



Medijski sponzor

---





2013

# Pravni letopis 2013

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

**ij** inštitutzapimerjalnopravo

**Izdal**

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

**Založila**

GV Založba, d. o. o.

**Uredniški odbor**

*odgovorni urednik:* dr. Lojze Ude

*sekretar:* dr. Matija Damjan

*člani:* mag. Nina Betetto, dr. Bojan Bugarič, dr. Marko Ilešič, dr. Miha Juhart,  
dr. Jernej Sekolec, Jan Zobec

*Članki v publikaciji so recenzirani.*

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

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

**Oblikovanje**

Anja Tavčar

**Računalniški prelom**

Biserka Bradeško

**Tisk**

Itagraf, d. o. o.

Ljubljana 2013

**Naklada**

150 izvodov

**Cena z DDV**

38,00 EUR

**Naročila**

tel.: 01 30 91 821

faks: 01 30 91 815

---

Ljubljana 2013

ISSN 1855-5861

# Kazalo

## **I. PROCESNA VPRAŠANJA V ZVEZI S STVARNOPRAVNIMI ZAHTEVKI**

- 9 **Praktični primeri glede razmerja med obligacijsko in stvarnopravno naravo zahtevka**  
Aleš Galič
- 25 **Delitev skupnega premoženja v zapuščinskem in pravnem postopku**  
Mateja Končina Peternel
- 39 **Razprava o pomenu izstavitve zemljiškoknjžnega dovolila in o nekaterih posledicah spremenjene ureditve izbrisne tožbe**  
Jasna Hudej, Iztok Ščernjavič

## **II. MEDNARODNO ZASEBNO PRAVO**

- 57 **Determination of the Child's Habitual Residence According to the Brussels II bis Regulation**  
Ilija Rumenov

## **III. JAVNA INFRASTRUKTURNA OMREŽJA NA TUJIH ZEMLJIŠČIH**

- 85 **Pravne podlage za ureditev položaja infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih**  
Matija Damjan

## **IV. UČINKI STVARNOPRAVNIH ZAVAROVANJ**

- 107 **Zavarovanje terjatev z vrednostnimi papirji**  
Miha Juhart
- 119 **Akcesornost zastavne pravice**  
Renato Vrenčur

## **V. ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST DRŽAVE**

- 141 Odškodninska odgovornost države**  
Damjan Možina
- 167 Odškodninska odgovornost za kršitev človekovih pravic**  
Saša Zagorc
- 185 Odškodninska odgovornost sodnika in odgovornost države zanj**  
Jan Zobec
  
- 215 Odškodninska odgovornost stečajnih upraviteljev in odgovornost države zanje**  
Mile Dolenc

## **VI. NOMOTENIKA**

- 231 Nomotehnika, pravna država in politika**  
Franc Grad
- 241 O prepovedi retroaktivnosti predpisov**  
Borut Šinkovec
- 251 Avtentična razlaga zakona v praksi**  
Saša Zagorc
- 269 Nujni zakonodajni postopek**  
Andreja Kurent
- 283 Nomotehnika kot ovira zlorabam v pravodajnih postopkih**  
Bečir Kečanović, Albin Igličar

## **VII. POVZETKI/ABSTRACTS**



# Procesna vprašanja v zvezi s stvarnopravnimi zahtevki

# I.

ALEŠ GALIČ

*Praktični primeri glede razmerja med obligacijsko in stvarnopravno  
naravo zahtevka*

MATEJA KONČINA PETERNEL

*Delitev skupnega premoženja v zapuščinskem in pravnem  
postopku*

JASNA HUDEJ, IZTOK ŠČERNJAVIČ

*Razprava o pomenu izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila  
in o nekaterih posledicah spremenjene ureditve izbrisne tožbe*





Strokovni članek  
UDK 347.4:347.2:347.9(497.4)

# Praktični primeri glede razmerja med obligacijsko in stvarnopravno naravo zahtevka

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

Prispevek nima ambicije doseči ravni znanstvenega dela. Želi pa na praktičnih primerih pokazati, da je za pravilno uporabo procesnega prava nujno predhodno razumeti temeljne pojme civilnega prava, predvsem razmerje med obligacijskim in stvarnim pravom oziroma pravicami.

## Primer 1: Odtujitev stvari, o kateri teče pravda

*A je tožil B-ja, naj mu vrne računalnik, ki mu ga je B ukradel (varianta: ki ga je A B-ju posodil). Skliceval se je na svojo lastninsko pravico (reivindikacijska tožba). Med pravdo je B računalnik prodal C-ju, nato pa je ugovarjal, da računalnika nima in da ga zato ne more vrniti. Kaj bo storilo sodišče?*

*A je z B-jem sklenil prodajno pogodbo glede določenega avtomobila. Ker B avtomobila ni izročil, je A proti njemu vložil tožbo za izpolnitev pogodbe (tj. izročitev avtomobila). Med pravdo je B avto prodal in izročil C-ju. Ali sodišče zahtevku lahko ugotovi in ali bi obsodilna sodba učinkovala tudi zoper C-ja?*

Po 190. členu Zakona o pravnem postopku<sup>1</sup> (v nadaljevanju ZPP) odtujitev stvari ali pravice, o kateri teče pravda, ni ovira, da se pravda med istima strankama ne dokonča. Vendar ne gre le za to, da se pravda med prvotnima strankama ne bi mogla končati (pravda se ne nazadnje lahko konča tudi z zavrženjem tožbe ali z zavrnitvijo zahtevka). Gre za to, da bo sodišče pravdo »končalo«, ne da bi pri tem upoštevalo, da je med pravdo prišlo do spremembe stvarne legitimacije – torej če bo ugotovilo, da je bila stvarna legitimacija podana med prvotnima strankama, bo zahtevku *ugodilo* ne glede na odtujitev med pravdo. To je odmik od splošnega

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 27/99 in nasl.

pravila, po katerem sodišče sodi glede na stanje ob zaključku glavne obravnave (in ne stanje ob vložitvi tožbe). Vendar tudi to še ni najbolj pomembna posledica 190. člena ZPP. Tožniku namreč sama po sebi še ne koristi sodba, s katero sodišče tožencu naloži, da na primer vrne tožniku določeno stvar. Ta stvar je namreč zaradi odtujitve že pri tretji osebi, zato tožnik z izvršbo proti tožencu do svoje stvari ne bi mogel priti. Najpomembnejša posledica 190. člena ZPP je v tem, da bo sodba, izdana med »prvotnima« strankama, neposredno (z učinkom pravnomočnosti) učinkovala tudi proti osebi, ki je stvar pridobila med pravdo (smiselno enako velja za odtujitve na strani tožnika). Tožnik bo torej lahko na podlagi sodbe, ki se glasi na ime toženca, zahteval izvršbo proti tretji osebi – tisti, ki ji je toženec sporno stvar odsvojil med pravdo. Gre torej za pomembno razširitev subjektivnih mej pravnomočnosti: pravnomočnost sodbe se razteza tudi na singularnega pravnega naslednika, in sicer ne le v primeru, da je do tega pravnega nasledstva prišlo po pravnomočnosti, pač pa že v primeru, da je do singularnega pravnega nasledstva prišlo po vročitvi tožbe tožencu. Dodatno vprašanje je, ali mora tožnik zaradi odtujitve prilagoditi zahtevek, tako da zahteva izpolnitev v korist oziroma v breme pridobitelja. Na to se nanašata tako imenovani relevantna in irrelevantna teorija (vendar to za obravnavani primer ni bistveno).

Namen ureditve po 190. členu ZPP je v zavarovanju položaja tožnika. Nujno je namreč preprečiti, da bi se toženec obsodbe v pravnem postopku na primer za izročitev določene stvari ob lastninski tožbi lastnika enostavno rešil tako, da bi med pravdo stvar odtujil tretji osebi, nato pa ugovarjal, da stvari več nima v posesti in zato lastninska tožba ne more biti naslovljena nanj (za lastninsko tožbo je pasivno stvarno legitimiran tisti, ki ima stvar v posesti, pa ni lastnik). Glede odtujitev (stvari ali terjatve) na strani samega tožnika pa je namen 190. člena ZPP zagotoviti, da obstoj pravde ne bo prizadel tožnikove (upnikove) razpolagalne sposobnosti (v pravnem in v ekonomskem smislu); tožnik lahko zato tudi v teku pravde neovirano razpolaga s stvarjo oziroma pravico, na katero se nanaša pravda.

Odtujitev stvari, o kateri teče pravda, pomeni naknadno ločitev procesne od stvarne legitimacije. Ugotovitev, da je zaradi odtujitve prišlo do prenosa stvarne legitimacije, je za možnost uporabe 190. člena ZPP nujna. Treba je opraviti preizkus (ko gre za odtujitev na strani toženca), *ali bi v primeru, da bi do odtujitve prišlo že pred pravdo, tožnik s tožbo uspel le, če bi jo vložil proti pridobitelju.*

Iz navedenega izhaja pomembna ugotovitev: uporaba 190. člena ZPP *ne pride v poštev, ko gre za tožbo o obligacijski pravici* glede določene stvari (na primer tožba za izpolnitev prodajalčeve obveznosti izročitve stvari iz prodajne pogodbe), pa toženec v teku pravde odsvoji stvar, ki je predmet prodajne pogodbe. V tem primeru namreč *ne pride niti do prenehanja stvarne legitimacije toženca niti do nastanka stvarne legitimacije pridobitelja*. Obligacijskoppravna zaveza prodajalca, da izroči stvar, na katero se nanaša prodajna pogodba, je neodvisna od tega, ali on stvar sploh ima oziroma ali je njen lastnik. Okoliščina, da prodajalec ni lastnik stvari, ne vpliva

niti na veljavnost prodajne pogodbe (gl. 440. člen Obligacijskega zakona,<sup>2</sup> v nadaljevanju OZ) in enako tudi naknadna izguba lastninske pravice prodajalca seveda ne povzroči, da s tem preneha prodajalčeva zaveza, da izpolni tisto, k čemur se je zavezal s prodajno pogodbo (če se bo v izvršilnem postopku izkazalo, da pogodbe ne more izpolniti, ker ni lastnik in zato ne more prenesti lastninske pravice, se pač izpostavi sankcijam, vključno odškodninskim zaradi neizpolnitve pogodbe). Odtujitev stvari, ki je predmet prodajne pogodbe, torej ne povzroči prenehanja pasivne stvarne legitimacije toženca – prodajalca glede obveznosti, da to stvar izroči kupcu. Enako pa velja tudi glede položaja pridobitelja. Enako kot v primeru, ko prodajalec sklene prodajno pogodbo glede tuje stvari, ta pogodba seveda ne ustvarja nikakršnih obveznosti za lastnika stvari, tudi okoliščina, da tretja oseba po sklenitvi prodajne pogodbe pridobi lastninsko pravico na tej stvari, ne pomeni, da zanj učinkuje obveznost, da to stvar izroči osebi, s katero je prejšnji lastnik sklenil prodajno pogodbo. Kupec ima obligacijskopravno pravico do izročitve stvari (izpolnitve pogodbe) le zoper prodajalca, ne pa zoper osebo, ki je naknadno pridobila to stvar. To velja tako v primeru, ko do odsvojitve stvari pride že pred pravdo (tudi v primeru, ko prodajalec namesto kupcu že pred pravdo stvar izroči tretji osebi, bi kupec z zahtevkom za izročitev te stvari uspel le s tožbo zoper prodajalca, ne pa zoper tretjo osebo), kot tudi v primeru, ko do odsvojitve pride v času med pravdo. Ne gre za položaj, ki ustreza navedenemu preizkusu, ali bi tožnik, če bi do odsvojitve prišlo že pred pravdo, z zahtevkom uspel le, če bi tožbo vložil proti pridobitelju. Vse navedeno izhaja iz razlikovanja med obligacijskoprnim in stvarnopravnim področjem. Obstoj obligacijskopravne obveznosti izpolnitve pogodbe je neodvisen od stvarnopravnega položaja glede vprašanja, kdo je lastnik stvari, ki je predmet pogodbe. Sprememba lastniškega položaja ne povzroči niti prenehanja obveznosti (stvarne legitimacije) dolžnika iz pogodbe (ne gre za naknadno nemožnost izpolnitve, kot je to lahko na primer pri uničenju stvari) niti nastanka obveznosti (pridobitve pasivne stvarne legitimacije) osebe, ki ima ali je naknadno pridobila lastninsko pravico na stvari, ki je predmet pogodbe. V obravnavanih položajih, ko na primer prodajalec v teku pravde za izpolnitev pogodbene obveznosti stvar proda še enkrat in jo izroči drugemu kupcu, se torej tožnik ne more zanesti na 190. člen ZPP. Glede zahtevkov obligacijskopravne narave 190. člen ZPP pride v poštev le v zvezi z najemno oziroma zakupno pogodbo – pri tej namreč velja specifična ureditev o prevzemu obligacijskoprnega položaja zaradi odtujitve stvari, ki je bila dana v najem oziroma zakup (610. člen OZ).

Obravnavana določba varuje tožnikov položaj predvsem, ko gre za *stvarnopravne* zahtevke. Pri stvarnopravnih zahtevkih je namreč pogosto, da se obstoj stvarne legitimacije veže na posest toženca (tipično pri reivindikacijski tožbi; drugi odstavek 92. člena Stvarnopravnega zakonika,<sup>3</sup> v nadaljevanju SPZ). Predvsem v takšnem primeru je nujno, da je tožnik zavarovan

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 83/2001 in nasl.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 87/2002.

pred možnostjo, da bi toženec med pravdo stvar odtujil. Z izgubo posesti namreč toženec izgubi tudi pasivno stvarno legitimacijo pri reivindikacijski tožbi, nastane pa pasivna stvarna legitimacija novega posestnika. Po splošnem pravilu (če ne bi bilo 190. člena ZPP) bi bilo to za tožnika usodno – sodišče namreč ne sodi glede na stanje ob začetku postopka (ko je toženec bil posestnik), temveč glede na stanje ob koncu glavne obravnave (ko posest toženca ni podana). *Če bi do prenosa posesti prišlo že pred pravdo, bi tožnik (lastnik) uspel le, če bi tožbo za vrnitev stvari vložil proti novemu pridobitelju.* Glede na 190. člena ZPP lahko torej pravilo, da je lastninska tožba utemeljena, če tožnik izkaže, da je lastnik in da je toženec posestnik, ki ni lastnik, natančneje opredelimo tako, da mora tožnik izkazati, da je toženec, ki ni lastnik, posest stvari imel v trenutku, ko mu je bila vročena tožba.

Zavezovalni pravni posel (na primer toženčeva sklenitev prodajne pogodbe s tretjo osebo) še ne pomeni odtujitve. Do odtujitve pride šele z razpolagalnim pravnim poslom (tradicija oziroma izročitev – ko gre za premičnine), pri čemer ni pomembno, ali je ta razpolagalni pravni posel tudi veljaven (zaradi pravila, da nihče ne more prenesti več pravic, kot jih ima sam, večkrat ne bo veljaven).

Uporaba 190. člena ZPP pa tožnikovega položaja (na primer pri lastninski tožbi) **ne zavaruje** v primeru, ko pridobitelj pridobi lastninsko pravico *po pravilih SPZ o pridobitvi lastninske pravice od nelastnika.* Že v izhodišču je treba poudariti, da so ti primeri redki in da na splošno velja načelo, da nihče ne more prenesti več pravic, kot jih ima sam (*nemo plus iuris transfere potest quam ipso habet*). Dobra vera pridobitelja ni dovolj (drugačna je ureditev glede nepremičnin). Saj tudi v primeru, ko bi nelastnik stvar že pred pravdo prodal in izročil tretji osebi, s tem tretja oseba zgolj zaradi dobre vere še ne bi postala lastnik – in tudi v primeru, da bi nato pravi lastnik tožil tega pridobitelja, bi s tožbo uspel. Napačno je zato stališče, da dobra vera pridobitelja že sama po sebi izključuje uporabo 190. člena ZPP. Le če gre za izjemne primere, ki jih ureja 64. člen SPZ, bo pridobitelj pridobil lastninsko pravico, čeprav mu je stvar izročil nelastnik (le na premičnini in le ob dodatnih pogojih odplačnosti ter dobre vere): če gre za prodajo na javni dražbi ali če gre za pridobitev od prenosnika, ki daje takšne premičnine v promet v okviru svoje dejavnosti, ali če je prenosnik pridobil premičnino v posest po volji njenega lastnika. V teh primerih je treba upoštevati, da zaradi odtujitve ni prenehala le pasivna stvarna legitimacija toženca, temveč je prenehala tudi aktivna stvarna legitimacija tožnika – s trenutkom, ko je pridobitelj po pravilih 64. člena SPZ postal lastnik, je namreč lastninska pravica tožnika prenehala (101. člen SPZ) in njegova lastninska tožba več ne more biti utemeljena. Če tožnik tožbe ne bo spremenil (v plačilo določenega denarnega zneska iz naslova toženčeve neupravičene obogatitve in iz naslova morebitne odškodnine), bo sodišče moralo tožbeni zahtevek zavrniti. Uporaba 190. člena ZPP tožnikovega položaja tudi ne zavaruje pri tožbah glede stvarnih pravic na nepremičninah. Glede stvarnih pravic na nepremičninah velja načelo zaupanja v zemljiško knjigo in v primeru, ko se pridobitelj v dobri veri

zanese na zemljiškoknjžno stanje, bo od osebe, ki je v zemljiški knjigi vknjižena kot lastnik, veljavno pridobil lastninsko pravico, čeprav je v teku pravda zoper odsvojitelja (osebo, na katero je vknjižena lastninska pravica) glede stvarne pravice na tej nepremičnini. Za učinkovito varstvo svojega položaja pred nevarnostjo, da toženec med pravdo prenese stvarno pravico na nepremičnini, se tožnik pri tožbah glede stvarnih pravic na nepremičnini ne more zanesti na 190. člen ZPP. Lahko pa se učinkovito zavaruje z institutom zaznambe spora po 79. členu in naslednjih Zakona o zemljiški knjigi.

## Odgovor

V prvem primeru (varianta, ko je toženec stvar lastniku ukradel) se bo tožnik lahko zanesel na 190. člen ZPP. Gre za reinvindikacijsko tožbo, torej za tožbo glede stvarnih pravic. Pasivno stvarno legitimiran je posestnik in zaradi 190. člena ZPP je dovolj, da je bil posestnik v trenutku vročitve tožbe. Naknadna izguba posesti ni relevantna. Sodba (proti prvotnemu tožencu, B-ju) bo obsodilna (v skladu s prevladujočo irelevantno teorijo, ko gre za odtujitev na strani toženca, tožniku ne bo treba spremeniti tožbe). Ta sodba pa bo neposredno zavezovala tudi pridobitelja (C-ja) in ta se v izvršbi odvzemu stvari ne bo mogel upreti. C stvarnopravno ni varovan. Če namreč B ni bil lastnik, tudi ni mogel prenesti lastninske pravice na C-ja. C-ju (pridobitelju) ostanejo le obligacijskopравни zahtevki iz naslova jamčevanja za pravne napake proti osebi, od katere je stvar kupil (tj. proti B-ju) po 488. do 495. členu OZ.

V varianti, da je toženec imel stvar v posesti po volji lastnika (ta mu jo je posodil), bi končni rezultat lahko bil drugačen. Gre za enega od posebnih položajev pridobitve lastninske pravice od nelastnika (64. člen SPZ). Pod dodatnim pogojem, da je bil C pri pridobitvi v dobri veri, je zato postal lastnik. S tem pa je prenehala stvarna aktivna legitimacija dotedanjega lastnika A-ja.

V drugem primeru gre za uveljavljanje obligacijske pravice. Zavezanec iz pogodbe je B (prodajalec). Njega pogodba zavezuje ne glede na to, ali je avto sploh kdaj imel v lasti in ali ga še ima. Odtujitev tega avtomobila na obstoj njegove zaveze ne vpliva. Proti B-ju bo izdana obsodilna sodba. Vendar ta sodba ne bo učinkovala proti C-ju. Saj tudi v primeru, da bi B avto že pred pravdo odsvojil (vsaj dobrovernemu) C-ju, A za izpolnitev pogodbe ne bi mogel tožiti C-ja, temveč zgolj B-ja. Zaradi odtujitve stvari torej ni niti prenehala stvarna legitimacija B-ja niti ni nastala stvarna legitimacija C-ja. Seveda obsodilna sodba proti B-ju za izročitev avtomobila ne bo več polno učinkovita, če B tega avtomobila dejansko nima več. V izvršbi bo lahko zahteval nadomestilo vrednosti (in ostanejo mu tudi vse druge pravice iz naslova neizpolnitve pogodbe). Razumljivo je tudi, da na C-ja ni prešla obveznost B-ja iz prodajne pogodbe med B-jem in A-jem. Razumljivo je tudi, da je B kljub temu, da je glede avtomobila sklenil prodajno pogodbo z A-jem, še vedno lastnik, in ni izključeno, da lahko s stvarjo še

vedno veljavno razpolaga. To velja vsaj, če je pridobitelj v dobri veri. Jasno namreč je, da B drugo pogodbo sklepa z nedopustnim nagibom (izigral bo prvega kupca). Vendar nedopusten nagib na veljavnost pogodbe vpliva le, če je sopogodbenu znan. Ker prvega kupca v takšnem primeru ne varuje 190. člen ZPP, si lahko pomaga edino z začasno odredbo prepovedi razpolaganja in zasega premoženja.

## Primer 2: Oblikovanje zahtevka, pristojnost, vrsta postopka

*Avstrijsko podjetje A je kot prodajalec sklenilo prodajno pogodbo glede nepremičnine v Sloveniji s kupcem, slovenskim podjetjem. Ker prodajalec ni izpolnil svoje obveznosti prenosa lastninske pravice (ni podal zemljiškoknjižne izjave, ki bi omogočila vknjižbo lastninske pravice kupca), slovenski kupec želi vložiti tožbo (z zahtevkom, da mora toženec izstaviti zemljiškoknjižno listino z naslednjo vsebino: »...«.).*

- *Kje naj vloži tožbo – v Avstriji ali v Sloveniji?*
- *Ali gre za gospodarski spor?*
- *Ali tožnik lahko svoj položaj zavaruje z zaznambo spora; kaj bi mu svetovali?*
- *Ali bi bilo drugače, če bi tožnik uveljavljal, da je zemljišče priposestvoval? Bi tudi tedaj moral tožiti na izstavitev zemljiškoknjižnega dovolila?*

Po 22. členu Uredbe št. 44/2001 o pristojnosti ter priznanju in izvršitvi sodb v civilnih in gospodarskih zadevah je sodišče v državi (kraju), kjer leži nepremičnina, izključno pristojno le za spore glede stvarnih pravic na nepremičnini, enako tudi po ZPP glede krajevne pristojnosti (izmed pogodbениh obveznosti pa le za najemno pogodbo za nepremičnino).

V obravnavani zadevi ne gre za spor glede stvarnih pravic, temveč za spor glede obligacijske obveznosti (izpolnitve pogodbe). Kupec s sklenitvijo pogodbe ni postal lastnik, ima le obligacijskopravni zahtevak na izpolnitev (tradicijsko načelo; razlika med zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom). Spor o »obveznosti prenosa lastninske pravice« ni spor o lastninski pravici. Ne gre za to, da bi kupec oporekal temu, da je prodajalec lastnik, gre le za to, da kupec od prodajalca želi, da izpolni svojo pogodbeno sprejeto obveznost – da prenese lastninsko pravico na stvari. Pristojno je sodišče splošne pristojnosti po prebivališču toženega prodajalca (tj. Avstrija). Sodišče v Sloveniji ni izključno (pa tudi ne izbirno) pristojno. Isto velja tudi glede krajevne pristojnosti (na primer če bi od prodajalca iz Ljubljane zahtevali izstavitev zemljiškoknjižnega dovolila in s tem izpolnitev pogodbene obveznosti za prodajo vikenda v Piranu, bi bilo pristojno le sodišče splošne pristojnosti – v Ljubljani).

Ne gre za to, da bi avstrijsko sodišče kaj zapovedovalo slovenskemu (zemljiškoknjižnemu) sodišču. Avstrijsko sodišče bo le zapovedalo tožencu, da izda zemljiškoknjižno dovolilo. Res je, da bo sodba to zemljiškoknjižno dovolilo nadomestila. Vendar je to le poenostavitev iz-

vršbe. Sodba je še vedno dajatvena (obveznost podati izjavo volje), ne oblikovalna. V zemljiškoknjižnem postopku bo avstrijska sodba imela enak rang, kot bi ga imelo zemljiškoknjižno dovolilo, ki bi ga dolžnik izdal sam.

Slovensko sodišče (tj. sodišče, kjer leži nepremičnina) ni pristojno niti po kriterijih izbirne pristojnosti (enako velja za krajevno pristojnost). Predvsem ne gre za to, da bi Slovenija bila kraj izpolnitve obveznosti (in bi prišla v poštev izbirna pristojnost po 5. členu Uredbe št. 44/2001). Obveznost prodajalca ni v tem, da »izroči zemljišče (ki je v Sloveniji), prav tako ne v tem, da »gre na zemljiško knjigo v Sloveniji«. Njegova obveznost je izdati zemljiškoknjižno dovolilo. Napiše ga lahko kjerkoli (in kjerkoli ga tudi izroči kupcu – ne sodišču). Pri obveznostih, ki niso geografsko opredeljive, pristojnosti po kraju izpolnitve pogodbene obveznosti ni mogoče uporabiti.

Spori o stvarnih pravicah na nepremičninah (in premičninah) se ne štejejo za gospodarski spor (481. člen ZPP). Vendar, kot je bilo pojasnjeno, tu ne gre za spor o stvarni pravici. Torej gre (ker sta obe stranki gospodarski družbi) za gospodarski spor, tj. bi šlo, če bi bilo pristojno sodišče v Sloveniji in bi se uporabljal ZPP (odmislimo, da je bilo pojasnjeno, da je pristojno sodišče v Avstriji).

Zaznamba spora v pravdi, ko kupec toži prodajalca, da izpolni svojo obveznost prenosa lastninske pravice na nepremičnini (kar stori tako, da poda ustrezno zemljiškoknjižno dovolilo), ni možna. Institut zaznambe spora v zemljiški knjigi je logično vezan le na postopke glede stvarnih, ne pa tudi obligacijskih pravic glede nepremičnin (79. člen ZZK-1 in nasl.). V omenjeni pravdi pa gre le za spor o obligacijski pravici. Razumljivo je, da je zaznamba spora možna le glede stvarnih pravic. Le glede stvarnih pravic bi namreč brez zaznambe spora lahko bila izgubljena pravica tožnika – če bi se namreč tretja oseba glede na načelo zaupanja v zemljiško knjigo v teku postopka v dobri veri vpisala kot novi lastnik, bi to pomenilo prenehanje lastninske pravice tožnika (podobno pa velja tudi v zvezi z drugimi stvarnimi pravicami). Tožniku bi lahko svetovali začasno odredbo prepovedi odsvojitve in obremenitve. Vendar ga ta ne varuje v celoti, saj ne ustanavlja zastavne pravice (kar bo usodno, če bo na nepremičnino v izvršbi posegel drug kupec ali če bo šel dolžnik v stečaj). Učinkovito varstvo kupca v primeru, ko prodajalec ne izpolni obveznosti izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila in s tem omogočitve vknjižbe kupca v zemljiški knjigi, pa omogoča institut *predznambe lastninske pravice po 49. členu ZZK-1*. Predznamba se namreč dovoli med drugim na podlagi zasebne listine oziroma notarskega zapisa o pravnem poslu iz 36. člena ZZK-1 (tj. o pravnem poslu, ki je podlaga za pridobitev lastninske pravice), ki ne vsebuje zemljiškoknjižnega dovolila. Upnik bo v skladu s 53. členom ZZK-1 varovan, če bo v roku enega meseca od predznambe to opravičil s tem, da bo bodisi predložil zemljiškoknjižno dovolilo bodisi vložil tožbo za izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila oziroma za predložitev odpravka ustreznega notarskega zapisa, sestavljenega za vpis v zemljiško knjigo.



