 19. stoletju se pomen in uporaba denarne kazni nista povečala, saj sta telesne kazni in pogoste smrtne kazni nadomestila zapor in težko delo zapornikov, ne pa denarna kazen. Po mnenju Faraldo Cabane¹⁵ je bila denarna kazen v tem obdobju zapostavljena predvsem zaradi prepričanja, da je z zaporno kaznijo mogoče bolje doseči enakost kaznovanja, ki je v tem obdobju postalo pomembno načelo kazenskega prava. K takemu načinu razmišljanja je pripomogla sprememba v pojmovanju svobode konec 18. stoletja. Svoboda je bila namreč razumljena kot temeljna človekova pravica, ki je v enaki posesti vseh. To pa ni mogoče trditi za premoženje, v katerega poseže denarna kazen, saj je neenako porazdeljeno. Zato denarna kazen ni bila razumljena kot pravična kazen. Skromna uporaba denarne kazni je bila tudi posledica porasta pomena zaporne kazni zaradi naraščajoče kaznovalnosti.¹⁶ Poleg tega je bil razlog za marginalno vlogo denarne kazni še revščina, zaradi katere se je zdelo izrekanje premoženjskih kazni neprimerno.

Za 20. stoletje sta značilna porast uporaba denarne kazni in upad zaporne kazni. To je obdobje izboljšanja ekonomskih razmer in krepitev potrošništva, zato se poseg v premoženje zdi upravičena in zadostna sankcija za kršilce družbenih pravil.

¹¹ M. Kokolj, Đ. Lazin, nav. delo, str. 7–13.

¹² C. Beccaria, nav. delo, str. 91.

¹³ Prav tam, str. 91.

¹⁴ P. O'Malley, nav. delo, str. 70.

¹⁵ P. Faraldo Cabana, nav. delo, str. 618.

¹⁶ P. O'Malley, nav. delo, str. 70.

K povečevanju pomena denarne kazni pa so precej pripomogla tudi spoznanja o neučinkovitosti in škodljivosti kratkotrajne zaporne kazni,¹⁷ čeprav ni enotne opredelitve, katera zaporna kazen je kratkotrajna; v literaturi prevladuje stališče, da je to zaporna kazen v trajanju do šest mesecev,¹⁸ v nekaterih sistemih (na primer v Angliji)¹⁹ pa je kot taka označena zaporna kazen do enega leta. Prevladalo je spoznanje, da taka kazen nima reformatornega in tudi ne zastrafevalnega učinka, obsojenec pa je deležen vseh negativnih učinkov zaporne kazni, kot so na primer izoliranost od družbe, izguba samospoštovanja,²⁰ povečanje agresivnosti,²¹ posledice stigmatizacije in izpostavljenost različnim viktimizacijam v zaporu.²² Kriminologi celo ugotavljajo, da ima vlogo kriminogenega dejavnika, še zlasti za storilce, ki so prvič storili kaznivo dejanje (kratkotrajna zaporna kazen kot »šola kriminala«). Zato so že od začetka 20. stoletja prisotna prizadevanja za nadomestitev kratkotrajne zaporne kazni s sankcijami, ki storilca ne izločijo iz njegovega okolja. V strokovni literaturi v devetdesetih letih 20. stoletja je bila posebej denarna kazen označena kot »dobro nadomestilo za kratkotrajne zaporne kazni«.²³ V zadnjih dveh desetletjih se taka vloga pripisuje predvsem delu v korist skupnosti. Tega pa ni mogoče pripisati spremenjenemu odnosu do denarne kazni, ampak predvsem dejstvu, da je v večini sistemov delež izrečenih denarnih kazni velik in se zdi, da je njena vloga (kot nadomestilo za kratkotrajne zaporne kazni) že izčrpana in se zato iščejo nove rešitve.

3. PREDNOSTI DENARNE KAZNI

Ker je pomen denarne kazni predvsem v nadomeščanju kratkotrajne zaporne kazni, se njene značilnosti ocenjujejo v primerjavi s to kaznijo.²⁴ V znanstvenih

¹⁷ Problem kratkotrajnih zapornih kazni je bil obravnavan že leta 1872 na prvem kongresu za kazensko pravo in kriminologijo v Londonu. Sprejeto je bilo priporočilo, da se take kazni nadomesti z različnimi oblikami obveznega dela ali podobnimi ukrepi (M. Kolkal, D. Lazin, nav. delo, str. 30). Denarna kazen takrat torej še ni bila prepoznana kot ustrezno nadomestilo za kratkotrajno kazen zavora, taka njena vloga pa postane očitna sredi 20. stoletja.

¹⁸ R. Frase, nav. delo, str. 10.

¹⁹ J. Trebilcock, nav. delo, str. 1.

²⁰ P. Gendreau in drugi, nav. delo.

²¹ D. Van Zyl Smit, S. Snacken, nav. delo, str. 49.

²² Obširneje o učinkih kratkotrajnih zapornih kazni v F. Brinc, nav. delo (1988).

²³ F. Brinc, nav. delo (1988), str. 30.

²⁴ Take vloge pa nima denarna kazen v ZDA in tudi to je eden od razlogov, zakaj jo ameriška sodišča tako redko izreka (P. O'Malley, nav. delo, str. 72).

razpravah²⁵ je mogoče najti veliko argumentov za njeno uporabo, med njimi pa izstopajo naslednji:

- denarna kazen ne stigmatizira storilca, kar je v luči teorij o etiketiranju zelo pomembno. Stigma oziroma etiketa lahko namreč deluje tudi kriminogeno in vodi do novega prestopniškega vedenja;²⁶
- obsojeni ostane v svojem življenjskem okolju, zato njegovo družinsko življenje ni prizadeto, ohrani svojo socialno mrežo in zaposlitev,²⁷ kar pomeni, da osebe, ki jih vzdržuje, niso finančno oziroma eksistenčno prizadete. Slednje drži le deloma, saj tudi plačilo denarne kazni prizadene finančne razmere družine oziroma vzdrževanih oseb, vendar manj kot popolna izguba enega družinskega dohodka zaradi prestajanja zaporne kazni;
- večina obsojencev plača denarno kazen v roku, ki ga določi sodišče, zato njeno izvrševanje ne zahteva visokih stroškov, tudi ugotavljanje izpolnitve je razmeroma preprosto. Izvrševanje zaporne kazni pa za družbo pomeni znatno finančno breme;²⁸

²⁵ B. Ruback, M. Begstrom, nav. delo, str. 245; S. Hillsman, nav. delo, str. 3; M. Kokolj, Đ. Lazin, nav. delo, str. 31–32; H. Furlan, nav. delo, str. 73–74; J. Raine in drugi, nav. delo, str. 182; T. Einat, nav. delo, str. 205; D. Weatherburn, S. Moffat, nav. delo, str. 789.

²⁶ Teorije etiketiranja so nastale v ZDA v 60. letih prejšnjega stoletja, njeni najbolj znani predstavniki pa so: Edwin L. Lemert, Howard S. Becker, Erving Goffman (več o tej skupini teorij v: A. Šelih, nav. delo). Ideje številnih avtorjev, ki jih štejem za predstavnike te teorije, lahko strnemo v dve temeljni hipotezi (R. Paternoster, R. Bachman, nav. delo): 1. nastanek etikete je delno odvisen od statusa prejemnika etikete in statusa tistega, ki etiketo podeljuje; 2. etiketa lahko v nekaterih okoliščinah vodi do nadaljnega deviantnega ravnanja.

²⁷ Po 110. členu Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1, Ur. l. RS, št. 21/2011) lahko delodajalec delavcu izredno odpove pogodbo o zaposlitvi, če mora biti zaradi prestajanja zaporne kazni več kot šest mesecev odsoten z dela. Zanimiva je sodba Vrhovnega sodišča RS (VIII Ips 345/2007), v kateri je sodišče obravnavalo vprašanje, kako na izredno odpoved delovne pogodbe vpliva poznejša sprememba obsodilne sodbe, s katero je bila storilcu izrečena kazen zavora več kot šest mesecev, če je storilec začel prestajati kazen še pred pravnomočnostjo sodbe. »Na zakonitost izredne odpovedi pogodbe o zaposlitvi ne vpliva dejstvo, če delavec, ki je začel prestajati kazen v predvidenem trajanju več kot šest mesecev, kasneje ne preneha kazni v takšnem obsegu. Morebitna izredna omilitev kazni ali pogojni odpust ne vplivata na zakonitost izredne odpovedi. Na to tudi ne vpliva morebitna drugačna odločitev sodišča druge stopnje o pritožbi zoper sodbo sodišča prve stopnje o kazni zavora – na primer znižanje kazni zavora pod šest mesecev ali celo razveljavitev sodbe sodišča prve stopnje (kar ima v primeru, če sodišče druge stopnje ne odpravi pripora za posledico, da ni več pravne podlage, da bi obdolženi ostal v zavodu za prestajanje kazni). Pomembno je, da je tožnik sam zaprosil za predčasno prestajanje zaporne kazni, da je bilo tej prošnji ugodeno in da je po sodbi sodišča prve stopnje začel prestajati zaporno kazen, zaradi katere bi moral biti z dela odsoten več kot šest mesecev.«

²⁸ Strošek oskrbnega dne zaprte osebe je bil v Sloveniji v obdobju 2010–2014 naslednji: 2010 – 86 evrov, 2011 – 83 evrov, 2012 – 69 evrov, 2013 – 64 evrov, 2014 – 61 evrov. <www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/UIKS/Letna_porocila/150519_Letno_porocilo_2014.pdf> (12. 1. 2016). »Stroški oskrbnega dne osebe na prestajanju kazni zavora pa so

- plačane denarne kazni so prihodek države.²⁹ Dobra je rešitev nekaterih držav, ki tako zbrani denar namenijo v sklad za žrtve kaznivih dejanj;³⁰
- denarna kazen je prožnejša od zaporne, saj se lahko bolje prilagaja storjenemu dejanju in okoliščinam storilca tako s svojo višino kot tudi z načinom plačila (na primer določitev ustreznih rokov za plačilo in možnost plačila na obroke);
- izrekanje denarne kazni kot nadomestilo kratkotrajne zaporne kazni udejanja načelo, da se mora zaporna kazen uporabljati kot skrajno sredstvo. To načelo je izrecno izraženo v različnih mednarodnih dokumentih³¹ in je s tem postalo temeljno načelo »evropskega zaporskega prava«.³²

4. SLABOSTI DENARNE KAZNI

Denarna kazen ima poleg navedenih prednosti tudi nekaj slabosti. V literaturi je največkrat navedena njena neprimernost za revnejše storilce, ki je zaradi svojega premoženjskega stanja ne zmorejo plačati ali pa zanje pomeni zelo veliko breme. Za premožnejše storilce pa nima kaznovalnega učinka, ampak je celo način, kako si »kupiti dovoljenje za izvrševanje kaznivih dejanj«.³³ Ta slabost je v večini evropskih držav presežena z dnevnimi zneski, ki bodo podrobneje predstavljeni v nadaljevanju.

izračunani tako, da je višina vseh proračunskih sredstev Uprave za izvrševanje kazenskih sankcij deljena s številom koledarskih dni in povprečnim številom zaprtih oseb. V oskrbni dan so vključeni vsi stroški zaporskega sistema, od plač, investicij, materialnih stroškov, izobraževanja, zdravstvenega varstva, stroškov živil in tako naprej.« (Ministrstvo za pravosodje, <http://predlagam.vladi.si/webroot/files/4989_PVS%204989%20MP.pdf> (12. 1. 2016)). Razlika v ceni oskrbnega dne med leti je tako predvsem posledica števila zaprtih oseb, kar pomeni, da več ko je zaprtih oseb, nižja je cena oskrbnega dne za zaprto osebo. Tako je treba razumeti nižanje stroška oskrbnega dne v obdobju 2010–2014.

²⁹ V prvih šestih mesecih leta 2014 je bil prihodek slovenskega proračuna iz naslova »globe in druge denarne kazni« 38,3 milijona evrov (Poročilo, nav. delo, str. 2/44). Pri tem je treba poudariti, da je zaradi majhnega obsega izrečenih denarnih kazni ta znesek posledica plačanih glob za prekrške in le v majhnem deležu posledica izrečenih denarnih kazni.

³⁰ V ZDA je na zvezni ravni pačilo denarnih kazni primarno namenjeno za žrtve kaznivih dejanj; večina tako dobljenih sredstev gre v Sklad za žrtve kaznivih dejanj (Crime Victim Fund), in iz njega 90 odstotkov zveznim državam za kompenzacijo in pomoč žrtvam (Ruback, Begstrom, nav. delo, str. 258).

³¹ Dokumenti Sveta Evrope: European Prison Rules, 2006; Recommendation concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation, 1999; Recommendation concerning Custody pending Trial, 1980; European Prison Rules, 1987; European Rules on Community Sanctions and Measures, 1992.

³² D. van Zyl Smit, S. Snacken, nav. delo, str. 86.

³³ S. Hillsman, nav. delo, str. 4.

Ena od značilnosti sodobne kazni je njena osebna narava, kar pomeni, da »morajo posledice kazni prizadeti storilca osebno«. ³⁴ Načelo »osebne kazni« ne zanika dejstva, da vsaka kazen posredno in deloma prizadene tudi osebe, s katerimi je storilec povezan čustveno ali so finančno odvisne od njega. Poudarja pa to načelo, da »cilj zakonodajalca ne sme biti, da bi kazen prizadela tudi druge osebe, ampak si mora zakonodajalec prizadevati, da take neizogibne stranske učinke v čim večji meri odstrani«. ³⁵ Ker je osnovni namen zaporne kazni odvzem prostosti, s to kaznijo ni dopustno poseči v svobodo še koga drugega poleg storilca (prizadene pa zaporna kazen storilčeve bližnje v drugačnem smislu in zakonodajalec mora poskrbeti, da čim manj). ³⁶ Pri denarni kazni, katere namen je poseči v storilčevo premoženje, pa je pričakovano in neizogibno, da bo denarna kazen (neposredno) poslabšala tudi premoženjsko stanje storilčeve družine in ne le storilca. Na to značilnost denarne kazni je opozarjal že Beccaria leta 1764, ko je zapisal, da denarne kazni »s tem, ko jemljejo kruh hudodelcem, ga jemljejo tudi nedolžnim«. ³⁷ Denarna kazen torej manj kot zaporna izpolnjuje zahtevo, da mora biti kazen osebna. Pri tem je treba poudariti še en vidik »osebne narave kazni«, ki je pri denarni kazni vprašljiv: medtem ko nihče drug ne more prestajati zaporne kazni namesto storilca, pa lahko denarno kazen, ki je izrečena storilcu, plača v njegovem imenu tudi nekdo drug, pa se bo tudi v tem primeru štela za izvršeno.

Raine ³⁸ poudarja tudi slabost denarne kazni, ki se kaže v tem, da obsojeni izvršuje nova premoženjska kazniva dejanja zato, da z njimi dobi denar za njeno plačilo ali za ohranitev premoženjskega statusa, v katerega je posegla denarna kazen. Einat ³⁹ pa celo trdi, da denarna kazen negativno vpliva na storilčev proces tretmaja zato, ker iskanje finančnih sredstev za plačilo povzroči stres in izgubo energije.

Storilci lahko dojamajo denarno kazen zgolj kot še eno finančno breme (»dolg«) in ne kot kazen, ki je posledica njihovega protipravnega ravnanja. Na sodiščih v Angliji sodniki poročajo, ⁴⁰ da veliko neplačnikov navaja, da denarne kazni niso plačali zato, ker so dali prednost plačilu drugih družinskih dolgov. Kaznovalni učinek denarne kazni je zmanjšan tudi z možnostjo plačila kazni

³⁴ F. Bačić, nav.delo, str. 380.

³⁵ Prav tam.

³⁶ Eden od načinov je zakonsko urediti obiske družinskih članov, dopisovanje z njimi, proste izhode storilca in družinskim članom za čas storilčeve odsotnosti nuditi tudi finančno pomoč.

³⁷ C. Beccaria, nav. delo, str. 91.

³⁸ Na primer J. Raine in drugi, nav. delo, str. 183.

³⁹ T. Einat, nav. delo, str. 210–212.

⁴⁰ J. Raine in drugi, nav. delo, str. 183.

na obroke, pogosto v daljšem obdobju; kaznovalni učinek zbledi kmalu po izreku. Takojšnje plačilo lahko bistveno poseže v vsakodnevne navade storilca, plačilo na obroke pa v tem smislu manj pomembno in obrok plačila lahko postane enak vsem drugim mesečnim obveznostim, kot sta na primer plačili obroka kredita za avtomobil ali računa za električno energijo. Seveda pa je mogoča tudi nasprotna trditev, in sicer da mesečno plačevanje obroka za denarno kazen storilca vedno znova spomni na storjeno dejanje in kazen.

5. UČINKOVITOST DENARNE KAZNI

Pogledi o namenu kaznovanja so se v različnih zgodovinskih obdobjih razlikovali, se dopolnjevali in si nasprotovali. Teorije o namenih kaznovanja delimo na absolutne in relativne. Po mnenju avtorjev absolutnih teorij je kaznovanje potrebno zato, da dobi storilec zaslužen povračilo (ne zanimajo jih učinki kazni v prihodnosti, kot je zmanjšanje kriminalitete). Za relativne teorije pa je namen kaznovanja preprečevanje kriminalitete; delimo jih na teorije specialne in generalne prevencije. Specialno prevencijo je mogoče doseči z zastraševanjem, onemogočanjem in resocializacijo, generalno prevencijo pa poleg zastraševanja tudi z utrjevanjem pravne zavesti ljudi in zaupanjem v pravni red.⁴¹ Temu strnjenemu in posplošenemu pregledu teorij kaznovanja je treba dodati, da so številni avtorji relativnih teorij poskušali tudi empirično dokazati učinkovitost kaznovanja, pri čemer so učinkovitost pogosto zreducirali na učinek zastraševanja in ga merili s povratništvom. Poleg številnih metodoloških zagat so te raziskave deležne kritik tudi zato, ker na povratništvo vplivajo številni dejavniki (in ne zgolj kazen za prejšnje kaznivo dejanje), ki jih raziskave ne (z)morejo zajeti. Tudi rezultati raziskav so različni; nekatere potrjujejo učinek zastraševanja (ali vsaj nekatere vidike delovanja kazenskopravnega obravnavanja, predvsem gotovost kaznovanja), druge ne najdejo povezave med kaznovanjem in povratništvom.⁴² Taka raznolikost ugotovitev sproža dvom v smiselčnost empiričnega raziskovanja. Kljub tem pomislekom pogledjmo nekaj stališč različnih avtorjev in ugotovitve raziskav o učinkovitosti denarne kazni.