Če bi tožnik pridobil lastninsko pravico s priposestvovanjem, bi glede vsega navedenega bilo drugače (izključna pristojnost sodišča v kraju, kjer leži nepremičnina, ne bi šlo za gospodarski spor, možna bi bila zaznamba spora). V tem primeru bi tudi bilo protislovno, če bi se zahtevek glasil na izstavitvev zemljiškoknjžnega dovolila. Takšni zahtevki so smiselni, kadar tožnik tožencu ne oporeka, da je lastnik, želi pa doseči, da toženec kot lastnik lastninsko pravico prenese. Ta zahtevek pride v poštev pri pravnoposlovnih načinih pridobitve lastninske pravice. Če pa je lastninska pravica nastala na originaren način, zahtevek na izstavitvev zemljiškoknjžnega dovolila ni potreben. Celo več, tak zahtevek je protisloven. Tisti, ki ni več lastnik, lastninske pravice tudi ne more več prenašati na nikogar. Pravilno je torej postaviti zgolj ugotovitveni zahtevek (za ugotovitev lastninske pravice tožnika). Sodba o ugotovitvi obstoja lastninske pravice bo sama ustrezen temelj za vknjižbo v zemljiško knjigo.

### Primer 3: Obligacijska (kupčeva) pravica in ugovor tretjega v izvršbi

*A je kot kupec z B-jem sklenil prodajno pogodbo za stanovanjsko hišo (nepremičnina je v zemljiški knjigi vpisana). A je plačal del kupnine in tudi že sprejel hišo v posest. Do vknjižbe lastninske pravice kupca še ni prišlo. Nato je upnik prodajalca B-ja zahteval izvršbo na to nepremičnino. V izvršilnem postopku je A vložil ugovor tretjega in uveljavljal:*

- *tudi navadne obligacijskopravne pravice utemeljijo ugovor tretjega – torej tudi kupec lahko prepreči izvršbo na stvar prodajalca, če izkaže, da glede te stvari že obstaja veljavna prodajna pogodba;*
- *izvršba na nepremičnino proti B-ju ni dopustna, saj je nepremičnina v posesti A-ja;*
- *treba je upoštevati, da je bila prodajna pogodba sklenjena, še preden je upnik predlagal izvršbo na nepremičnino;*
- *izvršba ni dopustna, saj je kupec v skladu s teorijo o realizaciji že postal lastnik nepremičnine;*
- *tudi če kupec še ni lastnik nepremičnine, pa ima pričakovanje in tudi pričakovana lastninska pravica utemelji ugovor tretjega.*

Ugovor tretjega ne more biti utemeljen.<sup>4</sup> Res je, da tudi obligacijske pravice izjemoma lahko utemeljijo ugovor tretjega, vendar le pri tako imenovanih vrnitvenih zahtevkih (na primer deponent, najemodajalec ali posodnik ima pravico do vrnitve stvari, ki nikoli ni prešla v premoženje dolžnika). V tem primeru pa gre za kupca, ki sicer ima obligacijsko pravico do izpolnitve pogodbe (tj. do tega, da se nanj prenese lastninske pravice), vendar vse do izpolnitve pogodbe stvar ostaja v premoženju prodajalca in prodajalčeva sposobnost razpolaganja s to stvarjo ni omejena. Če bi prodajalec sklenil novo prodajno pogodbo glede iste stvari, bi ta bila (vsaj če

<sup>4</sup> Pravilno sklep VSC št. 567/2012 z dne 10. 1. 2013, že pred tem VSK, sodba I Cp 322/2004 z dne 25. 1. 2006.



nasprotna stranka ni bila v slabi veri) veljavna, prav tako pa bi veljavno lahko to pogodbo izpolnil. Res je, da bi zato kršil svojo obligacijskopravno obveznost do prvega kupca, vendar pa ta kršitev utemelji le sankcije na obligacijskopravnem področju. Zato je razumljivo (in tudi v Nemčiji in Avstriji nesporno; uporablja se izraz, da gre za obligacijski *Verschaffungsrecht*), da kupec nima možnosti uveljavljati ugovora tretjega (povsem enako, kot tudi ne bi mogel preprečiti prodajalcu, da stvar ponovno proda tretjemu in na tretjega tudi veljavno prenese lastninsko pravico na stvari). Neutemeljeni so vsi ugovori kupca:

- sam sprejem nepremičnine v posest (vsaj ko gre za nepremičnino, ki je v zemljiški knjigi vpisana) ni odločilen; lastninska pravica se ne prenese z izročitvijo, pač pa z vknjižbo v zemljiško knjigo. Tudi z drugega vidika velja, da posestno stanje pri izvršbi na nepremičnine ni pomembno (ni treba, da je nepremičnina v posesti dolžnika, kot je to pri izvršbi na premičnine);
- teorija o realizaciji s to problematiko nima nobene zveze. Teorija o realizaciji se nanaša na vprašanje konvalidacije veljavnosti pogodbe po obligacijskem pravu v primerih manj pomembnih razlogov ničnosti (90. člen OZ). Le mimogrede velja dodati, da tudi sicer v tovrstnem položaju o realizaciji (in torej tudi o teoriji o realizaciji) ni mogoče govoriti. Člen 90 OZ govori o primeru, ko »je bila pogodba izpolnjena«. Ko gre za nepremičnine (vpisane v zemljiško knjigo), pa pogodba seveda ni izpolnjena tedaj, ko je nepremičnina izročena, temveč je o izpolnitvi pogodbe mogoče govoriti tedaj, ko prodajalec izpolni svojo obveznost prenosa lastninske pravice, to je s trenutkom vknjižbe v zemljiško knjigo. Torej argumentacija o teoriji realizacije v tovrstnih primerih ni zgrešena le zato, ker nima prav nobene zveze z vprašanjem, ali je tretja oseba lastnik, temveč tudi na področju, na katero se nanaša (tj. na vprašanje konvalidacije morebitne ničnosti pogodbe), ne pride v poštev, saj pogoj »izpolnitve pogodbe« še ni izpolnjen;
- pričakovanje sicer lahko utemelji ugovor tretjega (na primer položaj kupca pri pridržku lastninske pravice). Vendar pa na splošno upnik v obligacijskopravnem razmerju nima nobenega pričakovanja. Ima le obligacijsko pravico do izpolnitve. Ali bo do izpolnitve (in s tem prenosa lastninske pravice na kupca) prišlo, je še vedno v sferi dolžnika; potreben bo njegov razpolagalni pravni posel. O pričakovanjih govorimo le tedaj, ko je nastanek lastninske pravice odvisen izključno od ravnanja v sferi pričakovalca, kot je to pri kupcu pri zadržku lastninske pravice. Takoj ko bo plačal polno ceno, bo s samim tem ravnanjem postal lastnik. O pričakovanju lahko po novem stališču Ustavnega sodišča govorimo tudi pri kupcu, ki je sklenil zavezovalni in tudi že razpolagalni pravni posel (torej že ima overjeno ZK dovolilo), le vknjižil se še ni.<sup>5</sup> Ustavno sodišče je tu odločilo v skladu s konceptom o relativnem prenosu lastninske pravice med strankama (z veljavnim zavezovalnim in razpolagalnim poslom). Vendar to velja le za razmerje med strankama, ne pa v razmerju proti

<sup>5</sup> Odločba US RS Up-591/10 z dne 2. 12. 2010.

(dobrovernim) tretjim – torej tudi ne proti drugim upnikom v izvršbi. Ne gre za vprašanje zaupanja v zemljiško knjigo (ki po neki drugi odločbi US RS ne velja v izvršilnem postopku), temveč za vprašanje relativnosti/absolutnosti učinka zemljiškoknjžnega dovolila. Vrhovno sodišče je domet te sicer sporne razlage razširilo še na varstvo pred nedobrovernimi tretjimi osebami.<sup>6</sup>

Dlje od tega – torej da bi bilo možno tudi varstvo pred dobrovernimi tretjimi osebami, tako v pravnoposlovnem prometu kot tudi v postopku izvršbe (ugovor tretjega) – ni dopustno iti. Sicer bi se institut izvršbe na nepremičnino popolnoma izničil, saj bi na široko odprl vrata zlorabam. Ravno v dneh oddaje tega prispevka je državni zbor ukinil institut zemljiškega dolga z utemeljitvijo, da je s fiktivnimi posli omogočil izigravanje in enostavno izogibanje izvršbi.<sup>7</sup> Če bi sprejeli stališče, da kupec, ki že ima zemljiškoknjžno dovolilo (le vknjižil se še ni), lahko uspešno uveljavi ugovor tretjega, bi bilo dolžnikom, ki jim je do takšnih zlorab, ob ukititvi zemljiškega dolga povsem vseeno. Enak učinek bi namreč lahko dosegli preprosto tako, da danes (ob nekem fiktivnem poslu) zapišejo zemljiškoknjžno dovolilo na ime neke bližnje osebe, ga overijo, nato pa varno spravijo v svoj »sef«. S tem imajo v rokavu (tj. sefu) adut, ki ga bodo po potrebi potegnili – če bo kdaj kakšen upnik posegel na njihovo nepremičnino. Ne bi bilo potrebe, da danes premoženje prenašajo na bližnje osebe, dovolj je, da »za vsak primer« ustrezno zemljiškoknjžno dovolilo skrbno hranijo pri sebi. Smo si res želeli takšne ureditve?

#### Primer 4: Tožba za izpolnitev pogodbe glede stvari, ki ni (več) v lasti prodajalca?

*1. A je na banki vzel kredit v znesku 100.000 evrov za eno leto. Ker po enem letu denarja ni vrnil, ga je banka tožila. V pravdi je A navedel, da denarja nima, da mu je investicija propadla in da ga žal ne (z)more vrniti, je pa tudi upokojenec z minimalno pokojnino in brez premoženja. Sodišče je zato zahtevek zavrnilo in v obrazložitvi sodbe obrazložilo, da toženca ni mogoče obsoditi na izpolnitev obveznosti, ki je očitno ne zmore in nikdar ne bo zmožgal izpolniti, ter ob tem obudilo staro slovensko modrost: »kjer nič ni, še vojska ne more vzeti«. Ali je računalo prav?*

*2. A je pri družbi Avto, d. o. o., sklenil prodajno pogodbo za nov avtomobil znamke Golf Volkswagen ... Dogovorjeni rok dobave je bil en mesec (saj teh vozil prodajalec ni imel na zalogi; on jih sam kupuje od nemškega veletrgovca in nato »preprodaja«). Ker prodajalec po-*

<sup>6</sup> Vrsta odločb v letu 2012: sodbe II Ips 919/2008 z dne 20. 3. 2012, II Ips 132/2009 z dne 12. 7. 2012, II Ips 385/2008 z dne 17. 5. 2012, II Ips 324/2011 z dne 26. 4. 2012, II Ips 475/2008 z dne 5. 4. 2012, II Ips 924/2008 z dne 5. 4. 2012.

<sup>7</sup> Zakon o spremembah Stvarnopravnega zakonika (SPZ-A), Uradni list RS, št. 91/2013.

godbe tudi čez en mesec ni izpolnil, ga je prodajalec tožil. Toženec je ugovarjal, da ni izpolnil, saj tudi sam avtomobila od veletrgovca – v nasprotju s pričakovanji – ni dobil. Sodišče je zato zahtevek zavrnilo in v obrazložitvi sodbe navedlo, da toženca ni mogoče obsoditi na izročitev stvari, ki je sploh nima, ter to podkrepilo s starim avstro-ogrskim rekom: »**kjer nič ni, še cesar ne vzame**«. Ali je ravnalo prav?

3. A je z B-jem kot lastnikom nepremičnine sklenil prodajno pogodbo. Še preden je A-ju izstavil zemljiškoknjižno dovolilo (in mu prepustil posest), je B za isto nepremičnino sklenil pogodbo še z dobrovernim C-jem. Temu je tudi izstavil zemljiškoknjižno dovolilo in C se je v zemljiško knjigo vknjižil kot lastnik. A je nato B-ja tožil za izpolnitev omenjene prodajne pogodbe. Sodišče je zahtevek zavrnilo in v obrazložitvi (brez obuditve starih modrosti in rekov) navedlo: »Ni mogoče toženca obsoditi na obveznost, da prenese lastninsko pravico na stvari, ki sploh ni (več) njegova ... Gre za naknadno nezmožnost izpolnitve ... Tožnik bi moral zahtevati odškodnino ... Ugoditev zahtevku bi tudi posegla v pravice dobrovernega kupca ...«

Prva dva primera sta se bralcem najbrž zdela bolj ali manj posrečena šala ali celo žaljivo podcenjevanje njihovih sposobnosti. Jasno je, da ugovori toženca ne v prvem ne v drugem primeru niso relevantni in ne preprečujejo obsodbe. Vprašanje, ali je toženec dejansko zmožen izpolniti prevzeto pogodbeno obveznost, ne more vplivati na presojo pravnega sodišča o tem, ali jo je dolžan izpolniti. Če je pogodba veljavna, zavezuje. Če zavezuje, jo je dolžnik dolžan izpolniti. Če je ne, lahko upnik zahteva sodno varstvo. Če ima pravico do izpolnitve, mora sodišče izdati obsodilno sodbo. Presenetljivo pa je, koliko je sodnih odločb, ki ne (u)vidijo, da tretji primer ni prav nič drugačen od prvih dveh. Morda celo prevladuje stališče, da je v tretjem primeru (tožba za izstavitvev zemljiškoknjižnega dovolila glede nepremičnine, ki ni v lasti toženca) sodišče ravnalo prav, ker je zahtevek zavrnilo. Vendar je v resnici ta odločitev enako (in enako očitno) napačna, kot sta odločitvi v prvem in drugem primeru. Pogodba o prodaji nepremičnine je nastala veljavno. Saj bi pogodba veljavno nastala in bi prodajalca zavezovala, tudi če sam že v trenutku prodaje ne bi bil lastnik nepremičnine (gl. 440. člen OZ). Tudi v tem primeru bi ga sodišče moralo obsoditi na izpolnitev. In nič drugače, razumljivo, ne more biti v primeru, ko je prodajalec v trenutku prodaje sicer bil lastnik, nato pa je lastništvo izgubil. Enako kot pogodba učinkuje, če prodajalec stvar proda *enkrat*, čeprav stvari sploh nima »*niiti enkrat*«, učinkuje in zavezuje tudi, če stvar, ki jo sicer ima »*enkrat*«, proda »*dvakrat*«. Če se sodišče v sporu zaradi izpolnitve pogodbe spušča v vprašanje, ali bo dolžnik prevzeto obveznost dejansko sploh lahko izpolnil, to v obravnavanem primeru ni nič drugače, kot če bi se (na primer pri povzročitelju škode, upokojencu brez premoženja in z minimalno pokojnino) spraševalo, ali bo tak storilec sploh lahko izpolnil na primer obveznost plačila odškodnine v znesku 100.000 evrov.

Čemu mnogi tega, da gre za isti problem, ne sprejmejo? Poleg nerazumevanja (abstrakcije) narave obligacijske obveznosti sta najbrž razloga dva. Prvi je v napačnem razumevanju instituta nemožnosti izpolnitve. Naknadna nemožnost izpolnitve po OZ res povzroči prenehanje obveznosti (116. in 117. člen OZ) oziroma pretvorbo izpolnitvene obveznosti v odškodninsko (239. člen OZ). Vendar je standard presoje »nemožnosti izpolnitve« objektiven. Vprašati se je treba, ali katerakoli oseba ne bi mogla izpolniti določene obveznosti (na primer izročiti individualne stvari, ki je bila uničena). Pri prenosu lastninske pravice na (določeni tuji) stvari pa položaj ni isti. To ni obveznost, ki je nihče ne more izpolniti – pravi lastnik jo namreč lahko. In tudi toženec jo teoretično še vedno lahko – če stvar odkupi od novega lastnika in nato izpolni (to ni nič bolj »za lase privlečeno« kot pričakovanje, da bo omenjeni socialno ogroženi upokojenec brez premoženja lahko plačal 100.000 evrov). »Dvojna prodaja« *svoje* stvari in izpolnitev drugemu kupcu ne povzroči naknadne nezmožnosti izpolnitve prvemu kupcu. Povsem enako kot tudi prodaja *tuje* stvari ne povzroči *ab initio* nezmožnosti predmeta in zato ničnosti pogodbe. Če pa je pogodba veljavna in tudi ni prenehala, potem je zahtevek za njeno izpolnitev utemeljen. Utemeljenemu zahtevku pa mora sodišče ugoditi. Seveda bi bilo možno (in za kupca morda bolj smotrno), da že v teku pravde spremeni zahtevek in zahteva odškodnino (in kondikcijo, če je sam že kaj izpolnil). Ni pa to njegova obveznost. Sam bo lahko na podlagi sodbe (ki bo najbrž ostala neizpolnjena) zahteval ustrezne nadomestke in vse sankcije, ki izvirajo iz neupravičene neizpolnitve pogodbene obveznosti. Ne more pa sodišče v pravdi odreči pravnega varstva pravici, ki je veljavno nastala in ki tudi ni prenehala (tožniku pa naložiti še plačilo vseh stroškov pravde).

Drugi razlog je povezan z (zmotnim) varstvom interesov dobroverne tretje osebe. Češ, da se »ne more potem tožnik vknjižiti kot lastnik nepremičnine, če je v vmesnem času veljavna vknjižba že bila opravljena v korist tretje osebe«. Vendar ta pomislek izhaja iz nerazumevanja (neupoštevanja) narave sodbe, ki tožencu nalaga izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila. To ni sodba, ki ugotavlja ali ustanavlja obstoj lastninske pravice. Le nalaga tožencu (v našem primeru B-ju), da izstavi zemljiškoknjižno dovolilo. In sodba bo le nadomestek tega – torej B-jevega zemljiškoknjižnega dovolila. Ali se bo lahko na podlagi te sodbe tožnik vknjižil kot lastnik nepremičnine, ki je že prej bila vknjižena na tretjo osebo – C-ja? Seveda ne. Zemljiškoknjižno sodišče bo namreč presojalo identiteto strank (tj. ali vknjižbo na pridobitelja dovoljuje oseba, ki je trenutno vknjižena kot lastnik). Vknjižbo lahko dovoli le na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je izdal zemljiškoknjižni lastnik. Povsem enako kot sodišče ne bi moglo A-ju dovoliti vknjižbe v breme C-ja na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki bi ga izdal nelastnik (B), tudi ne bo moglo dovoliti vknjižbe na podlagi sodbe, kjer gre za enak problem. Sodba ni namreč nič drugega kot nadomestek zemljiškoknjižnega dovolila.

Enako kot v navedenem primeru bi bilo tudi, če bi za izpolnitev pogodbe tožil drugi (dobroverni) kupec, v vmesnem času pa bi se uspel vknjižiti prvi kupec. Tudi druga pogodba je

veljavna in drugi kupec ima pravico do pravnega varstva. Enako pa bi bilo tudi pri prodaji nepremičnine, ki sploh nikoli ni bila v lasti prodajalca. Tudi v takšnem položaju bi sodišče moralo upoštevati naravo obligacijskopravne zaveze in bi moralo to znati ločiti od vprašanja pridobitve stvarnih pravic, prav tako pa ločiti vprašanje pravne veljavnosti zaveze od vprašanja dejanske zmožnosti dolžnika, da prevzeto obveznost tudi izpolni.

### **Primer 5: Učinkičasne odredbe prepovedi obremenitve in odsvojitve nepremičnine**

*Sodišče je na podlagi A-jeve tožbe za izpolnitev pogodbene obveznosti iz prodajne pogodbe glede nepremičnine 1. 3. 2012 izdaločasno odredbo, s katero je dolžniku B-ju prepovedalo obremenitev in odtujitev nepremičnine; v zemljiški knjigi je bila nato 5. 3. 2012 zaznamovana (vknjižena) prepoved odtujitve in obremenitve (isti dan, kot je oddelek zemljiške knjige od pravnega oddelka prejel sklep očasni odredbi).*

*B je 15. 2. 2012 s C-jem sklenil prodajno pogodbo glede te nepremičnine. C je 10. 3. 2012 vložil predlog za vknjižbo svoje lastninske pravice na temelju zemljiškoknjižnega dovolila, izdanega na temelju prodajne pogodbe. Ali je položaj upnika A-ja varovan?*

Začasna odredba prepovedi odsvojitve in obremenitve seveda preprečuje možnost pravno-poslovnega razpolaganja osebi, proti kateri je ta omejitev v zemljiški knjigi zaznamovana. Vendar pa je glede časovnih učinkov treba upoštevati ureditev po 99. členu Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1, Uradni list RS, št. 58/2003). Iz te pa sledi, da je bistvena okoliščina, kdaj je bilo overjeno zemljiškoknjižno dovolilo. Omenjena časna odredba je namreč ovira za vknjižbo lastninske pravice na podlagi pravnega posla, če je bil podpis na zemljiškoknjižnem dovolilu overjen po trenutku, od katerega učinkuje zaznamba prepovedi odtujitve in obremenitve, oziroma če je bil notarski zapis sestavljen po tem trenutku. Jasno je, da učinka časne odredbe ne prepreči okoliščina, da je bila prodajna pogodba glede nepremičnine sklenjena, še preden je bila izdana časna odredba. Vendar pa bi učinek časne odredbe preprečilo, če bi bilo pred njeno zaznambo v zemljiški knjigi že izdano zemljiškoknjižno dovolilo. Ali je ta pogoj v zgornjem primeru izpolnjen, iz navedb v primeru ni razvidno.

Če je bilo zemljiškoknjižno dovolilo C-ju izdano pred zaznambo časne odredbe v zemljiški knjigi, se C kljub tej časni odredbi lahko vknjiži kot novi lastnik. V tem primeru bo sodišče obenem z vknjižbo C-jeve lastninske pravice tudi izbrisalo zaznambo časne odredbe, izdane proti A-ju (100. člen ZZK-1).

V zgornjem primeru je bil v korist drugega upnika (D) 20. 4. 2012 izdan sklep o izvršbi na isto nepremičnino; v zemljiški knjigi je bila zaznamba sklepa o izvršbi vpisana 27. 4. 2012. Ali ima v postopku izvršbe na to nepremičnino prednost upnik D ali upnik A?

A ni varovan. Začasna odredba ne ustvarja stvarnopravnih učinkov – ne pomeni namreč nastanka zastavne pravice (torej drugače kot zaznamba sklepa o izvršbi na nepremičnini po 170. členu Zakona o izvršbi in zavarovanju<sup>8</sup> (ZIZ) in drugače kot predhodna odredba predznanbe zastavne pravice na nepremičnini po 260. členu ZIZ). Začasna odredba upnika varuje le pred pravnoposlovnimi prenosi. Ne ustvarja pa prednosti vrstnega reda v razmerju do drugega upnika (D-ja). Omenjena začasna odredba ni ovira, da drug upnik (D) na podlagi izvršilnega naslova zahteva izvršbo na to nepremičnino. Ko bo D z zaznambo izvršbe na nepremičnini v zemljiški knjigi pridobil zastavno pravico, bo imel prednost. Pravzaprav ne gre le za prednost, saj A (torej upnik, ki je izposloval zgolj začasno odredbo prepovedi odsvojitve ob prodaji in poplačilu iz predmetne nepremičnine v izvršilnem postopku) sploh ne bo mogel uveljavljati poplačila.

V zgornjem primeru je bil proti B-ju 5. 6. 2012 uveden stečajni postopek. Ali je položaj upnika A-ja varovan?

Ker začasna odredba ne ustanavlja zastavne pravice, upnik A ni varovan, če gre dolžnik v stečaj. Upnik A nima ločitvene pravice (in seveda tudi ne izločitvene pravice).

### **Primer 6: Razmerje med začasno odredbo prepovedi odsvojitve in obremenitve nepremičnine in izpolnitvijo predhodno sklenjenih pogodb**

*Kupec C je 1. 6. 2010 tožil B-ja na izpolnitev pogodbene obveznosti (izstavitev zemljiškoknjžnega dovolila za prenos lastninske pravice na nepremičnini). Prodajna pogodba je bila sklenjena 15. 2. 2010, zemljiškoknjžno dovolilo pa še ni bilo podano. Ali sme sodišče zahtevku za izdajo zemljiškoknjžnega dovolila proti B-ju ugoditi, čeprav je v tem času v zemljiški knjigi vpisana začasna odredba, ki B-ju prepoveduje odsvojitve in obremenitve te nepremičnine (v korist A-ja; začasna odredba je bila zaznamovana 1. 3. 2010)? Ali je, če sodišče vendarle izda sodbo, s katero zahtevku ugodi in ta sodba postane pravnomočna 3. 3. 2013, položaj upnika A-ja (v čigar korist je zaznamovana prepoved odtujitve in obremenitve) varovan?*

Niti v zakonih (ZIZ ali ZZK-1), niti v sodni praksi, niti v teoriji ni izoblikovanih zanesljivih rešitev oziroma stališč glede vprašanja, kakšen učinek ima začasna odredba prepovedi odsvojitve in obremenitve, če drug upnik s tožbo zahteva izpolnitev dolžnikove pogodbene obveznosti prenosa lastninske pravice na nepremičnini (z izstavitvijo ustreznega zemljiškoknjžnega dovolila). V poštev pridejo trije možni odgovori:

- sodišče mora zahtevke za izstavitev zemljiškoknjžnega dovolila zavrniti, saj po materialnem pravu ni utemeljen (ni mogoče zahtevati izstavitve zemljiškoknjžnega dovolila, če je stranki prepovedano, da ga poda);

<sup>8</sup> Uradni list RS, št. 51/1998 in nasl.

- sodišče mora zahtevku sicer ugoditi ne glede na obstoječo začasno odredbo prepovedi odsvojitve in obremenitve, vendar pa sodba ni izvršljiva, vse dokler v zemljiški knjigi obstaja zaznamba prepovedi odsvojitve in obremenitve;
- sodišče mora zahtevku ugoditi ne glede na obstoječo začasno odredbo prepovedi odsvojitve in obremenitve in sodba bo izvršena tako, da se bo štel, da sama sodba nadomešča zahtevano izjavo volje (zemljiškoknjižno dovolilo).

Za prvo rešitev (zavrnitev zahtevka) v materialnem pravu ni opore. Če ima namreč C kot kupec z B-jem sklenjeno veljavno prodajno pogodbo, je B obveznost iz te pogodbe dolžan izpolniti. Naknadna prepoved odsvojitve in obremenitve ne vpliva na veljavnost predhodno sklenjenih prodajnih pogodb. Res je, da jih (če še ni bilo izdano zemljiškoknjižno dovolilo) ne bo mogoče učinkovito izpolniti (dokler v zemljiški knjigi obstaja ovira začasne odredbe prepovedi odsvojitve in obremenitve). Vendar to ne pomeni, da zaradi tega sama prodajna pogodba naknadno postane neveljavna. Če obstajajo dejanske ovire, to na samo obligacijskopravno obveznost ne vpliva (tako kot če bi B prodal tujo stvar – pogodba je veljavna in zavezuje, do obsodilne sodbe lahko pride, pa čeprav je B dejansko ne bo zmožal izpolniti).

Pravilna je druga varianta. Za ugoditev zahtevku ni ovir. Začasna odredba ne pomeni, da je prodajna pogodba »razveljavljena« ali da je postala »brez učinka«. Takoj ko je tako, zavezuje, in če zavezuje, mora priti do obsodilne sodbe. Izdana začasna odredba ne vpliva na obligacijskopravno pravico kupca, da proti prodajalcu B-ju doseže obsodilno sodbo za izstavitve zemljiškoknjižne listine. Povsem enako, kot je tudi v vseh drugih tožbah za izpolnitev pogodbene obveznosti treba od pravnega postopka odmisлити, ali bo toženec sprejeto obveznost dejansko zmožal izpolniti. Saj tudi na primer pri prodajni pogodbi glede tuje nepremičnine toženec ne bo mogel podati učinkovitega zemljiškoknjižnega dovolila. Pa vendar to ne pomeni, da je »prost« svoje pogodbene prevzete obveznosti in da bi sodišče kupčev zahtevek za izpolnitev pogodbe moralo zavrniti (gl. zgoraj).

Vprašanje, kako se mora končati pravdni postopek (tj. z obsodilno sodbo), je torej treba ločiti od vprašanja, kako na možnost dejanske »uresničitve« te obsodilne sodbe vpliva v zemljiški knjigi zaznamovana prepoved odsvojitve in obremenitve. Res je, da se šteje, da sodba, s katero je naložena izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila, učinkuje »že s pravnomočnostjo«. Vendar pa ne gre za oblikovalno sodbo, temveč za dajatveno sodbo (obsodba na obveznost nenadomestne storitve – podaje izjave volje, le izvršba je poenostavljena z avtomatizmom). S pravnomočnostjo te sodbe se torej šteje le, da je bilo podano zemljiškoknjižno dovolilo. Kako na možnost vknjižbe na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila vpliva predhodno zaznamovana začasna odredba prepovedi odsvojitve in obremenitve, pa ZZK-1 v 99. členu jasno določa (gl. zgoraj). Predhodno zaznamovana začasna odredba prepovedi odsvojitve in obremenitve preprečuje vknjižbe na podlagi kasnejših zemljiškoknjižnih dovolil. In ker pravnomočna sodba ni nič drugega kot nadomestek zemljiškoknjižnega dovolila, je položaj jasen. Tožnik kljub



pravnomočni obsodilni sodbi vknjižbe lastninske pravice na svoje ime ne bo mogel doseči, če bo sodba, za katero se bo kasneje štelo, da »nadomešča zemljiškoknjižno dovolilo«, izdana po tem, ko je bila v korist drugega upnika zaznamovana prepoved odsvojitve in obremenitve. Položaj je enak, kot če bi dolžnik sam podal zemljiškoknjižno dovolilo. Na tej podlagi ni mogoča vknjižba lastninske pravice, če je bila že pred tem v zemljiški knjigi zaznamovana prepoved odsvojitve in obremenitve.

Najbrž se poraja pomislek, da je sugeriran odgovor ciničen ali formalističen. Češ, kaj pomaga obsodilna sodba, če se v isti sapi reče, da ta tožniku nič ne koristi. Vendar to ne drži. Kupcu takšna sodba – obsodilna – vendarle koristi. Predvsem zato, ker bo na podlagi te sodbe vknjižbo vendarle lahko dosegel, če bo začasna odredba – kar je povsem mogoče – kasneje iz kakršnegakoli razloga prenehala. Seveda obsodilna sodba tudi pomeni, da stroškov postopka ne bo plačal tožnik. Ne nazadnje pa obsodilna sodba učinkuje tudi na določene zastaralne roke.

Tretja rešitev (ugoditev zahtevku in učinkovit vpis v zemljiško knjigo) bi lastniku omogočala hude in težko preprečljive zlorabe. B bi se namreč začasne odredbe zlahka rešil tako, da bi se kupcu, morda zgolj navideznemu kupcu (C-ju), pustil tožiti, v tem postopku pa bi zahtevk na primer pripoznal. Ta pripoznava bi sicer nasprotovala prisilnim predpisom in morali (tretji odstavek 3. člena ZPP), vendar pa bi to zlorabo v pravdi med C-jem in B-jem sodišče zelo težko ugotovilo. Ta varianta obenem zanemarja pomen sodbe za izstavitev zemljiškoknjižnega dovolila. Ta sodba niti ne ustanavlja niti ne ugotavlja lastninske pravice tožnika. Tožencu zgolj nalaga, da opravi razpolagalni pravni posel. Res je, da bo sodba nato nadomestila zemljiškoknjižno dovolilo. Vendar to ne pomeni, da je sodba oblikovalna. Je dajatvena. Nadomestitveni učinek pa je zgolj sredstvo izvršbe (namesto da bi toženca na primer z denarnimi kaznimi silili, da vendarle izda zemljiškoknjižno dovolilo). Na sodbo torej ni mogoče gledati nič drugače kot na zemljiškoknjižno dovolilo. Če je bila sodba izdana po času, od katerega v zemljiški knjigi učinkuje prepoved odsvojitve in obremenitve, je položaj isti, kot če bi bilo po tem času izdano zemljiškoknjižno dovolilo. Iz 99. člena ZZK-1 izhaja, da na podlagi takšnega naknadnega zemljiškoknjižnega dovolila vknjižba ni možna, saj jo preprečuje predhodno zaznamovana začasna odredba.



*Pregledni znanstveni članek*  
 UDK 347.626.97(497.4), 347.66(497.4)

# Delitev skupnega premoženja v zapuščinskem in pravnem postopku

DR. MATEJA KONČINA PETERNEL,  
*vrhovna sodnica na Vrhovnem  
 sodišču RS*

## 1. Uvod

V slovenski pravni ureditvi skupna lastnina lahko nastane le v primerih, ki so izrecno urejeni v zakonu.<sup>1</sup> Tako sta v skupni lastnini skupno premoženje, ki nastane s skupnim pridobivanjem zakoncev in zunajzakonskih partnerjev (12. člen in drugi odstavek 51. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, v nadaljevanju ZZZDR<sup>2</sup>), in dediščina, kadar je dedičev več (prvi odstavek 145. člena Zakona o dedovanju, v nadaljevanju ZD<sup>3</sup>). V skupni lastnini so tudi sredstva rezervnega sklada etažnih lastnikov (drugi odstavek 119. člena Stvarnopravnega zakonika, v nadaljevanju SPZ<sup>4</sup>) in skupni deli, ki služijo več večstanovanjskim stavbam (23. člen Stanovanjskega zakona, v nadaljevanju SZ<sup>5</sup>). Ker praviloma pri skupnem premoženju etažnih lastnikov v praksi ne prihaja do delitve,<sup>6</sup> bomo v nadaljevanju obravnavali le delitev skupnega premoženja zakoncev (enako seveda velja tudi za skupno premoženje zunajzakonskih partnerjev) in dedičev.

Pojem skupne lastnine je opredeljen v 72. členu SPZ. Ta v prvem odstavku določa, da ima več oseb lahko na nerazdeljeni stvari skupno lastnino (skupni lastniki), kadar njihovi deleži niso vnaprej določeni. Za solastnino pa gre po prvem odstavku 65. člena SPZ takrat, ko ima več

<sup>1</sup> Več Rijavec v Juhart in drugi, str. 364 in nasl.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 69/2004 – uradno prečiščeno besedilo.

<sup>3</sup> Uradni list SRS, št. 15/1976, do Uradni list RS, št. 73/2004.

<sup>4</sup> Uradni list RS, št. 87/2002.

<sup>5</sup> Uradni list RS, št. 69/2003.

<sup>6</sup> Rijavec, prav tam, str. 368.

oseb solastninsko pravico na nerazdeljeni stvari (solastniki), če je delež vsakega izmed njih določen v sorazmerju s celoto (idealni delež).

ZZZZDR določa, da se skupno premoženje razdeli tako, da se najprej določi delež vsakega od zakoncev na skupnem premoženju, pri čemer velja domneva, da sta deleža enaka (58. in 59. člen). V 60. členu ZZZZDR pa je določeno, da se po ugotovitvi deležev na skupnem premoženju to na predlog zakoncev razdeli po pravilih, ki veljajo za delitev solastnine.

ZD delitev dediščine ureja zelo skromno. V prvem odstavku 145. člena določa, da do delitve dediči upravljajo dediščino in z njo razpolagajo skupno. V četrtem odstavku 146. člena ZD pa je določeno, da se za delitev šteje tudi dogovor dedičev, da postanejo v sorazmerju z dednimi deleži solastniki posameznih zapuščinskih stvari. Po tretji točki 214. člena ZD mora sklep o dedovanju poleg podatkov o dediču in navedbe, ali deduje kot zakoniti ali oporočni dedič, v primeru, ko je dedičev več, vsebovati tudi dedni delež vsakega od njih. Nato pa ZD v 7. točki 214. člena določa, da sodišče v primeru, kadar v zapuščinskem postopku vsi dediči sporazumno predložijo delitev in način delitve, navede tak sporazum v sklepu o dedovanju.

Iz navedenih določb izhaja, da se tako pri skupnem premoženju zakoncev kot pri skupnem premoženju dedičev najprej določi delež na skupnem premoženju kot celoti. V teoriji pa ni enotnega stališča, ali so z določitvijo deleža na skupnem premoženju kot celoti samodejno določeni tudi že solastninski deleži na posameznih stvareh, ki spadajo v zapuščino. K. Zupančič, M. Kreč, Đ. Pavić, A. Smole, I. Rosina, Z. Strajnar, J. Hudej in I. Ščernjavič ter V. Rijavec menijo, da z določitvijo deleža na skupnem premoženju kot celoti še ni vzpostavljena solastnina na posameznih stvareh, nasprotno stališče pa so zavzeli J. Crnić, Stanković Orlić, J. Metelko, N. Gavella, V. Žnidaršič in M. Juhart.<sup>7</sup>

Sodna praksa že več desetletij k problemu pristopa pragmatično. Šteje, da so z določitvijo deležev na skupnem premoženju že določeni tudi solastninski deleži na vseh stvareh, ki spadajo v skupno premoženje. Sodišča dovoljujejo, da bivši zakonci in zunajzakonski partnerji v pravnih postopkih z zahtevki za izstavitve zemljiškoknjižnih listin in zahtevki za izplačilo protivrednosti solastninskega deleža na posameznih stvareh dosežejo fizično delitev posameznih stvari iz skupnega premoženja. Tudi v zapuščinskih postopkih sodišča ravnajo enako. Najprej ugotovijo obseg dediščine, nato ugotovijo dedni delež vsakega od dedičev, potem pa brez zapisa sporazuma dedičev o delitvi dediščine sodišča kar odredijo vpis solastninske pravice v višini dednega deleža za vsakega od dedičev na vsaki od nepremičnin, ki spadajo v zapuščino.

<sup>7</sup> Povzeto po Metelko, str. 823 in nasl., Hudej, Ščernjavič, Sporna procesna ..., str. 33, in Rijavec, Dedovanje, str. 169 in 170.

V pripravi sta tako predlog Družinskega zakonika kot predlog sprememb Zakona o dedovanju, zato bom v nadaljevanju obrazložila svoje stališče do tega, kakšna naj bi bila pravna ureditev delitve skupnega premoženja v prihodnje.

## 2. Delitev skupnega premoženja zakoncev

Skupno premoženje zakoncev in zunajzakonskih partnerjev je celota obligacijskih in stvarno-pravnih pravic in obveznosti. Skupno premoženje tako sestavljajo lastninska pravica na nepremičnih in premičnih stvareh, med katere spadajo tudi vrednostni papirji, druge stvarnopravne pravice, na primer zastavna pravica ali zemljiške služnosti. V skupnem premoženju je lahko tudi poslovni delež kot skupnost pravic in obveznosti.<sup>8</sup>

Kot je bilo že rečeno, v sodni praksi bivša zakonca praviloma ne zahtevata delitve skupnega premoženja najprej v nepravdnem postopku, ampak kar v pravnem postopku. Praviloma tudi z zahtevkom ne zajameta celotnega skupnega premoženja, poleg tega pa največkrat v pravnem postopku zahtevata fizično delitev le posameznih stvari iz skupnega premoženja.

Višji sodnik Zvone Strajnar je na civilnopravni šoli leta 2003 zavzel stališče, da delitev skupnega premoženja z določitvijo solastninskih deležev, tudi če bi se obe stranki s tem strinjali, ni pravi pristop za celovito razrešitev razmerij skupnega premoženja. Opozoril je, da je takoj, ko je določen solastninski del vsake stvari ali pravice, odprta pot za delitev le posamezne stvari ali pravice in celo za razpolaganje s solastninskim delom in je s tem že poseženo v kompleksno delitev premoženjske skupnosti. Poudaril je, da sodišče lahko pravilno in pravično razdeli premoženje samo, če sočasno odloča o celotnem premoženju.<sup>9</sup> Igor Rosina je že v članku iz leta 1969 zavzel enako stališče in opozoril, da bo čedalje večja zapletenost premoženjskih razmerij med zakoncema v prihodnosti zahtevala drugačno pravno ureditev.

Nedvomno se lahko strinjamo z ugotovitvijo, da z delitvijo skupnega premoženja zakoncev tako, da se na vseh stvareh vzpostavijo solastninski deleži, prav tako pa tudi idealni deleži na drugih pravicah (terjatvah in obveznostih), ki spadajo v skupno premoženje, sporna razmerja med zakoncema še zdaleč ne bodo rešena. Pred njima bo zahtevna pot razdelitve vsake solastne stvari posebej. Naj to ponazorim s praktičnim primerom.

Vzemimo, da sta zakonca med trajanjem zakonske zveze pridobila tako premoženje:

- nepremičnino parc. št. 350 k.o. Mrzla gora (stanovanjska hiša, stavbišče in dvorišče, vrednost 300.000 EUR);
- nepremičnino parc. št. 150 k.o. Morje (vikend in zemljišče, vrednost 200.000 EUR);

<sup>8</sup> Strajnar, str. 37 in nasl., Rosina, str. 370 in nasl., Smole, str. 577, in Zupančič, Žnidaršič Skubic, str. 49.

<sup>9</sup> Strajnar in Rosina, prav tam.

- nepremičnino – stanovanje v večstanovanjski hiši – še neurejena etažna lastnina (vrednost 100.000 EUR);
- poslovni delež v podjetju Plastika, d. o. o. (vrednost 200.000 EUR);
- osebni avtomobil (vrednost 10.000 EUR);
- skupni dolg iz posojilne pogodbe v znesku 140.000 EUR.

Na prvih dveh nepremičninah je kot izključni lastnik vpisan toženec, na kupni pogodbi za stanovanje pa sta kot kupca vpisana oba, vsak do 1/2, v sodnem registru je kot družbenik vknjižen le toženec, kredit odplačuje toženec.

Strinjam se s tistimi avtorji, ki poudarjajo, da bi bilo najbolje, če bi zakonca v pravdi v ugotovitvenem delu o tem, kaj vse spada v skupno premoženje, zajela vse svoje skupno premoženje. Če bi nato pravdo sodišče ugotovilo, da je delež tožnice na skupnem premoženju res 3/5, bi ob skupni vrednosti premoženja (810.000 – 140.000 = 670.000 EUR) morala tožnica na račun svojega deleža iz skupnega premoženja dobiti vrednost 402.000 EUR. Tako bi lahko dobila vikend in stanovanje, toženec pa bi ji še izplačal 100.000 EUR. Toženec bi obdržal hišo, poslovni delež in avto, s tem da bi prevzel odplačilo dolga.

V praksi pa žal ni tako, ampak praviloma eden od zakoncev – vzemimo, da je v našem primeru to tožnica – v pravdi uveljavlja tak zahtevek:

1. Ugotovi se, da v skupno premoženje pravnih strank spadajo prvi dve nepremičnini, poslovni delež in osebno vozilo.
2. Delež tožnice na skupnem premoženju je 3/5, delež toženca pa 2/5.
3. Toženec je dolžan tožnici izstaviti zemljiškoknjižno listino za vpis njenega solastninskega deleža na nepremičninah parc. št. 350 k.o. Mrzla gora in parc. št.150 k.o. Morje do 3/5 in plačati 105.000 EUR na račun njenega solastninskega deleža na poslovnem deležu in avtomobilu z zakonskimi zamudnimi obrestmi od izdaje sodbe naprej.

Tožnica pa ne zahteva ugotovitve, da v skupno premoženje spada tudi tretja nepremičnina, prav tako ne obveznost iz posojilne pogodbe. Toženec nasprotne tožbe ne vloži.

Po prevladujoči sodni praksi bi glede na to, da toženec parcialni delitvi v pravnem postopku ne ugovarja, niti z nasprotno tožbo ne zahteva ugotovitve, da v skupno premoženje spadata še stanovanje in dolg iz posojilne pogodbe, šteli, da soglaša s tem, da sodišče ugotovi, da v skupno premoženje spada le del dejanskega skupnega premoženja, in tudi, da soglaša s tem, da se v pravdi opravi delitev le nekaterih stvari in pravic iz tega premoženja. Če bo sodišče tožbenemu zahtevku ugodilo, bosta zakonca po koncu pravnega postopka ostala solastnika vseh treh nepremičnin, prav tako bo ostalo še nerazrešeno vprašanje odplačevanja kredita (po ustaljeni praksi bo imel toženec do tožnice iz tega naslova obogatitveni zahtevek).

Mislim, da zaradi načela dispozitivnosti nikakor ne moremo od zakoncev zahtevati, da z zahtevkom za ugotovitev obsega skupnega premoženja zajamejo vse skupno premoženje. Sodišče lahko strankam zagotovi pravno varstvo le na njihovo zahtevo, in to v obsegu zahtevka. Vrhovno sodišče je v zadevi II Ips 624/2008 zavzelo stališče, da tega ni mogoče doseči niti tako, da bi šteli, da pravnomočna odločitev, da neka stvar spada v skupno premoženje, pomeni pravnomočno odločitev o obsegu skupnega premoženja, in bi tako onemogočili novo pravdo na ugotovitev, da še druga stvar spada v skupno premoženje.

Pomembno je tudi drugo stališče, ki ga je Vrhovno sodišče zavzelo v zadevi II Ips 624/2008. Odločilo je, da načeloma velja ugotovitev sodišča o deležih iz prve pravnomočne odločitve za vse premoženje, ki je bilo pridobljeno z delom v času zakonske zveze in je obstajalo v času ugotavljanja deležev zakoncev.<sup>10</sup> Poudarilo je, da se delež ugotavlja na skupnem premoženju kot celoti, in ne na posamezni stvari, ki je predmet konkretnega postopka, saj se upošteva prispevanje zakoncev v vsem obdobju skupnega ustvarjanja tega premoženja. J. Hudej in I. Ščernjavič imata prav, ko poudarjata, da bi z doslednim upoštevanjem učinka *res iudicata* (glede deležev) posredno dosegli enotno obravnavanje celotnega skupnega premoženja.

Navedeni primer nam pokaže, kako prav imajo avtorji, ki opozarjajo na veliko razliko med načinom delitve skupnega premoženja in delitvijo solastne stvari. Pri delitvi skupnega premoženja se skupnim lastnikom dodelijo posamezne stvari iz mase skupnega premoženja, pri delitvi stvari v solastnini pa se med solastnike praviloma razdeli posamezna stvar,<sup>11</sup> razen seveda, če solastniki predlagajo, da se obenem delijo tudi druge solastne stvari.

Prav zato, ker naša pravna ureditev skupnim lastnikom daje na voljo dva različna načina delitve, imajo skupni lastniki možnost izbire. Zato je po mojem mnenju pravilno stališče tistih avtorjev, ki menijo, da po naši pravni ureditvi določitev deležev še ne pomeni preobrazbe skupne lastnine v solastnino, ampak mora za to obstajati izrecen dogovor skupnih lastnikov, kot tudi izrecno izhaja iz že navedene določbe 146. člena ZD. Drugače je v tistih pravnih ureditvah, kjer je že v zakonu izrecno določeno, da je z vzpostavitvijo deležev na skupnem premoženju vzpostavljena že tudi solastnina na posameznih stvareh, ki spadajo v skupno premoženje, in zato postopka za delitev skupne lastnine sploh ne urejajo, kot je to na Hrvaškem.<sup>12</sup>

Vesna Rijavec je zavzela stališče, da pravdna sodišča ne bi smela obravnavati zahtevkov, s katerimi stranke želijo doseči delitev skupnega premoženja že v pravdi, in bi morala za ta del zahtevka uporabiti določbo 21. člena Zakona o pravnem postopku (v nadaljevanju ZPP<sup>13</sup>),

<sup>10</sup> Hudej, Ščernjavič, Sporna procesna ..., str. 41.

<sup>11</sup> Wedam Lukić, Polajnar Pavčnik, str. 92, Rijavec, Delitev ... str. 159.

<sup>12</sup> Gavella in drugi, str. 730.

<sup>13</sup> Uradni list RS, št. 26/1999 do 107/2010.

torej ustaviti pravdni postopek in tožbo v tem delu odstopiti v obravnavanje nepravdnemu sodišču.

Vrhovno sodišče je v zadevi II Ips 217/2011 in II Ips 17/2009<sup>14</sup> zavzelo drugačno stališče. Odločilo je, da je bistvenega pomena, ali nasprotna stranka zahtevku za delitev skupne lastnine v pravdi bodisi z vzpostavitvijo solastnine na posamezni stvari bodisi z izplačilom protivrednosti deleža ugovarja. V obravnavani zadevi je tožnica najprej sama zahtevala delitev skupnega premoženja v pravdi tako, da je zahtevala vzpostavitev solastninske pravice na nepremičninah, ko je toženec z nasprotno tožbo zahteval v pravdi tudi izplačilo ustreznega deleža protivrednosti skupne terjatve, pa je zoper to ugovarjala. Vrhovno sodišče je štelo, da je tožnica sama zahtevala delitev posameznih stvari oziroma pravic iz skupnega premoženja, in je zato njen ugovor zavrnilo.

Strinjam se s stališčem, da je ob soglasju strank treba dopustiti delitev premoženja v pravnem postopku. Mislim pa, da je prav, da sodišče v primeru, ko nasprotna stranka ugovarja parcialni delitvi skupnega premoženja v pravdi, takšen zahtevek zavrne. Zahtevki, s katerimi se dejansko zahteva delitev posameznih stvari in terjatev iz skupnega premoženja, so na primer: zahtevek za ugotovitev solastninskega deleža (namesto deleža na skupnem premoženju), zahtevek za izstavitve zemljiškoknjžne listine za vpis solastninskega deleža na posamezni nepremičnini, ki spada v skupno premoženje, zahtevek za izplačilo denarne protivrednosti deleža ali zahtevek za plačilo protivrednosti deleža skupnih vlaganj v tujo nepremičnino. To pomeni, da bi v takšnem primeru sodišče moralo odločiti le o obsegu skupnega premoženja in o velikosti deležev zakoncev na skupnem premoženju kot celoti pravic in obveznosti. Ker se vpis skupne lastnine na podlagi te sodbe ne opravi po uradni dolžnosti (46. člen Zakona o zemljiški knjigi, v nadaljevanju ZZK-1),<sup>15</sup> bo morala tožeča stranka, če bo želela preprečiti morebitno razpolaganje toženca, na podlagi te sodbe pri vseh nepremičninah, za katere bo ugotovljeno, da spadajo v skupno premoženje, predlagati vpis skupne lastnine v zemljiški knjigi.<sup>16</sup> Čeprav so že določeni deleži na skupnem premoženju, to namreč ne pomeni, da so s tem določeni tudi že solastninski deleži na posameznih stvareh, zato se v tem primeru pri nepremičnini vseeno vpiše skupna lastnina.<sup>17</sup>

Kot ugotavlja Vesna Rijavec, pravdni sodnik s tem, ko odloča o delitvi skupnega premoženja, kar je sicer nepravdna zadeva, ne bo zagrešil kršitve določb postopka in bodo vsa opravljena dejanja in tudi sodba veljavni.<sup>18</sup> Vrhovno sodišče je v obrazložitvi v zadevah II Ips 217/2011

<sup>14</sup> Odločba je bila predstavljena tudi v Pravni praksi, št. 37/2011, str. 20.

<sup>15</sup> Uradni list RS, št. 58/2003 do 25/2011.

<sup>16</sup> Strajnar, str. 44.

<sup>17</sup> Finžgar, Sodediči, str. 376.

<sup>18</sup> Rijavec, Delitev ..., str. 159.

in II Ips 17/2009 zapisalo, da kljub jasni določbi 118. člena ZNP, da se v pravdi presoja-jo le obseg in deleži zakoncev na skupnem premoženju, nato pa se to premoženje razdeli v nepravdnem postopku po pravilih, ki veljajo za delitev skupnega premoženja (128. do 130. člen ZNP; 60. člen ZZZDR), sodna praksa ves čas omogoča, da bivši zakonec s svojim zahtevkom doseže delitev skupnega premoženja že v pravnem postopku. Takšna sodna praksa je bila uveljavljena že leta 1959, ko je na to je opozarjal Igor Rosina v svojem članku. Čeprav je to redna praksa, pa sodišča vselej v obrazložitvi navajajo, da je to dopustno le, če obstajajo posebne okoliščine, pri čemer pa tudi soglasje nasprotne stranke štejejo za takšno okoliščino.

## 2.1. Sklep

Mislím, da bi zaradi velikih prednosti, ki jih skupnim lastnikom omogoča postopek za delitev skupnega premoženja, morali ohraniti obstoječo pravno ureditev in morda izrecno določiti, da se v primeru, ko zakonca soglašata, delitev lahko opravi z vzpostavitvijo solastnine na posameznih stvareh in se nato s soglasjem zakoncev že v pravnem postopku lahko razdelijo posamezne stvari, pravice in obveznosti, v sorazmerju z ugotovljenim deležem na skupnem premoženju.

Predlog Družinskega zakonika je glede obravnavanega vprašanja po mojem mnenju še vedno enako nejasen kot ZZZDR, saj iz prvega odstavka 78. člena predloga izhaja, da z določitvijo deležev na skupnem premoženju še ni vzpostavljena solastnina na posameznih stvareh, ampak se to zgodi le, če zakonca s takšnim načinom delitve soglašata. V drugem odstavku 78. člena predloga Družinskega zakonika pa je določeno, da se premoženje razdeli po pravilih, ki veljajo za delitev solastnine, postopka delitve skupnega premoženja pa zakon sploh ne omenja.

Morda bi kazalo tudi bolj jasno urediti položaj upnika. V prvem odstavku 57. člena ZZZDR je določeno, da upnik lahko na podlagi pravnomočne sodbe zahteva, da sodišče določi delež dolžnika na skupnem premoženju in nato zahteva izvršbo na ta delež. Nekateri avtorji poudarjajo, da iz besedila te določbe izhaja, da je z določitvijo deležev na skupnem premoženju že vzpostavljena tudi solastnina na posameznih stvareh, ki spadajo v skupno premoženje. Strinjam se z Igorjem Rosino, da to ne drži in da je ureditev 57. člena ZZZDR le izjema, ki olajšuje izvršbo.<sup>19</sup> Menim, da bi morali tako ureditev ohraniti, vendar pa bi moralo biti iz določbe jasno, da se izvršba ne zahteva na deležu, ampak na posameznih stvareh in terjatvah iz skupnega premoženja, in to na solastninskem oziroma idealnem deležu v sorazmerju s predhodno ugotovljenim dolžnikovim deležem na skupnem premoženju.

<sup>19</sup> Rosina, str. 375.

### 3. Delitev dediščine v zapuščinskem postopku

Skupno premoženje dedičev se od skupnega premoženja zakoncev razlikuje v tem, da glede obveznosti zapustnika ne velja sistem skupne lastnine. Po posebni določbi 142. člena ZD dediči za zapustnikove dolgove odgovarjajo nerazdelno, do višine vrednosti podedovanega premoženja.<sup>20</sup> Čeprav so tudi obveznosti zapustnika del njegove zapuščine, v sklepu o dedovanju niso nikdar navedene,<sup>21</sup> razen če je v zvezi z njimi sklenjen dedni dogovor.