Teoretičnih razprav in raziskav o t. i. reformatornem učinku denarne kazni je malo, za tako stanje pa je mogoče najti več razlogov. Eden od njih je lahko dejstvo, da se denarna kazen najpogosteje izreka storilcem lažjih kaznivih dejanj in ponavljanje takih dejanj ne pomeni večje grožnje za varnost družbe. Ali pa je raziskav o učinkovitosti denarne kazni malo zato, ker se denarna kazen izreka storilcem, ki za družbo niso nevarni, ker dejanj tako ali tako ne bi po-

⁴¹ M. Ambrož, nav. delo.

⁴² Obsežen pregled raziskav v R. Paternoster, nav. delo.

navljali, vendar jih je treba kaznovati zaradi pravičnosti. Lahko pa je to vprašanje zapostavljeno zato, ker naj bi denarna kazen nadomestila kratkotrajno zaporno kazen, glede katere ima penološka stroka enotno mnenje, da ne deluje niti zastraševalno niti reformatorno, ima pa negativne učinke. Zato vprašanje učinkovitosti denarne kazni ni v ospredju, ampak je pomembno, da v primerjavi z zaporno kaznijo nima negativnih posledic na kaznovanega. Mogoče za penologijo zadošča spoznanje, da je ena neučinkovita kazen nadomestila drugo neučinkovito kazen, ki pa vsaj ni škodljiva. Zdi se torej, kot da je penologija sprijaznjena s tem, da denarna kazen ne spreminja posameznika.

Manjše število razprav in raziskav o učinkovitosti denarne kazni pa je le mogoče najti v strokovni literaturi; ene primerjajo učinkovitost denarne kazni z drugimi kazenskimi sankcijami, druge pa ugotavljajo učinkovitost višanja denarnih kazni.

V prvo skupino spadajo avtorji, ki se zadovoljijo s trditvijo, da je denarna kazen enako učinkovita kot zapor, vsaj glede povratništva.⁴³ Med redkimi poskusi to tudi empirično dokazati je danska raziskava, ki je v vzorec zajela 28.879 moških, rojenih v triletnem obdobju v štiridesetih letih prejšnjega stoletja. To skupino so raziskovalci spremljali 26 let in ugotovili, da so bile denarne kazni enako (če ne celo bolj) učinkovite kot zaporna kazen. S tem je po mnenju raziskovalcev ovržena teza, da so strožje kazni učinkovitejše pri zmanjševanju povratništva; dokazano je bilo nasprotno – kazni imajo podoben učinek na povratništvo ne glede na njihovo težo.⁴⁴ Zanimiva je tudi ameriška raziskava, ki je primerjala povratništvo storilcev lažjih kaznivih dejanj, ki jim je bila izrečena denarna kazen, s povratništvom tistih, ki jim je bilo izrečeno delo v korist skupnosti. Raziskava je pokazala, da je stopnja povratništva po opravljenem delu v korist skupnosti nekoliko manjša; denarna kazen je v primerjavi z delom v korist skupnosti učinkovitejša.⁴⁵ Pogoste pa so tudi domneve (brez empiričnega preverjanja), da denarna kazen deluje zastraševalno, nima pa reformatornega učinka.⁴⁶ Zastopniki takega razmišljanja poudarjajo, da se denarna kazen izvrši brez tretmana obsojenega, saj se zreducira le na plačilo določenega zneska, s storilcem pa se ne ukvarja nobena strokovna služba. Samo plačilo pri storilcu ne povzroči nobene kognitivne ali čustvene spremembe, zato ne more vplivati na spremembo njegovega delinkventnega vedenja.⁴⁷ Tako razmišljanje

⁴³ Na primer B. Ruback, M. Berstrom, nav. delo, str. 262.

⁴⁴ P. Brennan, S. Medlick, nav. delo.

⁴⁵ J. Bouffard, L. Muftić, nav. delo.

⁴⁶ P. O'Malley, nav. delo, str. 71; B. Ruback, M. Bergstrom, nav. delo, 259.

⁴⁷ T. Einat, nav. delo; str. 210–212.

je značilno predvsem za ZDA in ga je treba razumeti v luči visoke razvejanosti probacijske službe, ki s takimi trditvami tudi upravičuje svoj pomen.

V drugo skupino spadajo empirične raziskave, ki ugotavljajo, kako na obseg posameznega protipravnega ravnanja vpliva zviševanje denarne kazni. Najpogostejše so omejene na prometne prekrške in rezultati so različni. Tako je na primer raziskava vožnje pod vplivom alkohola pokazala, da zvišanje denarne kazni na to ravnanje nima zastraševalnega učinka,⁴⁸ tak učinek pa je bil ugotovljen⁴⁹ za vožnjo skozi rdečo luč.⁵⁰ Te raziskave izhajajo iz domneve, da denarna kazen zmanjšuje protipravna ravnanja, ta namen pa bolje dosega, če je določena in izrečena v dovolj visokem znesku.

Empirične ugotovitve o učinkovitosti denarne kazni so različne, vendar lahko enako ugotovimo za vse kazenske sankcije. Zato je mogoče (visok ali nizek) delež izrečenih denarnih kazni pripisati predvsem mnenju sodnikov o učinkovitosti in drugih vidikih denarne kazni (o njenih prednostih in slabostih), kar vse je lahko posledica slabega poznavanja vseh značilnosti denarne kazni. Take raziskave so v tujini redke,⁵¹ v Sloveniji pa še ni bila opravljena.

6. DENARNA KAZEN, ODMERJENA V DNEVNIH ZNESKIH

Pri zaporni kazni se zdi, da odvzem prostosti v določenem trajanju vse storilce prizadene enako, vendar ima tako razmišljanje pomanjkljivosti. Ob upoštevanju subjektivnih okoliščin storilcev pridemo do drugačne ugotovitve; oseba s klavstrofobijo doživlja zaporno kazen kot težjo sankcijo v primerjavi z drugimi zaporniki, prav tako bolj prizadene osebo, ki je zaradi dobrega premoženjskega stanja navajena na visok življenjski standard, huje tudi prizadene osebo, ki z odhodom v zapor izgubi (visok) družben status. Enaka zaporna kazen torej

⁴⁸ D. Weatherburn, S. Moffat, nav. delo.

⁴⁹ A. Bar-Ilan, B. Sacerdote, nav. delo.

⁵⁰ Zvišanja denarna kazen je zmanjšala število primerov vožnje skozi rdečo luč; učinek je bil večji na mlade ljudi in na tiste s starejšimi avtomobili v primerjavi s starejšimi in imetniki novejših avtomobilov. Na podlagi tega so raziskovalci sklepali, da je voznikovo dojemnaje kazni odvisno od premoženjskega stanja kršitelja.

⁵¹ V Angliji je bila opravljena raziskava o stališčih sodnikov o denarni kazni, vendar za našo razpravo ni relevantna zato, ker Anglija ne pozna denarne kazni v obliki dnevnih zneskov, kar se je v intervjujih s sodniki pokazalo kot temeljna težava (izražena v pomisleku o smiselnosti njenega izrekanja revnejšim, ki je ne bodo zogli plačati in premožnejšim, na katere pa zaradi dobrega gmotnega stanja ne bo imela kaznovalnega učinka (J. Raine in drugi, nav. delo). Zanimiva je tudi raziskava o mnenju strokovnih delavcev, ki delajo v probacijski službi v Izraelu in je pokazala njihovo odklonilno stališče do denarne kazni (T. Einat, nav. delo).

prizadene osebe različno glede na njihove subjektivne okoliščine.⁵² Vendar pa so pri zaporni kazni te okoliščine praviloma prezrte in zakonodaja izhaja iz stališča, da je svoboda vrednota, enako pomembna za vse ljudi in posledice njene izgube so enake za vse.

Pri denarni kazni pa so različni učinki na storilce očitnejši. Njen namen je storilca prizadeti s tem, da mu odvzame ali zmanjša užitek, ki mu ga nudijo materialne dobrine. Če je denarna kazen predpisana v absolutnih zneskih, ne izpolnjuje načela enakosti v kaznovanju; če dva storilca enako težkega kaznivega dejanja plačata denarno kazen v isti višini, pri čemer pa ima eden višje dohodka, ju kazen različno prizadene in zato ne more imeti enakega učinka.⁵³ Za premožnega storilca je kazen lahko plačljiva in zanj ne pomeni resničnega kaznovanja ali je celo razumljena kot plačilo stroška (angl. *licence fee*) za nadaljevanje izvrševanja protipravnih dejanj. Po drugi strani pa ima lahko visoka denarna kazen za revnega storilca drakonski učinek, ker lahko ogrozi njegovo existenco, ali je sploh ne zmore plačati in sledi nadomestna zaporna kazen.

Ta neenakost v kaznovanju se lahko preseže tako, da se višina denarne kazni prilagodi premoženjskemu stanju storilca. In kako to doseči, da bo spoštovano načelo zakonitosti (vnaprej določene kazni) in načelo, da naj kazen odraža težo dejanja in da sodišča ne bodo imela prevelike diskrecije pri določanju višine denarne kazni? Ta cilj je najbolj dosežen z odmero denarne kazni v dnevnikih zneskih. Zamisel o tej obliki denarne kazni je nastala že v začetku 20. stoletja. Oblikoval jo je švedski profesor kazenskega prava Johan C. W. Thyren in objavil v knjigi *Principi za reformo kazenskega prava*, ki je izšla leta 1910.⁵⁴ Prva je dnevne zneske uvedla Finska leta 1921, kmalu so ji sledile še Švedska (1931), Danska (1939) in številne druge evropske države. V slovensko zakonodajo so bili uvedeni leta 1995. Anglija je ena redkih evropskih držav, ki ne pozna dnevnikih zneskov; uvedla jih je leta 1992, vendar že po sedmih mesecih ukinila iz nejasnih razlogov, negativen odziv medijev pa je imel pri tem pomembno vlogo.⁵⁵ Tudi ZDA ne poznajo dnevnikih zneskov, čeprav se predlogi za njihovo uvedbo pojavljajo v strokovnih razpravah že od osemdesetih let dalje⁵⁶

⁵² J. Montag, T. Sobek, nav. delo, str. 97.

⁵³ B. Bartl, nav. delo, str. 69.

⁵⁴ M. Kokolj, Đ. Lazin, nav. delo, str. 39.

⁵⁵ E. Zedlewski, nav. delo, str. 3–4.

⁵⁶ Zadržanost do dnevnikih zneskov v ZDA je tudi posledica načela, da mora kaznovanje odražati težo dejanja in je njeno prilagajanje okoliščinam storilca (razen povratništvu) nesprejemljivo za tako izhodišče. Zedlewski (nav. delo, str. 9) navaja še en zadržek za uvedbo dnevnikih zneskov v ZDA: sodišča imajo težave pri pridobivanju podatkov o prihodkih storilcev, ker zakonodaja pepoveduje finančnim institucijam razkritje podatkov o finančnem stanju posameznikov brez njihovega soglasja.

(na primer Hillsman 1987) in se niso uveljavili kljub poskusni uvedbi v New Yorku v letih 1988–1989 in nekaterih drugih jurisdikcijah.⁵⁷

Odmerna denarne kazni v dnevni zneskih poteka v dveh korakih:

1. sodišče najprej določi število dnevnih zneskov, ki odraža težo dejanja in stopnjo krivde storilca. Zakonodaje določajo minimalno in maksimalno število dnevnih zneskov; na Švedskem in Finskem je določen razpon od 1 do 120 dnevnih zneskov,⁵⁸ v Nemčiji od 5 do 360,⁵⁹ v Sloveniji pa od 10 do 360 (47. člen Kazenskega zakonika – KZ-1);⁶⁰
2. sodišče nato izračuna višino dnevnega zneska tako, da upošteva premoženjsko stanje storilca, njegove prihodke in finančne obveznosti (kot na primer vzdrževanje družinskih članov).

Prvi korak zagotavlja sorazmernost kazni s težo dejanja, drugi pa individualizacijo kazni in enako obravnavo vseh storilcev.

Tak način odmere denarni kazni bi lahko privedel do tega, da bi storilci brez prihodkov in brez premoženja ostali nekaznovani. Da bi se temu izognili, zakonodaje praviloma določajo najnižjo višino dnevnega zneska; v Nemčiji znaša en evro,⁶¹ Slovenija pa ne določa njegove minimalne vrednosti. Po drugi strani zakonodaje določajo tudi najvišjo vrednost dnevnega zneska; v Nemčiji je to 30.000 evrov,⁶² v Sloveniji pa 1.000 evrov (47. člen KZ-1). Denarna kazen, odmerjena v dnevni zneskih, lahko privede do izreka zelo visokih zneskov za razmeroma lahke prestopke. Tako je finski podjetnik leta 2015 za prekoračitev hitrosti za 25 kilometrov na uro plačal 54.000 evrov,⁶³ nekaj let pred tem prav tako finski podjetnik za podoben prekršek 116.000 evrov, nemški nogometaš pa 90.000 evrov za razžalitev policista.⁶⁴ Na prvi pogled se zdijo tako visoke kazni nesorazmerne s težo storjenih dejanj, vendar pa dobro ponazarjajo temeljno lastnost denarne kazni v dnevni zneskih – njeno socialno pravičnost, ker vse storilce prizadene enako.⁶⁵ Tak pristop nadomešča načelo »enaka kazen za enak prestopke« z načelom »enak učinek kaznovanja za enak prestopke«. ⁶⁶ Po-

⁵⁷ B. Ruback, M. Bergstrom, nav. delo, str. 260; S. Hillsman, nav. delo, str. 15.

⁵⁸ E. Zedlewski, nav. delo, str. 2.

⁵⁹ Albrecht, nav. delo, str. 215.

⁶⁰ Ur. l. RS, št. 50/12 – UPB.

⁶¹ H. Albrecht, nav. delo, str. 215.

⁶² Prav tam.

⁶³ TheAtlantic.com, <www.theatlantic.com/business/archive/2015/03/finland-home-of-the-103000-speeding-ticket/387484/> (1. 2. 2016).

⁶⁴ B. Bartl, nav. delo, str. 47.

⁶⁵ L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 390.

⁶⁶ Prav tam, str. 48.

leg tega pa ima denarna kazen v dnevni zneskih še več prednosti v primerjavi s klasično denarno kaznijo, predpisano in odmerjeno v absolutnem znesku:

- dnevni zneski pomenijo, da je višina denarne kazni taka, da omogoča plačilo. Raziskave namreč kažejo, da je ustrezno odmerjena denarna kazen (čeprav visoka) tudi izvršljiva, na splošno brez posebnih dodatnih prisilnih ukrepov;⁶⁷
- prednost dnevnih zneskov se pokaže tudi pri preračunavanju denarne kazni v zaporno kazen v primeru neplačila. V zapor se pretvarja namreč število dnevnih zneskov in ne morebiti višina neplačane kazni; število dni v zaporu tako določa teža dejanja in ne morebiti finančne okoliščine storilca;⁶⁸
- dnevni zneski pomenijo, da je denarna kazen primerna tudi za težja kazniva dejanja in je ni mogoče razumeti le kot milejšo obliko kazni. Tako razumevanje vloge denarne kazni lahko pripomore k zmanjšanju zaporniške populacije.⁶⁹

Model denarne kazni v dnevni zneskih ima tudi nekaj slabosti. Med njimi je postopek ugotavljanja premoženjskega stanja storilca. Podatki o premoženjskem stanju storilcev (v večini sistemov so to davčne napovedi) morajo biti dosegljivi sodišču, kljub temu pa lahko njihovo pridobivanje podaljša čas obravnavanja zadev. Poleg tega mora sodišče pridobiti tudi podatke o finančnih obveznostih storilca glede preživljanja družinskih članov. To je gotovo eden od razlogov, da niso uvedeni v naše prekrškovno pravo, kjer večino prekrškov obravnavajo prekrškovni organi v hitrem postopku z izdajo plačilnih nalogov.

7. PROBLEM ZAPORNE KAZNI ZA NEPLAČNIKE

Ena od zagat denarne kazni je, kako obravnavati neplačnike. Prve ureditve, ki so za neplačnike predvidele zaporno kazen, so bile sprejete kot dobrodošle in pravične. Vendar pa je že leta 1916 švicarski pravnik Stooss opozoril na paradoks take rešitve: zapor je najhujše zlo in če se denarna kazen spremeni v zaporno, je storilec deležen še večjega zla, kot pa sledi iz izrečene sankcije, ki si jo je zaslužil.⁷⁰ In če upoštevamo še, da večina neplačnikov ne plača denarne kazni zato, ker ne zmore plačila, ugotovimo, da se denarna kazen spremeni v zaporno kazen revnejšim storilcem in da gre torej za posebno obliko kaznovanja revnih.

Poleg tega je treba upoštevati, da je ena od pomembnih funkcij denarne kazni zmanjšati zaporniško populacijo (nadomestiti neučinkovito in škodljivo

⁶⁷ S. Hillsman, nav. delo, str. 14.

⁶⁸ B. Bartl, nav. delo, str. 70; S. Hillsman, nav. delo, str. 8.

⁶⁹ B. Bartl, nav. delo, str. 70.

⁷⁰ P. Faraldo Cabana, nav. delo, str. 621.

kratkotrajno zaporno kazen). Zato je treba oblikovati instrumente, ki bodo omogočili dejansko plačilo in ne spremembo v zaporno kazen, saj sicer denarna kazen ne bo odigrala te svoje vloge. Sistem dnevnih zneskov je zagotovo eden najpomembnejših korakov v smeri zagotavljanja plačila denarne kazni. Poleg tega poznajo sistemi še druge ukrepe, kot je plačilo na obroke v daljšem obdobju, odlog plačila in pošiljanje opozoril neplačnikom, kakšne bodo posledice neplačila. Pa še vedno ostane del storilcev, ki denarne kazni nočejo ali ne zmorejo plačati in sledi sprememba v zaporno kazen. Podatki za Nemčijo iz leta 2009 kažejo, da je bila približno 4.000 neplačnikom izrečena zaporna kazen, in da ti predstavljajo okrog osem odstotkov zaporniške populacije. Avtorji ocenjujejo, da je to lahko tudi posledica neseznanjenosti storilcev z možnostjo obročnega plačila kazni ali odloga plačila. Podatki iz devetdesetih let prejšnjega stoletja namreč kažejo, da več kot polovica neplačnikov, ki jim je bila denarna kazen spremenjena v zaporno, ni zaprosilo za nobeno od teh možnosti.⁷¹

Poleg stališča, da zaporna kazen za neplačnike ne ustreza teži storjenega dejanja, je težava z nadomestno zaporno kaznijo tudi v tem, ker obremenjuje že tako prenapolnjene zapore, poleg tega pa pomeni oskrbni dan zapornika strošek za državo. Široko je tudi sprejeto spoznanje, da naj bo zapor skrajno sredstvo – tudi za neplačnike denarnih kazni. Zato nekatere države vidijo (vsaj delno) rešitev problema v uvajanju novih načinov (poleg možnosti odloga plačila in obročnega plačila) za zmanjšanje števila zaprtih oseb zaradi neplačila denarne kazni. Eden takih je delo v korist skupnosti kot alternativa nadomestnemu zaporu.⁷² To možnost so v svojo zakonodajo uvedle že številne evropske države, na primer Švica, Italija, Nemčija, Avstrija, Anglija in Škotska.⁷³ V teh sistemih imajo neplačniki, pri katerih so (praviloma) že bili izčrpani drugi ukrepi, ki bi storilcu omogočili plačilo, možnost izogniti se zaporni kazni z delom v korist skupnosti. Obseg dela se določi tako, da se neplačana denarna kazen najprej pretvori v število dni zavora, nato pa število dni zavora v število ur dela v korist skupnosti. Tak ukrep zmanjša število zapornikov – neplačnikov; na Škotskem se je z uvedbo dela v korist skupnosti kot alternative za nadomestni zapor njihovo število celo prepolovilo.⁷⁴ Tudi v Sloveniji je bila leta 2011 uvedena možnost, da se izrečena denarna kazen izvrši tako, da obsojenec

⁷¹ B. Bartl, nav. delo, str. 71–72.