Dokler se dediščina ne razdeli, je ta posebno premoženje, ki je ločeno od premoženja dedičev. Zakon o dedovanju zato dediču daje pravico, da lahko vsak čas zahteva delitev, in to dejansko od zapustnikove smrti naprej (144. člen ZD). V praksi je seveda treba najprej ugotoviti, kolikšen je obseg dediščine in kdo so dediči, zato do delitve vselej lahko pride šele, ko so ta pravno pomembna vprašanja rešena.

Zapuščina se razdeli med dediče tako, da se posamezne stvari razdelijo med dediče ali pa se deli posamezna stvar. Tako kot pri skupnem premoženju zakoncev se tudi skupno premoženje dedičev lahko razdeli na podlagi dogovora ali pa na zahtevo. Kot je bilo že povedano, se po četrtem odstavku 146. člena ZD za delitev šteje tudi dogovor dedičev, da postanejo v sorazmerju z dednimi deleži solastniki posameznih zapuščinskih stvari.

Po prvem odstavku 46. člena ZD se pri zakonitem dedovanju na zahtevo drugih dedičev dediču v dedni delež vračuna vse, kar je na kakršenkoli način dobil v dar od zapustnika. Po 47. členu ZD pa se v dedni delež vračuna tudi volilo, razen če iz oporoke izhaja, da je bila oporočiteljeva volja, da dobi dedič volilo zraven svojega dednega deleža. Način vračunanja darila in volila v dedni delež ureja 48. člen ZD, praviloma pa se to opravi obračunsko, v navedeni stvari se darilo vrača izjemoma.<sup>22</sup> Zahtevek za vračunanje darila in volila je zahtevek v zvezi z delitvijo dediščine, in ker pravica zahtevati delitev zapuščine ne zastara, tudi ta zahtevek ne zastara. Dedič ga lahko uveljavlja do delitve dediščine. Prav tako se v okviru delitve tudi odloči o pravici dedičev, ki so živeli ali pridobivali skupaj z zapustnikom, o pridobitvi gospodinjskih predmetov ali drugih stvari iz zapuščine (147. in 148. člen ZD).<sup>23</sup> V primeru, ko do delitve dediščine ne pride v zapuščinskem postopku, lahko dediči vse te pravice uveljavljajo v postopku delitve skupnega premoženja. Dokler traja zapuščinski postopek, pa seveda delitve ne morejo zahtevati v posebnem nepravdnem postopku.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Finžgar, Sodediči, str. 376.

<sup>21</sup> Gavella, Belaj, str. 58 in 486.

<sup>22</sup> Kreč, Pavić, str. 154.

<sup>23</sup> Zupančič, Žnidaršič Skubic, str. 112.

<sup>24</sup> Kreč, Pavić, str. 511.



Vzemimo, da dediščina obsega dve nepremičnini in je po javni bazi podatkov, objavljeni na spletnem portalu Geodetske uprave RS [www.e-prostor.gov.si](http://www.e-prostor.gov.si),<sup>25</sup> prva vredna 70.000 EUR, druga pa 30.000 EUR. Sodišče ugotovi, da sta zakonita dediča dva in dedujeta po enakih delih, torej vsak 1/2, eden od dedičev pa je od zapustnika prejel tudi darilo v vrednosti 20.000 EUR.

Napačna bi bila sodna praksa, po kateri bi zapuščinski sodnik odredil vpis solastninske pravice dedičev na obeh nepremičninah do 1/2, glede vračunanja pa bi v sklepu o dedovanju navedel le, da se dediču v dedni delež vračuna darilo, medtem ko dejanskega vračunanja ne bi opravil. Če bi se v takšnem primeru eden od dedičev pritožil in bi ugovarjal, da vračunanje ni bilo opravljeno, bi moralo po mojem mnenju sodišče druge stopnje pritožbi ugoditi. Nepravilno bi bilo, če bi bila pritožba zavrnjena z obrazložitvijo, da se bo to zgodilo ob delitvi. Delitev skupne lastnine je bila namreč z vpisom solastnine že opravljena. Če bi dedič nato skušal v postopku za delitev posamezne solastne stvari zahtevati vračunanje darila, bi drugi dedič lahko utemeljeno ugovarjal, da je bila delitev že opravljena in da tega ne more več zahtevati.

Vzemimo, da dedič v zapuščinskem postopku še ne bi uveljavljal vračunanja darila, nato pa bi prejel sklep o dedovanju, v katerem bi videl, da je bila odrejena že vknjižba solastnine na posameznih nepremičninah. Če bi v pritožbi navedel, da je sodišče prezrlo, da je drugi dedič dobil darilo in da bi ga bilo treba vračunati v dedni delež, bi sodišče druge stopnje po mojem mnenju pritožbi moralo ugoditi. Nepravilno bi bilo, če bi bila pritožba zavrnjena z obrazložitvijo, da gre za dedni dogovor, ki ga ni mogoče izpodbijati s pritožbo. Če v sklepu o dedovanju ni izrecnega zapisa, da so se dediči dogovorili, da si dediščino razdelijo tako, da postanejo solastniki posameznih stvari v višini dednih deležev, ni mogoče šteti, da je bil res sklenjen dogovor o delitvi in zato podlage za odredbo o vknjižbi solastnine ni bilo.

Če se vrnemo k zgornjemu primeru, bi sodišče moralo, če bi dediča soglašala s takšno delitvijo dediščine, da postaneta solastnika obeh parcel v višini dednega deleža, vračunanje opraviti računsko, tako da bi pri določitvi efektivne vrednosti dednega deleža upoštevalo vrednost darila.<sup>26</sup> To pomeni, da bi v skladu z 48. členom ZD najprej prvemu dediču iz skupne vrednosti dediščine 100.000 EUR (računsko) naklonilo 20.000 EUR (kolikor je bilo vredno darilo, ki ga je prejel drugi dedič), preostanek pa bi razdelilo med oba dediča, vsakemu 1/2, torej 40.000 EUR, kar pomeni, da bi prvi dobil 60.000 EUR oziroma delež 6/10, drugi pa 40.000 EUR oziroma delež 4/10.

<sup>25</sup> Višje sodišče v Ljubljani je v zadevi II Cp 2367/2012 odločilo, da je bilo ugotavljanje vrednosti dediščine po spletnih podatkih Geodetske uprave glede na majhno vrednost zapuščine v konkretnem primeru v skladu z načelom učinkovitosti in smotrnosti postopka.

<sup>26</sup> Zupančič, Žnidaršič Skubic, str. 111.

Kot je pravilno opozorilo Višje sodišče v zadevi II Cp 2367/2012, mora zapuščinsko sodišče v sklepu o dedovanju vselej najprej navesti dedni delež, v našem primeru je ta 1/2, saj je višina dednega deleža odločilna za obseg njegove odgovornosti za zapustnikove dolgove.<sup>27</sup> Šele nato sledi vračunavanje darila. V nadaljevanju tako sledi zapis, da sta se dediča dogovorila o delitvi tako, da se oblikuje solastnina, da pa ob upoštevanju darila prvi prejme 6/10, drugi pa 4/10. Nato lahko sodišče odredi tudi vpis solastninske pravice na obeh nepremičninah, za prvega dediča solastninski delež 6/10, za drugega pa solastninski delež 4/10.

Zelo pomembno je, da sodnik pri obračunu res upošteva pravila 48. člena ZD. V citirani zadevi II Cp 2367/2012 je že sodišče prve stopnje napravilo napačen obračun, saj je – če vzamemo zgornji primer – skupno vrednost dediščine 100.000 EUR najprej razdelilo na dva dela in je nato enemu delu prištelo 20.000 EUR, od drugega pa odštelo 20.000 EUR in je tako dobilo deleže 7/10 in 3/10, kar ni prav. Vendar stranke tega v pritožbi niso izpodbijale.

Vrhovno sodišče je v zadevi II Ips 357/2003 zavzelo stališče, da je pravilno sklepanje pritožbenega sodišča, da sta dedinji s tem, ko se nista pritožili zoper sklep o dedovanju in zemljiškknjižni sklep, privolili v to, da je delitev opravljena. Navedlo je, da se po izražanju zakona za delitev res šteje tudi dogovor dedičev, da postanejo v sorazmerju z dednimi deleži solastniki posameznih zapuščinskih stvari (četrti odstavek 146. člena ZD), vendar da izraza »dogovor« ne gre razlagati tako, da mora iti vselej za izrecen dogovor med dediči (tretji odstavek 214. člena ZD, če gre za dogovor pred sklepom o dedovanju), marveč zadošča tudi strinjanje z deleži, ki jih določi sodišče v sklepu o dedovanju. Skupnost dedičev torej preneha tudi s sklepom o dedovanju, ki vsebuje določbo o deležih dedičev na zapuščini, ko je ta določba izvedena v zemljiški knjigi.

Nisem prepričana, da je takšna razlaga do dedičev res poštena. Če je v pravnem postopku mogoče šteti, da v primeru, ko tožena stranka ne nasprotuje, da se skupno premoženje zakoncev parcialno deli že v pravnem postopku, s takšno delitvijo soglaša, pa mislim, da takšne domneve v zapuščinskem postopku ni mogoče vzpostaviti. Po mojem mnenju je napačna sodna praksa, po kateri sodišče šteje, da dediči, če ne predlagajo drugačne delitve dediščine, soglašajo s tem, da se dediščina razdeli tako, da postanejo v velikosti svojih dednih deležev solastniki vseh stvari oziroma imajo ustrezen idealni delež na vseh pravicah, ki tvorijo dediščino.<sup>28</sup> S tem sodišča dejansko opravljajo delitev po uradni dolžnosti in dediče lahko prikrajšajo za uveljavljanje zahteve za vračunavanje daril in volil v dedni delež v primeru zakonitega dedovanja.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Finžgar, Vračunavanje ..., str. 22.

<sup>28</sup> Rijavec, Dedovanje, str. 171.

<sup>29</sup> Finžgar, Sodediči, str. 380, 381

Vrhovno sodišče Republike Slovenije je v zadevi II Ips 877/2009 potrdilo, da kljub spremembam ZPP še vedno velja načelno pravno mnenje občne seje, da ima sporazum o delitvi zapuščine, ki je vnesen v izrek sklepa o dedovanju, v vsem učinku sodne poravnave in se zato izpodbija s tožbo za razveljavitev sodne poravnave (392. člen ZPP).<sup>30</sup> Poudarilo je, da je ta tožba urejena kot posebno izredno pravno sredstvo, in ne kot tožba v navadnem civilnopravnem sporu. Ker ima sodna poravnava učinke pravnomočnosti, je tudi ni mogoče izpodbijati s pritožbo, temveč le z izrednimi pravnimi sredstvi. Zato je zelo pomembno, da dediči dogovor o delitvi dediščine sprejmejo ob zavedanju vseh pravnih posledic takšnega dogovora.

Praviloma bo lahko dogovor o delitvi dediščine sklenjen šele potem, ko bodo dediči seznanjeni z odločitvijo sodišča o tem, kolikšni bodo njihovi dedni deleži. Mislim, da bi bilo prav, da bi sodnik dediče seznanil s svojo odločitvijo o dednih deležih, jih poučil o bistveni razliki med skupno lastnino in solastnino v zvezi z upravljanjem in razpolaganjem ter jih opozoril, da po delitvi ne bodo mogli več zahtevati vračunanja daril, nato pa jim z enkratno preložitvijo naroča dal možnost, da premislijo o načinu delitve. V primeru, ko bi se dediči odločili, da bodo dediščino delili naknadno v nepravdnem postopku, bi tako kot pri skupni lastnini zakoncev sodišče kljub sicer že določenim dednim deležem moralo pri nepremičninah odrediti vpis skupne lastnine na vse dediče.<sup>31</sup>

Mislim, da se niti zakonca niti dediči ne zavedajo, da z vzpostavitev solastnine na nepremičnini solastniku omogočijo, da brez njihovega soglasja na primer ustanovi hipoteko na svojem solastninskem deležu. Ne zavedajo se niti, da tako pri delitvi skupnega premoženja zakoncev kakor pri delitvi dediščine veljajo nekatera posebna pravila glede tega, za pridobitev katerih predmetov ima zakonec oziroma sodedič prednost oziroma upravičeni interes.<sup>32</sup> Zato je tudi za sam način delitve zelo pomembno, kdo je solastnik. Prav zato je Vrhovno sodišče Republike Slovenije leta 1988 sprejelo načelno pravno mnenje, da se v primeru, kadar med postopkom za delitev stvari udeleženec odsvoji svoj solastninski delež osebi, ki ni solastnik, postopek dokonča z njim – če drugi udeleženci ne privolijo v to, da namesto njega vstopi v postopek pridobitelj njegovega deleža. V načelnem pravnem mnenju je poudarilo, da je pridobitelj solastninskega deleža, odsvojenega med delitvenim postopkom, oseba, katere pravni interes utegne biti s sodno odločbo prizadet in se ima zato pravico udeležiti postopka za delitev stvari tudi v primeru, ko ni vstopil namesto svojega pravnega prednika.

V obrazložitvi je Vrhovno sodišče navedlo, da z odsvojitvijo svojega solastninskega deleža osebi, ki dotlej ni bila solastnik, med postopkom za delitev stvari posamezni solastnik ne more spraviti drugih solastnikov brez njihove privolitve v drugačen položaj, predvsem ne v

<sup>30</sup> Sprejeto 21.–22. 12. 1983, Poročilo o sodni praksi VS SRS, št. 2/83.

<sup>31</sup> Tako tudi Kreč, Pavič, str. 516.

<sup>32</sup> Wedam Lukič, Polajnar Pavčnik, str. 92.

slabši položaj, kakor bi ga imeli, če bi do konca postopka ostal solastnik. Posebej je poudarilo, da je razlog, da se načelno pravno mnenje omejuje na postopek za delitev stvari, v 130. členu ZNP: v postopku za delitev skupnega premoženja se smiselno uporabljajo določbe postopka za delitev stvari v solastnini. Pravila obeh postopkov torej niso istovetna. Del posebnosti je razviden iz drugega odstavka 128. člena ZNP. Drugi razlogi, zaradi katerih je potrebno vselej – torej tudi v situaciji, ki jo obravnava načelno pravno mnenje – paziti na posebnosti pravnega režima skupnega premoženja, ki se izražajo tudi ob njegovi delitvi, pa so razvidni iz materialnopravnih predpisov (družinske zakonodaje za najpogostejši primer skupnega premoženja zakoncev).<sup>33</sup>

### 3.1. Sklep

Karel Zupančič je opozoril, da je v predlogu Zakona o dedovanju neobrazložena odločitev, da se vzpostavi domneva, da so z določitvijo dednih deležev na dediščini vzpostavljeni kar solastninski deleži na posameznih stvareh in se s tem dejansko odpravlja skupna lastnina.<sup>34</sup> Bojim se, da odločitev ni domišljena, saj ne upošteva, da je s tem delitev opravljena in bo dedičem onemogočeno uveljavljanje navedenih pravic do računanja daril in volil ter pridobitve posameznih stvari iz dediščine. Mislim, da bi bilo primerneje, da se ohrani obstoječa ureditev 145. člena ZD in se morda določbe le dopolnijo, podobno kot pri delitvi skupnega premoženja zakoncev. Vsekakor mislim, da bi bilo prav, da bi delitev skupnega premoženja zakoncev in delitev dediščine uredili ob upoštevanju enakih izhodišč.

### Literatura

- Finžgar, A., Sodediči, *Pravnik*, št. 9-10/1957, str. 373–385.  
 Finžgar, A., *Vračunanje daril in volil v dedni delež*, *Pravnik*, št. 1-2/1961, str. 11–23.  
 Finžgar, A., *Še o spornih vprašanjih dednega prava*, *Pravnik*, št. 1-3/1974, str. 57–70.  
 Gavella, N. in Belaj, V., *Nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2008.  
 Gavella, N. in drugi, *Stvarno pravo*, 1. knjiga, Narodne novine, Zagreb 2007.  
 Hudej, J., Ščernjavič, I., *Sporna materialnopravna vprašanja skupnega premoženja s posebnim poudarkom na novejši sodni praksi*, *Pravnik*, št. 11-12/2010, str. 747–788.  
 Hudej, J., Ščernjavič, I., *Sporna procesna vprašanja skupnega premoženja s posebnim poudarkom na novejši sodni praksi*, *Pravnik*, št. 1-2/2011, str. 27–50.  
 Juhart, M. in drugi, *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2004.

<sup>33</sup> Načelno pravno mnenje, občna seja VSS 27. 6. 1988, Poročilo VSS 1-2/88, str. 31. Glej tudi *Pravna mnenja VSS 1/94*, str. 10.

<sup>34</sup> Zupančič, *Nekaj temeljnih ...*, str. 10.

- Kreč, M., Pavić, Đ., Komentar zakona o nasljeđivanju (sa sudskom praksom), Narodne novine, Zagreb 1964.
- Metelko, J., Skupna lastnina – njene oblike in naćin transformacije v solastnino, Podjetje in delo, št. 5/1994, str. 823–827.
- Rijavec, V., Dedovanje, Procesna ureditev, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1999.
- Rijavec, V., Delitev skupnega premoženja, Pravni letopis 2009, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2010, str. 153–164.
- Rosina, I., Še o skupnem premoženju zakoncev, Pravniki, št. 10-12/1969, str. 358–376.
- Smole, A., Prehod posebnega zakončevega premoženja v skupno premoženje zakoncev in pretvorba njihovega skupnega premoženja v posebno premoženje, Pravniki, št. 9-10/1986, str. 573–586.
- Strajnar, Z., Nekateri problemi v zvezi z uveljavljanjem deleža na skupnem premoženju, Pravosodni bilten, št. 1/2004, str. 37–58.
- Wedam Lukić, D. in Polajnar Pavćnik, A., Nepravdni postopek, Zakon s komentarjem, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1989.
- Zupanćić, K., Źnidaršić Skubic, V., Dedno pravo, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009, str. 49.
- Zupanćić, K., Nekaj temeljnih pripomb k predlogu (osnutku) novega Zakona o dedovanju, Pravna praksa, št. 9/2013, str. 9–10.
- Źnidaršić, V., Premoženjska razmerja med zakoncema, Bonex, Ljubljana 2002.



*Strokovni članek*  
UDK 347.234:349.41(497.4)

# Razprava o pomenu izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila in o nekaterih posledicah spremenjene ureditve izbrisne tožbe

JASNA HUDEJ, IZTOK ŠČERNJAVIČ,\*  
*višja pravosodna svetovalca na*  
*Vrhovnem sodišču RS*

## 1. Uvod

Čeprav je od uveljavitve Stvarnopravnega zakonika (SPZ)<sup>1</sup> minilo že desetletje, se v zvezi s prenosom lastninske pravice na nepremičnini še vedno postavljajo zanimiva vprašanja. Izstopa zlasti vprašanje, povezano z razumevanjem načela konstitutivnosti (7. člen Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1)<sup>2</sup> in 49. člen SPZ), in sicer, ali je položaj pridobitelja pri pravnoposlovni pridobitvi lastninske pravice na nepremičnini stvarnopravno varovan še pred vpisom v zemljiško knjigo oziroma pred trenutkom, od katerega učinkuje vpis. S to problematiko se je ukvarjalo Ustavno sodišče Republike Slovenije (v nadaljevanju Ustavno sodišče) v zadevi Up-591/10 z dne 2. decembra 2010, v kateri je varstvo pridobitelja pred vknjižbo njegove pravice v zemljiški knjigi utemeljilo s konceptom ločevanja med prenosom lastninske pravice v notranjem in zunanjem razmerju. Ta koncept, ki se je sprva uveljavil v novejši teoriji, sprejela pa ga je tudi sodna praksa, ima po najinem mnenju pomembne posledice za razumevanje pomena izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila in pomena vknjižbe. Pri tem ne gre za rušenje tradicionalnega sistema predpostavk za pravnoposlovno pridobitev lastninske pravice, temveč le za drugačno (pravilno) dojetje njihovega pomena v konkretnih situacijah.

\* Stališča, ki jih zagovarjava, niso nujno tudi stališča ustanove, v kateri sva zaposlena. Ne glede na vrstni red pri navedbi avtorstva si enakovredno deliva zasluge in odgovornost za morebitne pomanjkljivosti tega prispevka.

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 87/2002 in nasl.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 58/2003 in nasl.

Zanimiva vprašanja o pomenu sklenitve pogodbe in o razmejevanju učinkov sklenitve zavezovalnega in razpolagalnega posla sproža tudi novelirana ureditev<sup>3</sup> izbrisne tožbe v 243. členu ZZK-1, ki aktivno legitimacijo za vložitev izbrisne tožbe podeljuje tudi obligacijskemu upravičencu.

Na nekatere posledice omenjenega koncepta in spremenjene ureditve izbrisne tožbe sva opozorila že v dveh prejšnjih prispevkih.<sup>4</sup> Na to problematiko se je odzvala tudi teorija.<sup>5</sup> Za pisanje tokratnega prispevka pa sva se odločila, ker želiva svoja stališča še dodatno utemeljiti, nekoliko pa tudi nadgraditi.

## 2. O pomenu zemljiškoknjižnega dovolila in vknjižbe lastninske pravice v zemljiški knjigi

Novjša pravna teorija,<sup>6</sup> ki ji je pritrnila tudi sodna praksa,<sup>7</sup> razlikuje med začetkom učinkovanja prenosa lastninske pravice v razmerju med prenositeljem in pridobiteljem (notranje oziroma relativno razmerje) ter začetkom učinkovanja omenjenega prenosa v razmerju do tretjih oseb (zunanje razmerje). V notranjem razmerju začne prenos lastninske pravice učinkovati, ko prenositelj izstavi in izroči pridobitelju zemljiškoknjižno dovolilo (23. člen SPZ), na katerem je njegov podpis notarsko overjen, v zunanjem razmerju pa z vknjižbo lastninske pravice v korist pridobitelja oziroma s trenutkom, ko zemljiškoknjižno sodišče prejme predlog za vknjižbo lastninske pravice v korist pridobitelja (5. člen ZZK-1).

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 25/2011.

<sup>4</sup> Članek je nadaljevanje razprave iz članka z naslovom Ponovni premislek o nekaterih temeljnih izhodiščih stvarnega prava pri prenosu lastninske pravice na nepremičninah, Pravna praksa, št. 3/2012, priloga, str. I–VII, in članka z naslovom Stvarnopravno varstvo pri pravno-poslovni pridobitvi lastninske pravice na nepremičnini, ki je bil objavljen v zborniku 5. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava 2013, Kranjska Gora, 13. in 14. junij 2013, GV Založba, Ljubljana 2013, str. 45–58.

<sup>5</sup> M. Juhart: Nekaj dodatnih premislekov k stvarnopravnim izhodiščem pri prenosu lastninske pravice na nepremičninah, v: Pravna praksa, št. 2/2013, str. 6–9, in M. Tratnik: Lastninska pravica na nepremičnini v pričakovanju, v: Pravna praksa, št. 2/2013, priloga, str. I–VIII.

<sup>6</sup> Tako N. Plavšak: Izbrisna tožba, v: 2. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava (zbornik), Kranjska Gora, 7. in 8. junij 2010, GV Založba, Ljubljana 2010, str. 44, in N. Plavšak: Zakon o finančnem poslovanju podjetij, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju z razširjenimi uvodnimi pojasnili (ZFPPIPP), GV Založba, Ljubljana 2008, str. 222–223. Prim. tudi M. Juhart v M. Juhart in drugi: Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 250–251; M. Juhart, nav. delo, str. 6; R. Vrenčur: Večkratna odsvojitve iste nepremičnine, Delovno gradivo za Civilnopravno sodniško šolo, 1. izvedba, Čatež, 22.–24. marec 2010, str. 6–7, ter M. Tratnik in R. Vrenčur: Zemljiškoknjižno pravo v teoriji in praksi, Inštitut za nepremičninsko pravo, Maribor 2008, str. 52–53.

<sup>7</sup> Prim. odločbo Ustavnega sodišča Up-591/10 z dne 2. decembra 2010 in odločbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (v nadaljevanju Vrhovno sodišče) II Ips 475/2008 z dne 5. aprila 2012, II Ips 132/2009 z dne 12. julija 2012, II Ips 78/2010 z dne 13. septembra 2012, II Ips 385/2008 z dne 17. maja 2012 in III Ips 106/2009 z dne 23. oktobra 2012.



Omenjeni koncept pridobitelju, ki razpolaga z overjenim zemljiškoknjižnim dovolilom, omogoča stvarnopravno varstvo (v določenem obsegu) še pred vpisom njegove pravice v zemljiško knjigo. Vendar pa konceptu večje praktične vrednosti ni mogoče pripisati, če sprejmemo razlago, da zemljiškoknjižno dovolilo učinkuje le v razmerju do odsvojitelja in je torej stvarnopravno varstvo pridobitelja pred vknjižbo omejeno le na to razmerje. Pridobitelj, ki razpolaga z overjenim zemljiškoknjižnim dovolilom, je namreč v razmerju do odsvojitelja enakovredno varovan tudi brez upoštevanja novih pravnih spoznanj, in sicer s časovno neomejenim zahtevkom za prepustitev posesti nepremičnine oziroma z (zrcalno istovetnim) ugovorom prodane in izročene stvari (93. člen SPZ). Tako bi bilo zmotno morebitno sklepanje, da pridobitelju, ki razpolaga z overjenim zemljiškoknjižnim dovolilom, šele novi koncept prinaša nezastarljiv zahtevek za prepustitev posesti v razmerju do odsvojitelja. Tudi če odmislimo nova pravna spoznanja in izhajamo iz predpostavke, da prehod lastninske pravice v razmerju do odsvojitelja učinkuje šele z vknjižbo (oziroma s trenutkom, ko zemljiškoknjižno sodišče prejme predlog za vpis), o zastarljivosti zahtevka za prepustitev posesti v taki situaciji ni mogoče govoriti. Pridobitelj, ki mu je že izstavljeno zemljiškoknjižno dovolilo, lahko namreč ob dejstvu, da vložitev predloga za vknjižbo ni časovno omejena, vedno doseže vknjižbo svoje pravice in s tem neomejeno varstvo v razmerju do odsvojitelja. Če vložitev predloga ni časovno omejena, tudi zahtevek za prepustitev posesti nepremičnine ne more biti podvržen zastaralnemu roku. To pomeni, da niti ob dosedanem razumevanju pomena vknjižbe zahtevka za prepustitev posesti, vloženega zoper odsvojitelja, v primeru, ko pridobitelj razpolaga z overjenim zemljiškoknjižnim dovolilom, ni mogoče obravnavati kot običajnega obligacijskega (izpolnitvenega) zahtevka.