⁷² Že konec 19. stoletja so se nekateri zavzemali za prisilno delo kot nadomestno kazen za neplačnike denarne kazni in ne za zaporno kazen (P. Faraldo Cabana, nav. delo, str. 621). Dela v korist skupnosti danes ni mogoče enačiti s prisilnim delom, je pa predlog zanimiv zato, ker ne gre več za razmerje med časom ali svobodo in denarjem, ampak za razmerje med delom in denarjem. Tako enačenje pa je bilo bolj v skladu s krepitvijo kapitalizma v tistem času.

⁷³ G. McIvor in drugi, nav. delo, str. 4.

⁷⁴ Prav. tam, str. 13.

opravi delo v splošno korist, pri čemer se en dnevni znesek nadomesti z eno uro dela (87. člen KZ-1). Vendar tudi ta sprememba ni pripomogla k temu, da bi se sodnikom zdela denarna kazen ustrežnejša sankcija in bi jo zato pogosteje izrekli (graf 1).

V Evropi plačilo denarne kazni ni razumljeno kot pogodbeno razmerje v civilnopravnem smislu, saj je denarna kazen sankcija, ki ima kaznovalni namen, nadomestni zapor pa je le način izvršitve te sankcije. Zato ni zajet v prepovedi odvzema prostosti zaradi neizpolnitve pogodbenih obveznosti iz Evropske konvencije o človekovih pravicah.⁷⁵ V ZDA pa je drugače. Tam denarna kazen ni tako uveljavljena kot v Evropi, saj se le redko izreka kot samostojna kazen, ampak praviloma kot dodatna kazen oziroma pogoj ob izreku pogojne obsodbe (angl. *probation*).⁷⁶ Temeljna ovira za izrek denarne kazni (in drugih premoženjskih sankcij kot na primer restitucije⁷⁷) je, da v ZDA enačijo nadomestni zapor za neplačnike denarne kazni z dolžniškim zaporom. V zadevi *Bearden v. Georgia* (1983)⁷⁸ je ameriško vrhovno sodišče zavzelo stališče, da za kazniva dejanja, za katera ni bil izrečen zapor kot primarna kazen, sodniki ne morejo izreči zaporne kazni zaradi neplačila denarne kazni, razen če na za-

⁷⁵ 1. člen Protokola št. 4: Nikomur ne sme biti odvzeta prostost samo zato, ker ne more izpolniti pogodbenih obveznosti.

⁷⁶ Storilec, ki se izreče pogojna obsodba, se lahko določijo tri vrste pogojev; če jih ne spoštujejo, je pogojna obsodba preklicana. Ti pogoji so: 1. splošni pogoji, izrečeni vsem storilecem (kot na primer javljanje svetovalcu); 2. kaznovalni pogoji (na primer denarna kazen, testiranje za prisotnost drog); in 3. tretmanski pogoji, ki naj bi pomagali storilcu pri reševanju določenih problemov (na primer zasvojenosti z drogo, pomanjkanje izobrazbe). Povprečna pogojna obsodba ima 18 splošnih pogojev, poleg njih pa še obvezno testiranje za prisotnost drog, svetovanje, zaposlitev, prepoved biti zunaj bivališča po določeni uri, delo v korist skupnosti, denarna kazen. (B. Ruback, M. Begstrom, nav. delo, str. 245).

⁷⁷ V ZDA prištevajo med premoženjske sankcije ne le denarno kazen, ampak tudi povrnitev škode žrtvi, pačilo stroškov sodnega postopka in stroška izvedbe pogojne obsodbe. Na sodiščih v Washingtonu skoraj vsak obsojenec prejme račun za vse navedene finančne obveznosti (*Legal Financial Obligations* – LFOs). In posledica neplačila vseh premoženjskih sankcij je zaporna kazen (ACLU, nav. delo).

⁷⁸ Obtoženi je priznal krivdo za vlom in sprejem ukradenih stvari. Izrečena mu je bila pogojna obsodba za obdobje treh let (angl. *probation*) in v njenem okviru pogoj, da mora plačati 500 dolarjev denarne kazni in 250 dolarjev restitucije; 100 dolarjev ob izreku sodbe, 100 dolarjev naslednji dan in preostalih 550 dolarjev v štirih mesecih. Obsojeni si je od staršev sposodil denar in plačal prvih 200 dolarjev. Čez mesec dni je izgubil zaposlitev in kljub prizadevanjem ni našel nove zaposlitve. Pred iztekom roka za plačilo 550 dolarjev je obvestil probacijsko službo, da zneska ne bo mogel plačati v roku. Zato mu je bila preklicana pogojna obsodba in poslan je bi v zapor za preostanek obdobja, za katerega je bil s pogojno obsodbo postavljen pod nadzor. Za rešetkami je moral preživeti dve leti, nato pa je bil izpuščen zaradi sodbe Vrhovnega sodišča. (ACLU, nav. delo, str. 5). Na voljo je na <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/660/> in <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/461/660.html>> (6. 1. 2016).

slišanju ugotovijo, da ima storilec zadostna sredstva za plačilo denarne kazni, vendar tega zavestno noče storiti.⁷⁹ V nasprotnem primeru bi šlo za dolžniški zapor.⁸⁰ Vrhovno sodišče pa sodiščem ni dalo usmeritve, po katerih merilih naj presojajo, ali je storilec zmožen plačati denarno kazen. Zato v praksi prihaja do različnih pristopov.⁸¹

8. SKLEP

V sklepu prispevka se vrnimo na njegov začetek, na ugotovitve o vlogi denarne kazni v slovenski kaznovalni politiki. V Evropi je denarna kazen dobro sprejeta sankcija, ki (vsaj pri lažjih kaznivih dejanjih) predstavlja pomemben delež izrečenih kazni, v Sloveniji pa ni tako, saj je po letu 1990 delež izrečene denarne kazni močno upadel in danes predstavlja manj kot pet odstotkov izrečenih kazni. Temeljno vprašanje je, kako oceniti tako kaznovalno politiko. Odgovor je odvisen od podrobnejše analize izrečenih kazni, predvsem od deleža izrečenih kratkotrajnih kazni zopora. Če je delež takih zapornih kazni nizek, potem povečevanje denarne kazni ni potrebno, saj je njeno funkcijo nadomeščanja takih kazni prevzela druga sankcija (pri nas pogojna obsodba).

Podatki Uprave za izvrševanje kazenskih sankcij⁸² pokažejo naslednjo sliko: leta 2004 je bilo med novo sprejetimi zaporniki 321 takih, ki jim je bila izrečena kazen zopora do šest mesecev (36 odstotkov vseh novo sprejetih), leta 2014 pa 431 (25 odstotkov vseh novo sprejetih zapornikov). Njihovo število se je v desetih letih povečalo, hkrati pa je zaradi višjega števila vseh na novo sprejetih na prestajanje kazni zopora upadel njihov delež. Število in delež izrečenih kratkotrajnih kazni zopora ocenjujem kot visok in zaradi znanih negativnih učinkov ter prezasedenosti slovenskih zaporov bi ju bilo treba zmanjšati. In denarna kazen bi lahko pri tem imela pomembno vlogo. Kaj torej storiti?

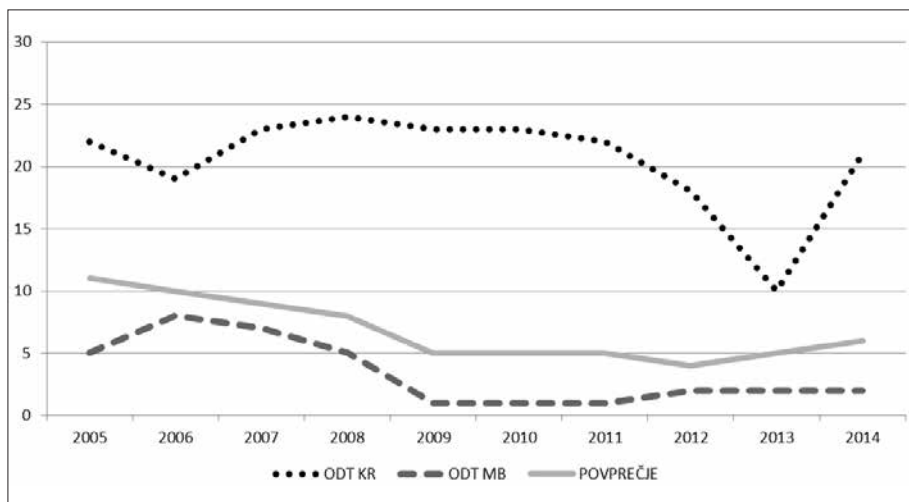
⁷⁹ »If a State determines a fine or restitution to be the appropriate and adequate penalty for the crime, it may not thereafter imprison a person solely because he lacked the resources to pay it. If the probationer has willfully refused to pay the fine or restitution when he has the resources to pay or has failed to make sufficient bona fide efforts to seek employment or borrow money to pay, the State is justified in using imprisonment as a sanction to enforce collection. But if the probationer has made all reasonable bona fide efforts to pay the fine and yet cannot do so through no fault of his own, it is fundamentally unfair to revoke probation automatically without considering whether adequate alternative methods of punishing the probationer are available to meet the State's interest in punishment and deterrence.« <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/461/660.html>> (6. 1. 2016).

⁸⁰ B. Ruback, M. Begstrom, nav. delo, str. 245; A. Wagner, nav. delo.

⁸¹ J. Shapiro, nav. delo.

⁸² <www.mp.gov.si/si/o_ministrstvu/ursiks_organ_v_sestavi/dokumenti/letna_porocila/> (12. 1. 2016).

Ena možnost je spremeniti kaznovalno politiko sodišč ob nespremenjeni zakonodaji, kar pomeni ozaveščati in izobraževati sodnike o negativnih učinkih kratkotrajne zaporne kazni in o prednostih denarne kazni. Statistični podatki nam pokažejo, da so sodniki različno naklonjeni denarni kazni, saj je na nekaterih sodiščih bistveno pogostejše izrečena kot na drugih. Podatki iz letnih poročil Vrhovnega državnega tožilstva kažejo zelo različen delež izrečenih denarnih kazni na sodiščih iz področja krajevne pristojnosti okrožnih državnih tožilstev (ODT): na področju ODT Kranj je izrečenih približno 20 odstotkov denarnih kazni med vsemi izrečenimi sankcijami, na področju ODT Maribor pa je ta delež le okrog 2 odstotkov (graf 3). Že zgolj ti podatki kažejo na potrebo po dodatnem izobraževanju, saj je tako različna kaznovalna politika znotraj Slovenije povsem neustrezna.



Graf 3: Delež izrečenih denarnih kazni na območju ODT Kranj in ODT Maribor v obdobju 2005–2014.⁸³

Druga možnost za večjo vlogo denarne kazni pri nadomeščanju kratkotrajne zaporne kazni pa je sprememba zakonske kaznovalne politike. Tudi v tej smeri je zakonodajalec že uvedel nekaj sprememb zakonske ureditve denarne kazni, z namenom povečati njeno uporabo:

- leta 1995 je denarna kazen v dnevni zneski nadomestila denarno kazen, predpisano v absolutnem znesku;
- leta 1999 je bila spet uvedena možnost izreka denarne kazni v določenem znesku, če je ni mogoče izreči v dnevni zneski;

⁸³ Letna poročila o delu državnih tožilcev, dostopna na <www.dt-rs.si/sl/vrhovno_drzavno_tozilstvo/porocila_o_delu_drzavnih_tozilcev/> (16. 1. 2016).

- leta 2011 je bila natančneje določen način izračuna dnevnega zneska in možnost izvršitve denarne kazni z delom v splošno korist.

Nobena od sprememb ni zaustavila upadanja denarne kazni, zato so potrebni korenitejši posegi. Naš zakonodajalec bi se lahko zgledoval po nemškem, ki je že leta 1969 v kazensko zakonodajo vnesel določbo, ki dopušča izrek zaporne kazni do šest mesecev le v izjemnih primerih. Praviloma jo mora sodišče nadomestiti z denarno kaznijo, če pa jo kljub njeni izjemnosti izreče, mora sodnik posebej utemeljiti, zakaj ni dal prednosti denarni kazni. Taka zakonska reforma je v Nemčiji bistveno zmanjšala izrekanje kratkotrajne kazni zapor⁸⁴, in zagotovo bi bil tak učinek tudi pri nas.

Nekorektno bi bilo trditi, da pri nas ni prizadevanj za zmanjšanje zaporniške populacije. Država je v dokumentu Strategija pravosodja 2020 zapisala:

»Alternativne kazni bi lahko pogostejše nadomestile zaporno kazen, saj pri številnih obsojencih za njihovo izrekanje ni posebnih varnostnih zadržkov, hkrati pa bi to pomenilo pomembno prostorsko razbremenitev za zapore in finančno razbremenitev za državni proračun.«⁸⁵

Vendar pa so šla do zdaj prizadevanja za zmanjšanje zaporniške populacije predvsem v smer iskanja alternativnih načinov njenega izvrševanja (širitev uporabe dela v korist skupnosti in t. i. vikend-zapora), ki pa niso obrodila večjih uspehov. Potrebni so korenitejši pristopi, usmerjeni v iskanje načinov, kako zmanjšati izrekanje kratkotrajnih kazni zapor (in ne le iskanje alternativnega načina izvrševanja). V večini evropskih držav je denarna kazen pri tem odigrala pomembno vlogo in lahko bi jo tudi v Sloveniji, vendar brez zakonskih sprememb in izobraževanja sodnikov ne bo šlo.

Literatura

ACLU – American Civil Liberties Union of Washington: Modern Day Debtors' Prisons: The Way Court-Imposes Debts Punish People for Being Poor, 2014, <<https://aclu-wa.org/sites/default/files/attachments/Modern%20Day%20Debtor's%20Prison%20Final%20%283%29.pdf>> (6.1.2016).

ACLU: In For A Penny, The Rise of America's New Debtors' Prison, A report by the American Civil Liberties Union, oktober 2010, <https://www.aclu.org/files/assets/InForAPenny_web.pdf>.

Hans-Jorg Albrecht: Sentencing in Germany: Explaining long-term stability in the structure of criminal sanctions and sentencing, Law and Contemporary

⁸⁴ H. Albrecht, nav. delo, str. 215; R. Frase, nav. delo, str. 10.

⁸⁵ Ministrstvo za pravosodje in javno upravo RS, nav. delo.

Problems, vol. 76, št. 1 (2013), str. 211–236, <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4352&context=lcp>> (6.1.2016).

Matjaž Ambrož: Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 59(2008) 3, str. 239–248.

Andrew Ashworth: *Sentencing and Criminal Justice*. Cambridge University Press, Cambridge 2010.

Franjo Bačić: *Kazneno pravo, opći dio*. Informator, Zagreb 1998.

Avner Bar – Ilan, Bruce Sacerdote: The response of criminals and noncriminals to fines, v: *Journal of Law and Economics*, vol. XLVII, april 2004.

Benedict Bartl: The “Day Fine” – improving equality before the law in Australian sentencing, v: 16 *U.W. Sydney L. Rev.* 47 2012.

Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Matjaž Ambrož, Katja Filipčič: *Kazensko pravo*, Splošni del. 6. izdaja, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2013.

Cesare Beccaria: *O zločinih in kaznih*. Cankarjeva založba, Ljubljana 2002.

Jeffrey Bouffard, Lisa Renae Muftić: The Effectiveness of Community Service Sentences Compared to Traditional Fines for Low-Level Offenders, v: *The Prison Journal*, 87 (2007) 2, str. 171–194.

Patricia Brennan, Sarnoff A. Mednick: Learning theory approach to the deterrence of criminal recidivism, v: *Journal of Abnormal Psychology*, 103 (1994), str. 430–440.

Franc Brinc: *Izvrševanje kratkotrajnih kazni zapora v SR Sloveniji*. Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, raziskava št. 81, 1988.

Franc Brinc: *Kratkotrajne kazni zapora*, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 40 (1989) 2, str. 146–160.

Tomer Einat: The attitudes and practices of Israeli adult probation officers regarding the use of the criminal fine, v: *The Prison Journal*, 85 (2005) 2, str. 204–222.

Patricia Faraldo Cabana: A certain sense of fairness? Why fines were made affordable, v: *European Journal of Criminology*, 12 (2015) 5, str. 616–631.

Katja Filipčič: *Kaznovalna politika v Sloveniji*, v: Dragan Petrovec (ur.), Matjaž Ambrož (ur.): *Skoraj stoletje profesorja Ljuba Bavcona: parvus liber amicorum*. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Ljubljana 2014, str. 34–47.

Richard S. Frase: Sentencing in Germany and the United States: Comparing Apfel with Apples, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, <<https://www.mpicc.de/shared/data/pdf/frase-endausdruck.pdf>> (4. 1. 2016).

Paul Gendreau, Brian A. Grant, Mary Leipciger: Self-esteem, incarceration and recidivism, v: Criminal Justice and Behaviour, 6 (1979) 1, str. 67–75.

Sally T. Hillsman: Criminal Fines as Alternative Sanction, 1987 (predavanje na letnem srečanju National Criminal Justice Association, North Carolina, 27.–28. maj 1987), <www.vera.org/sites/default/files/resources/downloads/1535.pdf> (20. 12. 2016).

Mitar Kokolj, Đorđe Lazić: Imovinske krivične sankcije i mere u jugoslovenskom krivičnom pravu. Naučna knjiga, Beograd 1986.

Gill McIvor, Carlotta Pirnat, Christian Grafl: Unpaid work as an alternative to imprisonment for fine default in Austria and Scotland, v: European Journal of Probation, 5 (2013) 2, str. 3–28.

Ministrstvo za pravosodje in javno upravo RS: Strategija pravosodja 2010, <www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/zakonodaja/120803_Strategija_Pravosodje_2020.pdf>.

Josef Montag, Tomaš Sobek: Should Paris Hilton Receive a Lighter Prison Sentence Because She's Rich? An Experimental Study, v: Kentucky Law Journal, 103 (2014–2015), str. 95–125.

Pat O'Malley: Theorizing fines, v: Punishment and Society, št. 11 (2009) 1, str. 67–83.

Raymond Paternoster: How much do we really know about criminal deterrence? V: The Journal of Criminal Law and Criminology, 100 (2010) 3, str. 765–782.

Ray Paternoster, Ronet Bachman: Labeling Theory, v: Richard Wright (ur.): Oxford Bibliographies in Criminology. Oxford University Press, New York 2013.

Poročilo o izvrševanju proračuna RS za leto 2014 v obdobju januar–junij 2014, Vlada RS, <www.mf.gov.si/fileadmin/mf.gov.si/pageuploads/Prora%C4%8Dun/Izvrsevanje_proracuna/2014/PorociloIzvrsevanjeProracuna_I_VI_2014.pdf> (8. 2. 2016).

John Raine, Eileen Dunstan, Alan Mackie: Financial penalties as a sentence of the court: Lessons for policy and practice from research in the magistrates' courts of England and Wales, v: Criminal Justice, 3 (2003) 2, str. 181–197.

Barry R. Ruback, Mark H. Bergstrom: *Economic Sanctions in Criminal Justice: Purposes, Effects, and Implications*, v: *Criminal Justice and Behavior*, 33 (2006) 2.

Joseph Shapiro: *Supreme Court Ruling Not Enough To Prevent Debtors Prisons*, NPR News Investigations, 21. maj 2014, <www.npr.org/2014/05/21/313118629/supreme-court-ruling-not-enough-to-prevent-debtors-prisons> (1. 2. 2016).

Alenka Šelih (ur.) *In drugi: Kriminologija*. IUS Software, GV založba, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Ljubljana 2015.

Julie Trebilcock: *No winners: The reality of short term prison sentences*. The Howard League for Penal Reform, 2011, <https://d19ylpo4aovc7m.cloudfront.net/fileadmin/howard_league/user/pdf/Publications/No_Winners.pdf> (5. 1. 2016).

Uprava za izvrševanje kazenskih sankcij RS: *Letno poročilo 2014*, <www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/UIKS/Letna_porocila/150519_Letno_porocilo_2014.pdf> (3. 1. 2016).

Amy K. Wagner: *The Conflict over Bearden v. Georgia in State Courts: Plea-Bargaining Probation Terms and the Specter of Debtors' Prison*, v: *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2010, Article 14, <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2010/iss1/14/?utm_source=chicagounbound.uchicago.edu%2Fuclf%2Fvol2010%2Fiss1%2F14&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages> (15. 12. 2015).

Don Weatherburn, Steve Moffatt: *The specific deterrent effect of higher fines on drink-driving offenders*, v: *Brit. J. Criminol.*, 51 (2011), 789–803.

Henry Weihofen: *Review of »Punishment and Social Structure«*, By George Rusche and Otto Kirchheimer, v: *Washington University Law Review*, 25 (1939) 1, str. 144–146.

Edwin W. Zedlewski: *Alternatives to Custodial Supervision: The Day Fine*, National Institute of Justice, april 2010, Discussion Paper, <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/230401.pdf>> (20. 12. 2015).

Dirk Van Zyl Smit, Sonja Snacken: *Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights*. Oxford University Press, Oxford 2009.

POSLOVNOFINANČNI FENOMEN INSOLVENTNOSTI IN UKREPI PRESTRUKTURIRANJA

Nevenka Kržan,

*univerzitetna diplomirana ekonomistka, pooblaščen revizorka,
KPMG Slovenija, d.o.o.*

1. UVOD¹

V 15. členu Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju² (v nadaljevanju »ZFPPIPP« ali zakon) je finančno prestrukturiranje opredeljeno kot »celota ukrepov, ki se izvedejo, da bi dolжник postal kratkoročno in dolgoročno plačilno sposoben. Ukrepi lahko vključujejo:

- zmanjšanje in odložitev zapadlosti dolžnikovih obveznosti,
- pri kapitalski družbi: izvedbo povečanja osnovnega kapitala z novimi stvarnimi vložki, katerih predmet so terjatve upnikov do dolžnika, ali z novimi denarnimi vložki in
- druge ukrepe, katerih izvedba v skladu s pravili poslovno finančne stroke omogoča odpravo vzrokov dolžnikove insolventnosti in zagotavlja, da dolжник postane kratkoročno in dolgoročno plačilno sposoben.«

Med postopke zaradi insolventnosti uvršča ZFPPIPP postopek prisilne poravnave, postopek poenostavljene prisilne poravnave in stečajni postopek. Moj prispevek ima za izhodišče delujoče podjetje, zato se opisano prestrukturiranje lahko izvršuje le v okviru preventivnega prestrukturiranja ali prisilne poravnave oziroma zunaj v zakonu predvidenih postopkov.

¹ Pri pripravi prispevka sem si pomagala predvsem z naslednjimi viri: Khaled F. Sherif: Financial Restructuring in Corporations. World Bank, Washington D.C.; <<http://portal.kworld.kpmg.com/pages/Home.aspx>> (25. 2. 2016); <<http://pages.stern.nyu.edu/~igiddy/restructuring.html>> (25. 2. 2016); <www.ssrn.com> (24. 2. 2016).

² Ur. l. RS, št. 126/07, 40/09, 59/09, 52/10, 26/11, 47/13, 100/13 in 10/15.

Zakon opredeljuje tudi postopek preventivnega prestrukturiranja v primeru, ko dolžnik, ki je srednja ali velika družba, še ni postal insolventen, je pa verjetno, da bo to postal v enem letu.

Postopek preventivnega prestrukturiranja se vodi z namenom omogočiti dolžniku, da na podlagi sporazuma o finančnem prestrukturiranju izvede ustrezne ukrepe prestrukturiranja svojih finančnih obveznosti in druge ukrepe finančnega prestrukturiranja, potrebne, da odpravi vzroke, zaradi katerih bi lahko postal insolventen. V okviru preventivnega prestrukturiranja je mogoče odložiti dospelost finančnih obveznosti za obdobje, ki ni daljše od pet let od pravnomočne potrditve sporazuma o finančnem prestrukturiranju. Drugi možni ukrep preventivnega prestrukturiranja je znižanje obrestne mere.

Ne glede na to, ali se nad dolžnikom vodi postopek zaradi insolventnosti ali postopek preventivnega prestrukturiranja, pa običajno samo ukrepi finančne narave niso dovolj koreniti poseg v poslovanje podjetja, da bi odpravili vzroke za nastanek insolventnosti. Zato so tudi v zakonu predvideni drugi ukrepi za odpravo vzrokov insolventnosti. V uvodu mojega prispevka povzemam nekaj osnovnih opredelitev insolventnosti in prestrukturiranja, kot izhajajo iz ZFPPIPP. Poglobljene analize finančnih ukrepov ne podajam, saj je bilo v slovenski teoriji o ukrepih finančnega prestrukturiranja kar veliko zapisanega in v praksi izvedenega. Osredotočila se bom na celovito pripravo načrta finančnega in poslovnega prestrukturiranja, kot ga opredeljuje mednarodna praksa in je v veljavi pri načrtovanjih preobratov poslovanja v podjetjih. Postopke, ki jih bom opisala, ni nujno opravljati zgolj v fazi, ko je podjetje že ugotovilo znamenja insolventnosti, temveč bi jih morali izvajati vsi, ki so zaznali finančne težave.

2. UKREPI FINANČNEGA PRESTRUKTURIRANJA PO ZFPPIPP

V nadaljevanju ne povzemam določb ZFPPIPP o opredelitvi insolventnosti, temveč zgolj ukrepe finančnega prestrukturiranja kot uvod v predstavitev programa celovite preobrazbe podjetja.

Učinkoviti ukrepi finančnega prestrukturiranja morajo zagotoviti dolžniku takšno finančno prestrukturiranje, da bo postal kratkoročno in dolgoročno plačilno sposoben. Ukrepi morajo torej izboljšati:

- sposobnost podjetja poravnnavati zapadle in tekoče obveznosti,
- strukturo virov financiranja, ki se kaže v izboljšani kapitalski ustreznosti.

Ukrepe finančnega prestrukturiranja po teoriji delimo v naslednje kategorije:

- ukrepe, ki vplivajo na finančni ali poslovni dolg družbe:

- odložitev zapadlosti dolga,
- zmanjšanje višine dolga,
- znižanje obrestne mere,
- ukrepe, ki vplivajo na sredstva družbe (v večini primerov bi šlo za pretvorbo sredstev (premoženja) družbe iz manj v bolj likvidno obliko (kot so prodaje dela sredstev ali dela dejavnosti družbe, lizing, financiranje dela dejavnosti s strani drugih financerjev ...)),
- ukrepe, ki vplivajo na kapital:
 - povečanje kapitala z vplačilom novih delnic z novimi denarnimi vložki,
 - povečanje kapitala z vplačilom novih delnic s prenosom terjatev na dolžnika,
 - povečanja kapitala z zmanjšanjem višine dolga,
- ukrepe, ki vplivajo na izboljšanje učinkovitosti poslovanja in s tem na izboljšan denarni tok v prihodnosti in se izvajajo v povezavi z ukrepi finančnega prestrukturiranja.

Vsi ukrepi, ki jih dolžnik predvidi v načrtu finančnega prestrukturiranja, morajo vsebovati:

- časovni načrt izvedbe,
- oceno stroškov izvedbe in
- oceno učinkov izvedbe ukrepa na odpravo vzrokov insolventnosti ter kratkoročno in dolgoročno plačilno sposobnost dolžnika.³

Za izbor ukrepov finančnega in poslovnega prestrukturiranja je pomembno odgovoriti na naslednja vprašanja:

- kaj so bili osnovni vzroki nastanka insolventnosti oziroma ali je že nastala ali pa bo v obdobju enega leta?
- kakšen je kratkoročni finančni položaj in ali je poslovanje v obliki »*going concern*«³ še mogoče? Običajno dolžnik pripravi kratkoročen trimesečni načrt denarnih tokov in ugotavlja morebitni finančni primanjkljaj.
- kateri so ključni odločevalci – deležniki (lastniki, upniki, kupci, zaposleni, okolje, država), ki jih je treba seznaniti s stanjem v družbi? Prav tako je pomembno identificirati ustrezne interese različnih deležnikov z vidika priprav in uresničitve načrta prestrukturiranja.
- kakšni so naslednji možni koraki dogovorov z upniki: preventivno prestrukturiranje, prisilna poravnava, stečaj? Ob sprejemu odločitve tudi priprava podrobnega načrta finančnega prestrukturiranja. Tako v skladu s teorijo kot

³ Člen 145 ZFPPIPP.

tudi slovensko zakonodajo je treba proučiti, katera oblika postopka zagotavlja najvišje poplačilo upnikov.

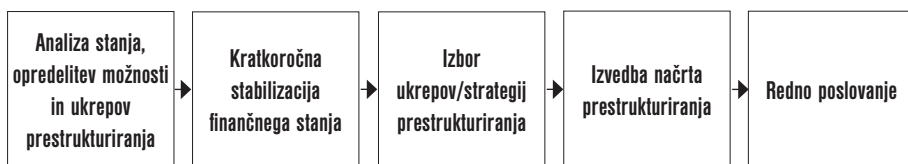
- kakšna so tveganja izvedbe načrta prestrukturiranja? Pri tem velja omeniti, da določa ZFPPIPP tako postopke glasovanja pri postopkih prisilne poravnave, kot tudi postopke pri prodaji premoženja v stečajnih postopkih. Dolžnik mora presoditi, ali bo načrt prestrukturiranja dobil ustrezno podporo upnikov. Pripraviti mora terminski načrt ter zadolžiti osebe ali najeti zunanje izvajalce za pripravo vseh potrebnih dokumentov.

Kar opažamo v praksi, je pomanjkanje načrtovanja komuniciranja: z zaposlenimi, kupci in ostalimi deležniki v času priprave preventivnega prestrukturiranja ali načrtov finančnega prestrukturiranja pri prisilni poravnavi. Ocenjujem, da je ustrezno komuniciranje pomembno tudi z vidika ohranjanja vrednost družbe ali njenih delov, ki bi lahko bili namenjeni prodaji.

Če je z vidika upnikov prisilna poravnava ugodnejša možnost kot stečaj, je treba postopke ustrezno hitro zaključiti, da lahko dolžnik nadaljuje s poslovanjem in izvaja tudi sklop ukrepov poslovnega prestrukturiranja.

3. CELOVIT NAČRT PRESTRUKTURIRANJA

Celovito prestrukturiranje dolžnika bi lahko prikazali v takem diagramu:



Poslovno prestrukturiranje je celoten sklop ukrepov, ki se nanašajo na zaposlene, procese in tehnologijo ter so usklajeni tako z vizijo kot strategijo v posamezni družbi. Brez ustreznega poslovnega preoblikovanja se dolgoročne finančne stabilnosti običajno ne doseže.

3.1. Analiza stanja, opredelitev možnosti in ukrepov prestrukturiranja

3.1.1. Analiza stanja

V prvi fazi priprave celovitega načrta prestrukturiranja je nujna analiza stanja in vzrokov nastanka insolventnosti.

Vzroke nastanka insolventnosti je mogoče iskati v zunanjih ali notranjih dejavnikih, finančne ali poslovne narave. Zunanji vzroki so: spremembe v panogi

dejavnosti družbe (upad prodaje nekega izdelka zaradi pojava nadomestnega izdelka), spremembe trga (spremembe cen vhodnih surovin, spremembe povpraševanja s padanjem kupne moči), splošna gospodarska kriza, oteženo pridobivanje finančnih virov, višja sila in drugi.

Notranji vzroki so v družbi prisotni daljše obdobje. Izhajajo lahko iz neustreznega vodenja družbe, ki povzroča slabšanje njenega konkurenčnega položaja (zastarela in draga proizvodnja, zastareli izdelki, pomanjkanje vizije in strategije ...). Notranji vzroki so povezani tudi z neustreznimi odločitvami o investiranju, pretežno zunaj osnovne dejavnosti družbe v času presežnih likvidnosti. Kopičenje notranjih vzrokov na daljši rok povzroča insolventnosti družbe, ki bi jo bilo mogoče preprečiti s pravočasnim ukrepanjem in poslovnim prestrukturiranjem.

Zaradi tega je treba v začetni analizi:

- proučiti stanje v panogi, trende razvoja panoge ter rasti, vpliv razvoja tehnologij na poslovanje in morebitne regulativne spremembe in zahteve,
- analizirati donosnost podjetja v primerjavi z družbami v panogi in ugotoviti, kje so vrzeli v donosnosti,
- pregledati model poslovanja in ugotoviti, kateri so ključni nosilci prihodkov in stroškov,
- pregledati obratni kapital in morebitne vrzeli v denarnem toku ter ugotoviti, ali obstajajo možnosti za hitre dosežke pri optimizaciji stroškov ali dvigu prihodkov.

3.1.2. Priprava osnovnih poslovnih strategij in vključitev deležnikov v podjetju

Drugi ključni korak pri analizi stanja je prevetritev osnovnih poslovnih strategij podjetja z vidika delitve na posamezne osnovne in obstranske dejavnosti ter opredelitev, ali je smiselno nekatere od teh prodati, se z njimi ukvarjati ali jih zapreti. Podjetje se razdeli v posamezne dejavnosti in ugotovi temeljne razloge za donosnost ali nedonosnost posameznih delov. Ta del načrta zajema tudi analizo, ali je mogoče dele dejavnosti oddeliti in zanje izbrati drugačne poslovne modele (podizvajalci, izvajanje dejavnosti na drugih lokacijah, ...). Pri pripravi osnovnih poslovnih strategij je treba prepoznati interese ključnih deležnikov in analizirati, kako bi izbrane strategije lahko vplivale nanje, saj je v tem koraku ključno pridobiti njihovo začetno podporo izbranim modelom prestrukturiranja. Vključena naj bi bila tudi analiza potrebnih kadrovskega potencialov za izvedbo sprememb v poslovanju. V slovenski praksi se korak preverbe prestrukturiranja pri deležnikih, če gre za zunajsodne postopke, marsikdaj izpusti in tako spregleda pomembne povezave ali soodvisnosti deležnikov

s podjetjem. A sta priprava načrta komuniciranja in analiza vpliva na različne deležnike za uspešno izvedbo prestrukturiranja enako pomembna kot vsi drugi elementi finančne narave.

3.1.3. Analiza možnosti prodaje dela podjetja ali dejavnosti

V nekaterih primerih se že pri začetni analizi ugotovi, da je možno del podjetja ali dejavnosti pripraviti na prodajo, ker preveč vpliva na izvajanje glavnih dejavnosti. V praksi so taki primeri v podjetjih, kjer se izvajajo različne dejavnosti, od katerih je ena osnovna, druge obstranske, v okviru enovitega podjetja ali v povezanih družbah. Drug primer pa so podjetja, ki so vertikalno povezana in je ena dejavnost prevladujoča.

V enovitih podjetjih je treba:

- pripraviti ocene vrednosti celote in/ali posameznih delov podjetja,
- pripraviti delitveni načrt; načrt naj zajema tako poslovno kot finančno plan delitve, razporeditev zaposlenih, operativno in procesno delitev, opredelitev informacijskega sistema,
- preveriti, ali je bila dejavnost že predmet prodaje in zakaj se ni prodala,
- priprava seznama potencialnih investitorjev in pregled prodajnih aktivnosti v panogi,
- razumevanje in opredelitev morebitnih sinergij pri ugotovljenih kupcih dejavnosti,
- proučitev ustreznega načina prodaje (prodaja sredstev, dejavnosti, lastniških deležev),
- proučitev regulatornih zahtev,
- priprava celovitega načrta prodaje.

3.1.4. Analiza možnosti opustitve dela dejavnosti ali posameznega podjetja

Če se pokaže, da je smotno v okviru prestrukturiranja opustiti posamezne dejavnosti ali dele podjetja, je treba podrobno opredeliti načrt, ki zajema:

- pripravo koristi in stroškov zapiranja tudi z vidika morebitnih različnih scenarijev,
- opredelitev, ali je racionalneje obrat/enoto zapreti ali voditi prestrukturiranje v okviru katerega od insolventnih postopkov,
- priprava časovnice zapiranja,
- morebitne regulatorne in davčne zahteve,

- ocena vrednosti sredstev,
- podroben pregled pogodb, zaposlenih, nepremičnin in obratnega kapitala.