Izhodišče, da ima izstavljeno zemljiškoknjižno dovolilo učinke le v razmerju do odsvojitelja, je po najinem mnenju preozko oziroma je razumevanje, da je vknjižba relevantna v razmerju do vseh tretjih oseb, preširoko. Da bi lahko opredelili učinke zemljiškoknjižnega dovolila in vknjižbe, je treba upoštevati razloge za sprejem koncepta, ki ločuje med prenosom lastninske pravice v notranjem in zunanjem razmerju. Omenjeni koncept temelji na spoznanju, da je za prehod lastninske pravice (oziroma upravičenj, ki jo sestavljajo; 37. člen SPZ) bistven razpolagalni pravni posel, ki ima dejansko moč, da prenese pravico iz enega premoženja v drugo, z vknjižbo pa se vsebina upravičenj, ki sestavljajo lastninsko pravico, ne spremeni (pridobi se le možnost nadaljnega knjižnega razpolaganja z lastninsko pravico na nepremičnini; načelo zemljiškoknjižnega prednika – 9. člen ZZK-1).<sup>8</sup> Z vknjižbo (oziro-

<sup>8</sup> Čeprav se z vknjižbo pridobi možnost nadaljnega knjižnega razpolaganja z lastninsko pravico, to ne nasprotuje zaključku, da je za prehod lastninskih upravičenj z odsvojitelja na pridobitelja ključna izstavitve overjenega zemljiškoknjižnega dovolila. Tudi imetnik originarno pridobljene lastninske pravice, za katerega sicer ni sporno, da pridobi lastninsko pravico že pred vknjižbo, brez vknjižbe nima možnosti nadaljnega knjižnega razpolaganja s svojo pravico. Če bi zagovarjali stališče, da se lastninska pravica pridobi šele s pridobitvijo možnosti nadaljnega knjižnega razpolaganja, bi to moralo veljati tudi v primeru originarno pridobljene lastninske pravice.

ma z vložitvijo predloga za vpis) se torej položaj pridobitelja v razmerju do odsvojitelja ne okrepi, zato vknjižba ne more biti relevantna pri razreševanju sporov v njunem notranjem razmerju. Takšno razumevanje učinkov vknjižbe v razmerju do odsvojitelja je skladno tudi z namenom vknjižbe, ki je prvenstveno v publiciteti prenosa lastninske pravice (prvi odstavek 11. člena SPZ) in s tem v izključitvi tveganja izgube pravice zaradi učinkov načela zaupanja v zemljiško knjigo (drugi odstavek 8. člena ZZK-1). Da je vknjižba namenjena varstvu tretjih dobrovernih oseb (in ne strank pravnega razmerja, ki je podlaga za prenos pravice) in s tem varstvu zaupanja v pravni promet, je v odločbi Up-591/10 z dne 2. decembra 2010 poudarilo tudi Ustavno sodišče.<sup>9</sup>

Vknjižba oziroma zemljiškoknjižno stanje tako ne more biti relevantno tudi v razmerju do tretjih nedobrovernih (nepoštenih) oseb, ki nastopajo v pravnem prometu.<sup>10</sup> Na načelo zaupanja v zemljiško knjigo (oziroma na zemljiškoknjižno stanje) se namreč lahko sklicuje le tretja dobroverna oseba (10. člen SPZ in 8. člen ZZK-1). Če je torej tretji v slabi veri (je na primer seznanjen z dejstvom, da je bil razpolagalni posel med zemljiškoknjižnim lastnikom (odsvojiteljem) in pridobiteljem že opravljen), je zemljiškoknjižno stanje zanj, iz enakih razlogov kot za odsvojitelja, nepomembno.<sup>11</sup> Odsvojitelj in tretji nedoboverni sta namreč z vidika namena vknjižbe v bistveno enakem položaju. Vknjižba tako ne more biti relevantna do vseh tretjih oseb, kot izhaja iz prej povzetega koncepta, temveč le v razmerju do tretjih dobrovernih oseb, ki se lahko sklicujejo na načelo zaupanja v zemljiško knjigo.

Nadaljnji odmik od izhodišča, da je vknjižba pridobitelja relevantna v razmerju do vseh tretjih oseb, je tudi pri osebah, ki se (ne glede na njihovo dobrovernost) na načelo zaupanja v zemljiško knjigo niti ne morejo sklicevati, saj ne nastopajo v pravnem prometu v smislu 10. člena

<sup>9</sup> Prim. 9. točko obrazložitve.

<sup>10</sup> Pojma nedoboverni in nepošteni oseba sta v prispevku uporabljena enakovredno. Že znotraj SPZ je mogoče najti nedoslednosti pri uporabi teh dveh pojmov. Tako na primer 10. člen SPZ (načelo zaupanja v zemljiško knjigo) govori o pošteni osebi, medtem ko je v drugem odstavku 44. člena SPZ, ki je le izpeljava omenjenega načela pri pripostvovanju, uporabljen izraz dobroverna oseba. Enako nedoslednost, na katero opozarja tudi M. Juhart (nav. delo, str. 6–7), je mogoče najti tudi pri primerjavi diktije 10. člena SPZ (oziroma 8. člena ZZK-1) s tretjim odstavkom 244. člena ZZK-1, po katerem izbrisne tožbe ni mogoče vložiti proti dobroverni osebi. Strinjati se je mogoče z M. Juhartom, da opisane nedoslednosti ne pomenijo različnega vrednotenja ravnanja in da se ti pojmi dejansko prekrivajo. Morebitno nasprotno stališče, da pojma dobroverna in pošteni oseba pri omenjenih položajih nista enakovredna, bi bilo nesprejemljivo tudi zato, ker je ureditev izbrisne tožbe le izpeljava načela zaupanja v zemljiško knjigo in se pojma že iz tega razloga morata prekrivati.

<sup>11</sup> V položaju »tretje nedoboverne osebe« v pravnem prometu je zlasti drugi pridobitelj pri večkratnem razpolaganju z nepremičnino, ki je seznanjen z dejstvom, da prvi pridobitelj že razpolaga z overjenim zemljiškoknjižnim dovolilom. Enako je treba obravnavati tudi nadaljnega pridobitelja pri zaporednem razpolaganju, ki je seznanjen z razveljavitvijo posla med svojim pravnim prednikom (prvim pridobiteljem) in odsvojiteljem. Več o teh položajih v četrtem razdelku prispevka.

SPZ (na primer upnik, ki pridobi hipoteko šele v izvršilnem postopku).<sup>12</sup> Tudi v razmerju do teh oseb vknjižba pridobitelja ne more biti pomembna – ključnega pomena je le, ali je v razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem prišlo do izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila, sposobnega za vknjižbo, oziroma do prenosa lastninske pravice, še preden je tretja oseba pridobila svojo pravico (na primer hipoteko v izvršilnem postopku).<sup>13</sup> Oporo za tako stališče je mogoče najti tudi v nekaterih določbah zemljiškoknjižne zakonodaje. Tako na primer ZZK-1 v prvi alineji 3. točke tretjega odstavka 94. člena<sup>14</sup> kupcu, ki mu je stečajni dolžnik še pred začetkom stečajnega postopka izdal notarsko overjeno zemljiškoknjižno dovolilo, omogoča izločitveno pravico v stečajnem postopku. Tudi zaznamba prepovedi odsvojitve in obremenitve, s katero upnik zavaruje svojo terjatev do zemljiškoknjižnega lastnika, ne preprečuje vknjižbe lastninske pravice na nepremičnini, če je bil podpis na zemljiškoknjižnem dovolilu overjen še pred začetkom učinkovanja zaznambe (1. točka prvega odstavka 99. člena ZZK-1). Iz povzetih zakonskih določb je razvidno, da izstavljeno zemljiškoknjižno dovolilo ne učinkuje le v relativnem razmerju med pogodbenima strankama, temveč tudi proti tretjim osebam – upnikom zemljiškoknjižnega lastnika, ki za poplačilo svojih terjatev ne bodo mogli izkoristiti nepremičnine, glede katere je bilo pridobitelju že izstavljeno zemljiškoknjižno dovolilo, sposobno za vknjižbo. Tudi novejša praksa Vrhovnega sodišča<sup>15</sup> izstavljenemu zemljiškoknjižnemu dovolilu pripisuje učinke v razmerju do tretjih oseb, ki ne nastopajo v pravnem prometu, in sicer v razmerju do upnika, ki pridobi hipoteko v izvršilnem postopku. Vrhovno sodišče

<sup>12</sup> Prim. odločbo Ustavnega sodišča Up-128/03 z dne 27. januarja 2005: »Na zemljiškoknjižno stanje in dobro vero se lahko sklicuje tisti, ki je na tej podlagi pridobil veljavno pogodbeno zastavno pravico (hipoteko) na nepremičnini, to pa ne more veljati v primeru, ko je upnik pridobil zastavno pravico šele z zaznambo sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi v izvršilnem postopku.« Prim. tudi R. Vrenčur: Uvod v zemljiškoknjižno pravo s praktičnimi primeri in sodno prakso, GV revije: Pravna praksa, Ljubljana 2004, str. 20. Pri tem poudarjava, da je citirano stališče Ustavnega sodišča zavzeto neodvisno od tega, da je upnikovi hipoteki, pridobljeni v izvršbi, konkurirala originarno pridobljena lastninska pravica. Zato ni ovire, da navedenega stališča ne bi uporabili tudi v primerih, ko upnikovi hipoteki, pridobljeni v izvršbi, konkurira (pričakovana) lastninska pravica, pridobljena na pravnoposlovni podlagi. Takšno razlago očitno sprejema tudi Vrhovno sodišče, ki se na stališče Ustavnega sodišča sklicuje tudi v primerih pravnoposlovne pridobitve lastninske pravice – prim. na primer odločbi II Ips 132/2009 z dne 12. julija 2012 in II Ips 475/2008 z dne 5. aprila 2012.

<sup>13</sup> Sodna praksa je že pred sprejemom koncepta o ločevanju prenosa lastninske pravice v notranjem in zunanem razmerju kupcu, ki je razpolagal z overjenim zemljiškoknjižnim dovolilom, priznavala varstvo (ugovor tretjega) v razmerju do upnika, ki je pridobil hipoteko v izvršilnem postopku, in sicer pod pogojem, da kupcu ni bilo mogoče očitati neskrbnosti glede vknjižbe svoje pravice v zemljiški knjigi oziroma da se v zemljiško knjigo ni mogel vpisati. V nekaterih primerih je poleg skrbnosti kupca zahtevala tudi nepoštenost upnika. Prim. na primer odločbi VSL II Cp 1525/2009 z dne 9. septembra 2009 in VSK Cp 1124/2011 z dne 24. aprila 2012, odločbi Vrhovnega sodišča II DoR 403/2010 z dne 31. marca 2011 in II Ips 220/2006 z dne 10. julija 2008 ter odločbo Ustavnega sodišča Up-438/04 z dne 6. julija 2006.

<sup>14</sup> Po citirani določbi ZZK-1 začetek stečajnega postopka ni ovira za dovolitev vknjižbe pravice, če je bil na zemljiškoknjižnem dovolilu podpis overjen pred dnevom začetka stečajnega postopka.

<sup>15</sup> Glej op. 7.

tako daje prednost kupcu nepremičnine pred takšnim upnikom, če je bilo kupcu zemljiško-knjžno dovolilo, sposobno za vknjižbo, izstavljeno, še preden je upnik pridobil hipoteko z zaznambo sklepa o izvršbi. Kupcu priznava ugovor tretjega v izvršilnem postopku oziroma mu daje varstvo v izločitveni pravdi (64. člen in tretji odstavek 65. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju; ZIZ<sup>16</sup>).<sup>17</sup>

Glede na povedano lahko izpeljemo naslednji sklep: izstavljeno zemljiškknjžno dovolilo ima učinke ne samo v razmerju do odsvojitelja, temveč tudi v razmerju do tistih tretjih oseb, ki se ne morejo sklicevati na načelo zaupanja v zemljiško knjigo oziroma na zemljiškknjžno stanje. To so (1) tretje nedobroverne osebe in (2) osebe, ki ne nastopajo v pravnem prometu v smislu 10. člena SPZ (na primer upnik, ki pridobi hipoteko šele v izvršilnem postopku).<sup>18</sup> Vknjižba (oziroma prejem predloga za vknjižbo) je tako relevantna le v razmerju do tistih tretjih oseb, ki se lahko sklicujejo na načelo zaupanja v zemljiško knjigo oziroma na zemljiškknjžno stanje. To je tudi razumljivo, če upoštevamo, da se v vknjižbo zasleduje publiciteta prenosa in s tem varstvo pred učinkovanjem načela zaupanja v zemljiško knjigo, na katerega se v pravnem prometu lahko sklicujejo le tretje dobroverne osebe.<sup>19</sup>

Res je, da s tem, ko pridobitelju priznavamo varstvo proti določenim tretjim osebam že na podlagi izstavljenega zemljiškknjžnega dovolila, varujemo neskrbno osebo, ki ni poskrbela za zemljiškknjžno izvedbo posledic prenosa lastninske pravice.<sup>20</sup> Vendar to ni problematično, če upoštevamo tudi položaj teh tretjih oseb, v razmerju do katerih učinkuje izstavljeno zemljiškknjžno dovolilo. Prvi skupini teh oseb, to je tretjim nedobrovernim (nepoštenim) osebam, je prav tako kot pridobitelju mogoče očitati kršitev pravne norme. Razlog za zagotavljanje varstva premalo skrbnemu pridobitelju je v tem primeru, kot utemeljeno opozarja M.

<sup>16</sup> Uradni list RS, št. 51/1998 in nasl.

<sup>17</sup> Stališče Vrhovnega sodišča je logično. Če nepremičnina ne spada v stečajno maso in tako ne služi poplačilu upnikov v stečajnem postopku, upnik tudi v izvršbi ne more poseči po tej nepremičnini, da bi dosegel poplačilo svoje terjatve. Podrobneje o položaju kupca, ki razpolaga z overjenim zemljiškknjžnim dovolilom, v izvršilnem postopku J. Hudej in I. Ščernjavič (nav. delo (2012), str. VI–VII).

<sup>18</sup> V krog teh oseb nedvomno spadajo osebe, ki jih M. Tratnik (nav. delo, str. VI) na podlagi analizirane novejše sodne prakse navaja kot osebe, v razmerju do katerih učinkuje prenos lastninske pravice že pred vknjižbo.

<sup>19</sup> Pravilnost sklepanja o učinkih izstavljenega zemljiškknjžnega dovolila in vknjižbe potrjuje tudi novejša praksa Vrhovnega sodišča (glej op. 7), ki po najinem mnenju le logično nadgrajuje razloge odločbe Up-591/10 z dne 2. decembra 2010 iz 9. točke obrazložitve o pomenu (smislu) vknjižbe. O tem drugače M. Tratnik, nav. delo, str. IV–VI.

<sup>20</sup> Enako stopnjo neskrbnosti je mogoče očitati tudi osebi (na primer odsvojitelju), ki ne poskrbi za izbris vknjižbe pridobitelja, ki temelji na primer na nični pogodbi (materialno neveljavna vknjižba; 243. člen ZZK-1). Če odsvojitelj opusti vložitev izbrisnega zahtevka, tvega, enako kot oseba, ki ne predlaga vknjižbe na podlagi izstavljenega zemljiškknjžnega dovolila, izgubo svoje pravice na nepremičnini zaradi učinkov načela zaupanja v zemljiško knjigo (10. člen SPZ in 8. člen ZZK-1). Prim. tudi J. Hudej: Časovna (ne)omejenost izbrisne tožbe: na primeru lastninske pravice, v: Pravnik, št. 7-8/2012, str. 526–528.

Juhart, v višji stopnji protipravnega ravnanja tretje osebe.<sup>21</sup> Zato je razumljivo, da izstavljeno zemljiškoknjižno dovolilo ne more učinkovati v razmerju do tretje poštene osebe, ki se je v pravnem prometu zanesla na zemljiškoknjižno stanje.<sup>22</sup> V razmerju do take osebe je lahko relevantna le vknjižba (oziroma stanje, ki izhaja iz zemljiške knjige). Z vidika upoštevanja poštenosti se zato zdi na prvi pogled vprašljivo stališče, da se pri drugi skupini tretjih oseb, to je pri osebah, ki ne nastopajo v pravnem prometu, ne ukvarjamo z njihovo poštenostjo, ampak vselej varujemo neskrbnega pridobitelja, ki razpolaga z overjenim zemljiškoknjižnim dovolilom. Vendar pa je treba upoštevati, da poštene tretje osebe, ki nastopa v pravnem prometu, dejansko ne varujemo le zaradi njene poštenosti, temveč zaradi pravice, ki jo pridobi zaradi svoje poštenosti, oziroma na podlagi načela zaupanja v zemljiško knjigo. Pri osebi, ki ne nastopa v pravnem prometu (na primer pri upniku, ki pridobi hipoteko v izvršilnem postopku), pa na podlagi njene poštenosti ne nastane nobena pravica. Razlog za dajanje prednosti neskrbnemu pridobitelju je v tem primeru v spoznanju, da tretjih oseb ni treba varovati, saj ne pridobivajo pravice v pravnem prometu. Po ustaljenem stališču sodne prakse, ki temelji na odločbi Ustavnega sodišča,<sup>23</sup> je namreč šele varstvo pravnega prometa tista vrednota, ki ob nadaljnjem pogoju poštenega ravnanja lahko odtehta poseg v (stvarno) pravico neskrbnega pridobitelja oziroma njen odvzem, ne pa že samo varstvo poštenega ravnanja tretje osebe.<sup>24</sup> Tudi veljavna zakonodaja zaradi neskrbnega ravnanja pridobitelja, ki pred začetkom stečajnega postopka zoper odsvojitelja ni poskrbel za vknjižbo svoje pravice v zemljiško knjigo, ne predvideva sankcije na stvarnopravnem področju. Tudi v tem primeru zakon ne varuje poštenosti upnika stečajnega dolžnika, ki je v dobri veri, da bo v stečajnem postopku prišel do delnega poplačila svoje terjatve, vložil predlog za začetek stečajnega postopka ali prijavil svojo terjatev. Ne nazadnje bi bilo varovanje poštenega upnika, ki pridobi hipoteko šele v izvršilnem postopku, v razmerju do osebe, ki razpolaga z overjenim zemljiškoknjižnim dovolilom, problematično tudi iz razloga, ker bi s tem dopustili poseg v (pričakovano) lastninsko pravico osebe, ki ni dolžnik, zgolj zaradi poplačila upnikove terjatve.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Tako M. Juhart, nav. delo, str. 6–7.

<sup>22</sup> Tudi M. Juhart in M. Juhart in drugi (nav. delo, str. 250–251) opozarja, da je pridobitelj z dokončanjem razpolagalnega posla (overitev podpisa na zemljiškoknjižnem dovolilu) varovan v razmerju do odsvojitelja, ne pa v razmerju do tretje osebe, ki se zaneša na stanje vpisa v zemljiški knjigi.

<sup>23</sup> Prim. odločbo Up-128/03 z dne 27. januarja 2005.

<sup>24</sup> Ob izhodišču, da pri načelu zaupanja v zemljiško knjigo ne gre le za varovanje poštenega ravnanja, temveč predvsem za varstvo pravnega prometa (oziroma v tem prometu pridobljene pravice), bi bilo težko zagovarjati stališče o smiselni uporabi načela zaupanja v zemljiško knjigo tudi v primerih, ko pošteni upnik pridobi hipoteko šele v izvršilnem postopku. Če bi želeli 10. člen SPZ uporabiti tudi pri tem položaju, bi tako morali izkazati, da je pridobitev hipoteke v izvršbi bistveno podobna pravnoposlovni pridobitvi hipoteke.

<sup>25</sup> Prim. tudi 10. točko obrazložitve v odločbi Ustavnega sodišča Up-128/03 z dne 6. septembra 2004.

Zaradi predstavljenega pomena izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila in nerelevantnosti vknjižbe v razmerju do oseb, ki ne nastopajo v pravnem prometu (na primer upnika, ki pridobi hipoteko šele v izvršilnem postopku), (ne)skrbnost pridobitelja glede vpisa v zemljiško knjigo (logično) ne more biti pomembna.<sup>26</sup> Ob predstavljenih pravnih izhodiščih se zato ni mogoče več strinjati s tisto sodno prakso, ki kolizijo med kupcem, ki razpolaga z overjenim zemljiškoknjižnim dovolilom, in upnikom, ki je pridobil hipoteko šele v izvršilnem postopku, razrešuje (med drugim) tudi s presojo skrbnosti kupca pri vpisu svoje pravice v zemljiško knjigo.<sup>27</sup> Neskrbnost pridobitelja glede vpisa v zemljiško knjigo tako ne more biti več odločilna okoliščina, na podlagi katere bi bilo mogoče razrešiti konflikt takšnega pridobitelja z osebo, ki se ne more sklicevati na zemljiškoknjižno stanje.

V prispevku zavzeto stališče, da se z vknjižbo ne spremeni vsebina upravičenj, ki sestavljajo lastninsko pravico, in da že izstavljeno zemljiškoknjižno dovolilo omogoča stvarnopravno varstvo v razmerju do odsvojitelja in do določenih tretjih oseb, pa tudi ne nasprotuje načelu konstitutivnosti (7. člen ZZK-1) oziroma je to nasprotje le navidezno. Šele z vknjižbo (oziroma s trenutkom, ko zemljiškoknjižno sodišče prejme predlog za vpis) začne namreč prenos lastninske pravice učinkovati tudi proti tretjim dobrovernim osebam, ki nastopajo v pravnem prometu, in s tem proti vsakomur (*erga omnes*). Novi lastniški položaj je dejansko šele od tega trenutka naprej absolutno varovan in v tem smislu je vknjižba konstitutivna. Lahko torej rečemo, da se z vknjižbo spremeni krog oseb, proti katerim učinkuje sprememba lastnika. Za prenos upravičenj, ki sestavljajo lastninsko pravico, pa je bistvenega pomena razpolagalni pravni posel (izstavitev overjenega zemljiškoknjižnega dovolila),<sup>28</sup> na podlagi katerega preide pravica iz premoženja odsvojitelja v premoženje pridobitelja.

Ob takšnem razumevanju pomena vknjižbe se po najinem mnenju dejansko izenačujeta trenutek pravnoposlovne in trenutek originarne pridobitve lastninske pravice. Začetek učinkovanja lastninske pravice v polnem obsegu (*erga omnes*) je pri obeh pridobitnih načinih vezan na vknjižbo lastninske pravice v zemljiško knjigo. Tudi lastninska pravica, pridobljena na originarni način (na primer s priposestvovanjem), učinkuje v polnem obsegu (torej tudi v

<sup>26</sup> Prim. tudi 9. točko obrazložitve v zadevah II Ips 132/2009 z dne 12. julija 2012 in II Ips 475/2008 z dne 5. aprila 2012.

<sup>27</sup> Po stališču te prakse (glej op. 13) je bil varovan le skrben kupec oziroma kupec, ki se ni mogel vpisati v zemljiško knjigo, ne pa tudi kupec, ki bi se lahko vpisal, pa se ni.

<sup>28</sup> Na takšen pomen razpolagalnega posla je mogoče sklepati tudi na podlagi drugega odstavka 150. člena ZZK-1, ki določa, da lahko pri večkratnih zaporednih prenosih pravice, ki niso vpisani v zemljiški knjigi, zadnji pridobitelj pravice zahteva vknjižbo pravice neposredno v svojo korist, če zemljiškoknjižnemu predlogu za vsak prenos priloži listino, ki bi bila podlaga za vknjižbo pravice v korist njegovega pravnega prednika. Če z izstavitvijo zemljiškoknjižnega dovolila še ne bi prišlo do prenosa pravice, bi bila citirana določba dejansko nesmiselna, saj pravice, ki še ne obstaja, ni mogoče prenesti.

razmerju do tretjih dobrovernih oseb) šele z vknjižbo (drugi odstavek 44. člena SPZ),<sup>29</sup> pred vknjižbo pa je priposestvovalec v enakem položaju kot pridobitelj, ki razpolaga z overjenim zemljiškoknjižnim dovolilom. Pri reševanju konkretnih primerov tako po najinem mnenju ni ključno razlikovanje med pravnoposlovnim in originarnim pridobitnim načinom – bistveno je razlikovanje med vrstami razmerij, v katerih pravica učinkuje.

### 3. O pomenu sklenitve pogodbe glede na novelirano ureditev izbrisne tožbe

V prejšnjem razdelku je bilo prikazano, da je treba pridobitelju, ki razpolaga z overjenim zemljiškoknjižnim dovolilom, v razmerju do odsvojitelja in oseb, ki jih ne varuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo, priznati stvarnopravno varstvo že pred vknjižbo pridobitelja. Glede na novelirano besedilo 243. člena ZZK-1, po katerem so za vložitev izbrisne tožbe legitimirani tudi imetniki obligacijskih pravic, torej osebe, ki imajo le pravni naslov za prenos lastninske pravice (zavezovalni posel), pa je mogoče sklepati, da je enakovredno varstvo v določenem obsegu zagotovljeno že obligacijskemu upravičencu.<sup>30</sup> Tako ima na primer pri večkratni prodaji nepremičnine prvi pridobitelj, ki razpolaga zgolj s kupo-prodajno pogodbo, pod pogoji, ki jih določa četrti odstavek 243. člena ZZK-1 (nedovoljen namen strank kasnejšega posla), izbrisno tožbo v razmerju do kasnejšega pridobitelja, ki ga je prehitel z vknjižbo.<sup>31</sup>

Spremenjena ureditev izbrisne tožbe bi se ob dosledni izpeljavi morala odraziti tudi pri obravnavi položaja imetnika obligacijske pravice (pridobitelja) v razmerju do odsvojiteljevega upnika v izvršilnem postopku. To je mogoče ponazoriti z naslednjim primerom. Prodajalec po prodaji nepremičnine isto nepremičnino zastavi v zavarovanje svojega dolga, pri čemer je zastavna pogodba sklenjena z nedovoljenim namenom, da bi se kupcu preprečila pridobitev neobremenjene lastninske pravice. Upnik vpiše hipoteko v zemljiško knjigo. Ker prodajalec svojega dolga ob zapadlosti ne poravnava, upnik predlaga izvršbo na nepremičnino. Meniva, da bi v opisanem primeru kupec moral biti varovan v izvršilnem postopku, ki teče zoper prodajalca. Treba je namreč upoštevati, da bi imel kupec glede na spremenjeno besedilo 243. člena

<sup>29</sup> Za stvarne pravice je značilno, da so absolutne in učinkujejo zoper vsakogar. Če *ex lege* pridobitev lastninske pravice ni javno objavljena z vpisom v zemljiški knjigi, dejansko govorimo o lastninski pravici, ki nima učinka *erga omnes*. Taki lastninski pravici namreč manjka temeljni atribut absolutnosti stvarne pravice. Tako R. Vrenčur in J. Sladič: Konflikt med pravnoposlovno in originarno pridobitvijo lastninske pravice na podlagi 116. člena SZ, Pravna praksa, št. 18/2008, priloga, str. III–IV.

<sup>30</sup> Tudi po mnenju M. Juharta (nav. delo, str. 6) spremenjena ureditev izbrisne tožbe priznava stvarnopravno varstvo nekaterim položajem, ko lastninska pravica še ni pridobljena.

<sup>31</sup> Izbrisna tožba je pri kupcu, ki nepremičnine nima v posesti, časovno omejena z rokom za zastaranje izpolnitvene zahtevke, ki ga ima kupec do prodajalca. Podrobneje J. Hudej in I. Ščernjavič, nav. delo (2012), str. V–VI.



ZZK-1 v primeru, če ne bi prišlo do izvršbe na nepremičnino, zoper hipotekarnega upnika (in prodajalca) izbrisno tožbo zaradi ničnosti pogodbe, sklenjene med prodajalcem in upnikom (četrti odstavek spremenjenega 243. člena ZZK-1; večkratno razpolaganje z nepremičnino).<sup>32</sup> Zato mora biti njegov položaj ustrezno varovan tudi v izvršilnem postopku, ki se začne na predlog takega upnika. Pravno varstvo kupca namreč ne more biti odvisno od tega, ali bo upnik vložil predlog za izvršbo, oziroma od tega, kdo od njiju bo prej uveljavljal sodno varstvo (vložil izbrisno tožbo oziroma predlog za izvršbo). Res je, da kupec, ki ima le obligacijsko pravico, ki utemeljuje pridobitveni zahtevek,<sup>33</sup> na predmetu izvršbe nima pravice, ki preprečuje izvršbo, oziroma pravice, ki daje podlago za ugovor tretjega v izvršbi. Njegov položaj je glede predmeta izvršbe varovan posredno, in sicer tako, da lahko zaradi ničnosti zastavne pogodbe uveljavlja neobstoj hipoteke. Čeprav se kupčev ugovor nanaša na nastanek (obstoj) hipoteke, meniva, da mu ni mogoče priznati položaja stranke, ki bi lahko že v izvršilnem postopku dosegla vsebinsko obravnavo tega ugovora, saj ni lastnik nepremičnine.<sup>34</sup> Zato je verjetno edina možnost, da mu priznamo varstvo z ugovorom tretjega oziroma v izločitveni pravdi.