V nekaterih primerih prestrukturiranja smo priča zapiranju posameznih obratov in koncentraciji dejavnosti ali pa zapiranju komercialnih (prodajnih) predstavništev v tujini. Večjega zapiranja proizvodnih obratov slovenskih podjetij v tujini ni zaslediti. Prav tako se izvajajo postopki prisilne poravnave v odvisnih družbah, če je to način prestrukturiranja v matični družbi.

3.1.5. Analiza možnosti insolventnih postopkov

Če se v začetni analizi ugotovi, da se bo finančno prestrukturiranje celotnega podjetja ali njegovih delov izvajalo preko postopkov preventivnega prestrukturiranja ali insolventnih postopkov, je treba pripraviti podroben načrt. Načrt zajema naslednje elemente:

- postopek, ki ga v naši zakonodaji opredeljuje ZFPPIPP,⁴ vezan na odgovornost uprave ob nastanku insolventnosti in dolžnost predložitve načrta nadzornemu svetu,
- opredelitev, katere vrste postopkov bi upnikom in deležnikom prinesle najugodnejšo rešitev,
- če gre za postopke prestrukturiranja v povezanih podjetjih, je treba postopke voditi ob upoštevanju odvisnosti in vpliva na preostala podjetja v skupini.

Pri tem ne gre spregledati stroškov postopkov, ki so v različnih jurisdikcijah različni, kot tudi ne trajanja postopkov in njihove zakonske podlage.

3.1.6. Analiza vpliva različnih možnosti prestrukturiranja na višino poplačila upnikov

Za vse te možnosti je treba pripraviti celovito oceno vplivov prestrukturiranja z vidika upnikov. Tudi ZFPPIPP⁵ določa, da se morajo postopki zaradi insolventnosti voditi tako, da se zagotovijo najugodnejši pogoji glede višine plačila in rokov za plačilo terjatev upnikov.

Običajno se za vsako možnost pripravi izračun neto sedanje vrednosti plačil. Proučiti je treba različne vplive in vključiti analizo občutljivosti. Pri tem je treba vključiti analizo potreb po financiranju v obdobju prestrukturiranja in obdobje poplačil. Neuspešna prestrukturiranja imajo praviloma vzrok v nerealnem časovnem in prihodkovnem načrtovanju ter pomanjkanju alternativnih možnosti za primer, da osnovni načrt ne uspe. V prestrukturiranjih pa je tudi

⁴ Člen 35 ZFPPIPP.

⁵ Člen 47 ZFPPIPP.

premalo poudarka na opredelitvi tveganj izpeljave načrta in opredelitvi morebitnih drugih možnosti, če se tveganja uresničijo.

Nujna pa je tudi kritična presoja kadrovskih zmožnosti podjetja, da izpelje zadani načrt prestrukturiranja.

3.2. Kratkoročna stabilizacija finančnega stanja

Po začetni analizi vzrokov poslabšanja poslovnega in finančnega položaja podjetja se običajno izvede eden izmed ukrepov finančnega prestrukturiranja:

- dogovor s finančnimi upniki o spremembi pogojev kreditov,
- dogovor s finančnimi upniki o odlogu plačil ali znižanju obrestne mere v okviru preventivnega prestrukturiranja,
- predlog prisilne poravnave za finančne upnike ali vse upnike.

Osnovni cilj uspešnega finančnega prestrukturiranja je, da bo postala družba po njegovi izvedbi kratkoročno in dolgoročno plačilo sposobna. To pomeni, da bo sposobna ustvarjati denarni tok, ki bo v roku za izvedbo načrta zadosten za plačilo vseh na novo definiranih obveznosti. Po izvedenem načrtu pa mora denarni tok zadostovati za vse tekoče obveznosti iz poslovanja in financiranja, stroškov povezanih z njimi ter za ustvarjanje dobička.

3.2.1. Analiza denarne pozicije in denarnih tokov

Marsikdaj se za podjetja prestrukturiranje, z izglasovano prisilno poravnavo ali sklenitvijo sporazuma o preventivnem prestrukturiranju, zaključi, kar pa je običajna napaka in lahko vodi do nastanka novih okoliščin, ki povzročijo finančne težave. Zato se priporoča, da podjetje izvede naslednje aktivnosti:

- analizira stanje razpoložljivih denarnih sredstev v matični družbi in v odvisnih družbah. Če so odvisne družbe v tujih državah, je treba analizirati višino denarnih sredstev, ki je zaradi različnih regulatornih vzrokov ni mogoče prenašati med državami;
- v nekaterih primerih so denarna sredstva (depoziti) zastavljena, torej kljub temu, da so razvidna iz bilance stanja, podjetje z njimi ne more prosto razpolagati;
- pripravi naj se trimesečni načrt denarnih tokov, ki zajema vse večje znane prilive (običajno plačila kupcev) in odlive (plačila dobaviteljem in zaposlenim, plačila davkov, plačilo kreditov in obresti ali lizingov);
- v slovenski praksi se je v letih finančne krize pokazalo, da so imeli pomemben vpliv na denarno poslovanje podjetij tudi garancijski in akreditivni potenciali, ki pomenijo odlog plačil do dobaviteljev. Zaradi bančne krize v

letih 2012 in 2013 so tuje banke zaostriale pogoje sprejema tovrstnih instrumentov, slovenska podjetja pa so se znašla v položaju, da so morala nekatere dobave plačevati brez odloga, kar je še dodatno zaostriło kratkoročni likvidnostni položaj v podjetjih;

- podjetje mora tudi tekoče spremljati vse dane zaveze do finančnih upnikov in ob ugotovljenih odstopanjih takoj sprejeti popravljalne ukrepe ali obvestiti upnike o morebitnem nedoseganju zavez ob presečnih datumih. Podjetje mora imeti vzpostavljen sistem rednega spremljanja zavez.

3.2.2. Vzpostavitev sistema spremljanja denarnih tokov

Spremljanje in načrtovanje denarnih tokov je ključnega pomena pri doseganju finančne stabilnosti podjetja. V primeru finančne nestabilnosti je treba vzpostaviti posebne medsektorske komisije, ki nadzorujejo denarne tokove in sprejemajo ukrepe za izboljševanje. Dodatno naj se proučijo zahteve po dnevni denarni poziciji, ki je odvisna od dejavnosti podjetja, analizira se potrebe po obratnem kapitalu in se ga utesni na dopustni nivo. Običajno se preverijo postopki naročanja, obsežnejša naročila pa odobri navedena medsektorska komisija. Pristopi se k intenzivni izterjavi terjatev, kot tudi pospešenemu dokončanju storitev ali izdelkov, ki so namenjeni prodaji. Osnovni cilji navedenih aktivnosti so povečanje razpoložljivih denarnih sredstev, zmanjšanje zapadlih terjatev do kupcev, racionaliziranje odloženih plačil dobaviteljem in nadzor nad nabavami, ki niso nujno potrebne.

Če zajema osnovna strategija prestrukturiranja prodajo sredstev ali delov podjetja, je treba v denarne tokove z veliko meri previdnosti vključiti prilive iz teh prodaj, treba je upoštevati tveganje, da se prodaja odloži ali uresniči v nižji vrednosti.

Pomembne del denarnih odlivov podjetja so tudi odlivi za raziskave in razvoj ter investicije. Potrebno je skrbno načrtovanje in spremljane načrtovanih odlivov, vključno z oceno, kakšen bi bil vpliv na poslovanje družbe, če ti odlivi ne bi bili izvršeni.

V slovenskih podjetjih lahko govorimo o dobrem spremljanju denarnih tokov, treba pa bi bilo izboljšati načrtovanje kratkoročnih denarnih tokov med letom in vključiti sezonske vplive, ki so pogojeni z dejavnostjo podjetij.

3.2.3. Poročanje o denarnih tokovih in stanju denarnih sredstev

Vse izvedene aktivnosti zahtevajo skrbno spremljavo ter pripravo notranjih in zunanjih poročil o denarnih tokovih in denarni poziciji. Treba je pripraviti shemo poročil ter seznam njihovih prejemnikov. Poročila zajemajo primerjavo med načrtovanim in uresničenim načrtom, tekoče popravljane predpostavke,

če je potrebno, in stalno obnavljanje načrta za naslednje trimesečno obdobje. V načrt je treba vgraditi ustrezno analizo občutljivosti in tveganj uresničevanja.

Poleg uprave in nadzornega sveta so prejemniki poročil običajno finančni upniki, ki tudi sami oblikujejo zahteve po poročanju. V primeru insolventnih postopkov je prejemnik celovitega poročila tudi sodišče.

3.3. Izbor ukrepov/strategij prestrukturiranja

Celovito prestrukturiranje se lahko izvede samo s kombinacijo finančnega in poslovnega prestrukturiranja. Poslovno prestrukturiranje lahko vključuje naslednje spremembe:

- trženjske strategije – spremembe, ki vodijo v povečanje prodaje, krepitev trženjske pozicije, sprememba cenovne politike ...,
- produktno prestrukturiranje – sprememba nabora izdelkov ali storitev podjetja,
- prestrukturiranje kapacitet, tako sredstev kot tudi kadrov, z vidika doseganja tržno primerljivih kazalnikov in nižjih stroškov,
- tehnološke spremembe,
- organizacijske spremembe, ki zajemajo spremembo notranje organizacije in procesov.

3.3.1. Preverba strategije

Za celovito prestrukturiranje podjetja je treba v prvi fazi preveriti, ali je potrebno spremeniti/dopolniti strategijo družbe. V ta namen je treba opredeliti, kako ambiciozna mora biti sprememba v podjetju, da se bo dejansko prestrukturiralo.

V prvem delu je treba analizirati produktno in trženjsko plat podjetja:

- analiza moči posameznih izdelkov/storitev podjetja na trgu ob hkratni analizi trendov na trgu,
- kakšna je konkurenčna moč podjetja na domačem in tujem trgu,
- podrobna analiza trga in morebitnih novih izdelkov/storitev,
- opredelitev področij (produktnih, teritorialnih ...) ki niso prednostna, ker podjetje na teh segmentih ni dovolj konkurenčno oziroma trg ni dovolj zanimiv,
- priprava analize prednosti, slabosti, nevarnosti in priložnosti podjetja,
- pregled regulatornih zahtev,
- opredelitev, ali obstaja nadomestni poslovni model.

Drugi del analize se nanaša na notranji produktni ustroj podjetja, in sicer:

- analiza donosnosti po kupcih, izdelkih, trženjskih kanalih ...,
- opredelitev področij poslovanja, ki so nedonosna, da se z določenimi ukrepi v bodoče lahko preoblikujejo,
- oblikovanje ključnih indikatorjev poslovanja za spremljanje uspešnosti,
- opredelitev investicij in potrebo po financiranju s terminskim načrtom,
- opredelitev najboljših praks v panogi,
- opredelitev kadrov in vlaganja v znanje.

Vse te elemente je treba preveriti z vidika potrebnih finančnih sredstev, vključno z dinamiko in stroški izvajanja načrta. Ob tem je treba upoštevati, ali ima podjetje dovolj časa, denarnih sredstev in resursov (virov) za izvedbo strategije. Treba je določiti prednostne aktivnosti in možnosti hitrih dosežkov.

Z vidika trženja je treba preveriti, ali so obstoječi načini prodaje optimalni z vidika doseganja trga in stroškovno učinkoviti. Velika slovenska podjetja uporabljajo pri svojem trženju lastno mrežo, srednja podjetja pa se običajno poslužujejo mreže agentov na posameznih teritorijih. Pri preverbi strategije je treba preveriti tudi, ali obstajajo učinkovitejši alternativni pristopi na določene trge, ter opredeliti stroške in pričakovane učinke teh pristopov.

Viri so vedno omejeni, zato jih je treba načrtovati z vidika največjega možnega vpliva na poslovanje družbe. Zato je priporočljivo postopke poslovnega prestrukturiranja voditi v naslednjih treh korakih:

- dogovor o predlogu prestrukturiranja s ključnimi deležniki v podjetju, ki postavljajo svoje omejitve (nivo investiranja in zadolževanja, donos ...),
- proučiti, ovrednotiti in testirati hipoteze različnih možnosti izboljšav v podjetju,
- priprava različnih scenarijev in izbira opcij z različnimi hipotezami glede na zadane cilje.

Interesi deležnikov v podjetju so različni, zato bo glavni odpor potrebnim spremembam v prvi vrsti pri samem dolžniku. Če družba še ni v izrazito slabi finančni situaciji, želijo vodstva podjetij običajno obdržati nespremenjeno stanje in upajo, da se tržni pogoji izboljšajo. Lastniki želijo običajno časovno ugodne rešitve in povrnitev vloženih sredstev. Upniki vidijo višja tveganja in s tem zaostrejejo dobavne pogoje ali višajo ceno financiranja. Zaposleni pa se zaradi negotovosti bojijo za izgubo delovnih mest. Zaradi tega morajo uspešni plani prestrukturiranja usklajevati pričakovanja različnih deležnikov.

3.3.2. Priprava podrobnejšega načrta prestrukturiranja s taktičnimi in operativnimi cilji

Po opredelitvi strateškega preoblikovanja je treba izoblikovati tudi posamezne načrte na nivoju taktičnih ciljev posameznih oddelkov in operativnih ciljev na nivoju manjših organizacijskih enot.

V prvem koraku si uprava razdeli naloge in terminsko opredeli pripravo načrta. Običajno se vzpostavi projektno vodenje, kjer je »sponzor« projekta uprava oziroma predsednik uprave. Pripravi se tudi načrt komunikacije z vsemi deležniki s ključnimi sporočili za vsako skupino.

Pri pripravi podrobnejšega načrta je pomembno, da se celoten načrt razdeli na posamezne korake in načrtuje dosežke v enem mesecu ali četrtnetju. Posamezni deli načrta morajo imeti svoje nosilce in odgovorne osebe, določene morajo biti prioritete tako v podjetju kot tudi znotraj posameznih aktivnosti.

Podrobnejši načrt od pripravljavcev zahteva, da po posameznih delih podjetja opredelijo:

- konkurenčni položaj,
- ključne dejavnike donosnosti,
- področja, kjer so možne izboljšave,
- vrzeli v zmožnostih doseganja načrtov,
- posamične finančne načrte.

Podrobnejši načrt se pripravi na osnovi hipotez o bodočem poslovanju in ocen, katere aktivnosti bodo prinesle želene rezultate in katere ne. Logično je treba preveriti obstoječi poslovni model in postaviti hipoteze za bodočo notranjo organizacijo in procese.

Pri vsaki hipotezi je treba pripraviti dokumentirane analize potencialnih koristi in tveganj. Izbrati je treba merila (kriterije) za dokončno izbiro scenarija. Poleg finančnih so to tudi kriteriji vezani na operativne spremembe, blagovno znamko in ugled podjetja ter na poglede deležnikov. Dokončno je treba izbrani scenarij preveriti z analizo med primerljivimi podjetji ter analizo prednosti, slabosti, priložnosti in nevarnosti. Za vse to se pripravi standardizirani nabor podatkov, ki se tudi med izvedbo strategije ves čas spremlja. Ravno zanesljivi podatki in ustrezna informacijska podpora sta ključna pri načrtovanju in izvajanju sprememb. Če so osnovni podatki napačni, so lahko pomembno napačne tudi izbrane usmeritve.

Podrobnejši načrt zajema predvsem:

- opredelitev in oceno bodočih trgov in kupcev podjetja,

- opredelitev ključnih dejavnikov poslovanja in z njimi povezana tveganja,
- analiza občutljivosti ključnih dejavnikov poslovanja,
- opredelitev prodajnih poti,
- analiza stroškov in opredelitev, na katere stroške je mogoče vplivati,
- analiza neposrednih in posrednih stroškov, fiksnih in variabilnih stroškov ter njihova alokacija,
- proučitev dolgoročnih pogodb in njihov vpliv na poslovanje,
- analizo možnosti lastništva ali najema nepremičnin,
- računovodske ocene in finančne izkaze, s poudarkom na izkazih denarnih tokov,
- načrtovanje obratnega kapitala in prodajnih oziroma nakupnih pogojev.

Pri podrobnejših načrtih se izvede tudi presoja in razvoj novih poslovnih modelov z namenom:

- pridobiti vpogled v poslovni model proučevanega podjetja, detekcije močnih in šibkih točk,
- identifikacije potenciala za okrepitev tržnega položaja in dolgoročne obstojnosti podjetja – s prilagoditvenimi ukrepi poslovnega prestrukturiranja,
- opredelitve osnove za oblikovanje oziroma prenovo poslovne strategije družbe za izkoriščanje zaznanih priložnosti oziroma prilagoditev/ukinitvev dejavnosti, ki nimajo pravega potenciala,
- testiranja poslovnih inovacij v omejenem obsegu.

V praksi se uporablja model Canvas,⁶ s pomočjo katerega lahko na sistematičen in razmeroma natančen način izvedemo presojo poslovnega modela posamezne dejavnosti oziroma poslovnega podjetja (tako obstoječega kot nameravnega) in oblikujemo zaključke analize potenciala njihovega bodočega razvoja.

3.3.3. Opredelitev procesov upravljanja za izvedbo načrta

Izkušnje tujine, pa tudi slovenska praksa nam kažeta, da sta za prestrukturiranje ključna operativna izvedba in ustrezno vodenje samih procesov prestrukturiranja, in sicer:

- ustrezna struktura vodstva podjetja (tudi z izkušnjami pri prestrukturiranjih; marsikdaj je treba za ključne prestrukturiranje angažirati začasne vodstvene ekipe),
- ustrezne in točne informacije in podatki za sprejem odločitev, določitev primernih ključnih kazalcev poslovanja in nivojev spremljanja teh kazalcev. Za

⁶ Glej Alexander Osterwalder in Yves Pigneur: *Business Model Generation: A Handbook for Visionaries, Game Changers, and Challengers*, John Wiley and Sons, 2010.

vodstvo podjetja je treba pripraviti ozek nabor kazalnikov, katerih podrobnejše vsebine so na razpolago strokovnim službam in oddelkom,

- ustrezna projektna organizacija in načrtovano sprejemanje odločitev,
- ustrezen in pravočasen nabor poročil,
- ustrezen okvir notranjih kontrol za spremljane poslovanja in preobrazbe podjetja.