Ob dosledni izpeljavi novelirane ureditve izbrisne tožbe (ZZK-1C) lahko ugovor tretjega v prej opisanem primeru očitno vložijo tudi imetnik obligacijske pravice, ki omogoča pridobitveni zahtevek. V teoriji in sodni praksi se je doslej poudarjalo, da ugovor tretjega v izvršbi (poleg stvarnih pravic) utemeljujejo le tiste obligacijske pravice, ki omogočajo vrnitveni zahtevek. O sprejemljivosti razširitve upravičencev, ki lahko vložijo ugovor tretjega v izvršbi, pa ni mogoče razpravljati neodvisno od razprave o primernosti zakonodajne ureditve, ki priznava izbrisno tožbo tudi imetniku obligacijske pravice, oziroma sodne prakse, ki je v primeru večkratnega razpolaganja z nepremičnino že pred uveljavitvijo ZZK-1C imetniku obligacijske pravice (prvemu pridobitelju), ki mu je bila prepuščena tudi posest, priznavala stvarnopravno varstvo v razmerju do drugega nedobrovernega pridobitelja (ugovor prodane stvari in zahtevek za izstavitev zemljiškoknjižne listine, ki je prvemu pridobitelju omogočil vknjižbo njegove pravice v zemljiško knjigo).<sup>35</sup> Problematičnost ureditve, ki tudi imetniku obligacijske pravice dopušča

<sup>32</sup> ZZK-1 v četrtem odstavku 243. člena v povezavi s 1. točko prvega odstavka 243. člena ZZK-1, na katero se izrecno sklicuje, ureja sicer le primer večkratnega prenosa lastninske ali izvedene pravice na nepremičnini. To pa po najinem mnenju ne pomeni ovire, da se ta določba ne bi uporabila tudi za primer, ko drugo razpolaganje z nepremičnino ni usmerjeno v prenos pravice, temveč v njeno obremenitev. Ta situacija je namreč v bistvenem podobna zakonsko urejenemu primeru. V obeh primerih gre za dvojno razpolaganje, ki ima lahko za prvega pridobitelja enako usodne posledice.

<sup>33</sup> Prim. A. Galič: Pravice kot podlaga za ugovor tretjega v izvršilnem postopku, v: Izbrane teme civilnega prava: zbornik Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2006, str. 166–170.

<sup>34</sup> V tem se njegov položaj razlikuje od položaja osebe, ki kupi s hipoteko obremenjeno nepremičnino (hipotekarni dolжник). Če ta oseba ugovarja nastanku hipoteke, mora imeti možnost učinkovitega varstva že v izvršilnem postopku, in ne šele v izločitveni pravdi (prim. odločbo Ustavnega sodišča Up-2324/08 z dne 16. decembra 2010).

<sup>35</sup> Prim. na primer odločbe VS RS II Ips 66/90 z dne 31. maja 1990 ter VS Sl II Ips 215/86 in II Ips 216/86 z dne 6. novembra 1986. Povzeto po T. Frantar: Stvarno pravo, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1993, str. 102–107 in 111–112.



izbrisno tožbo in ugovor tretjega, pa verjetno omili dejstvo, da je imetnik obligacijske pravice varovan le v razmerju do upnika, ki ne ravna pošteno. Zakonodajna ureditev in starejša sodna praksa sprožata tako predvsem teoretične dileme, ker se učinki sklenitve zavezovalnega posla približujejo učinkom razpolagalnega posla.

Postavlja pa se vprašanje, ali bi bilo treba kupcu iz prej opisanega primera pravno varstvo priznati tudi v situaciji, ko pridobi prodajalčev upnik hipoteko šele v izvršilnem postopku z zaznambo sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi (170. člen ZIZ). Mogoče bi bilo namreč zastopati stališče, da bi moral biti kupec varovan tudi v razmerju do takega upnika, saj bi bila v nasprotnem primeru možnost vložitve ugovora odvisna od načina pridobitve hipoteke. Takšno stališče sva zastopala sprva,<sup>36</sup> nato pa sva od njega delno odstopila in se zavzela za rešitev, ki bi kupca varovala samo v razmerju do nepoštenega upnika, ki pridobi hipoteko v izvršilnem postopku.<sup>37</sup> Zdelo se nama je nesprejemljivo, da bi bil nepošteni upnik, ki bi pridobil hipoteko šele v izvršilnem postopku, v boljšem položaju kot upnik, ki bi z nedovoljenim namenom pridobil hipoteko na pravnoposlovni podlagi. Po ponovnem premisleku meniva, da kupca (imetnika obligacijske pravice) v razmerju do upnika, ki pridobi hipoteko šele v izvršbi, v nobenem primeru (ne glede na (ne)poštenost upnika) ni mogoče varovati. Kot je bilo že prej opozorjeno, kupčev ugovor tretjega v razmerju do upnika, ki pridobi hipoteko na pravnoposlovni podlagi, ne temelji na pravici, ki preprečuje izvršbo, temveč je usmerjen v neveljavnost hipoteke (ničnost zastavne pogodbe). Ker kupec proti upniku, ki pridobi hipoteko šele v izvršilnem postopku (torej na podlagi zakona), neveljavnosti hipoteke ne more uveljavljati, ga z ugovorom tretjega ni mogoče varovati. Če bi mu ugovor tretjega priznali, bi ga varovali zgolj zaradi imetništva obligacijske pravice, ki omogoča pridobitveni zahtevek. Takšno varstvo kupca pa ne bi pomenilo več izpeljave novelirane ureditve izbrisne tožbe, s katero je sicer mogoče utemeljiti varstvo kupca v izvršilnem postopku v razmerju do upnika, ki pridobi hipoteko na pravnoposlovni podlagi.

## 4. Večkratno razpolaganje z nepremičnino

V zadnjem delu prispevka želiva z vidika novih spoznanj o pomenu izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila in vknjižbe predstaviti še svoj pogled na reševanje primerov večkratnega razpolaganja z isto nepremičnino. Kot bo prikazano v nadaljevanju, se najin pogled na reševanje teh situacij nekoliko razlikuje od rešitve, ki jo ponuja ZZK-1 v četrtem odstavku 243. člena. Svoje razmišljanje podajava na primeru dvakratne prodaje nepremičnine.

---

Sodna praksa je tako obligacijskemu upravičencu, ki je imel nepremičnino v posesti, zagotavljala po vsebini najmanj enakovredno varstvo, kot mu ga zdaj nudi izbrisna tožba. Podrobneje tudi R. Vrenčur, nav. delo (2010), str. 1–6.

<sup>36</sup> J. Hudej in I. Ščernjavič, nav. delo (2012), str. VI–VII.

<sup>37</sup> J. Hudej in I. Ščernjavič, nav. delo (2013), str. 53–54.

Po zakonodajni ureditvi lahko prvi kupec, ki razpolaga z zemljiškoknjižno listino, sposobno za vknjižbo, proti prodajalcu in drugemu kupcu kot nujnima sospornikoma vloži izbrisno tožbo pod predpostavko, da sta stranki kasnejšega posla ravnali z nedovoljenim namenom onemogočiti prvemu kupcu uresničitev zahtevka za pridobitev lastninske pravice na nepremičnini na podlagi prve prodajne pogodbe (četrti odstavek 243. člena ZZK-1). Treba je torej ugotoviti ničnost druge prodajne pogodbe, pri čemer je razlog za ničnost strožji, kot je veljalo po dosedanji praksi. Ta je ničnost druge pogodbe pogojevala le z nedobrovernostjo drugega kupca, kar je običajno utemeljila z vedenjem drugega kupca o obstoju prve prodajne pogodbe.<sup>38</sup>

Če dosledno upoštevamo v prispevku predstavljeno izhodišče, da je v razmerju med prodajalcem in prvim kupcem z izstavitvijo zemljiškoknjižne listine že prišlo do prenosa lastninske pravice, ki učinkuje tudi do drugega kupca, če je ta v slabi veri, uspešnost izbrisne tožbe prvega kupca po najinem mnenju ne more biti odvisna od uveljavljanja zahtevka za ugotovitev ničnosti druge prodajne pogodbe niti od nedovoljenega namena strank kasnejše pogodbe, kot je to določeno v zakonu. Meniva, da zadošča že ugotovitev slabe vere drugega kupca, saj ta glede na nova pravna izhodišča pridobiva lastninsko pravico od nelastnika (razpolagalno nesposobne osebe). Prodajalec je namreč z izstavitvijo zemljiškoknjižnega dovolila prvemu kupcu že izčrpal svojo razpolagalno moč – ostala mu je le še možnost formalnega (knjižnega) pravnega razpolaganja.<sup>39</sup> Drugi kupec bi tako lahko pridobil lastninsko pravico od prodajalca kot nelastnika le na podlagi načela zaupanja v zemljiško knjigo (10. člen SPZ). To načelo pa predpostavlja dobrovernost pridobitelja.<sup>40</sup> Če je torej drugi kupec nedobroveren, lastninske pravice že zaradi svoje nedobrovernosti ne more pridobiti. Za uspešnost izbrisne tožbe prvega kupca zato po najinem mnenju zadošča že izkazana slaba vera drugega kupca.

V prid stališču, da drugi kupec v primeru, ko je bilo v korist prvega kupca že opravljeno razpolagalno dejanje, pridobiva lastninsko pravico od nelastnika (razpolagalno nesposobne osebe), govori tudi primerjava položaja drugega kupca s položajem nadaljnjega kupca pri zaporedni prodaji nepremičnine. Če je kupoprodajna pogodba, sklenjena med (dejanskim in zemljiškoknjižnim) lastnikom nepremičnine ter prvim kupcem, neveljavna (na primer razveljavljena),

<sup>38</sup> Glej sodno prakso, navedeno v op. 35.

<sup>39</sup> M. Tratnik in R. Vrenčur (nav. delo, str. 52–53) poudarjata, da je v primeru večkratne odsvojitve iste nepremičnine odsvojitelj z razpolaganjem v korist prvega pridobitelja že izčrpal svojo razpolagalno moč. To pomeni, da odsvojitelj nima več razpolagalne sposobnosti za kasnejše razpolaganje. Ta okoliščina mora imeti po mnenju avtorjev vpliv na kasnejšega slabovernega pridobitelja iste nepremičnine. Avtorja vidita rešitev v ničnosti kasnejšega razpolagalnega posla zaradi nedopustnosti predmeta oziroma zaradi razpolaganja brez razpolagalne sposobnosti. Tudi M. Juhart in M. Juhart in drugi (nav. delo, str. 246) opozarja, da je s prvim in edinim učinkovitim prenosom razpolagalna sposobnost izčrpana, zato oseba ne more več veljavno in učinkovito razpolagati.

<sup>40</sup> Tudi M. Tratnik in R. Vrenčur (nav. delo, str. 30–31) ugotavljata, da lahko tretji v primeru, ko je prodajalec kupcu že izstavil zemljiškoknjižno dovolilo, pridobi hipoteko na isti nepremičnini le pod pogoji, ki jih določa načelo zaupanja v zemljiško knjigo, to je ob izkazani dobrovernosti hipotekarnega upnika.

je v njenem notranjem razmerju ustvarjen položaj, kot da do spremembe imetnika lastninske pravice sploh ni prišlo. Zaradi kavzalnega odnosa med razpolagalnim in zavezovalnim poslom, ki je uveljavljen v našem pravnem sistemu,<sup>41</sup> odprava zavezovalnega posla (razveljavitev pogodbe) namreč nujno vodi do prenehanja učinkov razpolagalnega posla (do razveljavitve zemljiškoknjižnega dovolila). Če prvi kupec nepremičnino odsvoji nadaljnjemu kupcu, še preden pride do zemljiškoknjižne izvedbe posledic neveljavne pogodbe, teorija enotno zagovarja stališče, da nadaljnji kupec pridobiva lastninsko pravico od nelastnika (razpolagalno nesposobne osebe) in da lahko torej pravico pridobi le ob izpolnjenem pogoju dobrovernosti (10. člen SPZ).<sup>42</sup> Če je nadaljnji kupec nedobroveren, ga načelo zaupanja v zemljiško knjigo ne varuje, zato lastninske pravice že iz tega razloga ne more pridobiti.

Po najinem mnenju sta nedobroverni nadaljnji kupec pri zaporedni prodaji in nedobroverni drugi kupec pri dvojni prodaji v bistveno enakem položaju. Stopnja protipravnosti njenega ravnanja je namreč primerljiva (seznanjenost nadaljnjega kupca z razveljavitvijo posla (in s tem zemljiškoknjižnega dovolila) med njegovim prednikom (prvim kupcem) in prodajalcem je enakovredna seznanjenosti drugega kupca pri dvojni prodaji z dejstvom, da je bilo v korist prvega kupca že izstavljeno zemljiškoknjižno dovolilo, sposobno za vknjižbo), zato bi morala biti enakovredno obravnavana. Glede na besedilo četrtega odstavka 243. člena ZZK-1, ki pogojuje izbris s posebnim nedovoljenim namenom prodajalca in drugega kupca, pa je drugi kupec pri dvojni prodaji dejansko v boljšem položaju, saj za njegov izbris ne zadošča že izkazana slaba vera, kot velja po ustaljenem stališču teorije pri nadaljnjem kupcu v primeru zaporedne prodaje. Nedobroverni nadaljnji kupec je tako obravnavan strožje kot nedobroverni kupec pri dvojni prodaji. Podlage za različno obravnavanje zaporedne in dvojne prodaje tudi ni mogoče utemeljiti z razlikovanjem med položajem prodajalca pri zaporedni prodaji in položajem prvega kupca pri dvojni prodaji. Tudi njuna položaja sta dejansko primerljiva. Neskrbnost, ki jo je v primeru zaporedne prodaje mogoče očitati prodajalcu, ki z vložitvijo izbrisne tožbe ni poskrbel za pravočasno zemljiškoknjižno izvedbo posledic neveljavne pogodbe oziroma za uskladitev zemljiškoknjižnega stanja z dejanskim, je mogoče primerjati z neskrbnostjo prvega kupca, ki kljub izstavljeni zemljiškoknjižni listini ne poskrbi za vknjižbo svoje pravice in s tem tvega izgubo svoje pravice zaradi morebitnega ponovnega razpolaganja prodajalca z nepremičnino.<sup>43</sup> Po najinem mnenju sta situaciji dvojne in zaporedne prodaje primerljivi tako

<sup>41</sup> O kavzalnem sistemu podrobneje M. Tratnik in R. Vrenčur: O sistemu abstraktne in kavzalne tradicije v stvarnem pravu, v: *Pravnik*, št. 6–8/1999, str. 333–350, ter N. Plavšak in R. Vrenčur v N. Plavšak, M. Juhart in R. Vrenčur: *Obligacijsko pravo*, Splošni del, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 700–703.

<sup>42</sup> Prim. na primer N. Plavšak in R. Vrenčur v N. Plavšak, M. Juhart in R. Vrenčur, nav. delo, str. 702–703, in M. Juhart v M. Juhart in drugi, nav. delo, str. 89–90.

<sup>43</sup> Glej tudi op. 20.

po stopnji neskrbnosti kot po stopnji protipravnosti ravnanj udeležencev teh razmerij, zato ne vidiva tehtnega razloga, ki bi narekoval drugačno obravnavo teh situacij.

Zakonska zahteva, da mora biti pri strankah kasnejšega posla izkazan nedovoljen namen (četrti odstavek 243. člena ZZK-1), je v primeru, ko je kupcu že izstavljeno zemljiškknjižno dovolilo, lahko vprašljiva tudi s sistemskega vidika. Izbrisna tožba pomeni namreč izpeljavo načela zaupanja v zemljiško knjigo,<sup>44</sup> zato je problematično, da za njeno utemeljenost pri večkratnem razpolaganju z isto nepremičnino ne zadošča slabovernost drugega kupca (10. člen SPZ). Drugi kupec tako lahko kljub slabovernosti ostane vpisan v zemljiško knjigo, če ni dokazan še nedovoljen namen v smislu četrtega odstavka 243. člena ZZK-1. Razlog za opisano neskladje med zakonskimi pogoji za vložitev izbrisne tožbe v primeru večkratnega razpolaganja in načelom zaupanja v zemljiško knjigo je verjetno v zakonodajalčevem izhodišču, da drugi kupec kljub opravljenemu razpolagalnemu poslu v korist prvega kupca pridobiva lastninsko pravico od (pravega) lastnika nepremičnine. To izhodišče pa je z vidika novih spoznanj teorije in sodne prakse o pomenu izstavljenega in overjenega zemljiškknjižnega dovolila verjetno vprašljivo.

Drugače pa je po najinem mnenju treba obravnavati situacijo večkratnega razpolaganja, ko prvemu kupcu zemljiškknjižno dovolilo še ni izstavljeno in gre torej le za imetnika obligacijske pravice.<sup>45</sup> V tej situaciji je za uspešnost izbrisne tožbe treba ugotavljati ničnost druge prodajne pogodbe in nedovoljen namen strank kasnejšega posla, kot zahteva zakon. V razmerju med prvim kupcem in prodajalcem namreč še ni prišlo do prehoda lastninske pravice, zato pridobiva drugi kupec v tem primeru lastninsko pravico od lastnika nepremičnine.

Meniva torej, da bi v primeru, ko je prvemu kupcu že izstavljeno zemljiškknjižno dovolilo, sposobno za vknjižbo, za uspešnost izbrisne tožbe zadoščala že izkazana slabovernost drugega kupca, medtem ko mora prvi kupec, ki razpolaga zgolj s kupoprodajno pogodbo, dokazati nedovoljen namen strank kasnejšega posla in s tem ničnost tega posla. Takšno razlikovanje se nama zdi utemeljeno tudi, če upoštevamo naravo pravice, v katero se poseže z drugim razpolaganjem. Pri kupcu, ki razpolaga z zemljiškknjižnim dovolilom, je poseg nedvomno večji kot pri kupcu, ki razpolaga zgolj s kupoprodajno pogodbo. Tudi z vidika teže posega bi bilo tako logično, da je pri hujšem posegu pristop strožji in da torej zadostuje že slaba vera.

## 5. Sklep

V prispevku sva skušala prikazati, da koncept, ki pri pravnoposlovni pridobitvi lastninske pravice na nepremičnini odločilni pomen pripisuje izstavitvi zemljiškknjižnega dovolila, ne

<sup>44</sup> Prim. M. Juhart v M. Juhart in drugi, nav. delo, str. 87–88.

<sup>45</sup> O vplivu posesti na položaj prvega kupca glej J. Hudej in I. Ščernjavič, nav. delo (2012), str. V–VI.

nasprotuje načelu konstitutivnosti. Lastninska pravica začne namreč tudi po tem konceptu učinkovati v polnem obsegu, torej proti vsakomur (*erga omnes*), šele z vknjižbo (oziroma s trenutkom, ko zemljiškoknjižno sodišče prejme predlog za vpis).

Stališče, da izstavljeno zemljiškoknjižno dovolilo učinkuje tudi v razmerju do določenih tretjih oseb (tretje nedobroverne osebe in osebe, ki ne nastopajo v pravnem prometu), ne zmanjšuje pomena zemljiške knjige, saj se te osebe na zemljiško knjigo oziroma na zemljiškoknjižno stanje niti ne morejo sklicevati, oziroma ga ne zmanjšuje nič bolj kot razlaga, da je vknjižba pri originarno pridobljenih pravicah le deklaratorne narave. Opustitev vknjižbe v razmerju do oseb, ki se ne morejo sklicevati na zemljiškoknjižno stanje, tako za pridobitelja ne more imeti negativnih posledic na stvarnopravnem področju. Kljub temu bo pridobitelj zainteresiran za vknjižbo svoje pravice, zlasti zaradi izkazovanja lastništva v vsakodnevnem življenju (prvi odstavek 11. člena SPZ), zaradi možnosti nadaljnjega formalnega (knjižnega) razpolaganja z lastninsko pravico (9. člen ZZK-1) in predvsem zaradi zavarovanja pred tveganjem izgube pravice na podlagi učinkovanja načela zaupanja v zemljiško knjigo (10. člen SPZ). Te okoliščine so po najinem mnenju zadostna spodbuda, da bo pridobitelj poskrbel za čimprejšnjo vknjižbo svoje pravice.

Na koncu želiva še poudariti, da morebitna razprava o poimenovanju pravnega položaja pridobitelja, ki razpolaga z overjenim zemljiškoknjižnim dovolilom, za sodno prakso nima večje vrednosti. Lahko rečemo, da gre za lastninsko pravico v pričakovanju, kot pravi Ustavno sodišče, ali pa govorimo o začetku učinkovanja prenosa lastninske pravice v razmerju med prenositeljem in pridobiteljem, kot pravi teorija. Za reševanje konkretnih primerov je bistveno, da je položaj takšnega pridobitelja v razmerju do določenih oseb varovan še pred vpisom v zemljiško knjigo.





*Pravni letopis 2013*

Mednarodno zasebno  
pravo

II.

ILJA RUMENOV

*Determination of the Child's Habitual Residence  
According to the Brussels II bis Regulation*





Izvorni znanstveni članek  
UDK 341.94:343.433

# Determination of the Child's Habitual Residence According to the Brussels II bis Regulation

M. SC. ILIJA RUMENOV,  
*Doctoral student at the Faculty of Law,  
University of Ljubljana and teaching  
assistant of Private International Law at  
the Faculty of Law "Iustinianus Primus",  
University ss Cyril and Methodius Skopje,  
Republic of Macedonia*

## I. "Child's habitual residence" in the Regulation Brussels II bis?

### A. Jurisdictional criteria

The Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (Brussels II bis)<sup>1</sup> applies to cross border cases between different Member States of the European Union. It covers two major family law areas: matrimonial relationship and parental responsibility. These two fields can be narrowed down to divorce, legal separation and marriage annulment (matrimonial cases) thus parental responsibility, which consists of a bigger subject matter. With respect to parental responsibility, the issues of child abduction and access rights are separately positioned within the Council Regulation and highlighted. In most cases, the main connecting factor, the main jurisdictional criteria, is the place where the child has his/her habitual residence. The latter is the main jurisdictional criteria for determining the forum in which parental responsibility is decided,<sup>2</sup> and is of great importance in child abduction cases<sup>3</sup>. Further, as a criterion

<sup>1</sup> Official Journal L 338 of 23. 12. 2003.

<sup>2</sup> Art. 8 Brussels II bis.

<sup>3</sup> Art. 10 Brussels II bis.

it is of paramount importance in determining the continued jurisdiction of the child's former habitual residence<sup>4</sup> and also on the jurisdiction based on the child's presence.<sup>5</sup>

From this it can be seen, that the determination of the child's habitual residence is of great importance, because it fixates the jurisdiction to the court, which is most competent to hear the case, due to its proximity with the child.<sup>6</sup> The use of this criterion is considered to be particularly appropriate, because in practice it is essential that the authorities in the place where the child actually lives should be responsible for his/her physical welfare and be involved in determining his/her financial needs.<sup>7</sup>

## B. Relationship between the Brussels II bis Regulation and the Hague Conventions

One specific problem of the European Union is the correlation and the coordination of legal sources that cover subjects that can be resolved under two or sometimes more international agreements and specific EU Regulations. These subject matters are specific because the Member States of the European Union are at the same time signatories to these international agreements and they are also bound by EU Regulations. This problem is resolved by the establishment of a "hierarchical correlation" between these legal sources.<sup>8</sup> One of these subject matters, that are regulated by a large number of international agreements and EU Regulations, is the position of the child in the determination of parental responsibilities in

---

<sup>4</sup> Art. 9 Brussels II bis.

<sup>5</sup> Art. 13 Brussels II bis.

<sup>6</sup> Regulation Brussels II bis, Recital (12) "The grounds of jurisdiction in matters of parental responsibility established in the present Regulation are shaped in the light of the best interests of the child, in particular on the criterion of proximity. This means that jurisdiction should lie in the first place with the Member State of the child's habitual residence, except for certain cases of a change in the child's residence or pursuant to an agreement between the holders of parental responsibility."

<sup>7</sup> Schuz Rhona, *Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention – theory and practice*, 13 *Child & Fam.L.Q.* 2001, pg. 3 (Schuz, *Habitual Residence of Children*).

<sup>8</sup> For the position of the EU law and the International agreements see more: K. Lenaerts and E. de Smijter, "The European Union as an actor under International Law", 19 *Yearbook of European Law*, 19 (1999-2000); Wessel A.R., *The EU as a party to international agreements: shared competences, mixed responsibilities, Law and Practice of EU External Relations* (Alan Dashwood and Marc Maresceau (eds), 2008); Govaere, I., Capiu, J., & Vermeersch, "In-Between Seats: The Participation of the European Union in International Organizations", *European Foreign Affairs Review*, 9 (2), 155-187 (2004); Klamert M.& Maydell N., *Lost in Exclusivity: Implied Non-exclusive External Competences in Community Law*, *European Foreign Affairs Review* 13: 493-513, 2008; Ракић Б. "Фрагментација Међународног права и европско право – на западу нешто ново", *Анали Правног факултета у Београду*, Година LVII, бр. 1/2009.

the cases that fall under the scope of the 1996 Hague Child Protection Convention<sup>9</sup> and the pathological aspect of the determination of parental responsibilities – child abduction, that fall under the scope of the 1980 Hague Child Abduction Convention.<sup>10</sup>

### *1980 Hague Child Abduction Convention*

The state of the child's habitual residence is also the place where the child should be returned (promptly) in cases resolved under the 1980 Child Abduction Convention. This international agreement is closely connected with the Regulation Brussels II bis.

When the Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on the jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for joint children (Brussels II)<sup>11</sup> was drafted, there were two different views between the Member States regarding the future of international child abduction. The first view was to create EU rules for the return of children which would be applicable only to EU countries, and the other view considered that such an approach would undermine the Hague Abduction Convention, which by then was signed and ratified by 74 states.<sup>12</sup> The result was Article 37 of the Brussels II Regulation, by which precedence of the Regulation was determined over some international agreements.<sup>13</sup> The Hague Abduction Convention wasn't among these international agreements. It was tendentiously left out. The Regulation in itself referred to a conformal application of both instruments.<sup>14</sup> However this position was changed in Regulation Brussels II bis.

The relationship between the Regulation Brussels II bis and the 1980 Hague Abduction Convention is regulated in Article 60 of the Regulation, which provides for precedence of this EU instrument over enlisted international agreements, which include the Hague Abduction Convention. With this, supremacy is conferred to the Regulation over the Hague Abduction Convention. This ultimately leads to different outcomes of the return of

---

<sup>9</sup> The Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children.

<sup>10</sup> The Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.

<sup>11</sup> Official Journal L 160 of 30. 6. 2000.

<sup>12</sup> Schulz Andrea, The New Brussels II Regulation and the Hague Conventions of 1980 and 1996, *International Family Law Journal* (2004), pg. 23.

<sup>13</sup> See Article 37 Brussels II.