3.3.4. Ocena pripravljenosti podjetja za izvedbo načrta

Zadnji korak pred izvedbo načrta preobrazbe je končno preveriti, kako je podjetje pripravljeno na izvedbo prestrukturiranja. Treba je zagotoviti, da so na razpolago ustrezni vodstveni kadri in drugi kadrovske viri, da so naloge in odgovornosti ustrezno razdeljene, da so pripravljene načrti komuniciranja, da obstaja podroben načrt in mehanizmi njegove spremljave. Običajno se na osnovi Paretovega načela (80/20)⁷ preveri podpora osnovnih idej strateškega načrta.

Za uspeh prestrukturiranja je pomembna tudi notranja komunikacija z zaposlenimi in organizacijska klima.

3.4. izvedba načrta prestrukturiranja

V začetni fazi izvedbe prestrukturiranja je pomembno imeti zelo podroben projektni načrt (plan) in projektno organizacijo ter zagotovljeno močno podporo najvišjega vodstva. Opredeliti je treba vse kritične dejavnike programa ter pomembne odločitve tekoče sprejemati in spremljati na najvišjih ravneh. Ti pomembni dejavniki so predvsem:

- likvidnost in denarni tok za financiranje sprememb,
- kakršna koli za uresničitev sprememb potrebna pravna dejanja,
- delovno pravna vprašanja,
- zmogljivosti in kapacitete sredstev,
- finančne zaveze,
- časovni okvir,
- podpora vseh deležnikov.

Vsak od dogovorjenih delov prestrukturiranja zahteva spremljavo in popravke, če se bistveno spremenijo okoliščine poslovanja.

⁷ Z 20 odstotki sredstev (ukrepov) se doseže 80 odstotkov učinka.

4. SKLEP

Celovito prestrukturiranje podjetja je sestavljeno iz finančnega prestrukturiranja in poslovne preobrazbe. Poslovno prestrukturiranje se vedno začne s preverbo začrtane strategije za uresničitev vizije podjetja. Spremenjeni strategiji sledijo taktični in operativni cilji, ki podpirajo novo pot za doseg dolgoročne vizije družbe.

V svetu je znanih več načinov preobrazbe podjetij, vse pa sledijo ustaljenemu in podrobnemu načinu in postopkom, ki sem jih opisala v tem prispevku. Pomembno je, da so vse aktivnosti načrtovane, spremljane in usklajene z deležniki v podjetju.

SISTEM BREZPLAČNE PRAVNE POMOČI V NEMČIJI PRED NOVIMI IZZIVI

Marco Gogolin: Die Deutsche Prozesskostenhilfe im Umbruch, Anforderungen und Bedürfnisse einer modernen Rechtshilfe unter Einordnung sozialer und gesellschaftlicher Entwicklungen und Einbeziehung aktueller europäischer und internationaler Rechtsentwicklungen, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, 435 strani.

Leta 2015 je pri nemški založbi Duncker & Humblot iz Berlina izšla knjiga, ki obravnava spremembo sistema brezplačne pravne pomoči. V ta sistem je bilo treba tudi v Nemčiji, predvsem zaradi finančne krize, vnesti nekatere spremembe. Avtor obravnava vprašanje moderne ureditve brezplačne pravne pomoči v pravnem postopku, zlasti glede na varčevalne predloge nove ureditve. V ospredje postavi predvsem posledice za tiste, ki uveljavljajo pravno varstvo pred sodišči – prosilce. Posebej prizadete so po avtorjevem mnenju ženske, saj naj bi imele primerjalno gledano še vedno precej nižje dohodke in premoženje.

Avtor Marco Gogolin, rojen leta 1980, je za knjižno izdajo v bistvu priredil svojo doktorsko disertacijo, s katero je pod mentorstvom prof. dr. Martina Schwaba doktoriral na Univerzi v Berlinu.

Delo je razdeljeno na sedem poglavij.

V prvem poglavju (*Einführung in Thema und Aufbau der Arbeit*, str. 23–36) najdemo uvodne navedbe in predstavitev zgradbe celotnega dela. Avtor spomni na temeljno resnico, da so postopki pred sodišči prej ko slej potrebni za procesnopravno uveljavitev določenih materialnopravnih položajev, pri čemer je sodnim postopkom skupno to, da je uveljavljanje zahtevkov v njih povezano z visokimi stroški – sodnimi taksami, stroški za odvetnika, drugimi stroški. Zato vse to za tistega, ki želi uveljavljati pravico v sodnem postopku, pomeni neke vrste zid pred dostopom do sodišča. Težava v tem smislu je po mnenju avtorja v tem, da vsi državljani ne razpolagajo z zadostnimi dohodki, premoženjem ali drugimi viri, s katerimi bi to oviro odpravili. V demokratični državi pa za to, da se na prisilni način uveljavi pravica, ni druge možnosti kot sodni postopek, saj ne sme nihče vzeti pravice v svoje roke. Prav zato je država dol-

žna sodstvo urediti na ustrezen način (str. 24). Če naj pravni sistem temelji na načelu enakopravnosti (enakosti), kot z načelom socialne države zahteva tudi ustava, je treba izenačiti tiste, ki nimajo sredstev, s tistimi, ki jih imajo. Avtor tako navaja, da je brezplačna pravna pomoč neke vrste pomoč v posebnem življenjskem položaju (*Hilfe in besonderer Lebenslage*), da gre za posebno obliko pomoči (*Sozialhilfe im Recht*), za del državne skrbi za obstanek (*Teil der staatlichen Daseinfürsorge*, str. 25). Po njegovem mnenju brezplačna pravna pomoč ni ne miloščina ne privilegij državljanov, temveč gre za zahtevek državljanov zoper državo (*Anspruch des Bürgers gegen den Staat*, str. 26). Izraz moderne socialne države tako naj ne bi bil samo obsežno oblikovan sistem socialnega varstva, temveč predvsem splošna udeležba državljanov pri državnih storitvah. V to razpravo avtor vključuje težnje po razbremenitvi »sodne« države (*Verschönlung des Justizstaates*). Gre za predloge, naslovljene na celotno državo in družbo, v skladu s katerimi naj bi se država razbremenila številnih pristojnosti in se vrnila k svojim temeljnim nalogam, postala naj bi restriktivni *Leviatan* (str. 27). Avtor navaja, da so se te ideje pojavile že v času Reagana v Združenih državah Amerike ter Teacherjeve v Veliki Britaniji pod vplivom idej ekonomskega liberalista Hayeka. Logiko primarno pravno-političnega je začela zamenjevati ideja primarno ekonomsko racionalnega. Z zakonodajnimi spremembami pod tem vplivom naj bi Nemčija na področju brezplačne pravne pomoči letno privarčevala 100 milijonov evrov. Po avtorjevih navedbah imajo podobne cilje tudi druge države, npr. Anglija in Wales, ki naj bi privarčevala 400 milijonov evrov, Avstralija npr. 40 milijonov evrov itd. Avtor ugotavlja, da so v tem času sistemi brezplačne pravne pomoči povsod po svetu na razpotju (str. 29). Finančni položaj državnega proračuna tudi sodstvo sili k nerazumnemu varčevanju, pravno politiko »dirigira« finančna politika (str. 29). Avtor pri tem spomni na besede nekdanje ministrice za pravosodje Zypries, po katerih »se nihče ne bi smel odreči svoji pravici zaradi finančne stiske«. Nobena pravica ne bi smela biti odvisna od denarja, nadaljuje avtor (str. 31). Brezplačno pravno pomoč Gogolin označuje za enega temeljnih elementov moderne pravne države – pravna država pa je predpostavka za svobodo, mir in socialno pravičnost (str. 31). Brezplačna pravna pomoč po avtorjevem mnenju naj ne bo pojmovana kot karitativna dejavnost, temveč bolj kot sredstvo za udeležbo v pravnem življenju ter pravni kulturi. Po teh navedbah avtor predstavi predmet svojega dela (str. 32–36). Predvsem primerja tradicijo brezplačne pravne pomoči s perspektivami moderne pomoči v luči zakonskih predlogov, ki gredo v smeri omejevanja te pravice (t. i. *Prozesskostenhilfebegrenzungsgesetzes*). Pri tem se omejuje na civilnoprocesne vidike brezplačne pravne pomoči, kazenskopravno področje pušča ob strani (str. 32), proučuje pa tudi predpostavke za optimalno zagotavljanje brezplačne pravne pomoči v prihodnje. V središču avtorjeve razprave je razmišljanje, kako preprečiti strukturalno diskriminaci-

jo finančno manj privilegiranih državljanov. Pri presoji navedenega ne izhaja samo iz nacionalne ureditve, temveč tudi iz supranacionalnih zavez Nemčije, tj. zavez na ravni Evropske unije, ter zahtev Evropske konvencije o človekovih pravicah – EKČP (str. 33). Za primerjavo z nemško ureditvijo si avtor izbere madžarski sistem, kar ni ravno naključje, saj sta na madžarsko procesno ureditev vplivali prav nemška in avstrijska ureditev, pri čemer se osredotoči predvsem na ugotavljanje, kakšne so bile smeri razvoja zakonodaje, ki ima sicer skupen izvor (str. 35). Tudi na Madžarskem pod vplivom skromnih proračunskih možnosti potekajo reformni procesi, zato je po avtorjevem mnenju toliko večji izziv, kako kljub vsemu zagotoviti dostop do sodnega varstva (str. 36).

V drugem poglavju (*Vom Armenrecht zur Prozesskostenhilfe*, str. 37–93) se avtor posveča zgodovinski umestitvi in razvoju instituta brezplačne pravne pomoči, saj tudi za brezplačno pravno pomoč po njegovem mnenju velja, da je kot pravna institucija rezultat zgodovinskega razvoja. Pregled zajema kar tisočletni razvoj te institucije. Zgodovinski prikaz se začne v rimskem pravu (str. 37–38). Že visoko razvito rimsko pravo se je zavedalo potrebe po tem, da se tudi manj premožnim državljanom zagotovi udeležba v pravnem življenju in pri uveljavljanju pravic pred sodišči. Klasično rimsko pravo je to rešilo s splošno brezplačnostjo sodnega varstva (*Gebührenfreiheit*) – sodniki so bili praviloma ugledne in premožne osebe in ni jim bilo dovoljeno pobirati takse (*sportulae*). Brezplačnost sodnega varstva je bila dolgo časa temeljno načelo rimskega prava, šele na koncu vladavine cesarja Konstantina je bilo to prekinjeno (str. 38). Avtor nadaljuje s prikazom ureditve brezplačne pravne pomoči (*Armenrecht*) v kanonskem pravu (str. 39). Iz rimskega *Codex Iuris Civilis* se je namreč sredi 8. stoletja začelo razvijati cerkveno pravo, ki je bilo zajeto v *Codex Iuris Canonici* in je prevzelo načelo brezplačnosti. V nadaljevanju avtor pretežno del zgodovinskega prikaza namenja pretekli ureditvi brezplačne pravne pomoči v nemškem pravu – vse od začetkov in v srednjem veku (str. 39–41), v 15. in 16. stoletju (str. 41–48), v 18. in 19. stoletju (str. 48–54) ter nato ureditev v nemškem civilnem (pravdnem) zakoniku – *Zivilprozessordnung* (ZPO) iz leta 1862 (str. 54–58). Sledi prikaz brezplačne pravne pomoči po ureditvi v zakonu o pravdnem postopku Nemškega cesarstva (*In der Zivilprozessordnung des Deutschen Reiches*, str. 58–67), torej v obdobju, ki ga je zaznamovala ideja liberalizma. Avtor nadaljuje z opisom obdobja do konca cesarskega prava (*Bis zum Ende des Kaiserrecht*, str. 68–69) in ureditvijo v Weimarski republiki (str. 69–75). Po prikazu sistema brezplačne pravne pomoči v tretjem rajhu (*Im Dritten Reich*, str. 76–77) avtor zaključi poglavje z razvojem v Nemčiji (*In der Bundesrepublik*, str. 78–90). V tem obdobju je bil še posebej pomemben sprejem zakona o brezplačni pravni pomoči (*Gesetz über die Prozesskostenhilfe*), s 1. januarjem 1981, ki je prinesel novo ureditev celotnega sedmega poglav-

ja nemškega zakona o pravnem postopku (ZPO). Cilj reforme tega zakona je bil odpraviti omejitve pri dostopu do sodnega varstva in izboljšati enakost možnosti ter uveljavljanje državne pomoči – namen vlade je bil državljanom, ki niso razpolagali z zadostnimi finančnimi sredstvi, omogočiti, da lahko pred sodišči enakopravno uveljavljajo svoje pravice (... *den Bürger mit geringem Einkommen in die Lage zu versetzen, vor Gericht seine Rechte in gleicher Weise zu verfolgen, wie dies einer Partei möglich ist, die selbst über die finanziellen Mittel für die Führung eines Prozesses verfügt*; str. 79). Spremenjeno je bilo tudi poimenovanje pravice, in sicer iz pravice ubožnih (*Armenrecht*), ki je imela diskriminirajoč pomen, v brezplačno pravno pomoč (*Prozesskostenhilfe*), kar je bilo bolj v skladu s sodobnim pojmovanjem načela pravne države (str. 80). Zgodovinski razvoj kaže, da je bila brezplačna pravna pomoč izvorno obravnavana kot »milostna pravica božja« (*Gott gewolltes Gnadenrecht*), iz katere se je z nastopom liberalne pravne države razvil zahtevek državljana proti državi. Predstave o državi *laissez-faire* iz 19. stoletja dolžnosti varstva gospodarsko in socialno šibkejših še niso priznavale za nalogo države ali sodstva. Priznано je bilo samo to, da bi bil izostanek brezplačne pravne pomoči nepravičen do šibkejših in naravna prednost močnejših. Šele na začetku 20. stoletja in z uveljavitvijo temeljnega zakona (GG) na nemškem pravnem področju se je začel bistven premik v smeri socialne države (str. 91–93).

V krajšem tretjem poglavju (*Aktuelle Reformvorschlage*, str. 94–112) avtor predstavlja posamezne reformne predloge, ki jih je podal parlament (*Bundesrat*) in ki naj bi imeli učinke na proračun. Avtor najprej prikaže potek zakonodajnega postopka (*Verlauf des Gesetzgebungsverfahren*, str. 94–95), ki naj bi omejil pravico do brezplačne pravne pomoči (*Prozesskostenhilfebegrenzungs-gesetz*). Pobudo zanj sta sprožili deželi Baden-Württemberg in Spodnja Saška, pozneje pa so se pridružile še druge dežele. Namen zakonodajnih predlogov sprememb naj bi bil, da bi s spremembami procesnih in materialnih pogojev odobritve brezplačne pravne pomoči dosegli znatne proračunske prihranke. To so želele doseči zlasti t. i. dežele »B«, tj. tiste z deželno vlado CDU (Christlich Demokratische Union Deutschlands – stranka nemških krščanskih demokratov). Avtor izrecno navaja (str. 95), da spremembe 30-letnega sistema brezplačne pravne pomoči v Nemčiji naj ne bi bile vsebinske, temveč naj bi imele predvsem fiskalni pomen. V nadaljevanju obširneje pojasnjuje ukrepe, ki jih je predlog za spremembo zakona vseboval (*Regelungen der Gesetzesinitiative*, str. 96–109). V načelu je zakonska iniciativa predvidevala tri temeljne cilje. Prvič naj bi popravila pogoje za odobritev brezplačne pravne pomoči, predvsem zato, da bi preprečili zlorabo tega instituta (na novo se opredeljuje pojem zlorabe – *Mutwilligkeit*, str. 97). Drugi cilj je bil okrepiti lastno udeležbo prosilca za brezplačno pravno pomoč pri kritju stroškov postopka, tj. povečati osebno

odgovornost prosilca samega – gre v bistvu za novo določitev finančnega pogoja (str. 97–102). Tretji namen pa naj bi bil reformirati določbe o postopku odobranja brezplačne pravne pomoči, tako da bi se ustrezno proučile osebne in gospodarske razmere prosilca itd. ter da bi se zagotovila enotna in učinkovita uporaba zakona ter prenos pristojnosti na pomočnike (*Rechtspfleger*, str. 102–109). Nazadnje avtor obravnava tudi fiskalno-politične razloge zakonodajne iniciative (*Fiskalpolitische Dimension des Gesetzentwurfs*, str. 109–111). Utemeljitev zakonodajnega predloga izhaja iz namena, da bi dosegli prihranke v proračunu, in sicer se omenja znesek 100 milijonov evrov.

Četrto poglavje (*Kritische Auseinandersetzung mit dem PKH-Begrenzungs-gesetz*, str. 113–201) se ukvarja z vsebino zakonskega predloga, ki naj bi omejil pravico do brezplačne pravne pomoči, z njegovo utemeljitvijo ter sociološkimi podlagami. V delu (A) se avtor spopade s temeljnimi izhodišči zakonskega predloga (*Überprüfung grundsätzlicher Positionen und Annahmen des Gesetzentwurfs*, str. 113–137), predvsem s kritičnim pogledom na ekonomsko analizo v pravu in dopustnostjo ekonomskih dejavnikov pri presoji ter določanju prednosti državnih nalog, pri čemer poudari, da poglobljena ekonomska analiza v pravu presega obseg knjige. Najprej analizira uporabo ekonomskega modela v pravosodju (*Analyse des Einsatzes von ökonomischen Modellen in der Rechtspflege*, str. 114–117), predvsem težnjo državnega proračuna, da vzpostavi stroškovno čim bolj uspešen model pravosodja (... *die Rechtspflege mehr und mehr nach ökonomischen Gesichtspunkten auszurichten und eine möglichst kostengünstige »Maximalleistung« an Justiz zu produzieren*, str. 114), nato kritično vrednoti empirične podlage zakonodajnega predloga (*Kritische Betrachtung der empirischen Grundlagen des Gesetzesentwurfs*, str. 118–119) ter preizkuša tezo o visokih izdatkih v sistemu brezplačne pravne pomoči (*Überprüfung der These übermäßig hoher Aufwendungen für PKH*, str. 120–136). V delu (B) najdemo kritiko pravnopolitičnih predlogov (*Kritik der rechtspolitischen Handlungsvorschläge des Gesetzesentwurfs*, str. 137–191), tj. temeljne odzive na zakonodajni predlog (*Grundsätzliche Reaktionen auf das Prozesskostenhilfebegrenzungs-gesetz*, str. 137–138), predstavitev krepitve selektivnih elementov brezplačne pravne pomoči (*Stärkung der selektiven Elemente der Prozesskostenhilfe*, str. 139–177) ter izboljšav pri odločanju sodišč (*Verbesserung der Aufklärungs- und Entlastungsmöglichkeiten der Gerichte*, str. 178–189). V delu (C) se avtor ukvarja z nekonsistentnostjo obravnavanega zakonskega predloga z drugimi zakonodajnimi iniciativami (*Widersprüche zu anderen Gesetzgebungsinitiativen*, str. 191–195), npr. z uvedbo taks na področju sporov v socialnih zadevah (str. 192), z omejevanjem pravice do svetovanja (str. 193) in s spremembami na področju družinskega prava – spremembe glede preživljanja (*Unterhaltsrecht, Versorgungsausgleich*) ter glede postopka pred družinskimi

sodišči (str. 194). Po avtorjevem mnenju so s pravno-političnega, zgodovinskega in sistematičnega vidika številni zakonski predlogi sami po sebi osamljeni ter vprašljivi glede na celostno učinkovanje, skupaj z drugimi zakonskimi iniciativami. Avtor navaja, da naj bi zakon uporabljal »prazen« jeziki števil in da naj bi državljane kot subjekte puščal ob strani. Duh zvezne iniciative za zmanjšanje izdatkov za brezplačno pravno pomoč naj bi bil opisan z vidika trgovca 21. stoletja – državljani naj bi se spremenili v poslovneže, ki bi racionalno načrtovali in preračunavali ter strogo presojali gospodarnost vlaganja tožbe oziroma odgovorov na tožbe. Zakonski predlog naj bi po avtorjevem mnenju sledil logiki pojma *homo oeconomicus*.

Peto poglavje je namenjeno dejavnikom, ki vplivajo na število sodnih postopkov in posledično na obseg brezplačne pravne pomoči (*Prüfung und Analyse gesellschaftlicher sowie sozio-ökonomischer Einflussfaktoren auf die Prozesskostenhilfe und deren Nachfrage*, str. 202–285). Avtor prikaže številne dejavnike, ki vplivajo na povečanje števila postopkov in s tem na znesek brezplačne pravne pomoči. Pri tem poudari predvsem tri dejavnike: po eni strani gre za proces izdajanja pravnih predpisov in erozijo prava (*Die Faktoren der Verrechtlichung und Normenerosion und ihre Auswirkungen*, str. 203–218); pravnoteoretična analiza naj bi pokazala, da ti procesi, h katerim naj bi pripomogel tudi zakonodajalec s politizacijo zakonodajnega postopka, vodijo do popuščanja normativne moči pravnih norm. Simbolična oziroma storitve generirajoča zakonodaja namreč poleg tega vodi do povečanja pravic (*subjektive Rechte*). To po avtorjevem mnenju srečamo predvsem na področju družinskega in socialnega prava, kjer družbeni razvoj ustvarja nenehne potrebe po pozitivni ureditvi. Temu ustrezno se povečuje število procesnih zahtevkov za uveljavitev lastnih pravnih pozicij, saj državljani pogostejše uveljavljajo svoje zahtevke. Ker imamo na drugi strani težnje po zmanjševanju števila sodnikov, poskuša zakonodajalec z zaostritvijo procesnih pogojev sodnikom olajšati odločanje o brezplačni pravni pomoči oziroma, po drugi strani, državljanom otežiti dostop do brezplačne pravne pomoči. Avtor posebej izpostavlja trend ločitev zakonskih zvez in posledično nastajanje gospodinjestev z eno osebo, kar povečuje število prosilcev za brezplačno pravno pomoč, saj ne gre več za klasične družine, ki so razpolagale z večjimi (skupnimi) prihodki (*Faktor familienrechtlichen Verfahren und verbundene Wirkungen*, str. 219–252). Večinoma gre za matere samohranilke. V bistvu avtor ugotavlja, da se na tej točki problem socialnega proračuna prelaga na ramena (pravo)sodnega proračuna. Sicer pa po avtorjevem mnenju v Nemčiji zveza med gospodarsko dinamiko in socialno izravnavo vse bolj izginja. To naj bi se kazalo tudi z vse bolj revnim starejšim prebivalstvom (*Alterarmut*), kar prav tako pripomore k povečevanju števila prosilcev za brezplačno pravno pomoč (*Analyse der Entwicklung von Einkommen und Vermögen*,

str. 252–272). Drugi razlogi za povečevanje obsega brezplačne pravne pomoči pa so večanje števila odvetnikov, obvezno zastopanje po odvetnikih (*Anwalt-zwang*) – in na drugi strani zmanjševanje števila sodnikov – kar pripomore k čezmernemu pravnemu svetovanju (*Beratungsüberschuss*), ki mu sodna praksa ne more več slediti (*Rechtspflegeimmanente Faktoren*, str. 273–280). Po avtorjevem mnenju se kljub sprejetju zakonskega predloga število postopkov in posledično obseg brezplačne pravne pomoči ne bosta zmanjševala (str. 285).

Šesto poglavje obravnava različne razvojne ideje v zvezi z brezplačno pravno pomočjo ter tudi širše (*Rechtspolitische Handlungsempfehlungen*, str. 286–395). Avtor na začetku predstavi pravni položaj brezplačne pravne pomoči v Evropi (*Europäische Rechtslage*, str. 287–303), predvsem ustanovne pogodbe Evropske unije (str. 288), Evropsko konvencijo o človekovih pravicah (EKČP), zlasti prvi odstavek 6. člena EKČP (str. 299–303), Listino Evropske unije o temeljnih pravicah, predvsem tretji odstavek 47. člena (str. 288–293), smernice Evropske unije (str. 294–298) itd. V nadaljevanju so opredeljeni ukrepi znotraj instituta brezplačne pravne pomoči (*Ansätze zur Reform innerhalb der geltenden Prozesskostenhilfbestimmungen*, str. 304–315), ukrepi v odvetništvu in splošni ukrepi. Avtor navede tudi nekatere predloge, kako še naprej razvijati sistem brezplačne pravne pomoči, ne da bi to imelo škodljive finančne ali procesne posledice za prosilce brezplačne pravne pomoči. Pri tem prikazuje nekatere primerjalne rešitve: angleško-waleški sistem *legal-aid*, francoski model (EPP – *evaluation des pratiques professionnelles*), mednarodni model *pay for performance* itd. Zanimivo je, da avtor kot enega izmed nadaljnjih korakov vidi razbremenitev sodišč glede čistih upravnih nalog *per se*, ki sodnike na področju brezplačne pravne pomoči silijo k soočanju s »socialnim« pravom, ki je sodnikom tuje (*Entlastung der Gerichte von Prozesskostenhilfverfahren*, str. 375–381). Obremenjevanje sodišč z izvajanjem in kontrolo postopkov brezplačne pravne pomoči v ustreznem času in z ustrežno kakovostjo si je glede na sedanje stanje postopkov in kompleksnost pravne materije težko zamisliti. Država bi morala naloge po mnenju avtorja bolje razdeliti. Preverjanje dohodkov in premoženja naj bi bilo naloga drugega (upravnega) organa, in sicer centralnega organa za brezplačno pomoč (*Übertragung der Zuständigkeit der Vermögensprüfung auf eine Behörde*, str. 316–320). Pri tem avtor kot zgled omenja ureditev brezplačne pomoči na Madžarskem. Poleg spremembe pristojnosti za odločanje o subjektivnih pogojih za brezplačno pravno pomoči bi bilo po avtorjevem mnenju treba spremeniti tudi objektivne pogoje. Več pozornosti bi bilo treba nameniti predhodnim postopkom in izvensodni pravni pomoči v smislu diverzifikacije obstoječih možnosti dostopa do pravne varnosti (*Ansatz der stärkeren Konzentration auf vor- und aussergerichtliche Beratung*, str. 381–386). K pravni varnosti na splošno – in možnosti izognitve potrebi po prejemu

brezplačne pravne pomoči – bi pripomogel boljši zakonodajni proces (*Begrenzung und Verbesserung der Steuerung von Verrechtlichung*, str. 386–392). Glede na vse navedeno je po mnenju avtorja v reformni proces nujno treba vključiti veliko število strank in interesnih skupin (str. 395).

Sedmo poglavje je namenjeno sklepu in pogledu naprej (*Resümee und Ausblick*, str. 396–409). Avtor navaja, da je brezplačna pravna pomoč danes v žarišču pozornosti in predmet upravnega, družinskega ter socialnega prava. Brezplačni pravni pomoči pripisuje velik pomen, zlasti za tisti del prebivalstva, ki ne razpolaga z zadostnimi finančnimi sredstvi, saj mu ta oblika pomoči omogoča dostop do državnih institucij, pripomore k vzpostavljanju in ohranjanju pravnega miru, omogoča reševanje sporov pred pravnimi/sodnimi institucijami. Zmanjševala naj bi tudi povpraševanje po drugih državnih (socialnih) storitvah. Pri kakršnikoli spremembi zakonodaje, ki obravnava brezplačno pravno pomoč, je po avtorjevem mnenju treba imeti pred očmi drugačne potrebe časa in razvoj pravnih institucij (str. 409: *Der Gesetzgeber hat bei seinen Überlegungen besonders darauf zu beachten, dass heute ein anderes Schutzniveau erforderlich ist, als noch zu der Zeit der Verabschiedung des Armenrechts in der CPO des 19. Jahrhunderts. Vor allem darf er dabei nicht vergessen, dass der Schutz der Schwächern in der Gemeinschaft immer auch Mitteleinsatz verlangt und nicht aus sich selbst heraus entsteht.*).

dr. Boštjan Tratar,
generalni državni pravobranilec Republike Slovenije,
docent na Fakulteti za državne in evropske študije

AVTORSKI SINOPSIS

*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*UDK: 929Scalia A.
347.962(73)**ZOBEC, Jan: O življenju in delu sodnika Antonina Scalie (1936–2016)****Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 3-4**

Članek je poklon sodniku Antoninu Scali, enemu od najvplivnejših sodnikov v ameriški zgodovini. Avtor poda kratek oris njegove izjemne osebnosti, predstavi bežen oris njegovega življenja, dela in osebnega značaja, največ pozornosti pa posveti originalizmu, ki je v osi sodnikove sodniške filozofije. Sodnikova trdna zavezanost razlagi Ustave ZDA, kot je bila razumljena v času, ko je bila sprejeta, je učinkovito uravnotežila v času njegovega prihoda na Vrhovno sodišče prevladujočo teorijo o »živeči« ustavi. Nekateri kritiki so očitali, da pomeni originalizem ustavno potrditev konservativne politike. A je resnica ravno nasprotna: originalizem je ideološko slep, je namreč samo način razumevanja pravnega besedila, medtem ko so rezultati razlage lahko liberalni ali konservativni, napredni ali zastareli, v korist tega ali onega političnega bloka. Scalia se je tega dobro zavedal. Glede potrebe po sodniški zadržanosti je kratko rekel, da če si dober sodnik, pogostokrat nisi zadovoljen z rezultatom svojega sojenja. Scalia bo ostal v spominu po predanosti vladavini prava in ustavnemu načelu delitve oblasti. Velik, enkrat in neponovljiv je bil tudi zaradi smisla za prijeteljstvo in sočutje.

*Original Scientific Article*UDC: 929Scalia A.
347.962(73)**ZOBEC, Jan: On the Life and Work of the Honorable Antonin Scalia (1936–2016)****Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 3-4**

The article is a tribute to Justice Antonin Scalia who himself ranks among the most influential Justices in American history. The author attempts to present a brief outline of Justice's enormous personality, a short overview of his life, work and an insight of his personal character, yet the foremost attention is paid to the doctrine of originalism, which is the centerpiece of his judicial philosophy. His firm commitment to the reading of the Constitution, as it was understood at the time of its adoption, effectively counterbalanced the "morphing" theory of Constitution ("living" Constitution), the leading school of constitutional interpretation in the times when he joined the Court. Some critics say that originalism gives constitutional sanction to conservative politics. However, the truth is quite opposite: originalism is ideological blind; it is just a method of reading legal texts – whereas its outcome could either be liberal or conservative, progressive or dated, in favor of one or another political block. Scalia was fully aware of that. He sketched out a modest conception of the role of a Supreme Court Justice: "Very often, if you're a good judge, you don't really like the result you're reaching." He will be remembered for his devotion to the rule of law and the constitutional principle of the separation of powers. What also makes him great, unique and unrepeatable was his gift for friendship and great compassion.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.72:330.1(497.4)

PODOBNIK, Klemen: Pasti uvedbe pravila poslovne odločitve (*business judgment rule*) v slovensko korporacijsko pravo

Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133) št. 3-4

Avtor v prispevku kritično analizira neuspešen poskus spremembe slovenske korporacijske zakonodaje na področju standarda skrbnosti članov organov vodenja in nadzora, pri čemer kratko prikaže, kako in v kakšni obliki je predlagatelj novele ZGD-1I želel uzakoniti pravilo poslovne presoje (angl. *business judgment rule*), v nadaljevanju pa se osredotoči na podroben oris razvoja pravila v svojem izvornem okolju (Združene države Amerike). Ugotavlja, da je pravilo daleč od popolne pojmovne izčiščenosti, ter da se njegov vsebinski razvoj še nadaljuje. Prikaže diametralno nasprotno dojemanja instituta *business judgment rule* in se nato utemeljene sprašuje o smiselnosti njegove nepremišljene in slabo argumentirane uzakonitve v slovenskem korporacijskem pravu. Avtor izraža bojazen, da bi lahko uvajanje pravila poslovne presoje v obliki in na način, ki ga je izbral predlagatelj novele ZGD-1I nevarno znižati v Sloveniji že tako nizko raven generalnopreventivnega učinkovanja grožnje s sankcijo odškodnine za protipravno ravnanje članov organov vodenja in nadzora v delniških družbah.

Original Scientific Article

UDC: 341.211:342.3

PODOBNIK, Klemen: Potential Pitfalls of the Enactment of the Business Judgment Rule Doctrine in Slovenia**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 3-4**

The paper critically examines the unsuccessful attempts to amend the corporate legislation in Slovenia in the ambit of managers' duty to care. The author then sketches out the amendment proponents' perception of the business judgment rule and the method and manner that were used in the attempt to codify it. The main thrust of the article is dedicated to the analysis of the development of the business judgment rule doctrine in the United States (its birthplace), whereby the author determines that (a) the doctrine's development is still ongoing and (b) there is no single uniform interpretation of the its meaning, both mainly due to the highly diverging perceptions of its ambit and reach by the Delaware courts. These facts are then used to question the validity of a somewhat sophistic and hasty enactment of the doctrine in Slovenia, which could lower an already dangerously low level of general deterrence function of damages for illegal directors' acts.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 341.211:342.3

POGAČNIK, Miha: Izbrani mednarodnopravni vidiki državne suverenosti**Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133) št. 3-4**

Prispevek obravnava izbrane vidike (izvajanja) suverenosti države kot samostojnega subjekta mednarodnega prava s posebnim poudarkom na Republiki Sloveniji in njeno poti v mednarodnih odnosih. Z morda nekoliko kritičnim pristopom želi avtor spodbuditi premislek glede državno suverenega razumevanja in ravnanja v posameznih konkretnih primerih, s katerimi se je Republika Slovenija v preteklih desetletjih soočila kot novonastali subjekt mednarodnega prava, pri čemer je iztočnica naravnana na misel: če imamo samostojno, suvereno in neodvisno državo, potem je treba suverenost skrbno negovati.

Original Scientific Article

UDC: 341.211:342.3

POGAČNIK, Miha: Selected International Law Issues regarding State Sovereignty**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 3-4**

The article deals with selected issues of (executing) the sovereignty of the state as an independent body of international law with a special emphasis on the Republic of Slovenia and its way in international relations. With perhaps a slightly critical approach, the author wishes to encourage a deliberation regarding states' sovereign understanding and action in certain situations which Slovenia has faced as a new subject of international law in previous decades. The author's standpoint is: if we have an autonomous, sovereign, and independent state, its sovereignty should be well taken care off.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 343.8:343.241(497.4)

FILIPČIČ, Katja: Denarna kazen**Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 3-4**

Denarna kazen je v Evropi dobro sprejeta, saj v večini držav predstavlja več kot polovico vseh izrečenih kazni. Od njene uvedbe je doživela številne spremembe. Najpomembnejša je uvedba dnevnih zneskov, ki omogoča socialno pravičnost pri njenem izrekanju. Ena od glavnih težav denarne kazni pa je njena nadomestitev z zaporno kaznijo v primeru neplačila, saj s tem storilca doleti kazen, ki ne odraža teže njegovega dejanja. Države si na različne načine prizadevajo doseči čim večji delež izvršenih denarni kazni, tudi z uvajanjem dela v korist skupnosti kot alternativo nadomestnemu zaporu. V Sloveniji je vloga denarne kazni bistveno drugačna od večine evropskih držav; po letu 1990 začne njen delež močno upadati in znaša leta 2014 manj kot štiri odstotke. Statistični podatki tudi kažejo, da jo nekatera sodišča izrekajo bistveno pogosteje kot druga, kar spodjeda načelo enakosti kaznovanja.

Review Article

UDC: 343.8:343.241(497.4)

FILIPČIČ, Katja: Financial Penalty**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 3-4**

The financial penalty is well received in Europe, since it makes up more than half of all imposed penalties in most countries. It has gone through many changes since its first introduction. The most important one being the introduction of the day-fine, which allows social fairness at imposition. One of the main issues of the financial penalty is its replacement with a prison sentence in case of non-payment, since the offender is given a sentence which does not reflect the gravity of the offences. Countries seek to achieve a greater share in the execution of financial penalties in different ways, such as introducing community service as a substitute to prison for fine defaulters. In Slovenia the role of the financial penalty is different to most other European countries; after 1990 its share began to drop severely and constituted less than 4% in 2014. Statistics show that some courts impose it far more often than others, which undermines the principle of equal punishment.

Strokovni članek

UDK: 347.736:347.191.6

KRŽAN, Nevenka: Poslovnofinančni fenomen prestrukturiranja in ukrepi prestrukturiranja**Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133) št. 3-4**

Ne glede na to, ali se nad dolžnikom vodi postopek zaradi insolventnosti ali postopek preventivnega prestrukturiranja, običajno samo ukrepi finančne narave niso dovolj koreniti poseg v poslovanje podjetja, da bi odpravili vzroke za nastanek insolventnosti. Zato so tudi v Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) predvideni drugi ukrepi za odpravo vzrokov insolventnosti. Avtorica v uvodu povzema nekaj osnovnih opredelitev insolventnosti in prestrukturiranja, kot izhajajo iz ZFPPIPP. V nadaljevanju se osredotoči na celovito pripravo načrta finančnega in poslovnega prestrukturiranja, kot ga opredeljuje mednarodna praksa in je v veljavi pri načrtovanjih preobratov poslovanja v podjetjih. Avtorica poudarja, da postopkov, ki jih opisuje, ni nujno opravljati zgolj v fazi, ko je podjetje že ugotovilo znamenja insolventnosti, temveč bi jih morali izvajati vsi, ki so zaznali finančne težave.