<sup>14</sup> Article 4 provides "The courts with jurisdiction within the meaning of Article 3 shall exercise their jurisdiction in conformity with the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, and in particular Articles 3 and 16 thereof."

children.<sup>15</sup> This position however, is a starting point. Actually, the Regulation Brussels II bis adopts a compromise between the different positions of the Member States concerning this question. It actually “adopts” the Hague Abduction Convention for the needs of the EU Member States.<sup>16</sup> Instead of creating new rules for the return of abducted children that will be applicable in the EU, the rules of the Brussels II bis Regulation are founded on the basis of the Hague Abduction Convention with a task to strengthen the procedure for the return of abducted children. It remains in force between the Member States<sup>17</sup> however matters that are covered by the rules of the Brussels II bis Regulation have precedence over the rules of the Hague Abduction Convention. As for the rules not covered by the Regulation, the Convention rules apply. It can be said that both instruments are “complementary”.<sup>18</sup>

This position was also affirmed in the *Rinau* case.<sup>19</sup> In the case it was affirmed that the 1980 Hague Convention was adopted in the interest of children and that the guiding principles of the Convention with respect to matrimonial matters and matters of parental responsibility, are also implemented in the Regulation.<sup>20</sup> Further, Advocate General Kokott in the opinion delivered on 29 January 2009 Case C-523/07, held the position, which was rendered in the *Rinau* case and stated that “Both provisions pursue the aim that abducted children should return immediately to the State in which they had their habitual residence before the unlawful removal. That coordination also makes a uniform understanding of the concept of habitual residence necessary.”<sup>21</sup>

It can be concluded that the Regulation Brussels II bis adopts the guiding principles of the Hague Abduction Convention. This is especially affirmed in the continuity of the uniform understanding of the concept of habitual residence. In order to fully understand this concept, it is recommended to analyze the factual elements used in case law, necessary to establish the habitual residence of a child in a territory on the basis of the Hague Abduction Convention.

---

<sup>15</sup> Ballesteros M. H., *International Child Abduction in the European Union: The Solutions Incorporated by the Council Regulation*, 34 Rev. Gen. 343 2004, op. cit., pg. 348.

<sup>16</sup> Lamont Ruth, *The EU: Protecting Children's Rights in Child Abduction*, *International Family Law Journal* (2008), pg. 127.

<sup>17</sup> Art. 62 Brussels II bis.

<sup>18</sup> *The new child abduction regime in the European Union: Symbiotic relationship or forced partnership?*, Peter McElevay, 17, *J. Priv. Int'l. L.*, 2005, pg. 17.

<sup>19</sup> Case C-195/08 PPU *Rinau* [2008] ECR I-0000.

<sup>20</sup> Paragraphs 48, 49 and 62.

<sup>21</sup> Opinion of Advocate General Kokott delivered on 29 January 2009, Case C-523/07, paragraph 30.

## *1996 Hague Child Protection Convention*

The Brussels II bis Regulation and the 1996 Child Protection Convention are very closely connected. The Convention was the substantial basis for those parts of the Regulation that deal with parental responsibility.<sup>22</sup> It is in force among most of the Member States<sup>23</sup> and other non-EU states.<sup>24</sup> The Brussels II bis Regulation takes precedence over the 1996 Child Protection Convention, in the case that the child's habitual residence is in a Member State.<sup>25</sup> In another situation when a judgment is rendered in another Member State, the recognition and enforcement is conducted on the basis of the rules in the regulation, even if the child was habitually resident in a country that is a member of the 1996 Child Protection Convention but is not a Member State of the European Union.<sup>26</sup>

The main focus of the Brussels II bis Regulation is the determination of the jurisdiction, recognition and enforcement between the Member States of the EU. The 1996 Child Protection Convention however, contains conflict of law rules for the determination of the applicable law in the cases of child protection. Such rules are not provided in the Brussels II bis regulation. This means that between the Member States of the EU, the determination of the applicable law is still determined by the 1996 Convention, even if the jurisdiction is based on the Regulation.<sup>27</sup>

## **II. Defining "Habitual residence"**

In legal theory there are several attempts to propose a definition and to explain this legal institute. Its main significance is that this legal institute is a modern one and is not burdened by several definitions. It is accepted that the determination of habitual residence is a matter of facts, rather than legal definitions.<sup>28</sup> In fact, one of the main reasons why this institute has its "glory" over the domicile, is that there is a need to avoid confusion, which has arisen due to an unclear understanding of the circumstances, which primarily contribute to the establishment

---

<sup>22</sup> European Commentaries on Private International Law: Brussels II bis Regulation, U. Magnus, P. Mankowski – 2007 – Sellier, European Law Publishers, pg. 430 (Magnus, Mankowski, Commentary on Brussels II bis Regulation).

<sup>23</sup> Except for Belgium and Italy which has signed it but still not ratified it. (last seen on 22. 9. 2013, [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=70](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=70)).

<sup>24</sup> Albania, Australia, Ecuador, Monaco, Montenegro, Morocco, Russian Federation, Switzerland, Ukraine and Uruguay.

<sup>25</sup> Art. 61 (a) Brussels II bis.

<sup>26</sup> Art. 61 (b) Brussels II bis.

<sup>27</sup> Magnus, Mankowski, Commentary on Brussels II bis Regulation, pg. 432.

<sup>28</sup> The reporter of the 1980 Hague Abduction Convention didn't refer to this concept since it was 'well established concept in the Hague Conference' and it is 'a question of pure fact'. See Perez-Vera report, Actes et Documents de la Quatorzieme Session, October 1980, Vol III par. 66, pg. 445 (Perez Vera Report).

or loss of domicile.<sup>29</sup> As one commentary explains, “*this has been a matter of deliberate policy, the aim being to leave the notion free from technical rules which can produce rigidity and inconsistencies as between different legal systems.*”<sup>30</sup>

On the other hand there is a certain paradox, in all of the cases in which there is a need to determine the habitual residence (especially in common law countries), as they tend to define the subject, as well as create a list of factors or circumstances which will quantify to amount to the creation or loss of habitual residence in a certain territory.<sup>31</sup> These circumstances, together with the absence of definitions in the Hague Conventions create space for a different understanding of habitual residence before the courts of different legal systems. It is to the law of the forum to determine, in each factual situation, whether the parents or child/children have habitual residence. The vast number of judicial decisions allows for the proper understanding and the correct determination of habitual residence.

Legal theory and practice together take the same approach. For example, according to *Cheshire, North u Fawcett* there is no certain definition, and in support of such contention it refers to the court decision rendered by Lord Scarman in the case *Barnet London Borough Council, ex p Shah*<sup>32</sup> that holds that there is no difference in the principle between the traditional concept of ordinary residence and the more contemporary concept of habitual residence and that they both refer to “*a person’s abode in a particular place or country which he has adopted voluntary and for settled purposes as part of the regular order of his life for the time being, whether of short or of long duration.*”<sup>33</sup>

A similar approach was taken in an ECJ case, *Swaddling v. Adjudication Officer*,<sup>34</sup> where the Court stated that the Member State in which the person resides is “*the State in which the persons concerned habitually reside and where the habitual center of their interests is to be found*”.<sup>35</sup> In that context, due consideration should be given in particular to the employed person’s family situation; the reasons which have led him to move; the length and continuity of his residence;

---

<sup>29</sup> Schuz, *Habitual Residence of Children*, op. cit., pg. 2.

<sup>30</sup> J. H. C. Morris, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (10th ed. 1980), pg. 144.

<sup>31</sup> Schuz, *Rhona, Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context*. *Journal of Transnational Law and Policy*, Vol. 11-1, pg. 4-5.

<sup>32</sup> *Shah v. Barnet London Borough* [1983] 2 AC 309 at 342.

<sup>33</sup> *Cheshire, J. M., Sir Peter North and Fawcett J. J., Private International Law*, Oxford University Press, 2008, pg. 185.

<sup>34</sup> Case C-90/97 [1999], ECR I-1075.

<sup>35</sup> Case C-90/97 [1999], ECR I-1099.

the fact (where this is the case) that he is in stable employment; and his intention as it appears from all the circumstances.<sup>36</sup>

In another statement given by Lord Slynn in an opinion of the House of Lords, regarding the case *Nessa v Chief Adjudication Officer*,<sup>37</sup> it was held that there is no actual definition of habitual residence and that the fact finding approach must be applied. The factors, among others, which have to be taken into account in determining habitual residence are steps like bringing possessions, doing everything necessary to establish residence before coming, having a right of abode, seeking to bring family, “durable ties” with the country of residence or intended residence.<sup>38</sup>

Perhaps the most influential definition of the term “habitual residence” comes from the English case of *In re Bates*, No. CA 122-89, High Court of Justice, Family Div 1 Ct. Royal Courts of Justice, United Kingdom (1989). In this case, at first the court found that: “The notion of habitual residence is free from technical rules, which can produce rigidity and inconsistencies as between legal systems ... the facts and the circumstances of each case should continue to be assessed without resort to presumptions or presuppositions ... All that is necessary is that the purpose of living where one does have a sufficient degree of continuity to be properly described as settled.” Then it gave the following definition: “[T]here must be a degree of settled purpose. The purpose may be one or there may be several. It may be specific or general. All that the law requires is that there is a settled purpose. That is not to say that the propositus intends to stay where he is indefinitely. Indeed his purpose while settled may be for a limited period. Education, business or profession, employment, health, family or merely love of the place spring to mind as common reasons for a choice of regular abode, and there may well be many others. All that is necessary is that the purpose of living where one does has a sufficient degree of continuity to be properly described as settled.”

The US approach is similar to the British. In the understanding of the term habitual residence, the US legal system has a more practical approach. The US approach opposes giving the term “habitual residence” a strict definition and is in favour of instructing the court to interpret the expression “habitual residence” according to “the ordinary and natural meaning of the two words it contains [as] a question of fact to be determined by references to all the circumstances of any particular case.”<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> [1999] 1 WLR 1937 (HL).

<sup>38</sup> Stone P., The Concept of Habitual Residence in Private International Law, *Anglo-American Law Review* 2000, pg. 347.

<sup>39</sup> *Mozes v. Mozes* 239 F.3d at 1071.

The term should be interpreted from the child's perspective<sup>40</sup> and in the context of his family and social environment in which his or her life has developed.<sup>41</sup> The main factors that predetermine the habitual residence are based on cultural, educational and social experiences. The place of the habitual residence shouldn't be ordinarily determined by the expectations of either parent or by future plans.<sup>42</sup>

In *Feder v. Evans-Feder*, (3rd. Cir. 1995) 63 F.3d 217, the court stated its definition of habitual residence as follows:

*"[W]e believe that a child's habitual residence is the place where he or she has been physically present for an amount of time sufficient for acclimatization and which has a 'degree of settled purpose' from the child's perspective. We further believe that a determination of whether any particular place satisfies this standard must focus on the child and consists of an analysis of the child's circumstances in that place and the parents' present, shared intentions regarding their child's presence there."*<sup>43</sup>

The European Union avoids proposing a definition of habitual residence in its legal sources. The predominant understanding of habitual residence comes from the Explanatory report concerning Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters prepared by Professor Alegria Borrás (OJ C 221, 16. 7. 1998). This definition is in compliance with the above mentioned definitions given on numerous occasions by the European Court of Justice. It states that the habitual residence is *"the place where the person had established, on a fixed basis, his permanent or habitual center of interests, with all the relevant facts being taken into account for the purpose of determining such residence"*.<sup>44</sup>

### National definitions

Several states have adopted a definition of habitual residence in their national Private International Law Acts.

The Swiss Private International law act<sup>45</sup> from 1987 holds a simple definition of habitual residence. The habitual residence of a natural person is the place where that person *"Has his*

<sup>40</sup> *Friedrich v. Friedrich* 983 F.2d 1396, 1401 (6th Cir 1993), 78 F.3d 1060 (6th Cir 1996).

<sup>41</sup> *Perez Vera Report*, par. 11, pg. 428.

<sup>42</sup> *Janakis-Kostun v. Janakis*, 6 S.W. #d 843, 847-848 (Ky. App. 1999).

<sup>43</sup> *Rohna Schuz*, Policy considerations in Determining the Habitual Residence, op. cit., pg. 5.

<sup>44</sup> Explanatory Report on the Convention, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (OJ C 221, 16. 7. 1998) prepared by Dr ALEGRÍA BORRÁS, pg. C 221/38, paragraph 32.

<sup>45</sup> Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 – Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987.



*place of habitual residence in the State in which he lives for an extended period of time, even if this time period is limited from the outset*”.<sup>46</sup>

In its Code of Private International Law<sup>47</sup> Belgium has adopted a definition on habitual residence of natural persons. It provides that habitual residence is “*the place where a natural person has established his main residence, even in the absence of registration and independent of a residence or establishment permit; in order to determine this place, the circumstances of personal or professional nature that show durable connections with that place or indicate the will to create such connections are taken into account.*”<sup>48</sup>

A similar definition is given in the Bulgarian PIL Code.<sup>49</sup> For the purpose of the Code “*habitual residence of a natural person*” shall denote the place where the said person has settled predominantly to live without this being related to a need of registration or authorization of residence or settlement. For determination of this place, special regard must be had to circumstances of personal or professional nature arising from sustained connections of the person with the said place or from the intention of the said person to establish such connections.”<sup>50</sup>

The PIL Act of the Republic of Macedonia<sup>51</sup> adopted a definition for habitual residence, but it is only applicable in the determination of the applicable law in non-contractual obligations. “*For the purposes of this Law the habitual residence for a natural person is the place where the person has established a permanent center of his/her activities, and it is not necessary to be filled any documents associated with registering or obtaining a residence permit from the competent national authorities. In determining the habitual residence, especially should be considered the circumstances of a personal or professional character, arising from permanent connections with the place or intention to make such connections. In every case, the natural person has his/her habitual residence in one country, if he/her stays in that country longer than 6 months.*”<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> Article 20(1)(b).

<sup>47</sup> Loi du 16 Juillet 2004 portant le Code de droit international privé. Moniteur Belge 27 July 2004 ed 1 57344-57374 (English translation available on line by Clijmans and Torremans <http://www.ipr.be/data/B.WbIPR%5BEN%5D.pdf>).

<sup>48</sup> Article 4 § 2.

<sup>49</sup> Кодекс На Международното Частно Право, Обн. ДВ. бр.42 от 17 Май 2005г., изм. ДВ. бр.59 от 20 Юли 2007г., изм. ДВ. бр.47 от 23 Юни 2009г (English translation <http://solicitorbulgaria.com/index.php/bulgarian-private-international-law-code>).

<sup>50</sup> Article 48 (7).

<sup>51</sup> “Official Gazette of the Republic of Macedonia” (Службен Весник на РМ) no. 87/2007, 156/2010.

<sup>52</sup> Article 12-a.

In its draft of the PIL Code,<sup>53</sup> Montenegro envisaged a definition of habitual residence. *“For the purpose of this law the habitual residence of natural person is the place in which the person has settled predominantly without this being related to a need of registration or authorization of residence or settlement and without taking into account if the residence is temporally predetermined. In determining the habitual residence, especially should be considered the circumstances of a personal or professional character, arising from permanent connections with the place or intention to make such connections.”*<sup>54</sup>

In its draft of the PIL Code,<sup>55</sup> Serbia also envisaged a definition of the habitual residence. *“1. Habitual residence is the place in which the person lives for an extended period of time, with or without the intention to settle there and without this being related to a need of registration or authorization of residence or settlement or obtaining a residence permit.*

*2. In determining the habitual residence, as referred in paragraph 1, especially should be considered the circumstances of a personal or professional character, referring to permanent connections with the place or intention to make such connections.”*<sup>56</sup>

It can be concluded that the favorable aspect of the application of habitual residence as a jurisdictional criteria in family matters, is its adaptability to the needs of a mobile society, a characteristic that is absent in the criteria of domicile or nationality.<sup>57</sup> However, to properly apply it in practice, it needs consistent application in cross border cases, because its incorrect determination could lead to parallel litigations, and essentially to legal uncertainty.

### III. Determination of the “Child’s habitual residence”

#### A. Physical presence of the child

For a person (whether it is an adult, or a child) to establish habitual residence in a territory, he/she must be physically present in that territory. This obvious preposition in itself however, hides some disputed questions, such as: does the residence have to be lawful? When is the moment when the residence transforms into habitual residence? Can the residence be interrupted?

<sup>53</sup> The Draft can be found on the official page of the Government of Montenegro <http://www.gov.me/ResourceManager/FileDownload.aspx?rId=92221&rType=2>.

<sup>54</sup> Article 12.

<sup>55</sup> The Draft version can be downloaded from this page <http://www.pravnik.rs/najava-zakona/zakon-o-medunarodnom-privatnom-pravu.aspx>.

<sup>56</sup> Art. 4.

<sup>57</sup> North P. M. and Fawcett J.J., *Cheshire and North’s Private International Law*, 12 edn. London, 1992, 166, 167.

It is undisputed that the child (or adult) must reside in a territory to create habitual residence. The first question, especially important to child abduction cases, is whether the person that resides in a territory, does this lawfully? For this question, the assumption is that the child will reside with his parent/parents.<sup>58</sup> The lawfulness of the habitual residence has two positions. The first is the premise that habitual residence is a factual concept<sup>59</sup> and the second, is that the unlawful change of habitual residence cannot lead to an alteration of the jurisdiction, because it will encourage the wrongful removal and retention of children.<sup>60</sup>

There is a certain specific position regarding the determination of habitual residence of children: there must be free will in the creation of habitual residence. This situation was underlined in cases of child abduction. During the drafting of the Child Abduction Convention there was uniformity regarding this question. It was accepted that unlawful removal or retention of a child cannot lead to an alteration of its habitual residence.<sup>61</sup> Any other solution would grant legitimacy to the unlawful act of the abductor and would leave the Convention without effect. This basic premise is supported by one pre-Convention decision in which Lord Denning stated "*I do not see that a child's ordinary residence, so found, can be changed by kidnapping him and taking him from his home, even if one of his parents is the kidnaper*".<sup>62</sup> This was based on the understanding that habitual residence can be obtained only voluntarily and it cannot be a result of an unlawful act.<sup>63</sup> It was rationalized that an individual cannot be forced against his will, to adopt the law of the forum as his personal law.<sup>64</sup>

The position of this premise has shifted towards a more liberal position, that there must be some moment in time that will transform involuntary residence in a certain territory to habitual residence. It wouldn't be logical for example not to acquire habitual residence although the person resides in that territory for years.<sup>65</sup> This newer standpoint by which an involuntary stay in a territory over a longer period of time can be qualified as habitual residence, is backed up in a decision rendered by Lord Justice Clerck Ross in the case *Cameron v. Cameron*,<sup>66</sup> where it was originally concluded that "*Even though Robison Crusoe had no opportunity to escape, we*

<sup>58</sup> Although older children can form an own habitual residence. On this see more Schuz, *Habitual Residence of Children*, op. cit., pg. 17.

<sup>59</sup> Perez Vera, par. 66, pg. 445.

<sup>60</sup> Perez Vera, par. 11, pg. 428.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Re P. (G.E.) (*An Infant*) [1965] Ch. 586 (cited by Beaumont Paul, McElvay Peter, *The Hague Convention on International Child Abduction*; Oxford University Press 1999, pg. 94).

<sup>63</sup> Beaumont, McElvay, op. cit., pg. 94.

<sup>64</sup> Loc.cit.

<sup>65</sup> Loc.cit.

<sup>66</sup> 1996 SC 17, pg. 20.

*are inclined to think that he had his habitual residence on the desert island. Likewise, in recent years, Nelson Mandela and other political detainees on Robben Island in South Africa, who were on the island for prolonged periods, in our opinion had their habitual residence there although they were detained or imprisoned”.*<sup>67</sup>

To acquire habitual residence, a person must reside there for an appreciable period of time.<sup>68</sup> However, that does not mean permanent residence in that territory. Temporary absence, such as vacation, educational activities, or a try by the spouses for reconciliation wouldn't lead to loss of habitual residence in a territory.<sup>69</sup> On the other hand, the migrant loses his habitual residence from the moment he leaves the country for a period of time (sometimes of longer nature), if he did not intend to return.<sup>70</sup> The essence of the habitual residence concept is that the person creates significant ties with that country and acquires the right to settle his legal matters in that country, in accordance with that legal system.<sup>71</sup>

## B. Appreciable period of time

As it was stated above,<sup>72</sup> the basic doctrine of habitual residence is that it is a matter of facts not of legal terms. This assumption leads to a larger space of subjectivity by the courts in the determination of habitual residence. This is particularly fertile ground for different interpretation; basically because one of the main criteria for the determination of habitual residence is the intent of the person to stay in a territory. To correct such a position, very important criteria, that makes the intent more “real” is the time period that a person resides in the territory. It is logical to conclude that the longer the person resides in a territory, the greater the significance of ties it creates with that state and with its legal system.

In the cases of the determination of the child's habitual residence, the factual connections with the territory have greater importance than the time period of residence, but at the same time habitual residence is no longer a simple factual concept. With the complexity of the

<sup>67</sup> See also Beaumont, McElvay, op. cit., pg. 95.

<sup>68</sup> Stone P., The concept of Habitual residence , op. cit., pg. 350.

<sup>69</sup> Cheshire and others, 2008, op. cit., pg. 186.

<sup>70</sup> Stone P., The concept of Habitual residence , op. cit., pg. 350.

<sup>71</sup> Lord Brandon has discussed the distinction between abandoning a prior habitual residence and acquiring a new one: [T]here is a significant difference between a person ceasing to be habitually resident in country A, and his subsequently becoming habitually resident in country B. A person may cease to be habitually resident in country A in a single day if he or she leaves it with a settled intention not to return to it but to take up long-term residence in country B instead. Such a person cannot, however, become habitually resident in country B in a single day. An appreciable period of time and a settled intention will be necessary to enable him or her to become so. C v S (minor: abduction: illegitimate child), [1990] 2 All E.R. at 965.

<sup>72</sup> Supra, pg. 6.

individual's everyday connections with the environment. its application varies depending on the legal context in which it is utilized, and on the degree of connections regarded as desirable. For the concept to retain its factual emphasis, a period of actual residence before habitual residence is established, should be required. This is especially important in relation to children.<sup>73</sup>

What is important to the court, are the ties that the child is in the process of building in the new social environment (language, culture, age, etc.) These ties become more persistent, more fundamental with the presence of the child in a territory over an appreciable period of time. There is a great difference however, between states with respect to the time period that is considered sufficient to create habitual residence in a territory. Judicial practice of the USA, Australia and New Zealand accepts that **six months** or more is enough to determine a habitual residence in a territory.<sup>74</sup> In Scotland, although there is a difference in the determination of the habitual residence of the child,<sup>75</sup> Lord Justice Clerk Ross made an interesting conclusion, stating that "There is no minimum period which is necessary in order to establish the acquisition of a new habitual residence ..."<sup>76</sup> In this case, taking into consideration the circumstances (school, participation in local events, registered medical care etc.), **three months** was accepted as sufficient.<sup>77</sup> In England this period is shorter – in one case this period was two months<sup>78</sup> – although judicial practice argues that a shorter period of time could suffice to create habitual residence.<sup>79</sup>

Regarding the determination of the child's habitual residence two things have to be kept in mind. Firstly, the "*habituality*" of the residence. For a child to create a tie with a state and its legal system, this connection must be a real and active one.<sup>80</sup> The activeness must be determined by the factual situations which arose out of the life that the child is living in that state. The other alternative, is to make the habitual residence more technical and similar to the domicile. Only a precise determination of "real" connections with a state, distinguishes habitual residence from that of a domicile. Secondly, even if the "*habituality*" can be shortened

---

<sup>73</sup> Lamont, Ruth, Habitual Residence and Brussels II bis: Developing Concepts for European Private International Family Law, *Journal of Private International Law* 2007, pg. 268.

<sup>74</sup> Beaumont, McElvay, op. cit., pg. 106.

<sup>75</sup> See *Dickson v. Dickson* 1990 SCLR 692 at 730; *Moran v. Moran* 1997 SLT 541 at 543, *Cameron v. Cameron* 1996 SC 17 and *Singh v. Singh* 1998 SLT 1084.

<sup>76</sup> *Cameron v. Cameron* 1996 SC 17 at 24.

<sup>77</sup> Beaumont, McElvay, op. cit., pg. 107.

<sup>78</sup> *V v. B. (A Minor)(Abduction)* [1991] 1 FLR 266.

<sup>79</sup> *Re F* [1992] 1 FLR 548 (CA) in this case habitual residence was determined after three months but nevertheless L.J. Butler-Sloss determined that even a month would suffice.

<sup>80</sup> Beaumont, McElvay, op. cit., pg. 108.

for adults who are capable of making independent decisions, this wouldn't be appropriate for children because they cannot. Children have to adapt to the surroundings.

### C. Intention for residence

Manifested intention for a longer residence in a place, is one that is not of a temporary nature. This intent however should be accompanied with some evidence. Lack of evidence for the intent of a person to reside in a territory will allow subjectivity to enter a delicate situation (as parental responsibility and the child abduction cases represent). Some material proof of ones intent to reside a longer period of time in a territory will mean an objective manifestation of his actions. As for example, in a Scottish case the intent for a longer residence in a territory was the consent to move their children with their father in France.<sup>81</sup> In another case, the fact that the father had taken an application for permanent residence in Australia and applied for a work permit, as well as the fact that they had packed all of their belongings was enough evidence for manifested intent for a longer residence in Australia.<sup>82</sup>

For the domicile, *animus semper vivendi* is required, or the intention of the person to reside there indefinitely – as for habitual residence, such requirement is unnecessary.<sup>83</sup> The “intent” in habitual residence is much weaker than the one at domicile. There is no need for the person to prove that he/she wants to reside there permanently or indefinitely.<sup>84</sup> It is possible that the person's intent is to reside there for a limited period of time, such as for employment for a period of 6 months, one year or for example army service abroad. As it was stated by Lord Scarman “The purpose may be one or there may be several. It may be specific or general. All the law requires is that there is [sic] a settled purpose. That is not to say that the propositus intends to stay where he is indefinitely; indeed his purpose, while settled, may be for a limited period. Education, business or profession, employment, health, family or merely love of the place spring to mind as common reasons for a choice of regular abode. And there may well be many others. All that is necessary is that the purpose of living where one does has a sufficient degree of continuity to be properly described as settled.”<sup>85</sup> However, the intention must stand out as it is stated in one case: “*A settled purpose is not something to be searched for under a microscope. If it is there it will stand out clearly as a matter of general impression.*”<sup>86</sup>

---

<sup>81</sup> Cameron v. Cameron 1996 SC 17.

<sup>82</sup> Re.F. (Minors) (Child Abduction) [1992] 1 FLR 548.

<sup>83</sup> Varadi T., Bordaš B., Knezević G., Pavić V., Medunarodno privatno pravo, Beograd, 2007, p. 274.

<sup>84</sup> As can be seen from the national definitions, most of them distinguish the habitual residence from the administrative procedures for obtaining residence permit.

<sup>85</sup> Shah, [1983] 1 All E. R. at 235.

<sup>86</sup> Re. B. (Minors) (Child Abduction) (No2) [1993] 1 FLR 993 at 998.

So whose intention should the judges consider when determining the habitual residence of the child? Should the courts in determining the habitual residence have a more parent-centered or child-centered approach? There is no uniformity regarding this question. There are three different standpoints regarding this question. The first is the child centered approach, the second is the parent-centered approach and the last is the combined child's connection/parental intention approach in determining the intent.