Professional Article

UDC: 347.736:347.191.6

KRŽAN, Nevenka: Business and Financial Phenomenon of Restructuring and Restructuring Measures**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 3-4**

Regardless of the fact, whether the debtor is under insolvency proceeding or the proceeding of preventive restructuring, usually merely financial measures are not an adequate intervention regarding the company's business operation in order to dismiss the grounds for insolvency. Consequently, the Slovenian Financial Operations, Insolvency Proceedings and Compulsory Dissolution Act (ZFPPIPP) itself includes other measures to dismiss the grounds for insolvency. The issue is introduced with a summary of some basic definitions of insolvency and restructuring as derived from the ZFPPIPP. A focus on a complete preparation of financial and business restructuring plan as defined by international practice and used when planning a turn in the companies' businesses is given. The author emphasizes that the described measures are not only urgent only when the company is faced with the elements of insolvency, but should rather be executed by all those who face any financial difficulties.

Prikaz knjige

UDK: 347.921.8(049.3)

TRATAR, Boštjan: Sistem brezplačne pravne pomoči v Nemčiji pred novimi izzivi

Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133) št. 3-4

Avtor predstavlja knjigo Marca Gogolina, v kateri ta obravnava nove izzive pri urejanju sistema brezplačne pravne pomoči v Nemčiji (*Die Deutsche Prozesskostenhilfe im Umbruch, Anforderungen und Bedürfnisse einer modernen Rechtshilfe unter Einordnung sozialer und gesellschaftlicher Entwicklungen und Einbeziehung aktueller europäischer und internationaler Rechtsentwicklungen*, Duncker & Humblot, Berlin 2015, 435 strani).

Book Review

UDC: 347.921.8(049.3)

TRATAR, Boštjan: System of Free Legal Aid in Germany Before New Challenges

Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 3-4

The author gives a book review of Marco Gogolin, in which he presents new challenges in free legal aid system in Germany (*Die Deutsche Prozesskostenhilfe im Umbruch, Anforderungen und Bedürfnisse einer modernen Rechtshilfe unter Einordnung sozialer und gesellschaftlicher Entwicklungen und Einbeziehung aktueller europäischer und internationaler Rechtsentwicklungen*, Duncker & Humblot, Berlin 2015, 435 pages).

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 kakem 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 *Hitri postopek in pravna sredstva v ZP-1*, ki sem jo avtor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspešno zagovarjal 5. maja 2016 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

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 e-pošti (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

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

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

— 3.

O objavi odloči uredniški odbor na podlagi pozitivne recenzije, ki je pridobljena v postopku t. i. dvojne anonimizirane recenzije (angl. *double blind review*), ko ne

avtor in ne recenzent (slednji seveda le do morebitne objave članka) ne vesta za ime drugega. Za ta namen mora avtor uredništvu že ob oddaji članka sporočiti, kdo so »kontaminirani« strokovnjaki, ki dejstvo, da je avtor pripravil ta prispevek, že poznajo, saj ti v postopku recenziranja ne smejo sodelovati. Avtorju se odločitev o (ne)objavi oziroma potrebi po dopolnitvi/popravi prispevka sporoči skupaj z (anonimizirano) obrazložitvijo recenzenta.

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, v enem odstavku. 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, Pravnik, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3 oziroma NOVAK, Janez: Legal Remedies in ZP-1, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Avtor lahko, kar je zaželeno, pripravi tudi daljši povzetek v angleščini, 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 podrobnejšega pregleda 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, v primeru vsebinskih razlogov pa se avtor odpove morebitnemu honorarju, ki ga uredništvo nameni za dodatne stroške obdelave daljšega besedila.

— 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 sprotnih 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 sprotnih opombah pa se zapiše zgolj »Prav tam.« oziroma – če je le stran istega vira druga – »Prav tam, str. 56.«

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

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

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

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

— 6.

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

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

— 7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

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

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

- **pri zbirkah člankov in poglavjih v knjigah:** poleg pisca članka in naslova ter strani obsega citiranega članka oziroma poglavja tudi naslov zbirke oziroma knjige ter imena in priimki avtorjev oziroma morebitnih urednikov, z označbo, če gre za urednike (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: Darja Kovač 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. 2016).

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** (z okrajšanim zapisom letnice), 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-23/08 z dne 5. 6. 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 podpisanega čim prej vrne uredništvu.

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

Za uredniški odbor odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

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

1.

As a rule, *The Jurist* only publishes manuscripts which **had neither been published nor sent for publication to any other publisher**. If the author of an already published manuscript considers that special reasons for publishing the same manuscript in *The Jurist* exist, he/she must notify the editor and provide information on where the manuscript has already been published or to which publisher it has been sent for publication. The author has to emphasize the distinctions between the both manuscripts, e.g. in the scope of the manuscript, new information or new data and 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 noted in footnote 1 of the manuscript.

2.

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

Manuscripts have to be grammatically correct, otherwise the manuscript may 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.

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

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

3.

The author may suggest the classification for his/her manuscript. The final decision on publication is made by the editorial board upon a positive double-blind peer review. To facilitate this review process, the author should remove any identifiable information in the body of the manuscript from the version submitted for review, and should inform the editorial board of the names of any experts who would for any reason, such as collaboration or previous familiarity with the manuscript, be unable to conduct a blind review. The author shall be informed of the decision on the publication as well as a possible request for revision, along with the (anonymized) explanation of the reviewer.

Manuscripts should be accompanied by an abstract and up to five key words, both in Slovenian and English. The cost of preparing the Slovenian abstract (EUR 30.00) may be deducted from the potential author's fee if provided by the editorial board upon request of the author. Abstract should not be longer than 15 lines (or span more than one paragraph), and should include the last name (in capital letters) and first name of the author as well as 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 in Slovenian but also in selected other languages (English, German, Italian, Croatian and in 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 the suggested language. Manuscript in a foreign language has to be grammatically correct. The editorial board does not perform corrections. In addition to the short (15-line) abstract with five key words in Slovenian and English, the manuscript must also be accompanied with a longer abstract (of 1.000 words) in Slovenian.

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 bibliography count towards this limit. An advance agreement with the editor is required for longer manuscripts.

5.

Bibliography should be presented at the end of the manuscript, with full bibliographical information, in the alphabetical order of the 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, with the page number(s) added if distinct from the previous one.

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.

Upon agreement to have their article published, 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 publication 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 may be rejected.

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

UPUTE ZA AUTORE*

1.

Pravnik u pravilu objavljuje samo radove koji još **nisu bili niti objavljeni niti poslani na objavu** drugom časopisu. Ako pisac već objavljenog djela smatra da postoje posebni razlozi i za objavu u Pravniku, mora javiti gdje je djelo bilo objavljeno odnosno kome je bilo poslano na objavu. Ako pisac u svome djelu navodi otkrića koja je argumentirao i/ili već izrazio u nekom svojem drugom djelu, korektno je od izdavatelja odnosno izdavača tog teksta, da u bilješci navede da je o tome već pisao i gdje. Ako dijelove teksta iz svog članka objavljenog u Pravniku u identičnom obliku objavi u drugoj publikaciji, mora navesti da je o tome (šire) već pisao u članku koji je bio objavljen u reviji Pravnik. Ako je djelo bilo pripremljeno na osnovi kojeg drugog djela, tj. teksta koje je bilo pripremljeno s drugačijom namjenom (seminarski rad, diplomski, magistarski ili doktorski rad, poglavlje u kojem drugom, možda još neobjavljenom književnom radu i sl.), to je potrebno izričito navesti u prvoj bilješci.

Primjer: Djelo je bilo pripremljeno na osnovi magistarskog rada naslova Brzi postupak i pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, kojeg je sam autor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspješno obranio 5. svibnja 2008. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Ljubljani.

Autor za uredništvo treba navesti i razlike između oba teksta (npr. u opsegu, u novijim podacima i dodatnim izvorima koji su uzeti u obzir), a uredništvo će odlučiti je li objava djela prikladna.

2.

Radovi moraju biti poslani putem e-pošte (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Radovi moraju biti jezično besprijekorni, u suprotnom će se tekst vratiti autoru na popravak odnosno objava djela bit će odbijena. Naslov djela i naslovi prve razine moraju biti napisani velikim tiskanim slovima, dok naslovi nižih razina moraju biti napisani malim slovima. Ime i prezime pisca s obrazovanjem, znanstvenim nazivom i/ili akademskim stupnjem te funkcijom i institucijom u kojoj je zaposlen, navode se ispod naslova.

* Prijevod je rad Nikoline Krtinić. Izmijene su rad Boštjana Koritnika.

Primjer: **Janez Novak**, sveučilišni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, savjetnik uprave, Tax-Lex, d. d., Ljubljana.

3.

O objavljivanju odlučuje uređivački odbor na temelju pozitivne dvojne anonimne recenzije (eng. double blind review), kod koje recenzentima nije poznato ime autora do objave članka. Radi toga autor treba uredništvu kod predaje članka javiti imena »kontaminiranih« stručnjaka, kojima je poznato, da je autor pripremio taj članak. Ti stručnjaci u postupku recenzije ne smiju sudjelovati. Autoru se informacija o (ne)objavi odno-sno potrebi da se članak dopuni/ispravi javlja zajedno sa objašnjenjem anonimnog recenzenta.

Radove razvrstava u rubrike revije urednički odbor, a ako autor želi da se njegov rad uvrsti u određenu rubriku, neka to posebno navede. Kod članaka se mora pripremiti **sinopsis na slovenskom i engleskom jeziku (uključujući i prijevod naslova) te ključne riječi na oba jezika zbog internetske/web tražilice**. Sinopsis može imati obim od najviše 15 redova. Prvo neka se navedu prezime (u cijelosti s velikim slovima) i ime pisca, a zatim naslov članka i oznaka revije.

Primjer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, Pravnik, Ljubljana 2008, god. 63, br. 1–3 *odnosno* NOVAK, Janez: Legal Remedies in the Minor Offences Act, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Autor može – uredništvo to priželjkuje – pripremiti i duži sažetak na engleskom jeziku, koji će biti objavljen nakon članka na slovenskom jeziku. Time će postići jednostavnije širenje ideja djela među inozemnim čitateljima.

Pravnik objavljuje djela i na inozemnim jezicima (engleski, francuski, njemački, talijanski, hrvatski, srpski; u latinici), kad za to postoji poseban razlog, o kojem autor treba obavijestiti uredništvo i kojeg uredništvo na toj osnovi prihvati u objavu. U tom slučaju tekst mora biti i jezično besprijekoran jer uredništvo ne lektorira tekstove na inozemnom jeziku, a autor mora, uz kraće sažetke na slovenskom i engleskom jeziku iz prvog stavka ove točke uputa, pripremiti i duži sažetak na slovenskom jeziku, u duljini od približno 6.000 do 10.000 znakova. U pojedinačnom broju neće biti objavljen više od jedan članak na inozemnom jeziku.

4.

Opseg djela zavisi od teme koju autor obrađuje, ali pritom je potrebno poštivati temeljnu sadržajnu osnovu revije koja bi trebala pokrivati što više pravnih područja. U rubrici Članci radovi trebaju imati maksimalan opseg od dvije autorske pole (60.000 znakova s razmacima odnosno približno 30 strana s razmacima između redova 1,5), a i drugi radovi do jedne autorske pole (30.000 znakova sa razmacima odnosno do približno 15 strana s razmacima između redova 1,5).

U sve navedeno ubrajaju se i bilješke i popis literature. Za objavu djela u većem opsegu potreban je dogovor s uredništvom.

5.

Na kraju članka po mogućnosti treba biti **popis upotrijebljenih izvora** s potpunim bibliografskim podacima (vidi 7. točku) raspoređen po abecednom redu prezimena, a web stranice neka budu navedene odvojeno. U tom slučaju u bilješkama (ispod crte) navodi se samo prvo slovo imena i prezime s napomenom „nav. rad“ i stranom upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

U bilješkama koje neposredno slijede jedna drugu, navodi se samo „Baš tamo.“ odnosno – ako je samo strana iste literature druga – „Baš tamo, str. 56.“

Ako je isti pisac naveden s više radova, dopiše se godina u kojoj je rad bio objavljen.

Primjer: J. Novak, nav. rad (2005), str. 55.

Ako je na kraju rada naveden popis upotrijebljene literature, kod web stranica ne treba pisati datum zadnje posjete (jer je taj podatak u popisu literature).

Brojevi bilješki pišu se nakon interpunkcijskih znakova. Bilješke završavaju konačnim interpunkcijskim znakom.

6.

Ako djelu nije priložen popis upotrijebljenih izvora, potpuni se bibliografski podaci navode (vidi točku 7.) samo u onoj bilješci u kojoj se rad prvi put pojavi, a kasnije se navode samo ime i prezime autora s dodatkom „nav. rad“ i strana upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

7.

Potpuni bibliografski podaci obuhvaćaju:

- **kod knjiga:** ime i prezime pisca, naslov knjige (kod knjiga s više izdanja i oznaku broja izdanja), potencijalnog prevoditelja i u pravilu izdavatelja te mjesto i godinu izdanja.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu. Drugo izdanje, prijevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **kod zbirke članaka i poglavlja u knjigama:** osim pisca članka i naslova te strana opsega citiranog članka odnosno poglavlja i naslov zbirke odnosno

knjige te imena i prezimena autora odnosno potencijalnih redaktora, s oznakom, ako su redaktori ili urednici (ur.).

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač, Luka Kocmut, i Mitja Golob: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Ako postoji više od tri autora odnosno redaktora, uz zbirku, zbornik ili knjigu, dovoljno je navesti prezime i ime prvog navedenog, i zatim navesti „i drugi“.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač i drugi: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **kod članka iz revija:** ime i prezime pisca, naslov članka i naslov revije s navodom godišta, godine izdanja i broja te strane navedenog članka.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Pravnik, 125 (2008) 5–8, str. 202–233; brojevi znače: godište 125 (godina izdanja 2008), broj revije 5–8.

- **kod web stranica:** simbol < prije i simbol > nakon naziva web stranice, bez poveznice i s datumom – mjesec se tu piše s brojem – u zagradama.

Primjer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2016).

8.

Ako članak upućuje na **zakonski ili drugi pravni propis**, on se prvi put navodi s punim nazivom već u tekstu, sa službenom skraćenicom u zagradama.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Prekršajnom zakonu.

Ako službena skraćenica naziva ne postoji, skraćenicu odabire pisac.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Pravilniku o organizacijskoj strukturi prekršajnih organa (nastavno: Pravilnik).

Istovremeno se **u bilješci navodi broj Narodnih novina** u kojima je citirani akt bio objavljen.

Primjer: NN RH, br. 50/07.

9.

Sudska rješenja potrebno je citirati jednako kao što ih označava sud koji ih je izdao.

Primjer navođenja odluke Ustavnog suda RH:

odluka USRH, br. U-I-23/2008 od dana 5. lipnja 2008.

— 10.

Autor mora – uz svaku prvu objavu – **uredništvu poslati:**

OIB (osobni identifikacijski broj) porezni broj i porezni ured, adresu prebivališta (ulica, kućni broj, poštanski broj, mjesto), adresu za dostavu gradiva u vezi s objavom u reviji *Pravnik* (npr. službena adresa), broj transakcijskog računa (IBAN) i točan naziv banke, svoj telefonski broj i broj mobitela te e-mail/elektroničku adresu.

Autor mora obavijestiti uredništvo o potencijalnim izmjenama.

Autor je s posredovanjem rada u objavu suglasan s odredbama izdavačkog ugovora koji je dostupan na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Nakon objave djela, autor će primiti ispunjen ugovor u dva primjerka, od kojih jedan treba što prije potpisati i vratiti uredništvu.

Suradnike revije molimo da poštuju ove upute jer će u suprotnom uredništvo odbiti objavu njihovog rada.

Za urednički odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić



STVARNOPRAVNI DNEVI 2016

1. in 2. junij 2016 | Pravna fakulteta v Ljubljani

Vabljeni na Stvarnopravne dneve 2016, ki so namenjeni vsem, ki želijo celovit, sistematičen in strokoven pregled najpomembnejših aktualnih pravnih vprašanj s področja stvarnega prava in odgovorov nanje. Predstavili jih bomo s poglobljenimi strokovnimi utemeljitvami in s prikazom sodne prakse. Znanja in izkušnje bodo z nami delili vodilni strokovnjaki: **dr. Nina Plavšak, dr. Miha Juhart, dr. Renato Vrenčur, Miha Verčko, Maja Zorman, Bojan Podgoršek, Nada Kumar, dr. Matija Damjan, Tomaž Pavčnik, dr. Matjaž Tratnik, Jožica Velkaverh** in drugi.

Sreda, 1. junij 2016

LASTNINSKA PRAVICA IN NJENO PRAVNO VARSTVO

(vodja: dr. Nina Plavšak)

Pravne lastnosti lastninske pravice kot samostojne ali vključene pravice, pomen razpolagalnega upravičenja in pravno varstvo vknjižene, resnične in pričakovane lastninske pravice

Dr. Nina Plavšak

Uporaba pravil stvarnega prava pri varstvu vknjižene, resnične in pričakovane lastninske pravice v praksi slovenskih sodišč

Miha Verčko, Ministrstvo za pravosodje

Varstvo vknjižene, resnične in pričakovane lastninske pravice v postopkih po ZVEtL

Maja Zorman, sodnica, Okrajno sodišče v Kranju

ZASTAVNA PRAVICA

(vodja: dr. Miha Juhart)

Komisorna klavzula – kje in do kod

Dr. Miha Juhart, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

Neposredna izvršljivost notarskih zapisov

Bojan Podgoršek, notar

Notarska prodaja zastavljene nepremičnine

Nada Kumar, notarka

Hipoteka na nepremičnini, ki je predmet razlastitve

Dr. Matija Damjan, Inštitut za primerjalno pravo pri pravni fakulteti

Četrtek, 2. junij 2016

SLUŽNOSTI IN STAVBNA PRAVICA

(vodja: dr. Renato Vrenčur)

Pravni temelji pridobitve služnosti v javno korist s komentarjem najnovejše sodne prakse

Dr. Renato Vrenčur, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

Usklajenost sodne prakse glede priposestevovanja služnosti v javno korist

Tomaž Pavčnik, sodnik, Vrhovno sodišče RS

Pravna usoda služnosti in stavbne pravice v primeru prisilne prodaje nepremičnine v izvršbi in stečaju – pomen prednostnega načela

Dr. Nina Plavšak

Podnormiranost stavbne pravice v SPZ

Dr. Matjaž Tratnik, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

AKTUALNA VPRAŠANJA STVARNEGA PRAVA V PRAKSI SODIŠČ

Prikaz sodne prakse v zemljiškoknjižnih zadevah

Jožica Velkaverh, sodnica, Višje sodišče v Kopru

Okrogla miza – težave pri uporabi pravil stvarnega prava v praksi sodišč

program