### *Child-centered approach*

The first approach focuses on the child and its connections with the environment. It has been accepted in the jurisprudence of the United States Court of Appeals 6<sup>th</sup> Circuit,<sup>87</sup> Canada in the Province of Quebec,<sup>88</sup> Germany,<sup>89</sup> New Zealand<sup>90</sup> and Switzerland.<sup>91</sup> It was primarily established in the *Friedrich v. Friedrich* case which was the first United States Court of Appeals case to consider the meaning of “habitual residence” under the Hague Convention. This case provided for five principles, which the court should weigh when determining “habitual residence”. First, habitual residence should not be determined through the “technical” rules governing legal residence or common law domicile. Instead, courts should look closely at “[t]he facts and circumstances of each case (quoting *In Re Bates*, No. CA 122.89, High Court of Justice, Family Div'n Ct. Royal Court of Justice, United Kingdom (1989)). Second, because the Hague Convention is concerned with the habitual residence of the child, the court should consider only the child's experience in determining habitual residence. Third, this inquiry should focus exclusively on the child's past experience, future plans of the parents being irrelevant. Fourth, a person can have only one habitual residence. Finally, child's habitual residence is not determined by the nationality of the child's primary care-giver. Only “*a change in geography and the passage of time*” may combine to establish a new habitual residence.<sup>92</sup>

This case was the basis for further developments of the child centered approach, which was further developed as a reaction towards the parent-centered approach in determining the child's habitual residence.<sup>93</sup> It was based on the assumptions that the Hague Convention is intended to prevent a case where “the child is taken out of the family and social environment

---

<sup>87</sup> *Friedrich v. Friedrich*, 983 F.2d 1396, (6th Cir. 1993); *Robert v. Tesson*, 507 F.3d 981 (6th Cir. 2007) and *Villalta v. Massie*, No. 4:99cv312-RH (N. D. Fla. Oct. 27, 1999).

<sup>88</sup> *Droit de la famille* 3713, Cour d'appel de Montréal, 8 septembre 2000, No 500-09-010031-003.

<sup>89</sup> 2 UF 115/02; 2 BvR 1206/98, Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court of Germany), 29 October 1998.

<sup>90</sup> *S. K. v. K. P.* [2005] 3 NZLR 590.

<sup>91</sup> 5P.367/2005/ast, Bundesgericht, II. Zivilabteilung (Tribunal Fédéral, 2ème Chambre Civile).

<sup>92</sup> *Friedrich v. Friedrich*, 983 F.2d 1396 (6th Cir. 1993), III A.

<sup>93</sup> *Robert v. Tesson*, 507 F.3d 981 (6th Cir. 2007).

in which its life has developed”<sup>94</sup> and parental reservations of the parent about the intent to stay in a different country<sup>95</sup> “... turns the Hague Convention on its head”.<sup>96</sup> Second, the consideration of the subjective intentions of the parents, empowers a future abductor to lay the foundation for abduction, by expressing reservations over an upcoming move. This is also inconsistent with the Convention’s goal of “deter[ring] parents from crossing borders in search of a more sympathetic court.”<sup>97</sup> With this, the abducting parent is given an advantage, and further complicates the return of the abducted child and it is opposite to the objectives of The Hague Convention to “secure the prompt return of children wrongfully removed”.<sup>98</sup> Finally, the intent of the Child Abduction Convention is to protect the child’s best interest and this should be interpreted in light of the “general principle ... that ‘children must no longer be regarded as parents’ property, but must be recognised [sic] as individuals with their own rights and needs.’”<sup>99</sup> This general principle is best given effect by a holding which honors the child’s perception of where home is, rather than one which subordinates the child’s experience to their parents’ subjective desires.<sup>100</sup>

The court in determining the child’s habitual residence can assert that a child acquires a new habitual residence when, focusing exclusively on the child’s experience “... it is present in a new country long enough to allow acclimatization, and that presence has a degree of settled purpose.”<sup>101</sup> To have the whole picture the Friedrich principles should be applied, but also the factual circumstances which the court must consider in determining whether or not a child’s stay in a new country meets the tests of “acclimatization” and “settled purpose.” These tests as in the case *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3d Cir. 2006) can be “academic activities”, “social engagements”, “participation in sports programs and excursions,” and “meaningful connections with the people and places”.<sup>102</sup> All these circumstances focus on the child, not the parent’s future plans or intentions. Also, focusing on the child’s experience, and not the parents’ subjective desires, best serves the main objectives of the Hague Abduction Convention and the protection of the best interest of the child, which in the process of determining the parental responsibilities between the parents is often forgotten.

---

<sup>94</sup> Determination of the child’s habitual residence according to the Brussels II bis Regulation Perez Vera Report, par. 12, pg. 428.

<sup>95</sup> *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247, 1253 (11th Cir. 2004).

<sup>96</sup> *Robert v. Tesson*, 507 F.3d 981, pg. 9.

<sup>97</sup> *Friedrich II*, 78 F.3d at 1064.

<sup>98</sup> Article 1 of the Hague Abduction Convention.

<sup>99</sup> Perez Vera Report, par. 19, pg. 430.

<sup>100</sup> *Robert v. Tesson*, 507 F.3d 981, pg. 9.

<sup>101</sup> *Ibid.*, pg. 12.

<sup>102</sup> *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d at 293–294.



### Parent-centered approach

This approach was highly influenced by the United States Court of Appeals 9<sup>th</sup> Circuit case *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001). This case starts from the premise that a person can have only one habitual residence<sup>103</sup> and that "...the first step toward acquiring a new habitual residence is forming a settled intention to abandon the one left behind."<sup>104</sup> In this case the Court reached a conclusion that "where children have not attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of their views the relevant settled intention is that of the person or persons entitled to fix their place of residence."<sup>105</sup> The Court also left the possibility that "... given enough time and positive experience, a child's life may become so firmly embedded in the new country as to make it habitually resident even though there be lingering parental intentions to the contrary."<sup>106</sup> However, in the cases where both parents have the right to fix the child's place of residence and where they are not in agreement on that question, there is a lack of the type of settled intention, which enables habitual residence to be changed quickly. Accordingly it will take a considerable period of time for a child to acquire a new habitual residence after a wrongful removal.<sup>107</sup>

With this approach, the main goal is to discourage the abductions by tying the change of the habitual residence with the intent of the both parents. The function of a court applying the Convention is not to determine whether a child is happy where it currently is, but whether one parent is seeking unilaterally to alter the status quo with regard to the primary locus of the child's life.<sup>108</sup> The court reached a conclusion that "Children can be remarkably adaptable and form intense attachments even in short periods of time – yet this does not necessarily mean that the child expects or intends those relationships to be long-lived. It is quite possible to participate in all the activities of daily life while still retaining awareness that one has another life to go back to. In such instances one may be "acclimatized" in the sense of being well-adjusted in one's present environment, yet not regard that environment as one's habitual residence."<sup>109, 110</sup>

---

<sup>103</sup> Although it recognizes that there may be rare exceptions in split habitual residence between two territories as in *Johnson v. Johnson*, 493 S.E.2d 668, 669 (Va. Ct. App. 1997).

<sup>104</sup> *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001) IV A.

<sup>105</sup> *Ibid.* IV B.

<sup>106</sup> *Ibid.* IV C.

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> In another *Case Holder v. Holder*, 392 F.3d 1009 (9th Cir 2004) reaching a similar conclusion the Court had stated: "...we emphasize that cultural attachments are not the *sine qua none* of a habitual residence determination: Attending Oktoberfest does not make one a habitual resident of Germany. Conversely, a child whose parents intended to resettle in the United States and who spends a decade living in San Francisco's Chinatown would undeniably

The approach taken in the *Mozes* case is criticized, because it can lead to radical situations. For example in *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247, 1253 (11th Cir. 2004) the habitual residence was retained in the USA, although a time period of 32 months had elapsed,<sup>111</sup> visiting the United States only twice. A number of objective facts pointed towards acclimatization in Mexico: the family had moved there, they brought nearly all of their possessions with them to Mexico, the father had undertaken employment, a new house was being built for them and the sojourn was of considerable length, the children had enrolled in Mexican school and played with Mexican friends. The Court based its decision on the intent of the parents, saying that the parents “never had a shared intention to abandon the prior United States habitual residence and to make Mexico the habitual residence of their children”. The Court also considered the following facts: the mother retained an American bank account, credit card, had mail forwarded to the United States, transferred her nursing license to Florida, and the father briefly searched for an American job on the internet. In the end three years of living in a Mexican home and attending a Mexican school were outweighed by the subjective intentions of the children’s parents.

### *Combined child’s connection/parental intention approach*

This approach is a compromise between the intent of the parent and of the child and combines them both. First it determines the child’s habitual residence on the basis of the place where he or she has been physically present for an amount of time sufficient for acclimatization and in which he/she has shown a “degree of settled purpose” from the child’s perspective. Second in the determination whether any particular place satisfies this standard –, during the analysis the focus is on the child and child’s circumstances in that place, but also on the parents’ presence, having in mind the shared intentions regarding their child’s presence there.<sup>112</sup> This approach tries to have a more realistic methodology, focusing on the settled purpose from a child perspective, but still taking into account the intent of the parents. In these cases however, the highlight is given to the child.<sup>113</sup>

---

be habitually resident in the United States even if she had never watched a baseball game or had a slice of apple pie. Indeed, if cultural ties were held paramount, then countless expatriate children around the globe would already have satisfied a significant component of the requirements for becoming habitual residents of the United States based on an affinity for McDonalds, Mickey Mouse, and Michael Jordan. Therefore, our conclusion that the H. children were not habitual residents of Germany is not driven by the fact that they did not, to quote J., “wear *liederhosen*.”

<sup>111</sup> In another case *Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos*, 176 F. Supp. 2d 1045 (E. D. Wash. 2001) the time period was 27 months spent in Greece.

<sup>112</sup> *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3d Cir. 1995).

<sup>113</sup> *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3d Cir. 1995); *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003); *Karkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006).

Although the primary question is the child's whereabouts during a certain period of time,<sup>114</sup> the main focus is the settled purpose from a child's perspective. Settled intention from a child's perspective means that this approach considers a child's contacts and experience in its surroundings, focusing on whether she "develop[ed] a certain routine and acquire[d] a sense of environmental normalcy" by "form[ing] meaningful connections with the people and places [she] encountered" in a country prior to the retention date.<sup>115</sup> In most of the cases the children are well acclimatized in their surroundings, attending preschool and enrolling in kindergarten,<sup>116</sup> enrolling in school, preparatory academic work or photography classes.<sup>117</sup>

The view of the parents is significant because "the child's knowledge of these intentions is likely to color its attitude to the contacts it is making".<sup>118</sup> This relates to the "settled intent from a child's perspective" because it is a significant part of forming a perspective of their habitual residence. This means that in situations, including the family's change in geography along with their personal possessions and pets, the passage of time, the family abandoning its prior residence and selling the house, the application for and securing of benefits from the State,<sup>119</sup> or buying a house and renovation work, seeking of employment, and plans for immediate and long term schooling<sup>120</sup> reasonably assures the children that this will be their habitual residence for some period.

The proportion of the child aspect and the parent aspect in these cases is very hard to propose, because the inquiry into a child's habitual residence is a fact-intensive determination that cannot be reduced to a predetermined formula and necessarily varies with the circumstances of each case.<sup>121</sup> However, some distinction is drawn between the situation of very young children, where particular weight was placed on parental intention,<sup>122</sup> and that of older children where the impact of parental intention was more limited.<sup>123</sup>

---

<sup>114</sup> *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003).

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3d Cir. 1995).

<sup>117</sup> *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), pg. 25.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003).

<sup>120</sup> *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3d Cir. 1995).

<sup>121</sup> *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), pg. 17.

<sup>122</sup> *Baxter v. Baxter* 423 F.3d 363 (3rd Cir. 2005) [INCADAT cite: HC/E/USf 808].

<sup>123</sup> *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006).

## IV. Practice of the ECJ

### A. A (Case C-523/07)(2009) ECR I-2805

In this judgment of 2. 4. 2009, the European Court of Justice referred to the problem of “habitual residence”. In December 2001, the children C, D and E settled in Sweden accompanied by their mother, Ms A, and their stepfather, Mr F. Previously, D and E had been taken into care by municipality X in Finland. The reason for their being taken into care was their stepfather’s violence, but that measure was subsequently discontinued. In the summer of 2005, the family left Sweden to spend the holidays in Finland. They stayed on Finnish territory, living in caravans, on various campsites, and the children did not go to school. On 30 October 2005, the family applied to the social services department of the Finnish municipality Y for social housing. By decisions of the Welfare Committee of 16 November 2005, adopted on the basis of Law 683/1983, the children C, D and E were taken into immediate care in Finland and placed in a foster-family on the ground that they had been abandoned. Ms A and Mr F applied for the decisions relating to the urgent taking into care to be quashed. By decisions of 15 December 2005, the Welfare Committee rejected the application and, under Paragraph 16 of Law 683/1983, took the children C, D and E into care and ordered them to be placed in a childcare unit. Ms A brought an action before the courts, seeking to have those decisions quashed, and requested that her children should be returned to her custody. The courts dismissed the action and upheld the contested decisions. Ms A lodged an appeal against that decision before the Supreme Administrative Court (Finland), alleging that the Finnish authorities lacked competence. In that connection, Ms A stated that the children C, D and E had, since 2 April 2007, been Swedish nationals and that their permanent residence had for a long time been in Sweden. Therefore, the case fell within the jurisdiction of the Swedish courts. The Supreme Administrative Court decided to stay the proceedings and to refer some questions to the European Court for a preliminary ruling. The second question that was proposed stated:

“How is the concept of habitual residence in Article 8(1) of the regulation, like the associated Article 13(1), to be interpreted in Community law, bearing in mind in particular the situation in which a child has a permanent residence in one Member State but is staying in another Member State, carrying on a peripatetic life there?”

The European Court of Justice reached the following conclusion: The concept of ‘habitual residence’ under Article 8(1) of Regulation No 2201/2003 must be interpreted as meaning that it corresponds to the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment.<sup>124</sup> To that end, in particular the duration, regularity, conditions and

<sup>124</sup> This position was also reaffirmed in the *Barbara Mercardi v. Richard Chaffe* (Case C-497/10 PPU), para. 47.

reasons for the stay on the territory of a Member State and the family's move to that State, the child's nationality, the place and conditions of attendance at school, linguistic knowledge and the family and social relationships of the child in that State must be taken into consideration. It is for the national court to establish the habitual residence of the child, taking account of all the circumstances specific to each individual case.<sup>125</sup>

To reach such conclusion first, the European Court of Justice (basing its assumptions on the differences between the Article 8(1) and Article 13 of the Brussels II bis Regulation) affirmed that mere physical presence in a Member State was not sufficient to establish the habitual residence of the child.<sup>126</sup> Following that assumption the ECJ reached for "... need for uniform application of Community law and from the principle of equality" and that the "terms of a provision of Community law which makes no express reference to the law of the Member States for the purpose of determining its meaning and scope must normally be given an autonomous and uniform interpretation throughout the European Community". After reaching for uniform application of Community law and the principle of autonomous and uniform interpretation the ECJ concluded that "... it is for the national court to establish the place of the children's habitual residence"<sup>127</sup> having in mind the guidelines that are given by the ECJ.

The habitual residence should be established on the basis of all the circumstances specific to each individual case,<sup>128</sup> but a distinction was made with the case-law of the Court relating to the concept of habitual residence in other areas of European Union law and that this could not be directly transposed in the context of the assessment of the habitual residence of children for the purposes of Article 8(1) of the Regulation.<sup>129</sup>

The child's habitual residence should correspond with the place where the child has some degree of integration in a social and family environment.<sup>130</sup> This position was further elaborated by several general indicators such as duration, regularity, conditions and reasons for the stay on the territory of a Member State and the family's move to that State. Also, several specific indicators such as the child's nationality, the place and conditions of attendance at school,

---

<sup>125</sup> Judgment of the Court (Third Chamber) of 2 April 2009 (reference for a preliminary ruling from the Korkein hallinto-oikeus (Finland)) — proceedings brought by A (Case C-523/07), Official Journal of the European Union C 141/14-15 of 20. 6. 2009.

<sup>126</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2805, para. 33.

<sup>127</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2805, para. 42.

<sup>128</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2805, para. 37.

<sup>129</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2805, para. 36.

<sup>130</sup> In addition to the physical presence of the child in a Member State, other factors must be chosen which are capable of showing that that presence is not in any way temporary or intermittent and that the residence of the child reflects some degree of integration in a social and family environment. A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2805, para. 38.

linguistic knowledge and the family and social relationships of the child in that State must be taken into account.<sup>131</sup> In the end, the judgment of the ECJ directly referred to the Opinion of the Advocate General and broadened the indicators for determination of the child's habitual residence with the parents' intention to settle permanently with the child in another Member State, which was manifested by certain tangible steps such as the purchase or lease of a residence in the host Member State. Another indicator that was mentioned that could be taken into account was lodging of an application for social housing with the relevant services of that State.<sup>132</sup> The short term stay or the "peripatetic life" as it was referred in the judgment does not constitute a situation, which could lead to change of habitual residence from one State to another.<sup>133</sup>

A more precise interpretation of habitual residence was given in the opinion of A-G Kokott regarding this case.<sup>134</sup> This opinion again affirmed the autonomous interpretation of the term "habitual residence" and the differences between habitual residence and mere presence.<sup>135</sup> What was important with this opinion was that it directly, undoubtedly linked the Hague Conventions and their case-law with the Regulation Brussels II-bis stating that "...*coordination also makes a uniform understanding of the concept of habitual residence necessary.*"<sup>136</sup> This opened the doors for the huge data base of cases from the Hague Conference that can be used for uniform understanding and determining habitual residence.<sup>137</sup>

In this opinion, the Advocate General positions the concept of habitual residence in Article 8(1) of the Regulation to the actual center of interests of the child.<sup>138</sup> The understanding of the habitual residence of the children and in family law is distinguished with that of other cases<sup>139</sup> since in these cases the highlight is on the intention of the person concerned.<sup>140</sup> This is evident in the distancing from the proposed understanding of the habitual residence given in the Borrás Report.<sup>141</sup> The basic indicators are categorized according to the duration and regularity of residence and according to the familial and social situation of the child.

---

<sup>131</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2805, para. 39.

<sup>132</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2805, para. 40.

<sup>133</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2805, para. 41.

<sup>134</sup> Delivered on 29 January 2009, A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2808.

<sup>135</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2808, para. 17 and 20.

<sup>136</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2808, para. 30.

<sup>137</sup> <http://www.incadat.com>.

<sup>138</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2808, para. 38.

<sup>139</sup> Such as social law, law of the officials of the EU.

<sup>140</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2808, para. 36.

<sup>141</sup> Ibid.

The duration of the residence is the factor that distinguishes presence from habitual residence. There is no time frame given in the Regulation so this should be determined on the circumstances of the individual case. A direct link is positioned with the age or the maturity of the child<sup>142</sup> and the familial and social circumstances that influence the duration of the transformation from mere presence into habitual residence.<sup>143</sup>

Regarding the regularity of the stay, the residence does not have to be uninterrupted. Temporary absence of the child, for instance during the holidays, does not call into question the continuation of habitual residence. However, if a return to the original place of residence is not foreseeable in view of the actual circumstances, habitual residence can no longer be assumed.<sup>144</sup> Another factor that influences the duration of the transformation from mere presence into habitual residence is the lawfulness of the stay. If the move is lawful, habitual residence can shift to the new State even after a very short period.<sup>145</sup> The intention of the parents is also an important circumstance. An indication that the habitual residence has shifted may in particular be the corresponding common intention of the parents to settle permanently with the child in another State. The parents' intention may manifest itself, for example, in external circumstances such as the purchase or lease of a residence in the new State, notifying the authorities of the new address, establishing an employment relationship, and placing the child in a kindergarten or school. As a mirror image, abandoning the old residence and employment and notifying the authorities of departure suggest that habitual residence in the former State is at an end.<sup>146</sup> If the move is unlawful (as in the cases of international child abduction) the duration of the transformation is of a longer period. Although under article 10 there is a continuing jurisdiction of the courts of the former habitual residence, it is ascertain that in

---

<sup>142</sup> In the case *Barbara Mercardi v. Richard Chaffe* (Case C-497/10 PPU) it was positioned that the child's age is liable to be of particular importance. "To that end, where the situation concerned is that of an infant who has been staying with her mother only a few days in a Member State – other than that of her habitual residence – to which she has been removed, the factors which must be taken into consideration include, first, the duration, regularity, conditions and reasons for the stay in the territory of that Member State and for the mother's move to that State and, second, with particular reference to the child's age, the mother's geographic and family origins and the family and social connections which the mother and child have with that Member State.", para. 56.

<sup>143</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2808, para. 41.

<sup>144</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2808, para. 42.

<sup>145</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2808, para. 43. This is evident from the Article 9(1) of the Regulation which is based on the idea that even before three months have passed there may be habitual residence in the new place of residence, so that a rule on jurisdiction is required, as an exception to Article 8, for the benefit of the courts of the former place of habitual residence. See also European Commentaries on Private International Law: Brussels II bis Regulation, U. Magnus, P. Mankowski – 2007 – Sellier, European Law Publishers, pg. 116-119.

<sup>146</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2808, para. 44.



a longer period of time under some strict conditions transfer of habitual residence from one State to another can occur.<sup>147</sup>

The second categories of indicators are referred to as “Familial and social situation of the child”. These indicators provide the court with a clear picture of the stability which distinguishes habitual residence from mere presence. In its opinion the Advocate General stated that “It is for the referring court to obtain an overall picture of this, taking account of all factors, whose relevance may vary according to the children’s age.”<sup>148</sup> The concrete manifestation of familial situation are the persons with whom a child lives at the place of residence or is in regular contact, in other words parents, siblings, grandparents or other close relatives<sup>149</sup>; and for social integration, circumstances such as school, friends, leisure activities and, above all, command of language are taken into consideration.<sup>150</sup>

## V. Conclusion

The habitual residence of a child as jurisdictional criteria gives great space for subjectivity to the Courts in determining the place in which the child adapted to on a voluntary or involuntary bases. The child was positioned by its parents to create social, cultural, lingual, and educational bonds with an environment and in that environment he/she feels familiar. Jurisdiction is based on this criterion because habitual residence ties the child to the place where he feels at home and that legal system is most closely connected to the child itself. However close this connection is, it must be properly determined. Due to the fact that habitual residence is a factual concept, which is determined in each case individually, it is very important for the court to have in mind all of the facts and not to approach it selectively. This is especially important regarding the intent of the children. The focus must be positioned on the child, but not neglecting the fact that the child is more or less connected to the parents, depending

---

<sup>147</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2808 para. 46. Article 10 describes two situations. First the situation where both parents acquiesced with the removal, and second where a period of one year has passed. However, the one-year period is not the sole deciding factor here. The transfer of jurisdiction depends rather on the circumstances listed additionally in points (i) to (iv) of Article 10(b).

<sup>148</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2808, para. 47, see also (Case C-497/10 PPU), para.53.

<sup>149</sup> For younger children and particularly infants their dependence on the primal caretaker (usually the mother) creates a position that the family environment is determined by the reference person(s) with whom the child lives, by whom the child is in fact looked after and taken care of. As far as infants are concerned, they necessarily shares the social and family environment of the circle of people on whom he or she is dependent. Consequently, where, as in the main proceedings, the infant is in fact looked after by her mother, it is necessary to assess the mother’s integration in her social and family environment. For that reason for the move by the child’s mother to another Member State, the languages known to the mother or again her geographic and family origins may become relevant. (Case C-497/10 PPU) para. 54 and 55.

<sup>150</sup> A (Case C-523/07) (2009) ECR I-2808, para. 48.



on his/her maturity. To an extent, the child receives the understanding of the meaning of its home from its parents. Their behavior influences the speed at which a child adapts to a new environment.

In a way this is made easier by the affirmed connection between the Hague Conventions and the Regulation Brussels II bis. With its 30 years application of the Child Abduction Convention, the Hague Conference established a solid basis for a proper interpretation of habitual residence. The INDICAT base of cases is the fundamental basis for the uniform application of the Conventions and the Regulation. This doesn't mean that the determination of habitual residence shifts from a factual concept determined on a case-by-case basis, towards a more rigid concept – this simply means that the courts must have some solid structure, some guidelines that can ease their task.





*Pravni letopis 2013*

# Javna infrastrukturna omrežja na tujih zemljiščih

# III.

MATIJA DAMJAN

*Pravne podlage za ureditev položaja infrastrukturnih  
omrežij na tujih zemljiščih*



Izvirni znanstveni članek  
UDK 349.214.2:351.712(497.4)

# Pravne podlage za ureditev položaja infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih

DR. MATIJA DAMJAN,  
raziskovalec na Inštitutu za primerjalno  
pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

## 1. Neurejen položaj omrežij na tujih zemljiščih

Vpogled v grafični del zbirnega katastra gospodarske javne infrastrukture, ki je dostopen na državnem spletnem portalu E-prostor,<sup>1</sup> nam pokaže mreže javnih infrastrukturnih omrežij, ki se razpredajo po prostoru okoli nas, ne da bi se tega povsem zavedali. Vodovod, kanalizacija, električni in telekomunikacijski vodi, optični kabli, plinovodi, toplovodi in podobno so najgostejše napeljani po urbaniziranih središčih, vendar intenzivno segajo tudi v bolj ruralna območja – najdemo jih skoraj povsod, kjer so naseljeni ljudje. Upravljalci tovrstnih infrastrukturnih omrežij so lahko tako javni kot zasebni subjekti, odvisno zlasti od vrste infrastrukture. Skoraj vedno pa velja, da upravljavalec omrežja ni tudi lastnik vseh nepremičnin, prek katerih potekajo vodi, ki sestavljajo to omrežje. V stvarnem pravu naj bi se takšno razmerje med lastnikom nepremičnine in uporabnikom objektov ali naprav na tej nepremičnini praviloma urejalo z institutom služnosti, lahko pa tudi z institutom stavbne pravice. Vendar nam primerjava med podatki zbirnega katastra gospodarske javne infrastrukture o poteku omrežja v naravi in podatki zemljiške knjige o stvarnih pravicah na nepremičninah pokaže, da je urejena služnost napeljave prek tujega zemljišča v Sloveniji prej izjema kot pravilo. Tvegamo lahko oceno, da za večino infrastrukturnih vodov na tujih zemljiščih iz zemljiške knjige ni razvidna pravna podlaga razmerja med lastnikom nepremičnine in upravljavcem omrežja.

Takšno neurejeno pravno stanje lahko vodi k nastanku sporov, zlasti pri vgrajenih oziroma vkopanih omrežjih, katerih potek navzven ni razviden. Če se sedanji lastnik nepremičnine poteka omrežja ne zaveda, ker je nepremičnino kupil ali podedoval po tem, ko je bilo omrežje že zgrajeno, je lahko odkritje omrežja zanj neprijetno presenečenje. Težava ni minornega

<sup>1</sup> Spletni naslov <http://www.e-prostor.gov.si>.

pomena: telekomunikacijski kabel, ki poteka čez sredino zemljišča, lahko preprečuje gradnjo na njem; pri električnih kabljih pa povzroči pomembne omejitve že položaj zemljišča v varovalnem pasu daljnovoda.<sup>2</sup> Upravljavci omrežij se v takšnih položajih srečujejo z zahtevami lastnikov nepremičnin za odstranitev oziroma premik omrežja, pri čemer se lastniki sklicujejo na načelo zaupanja v zemljiško knjigo. Seveda je v nekaterih primerih prestavitev poteka vodov mogoča, vendar to ne more biti sistemska rešitev tovrstnih položajev, saj je pri kompleksnejših instalacijah lahko prestavitev vodov povezana z visokimi stroški, ki lahko celo presegajo vrednost prizadete nepremičnine. Pretrganje omrežja, do katerega bi prišlo zaradi izkopa kablov na zahtevo lastnika posamezne nepremičnine, pa ne bi težav povzročilo samo upravljavcu, ampak vsem uporabnikom, ki so priključeni na nadaljnje omrežje. Ni treba razlagati, da ima dlje časa trajajoče pretrganje temeljnih komunalnih omrežij lahko hude posledice za širšo skupnost. Odsotnost ustrezno urejenih pravic ovira pridobivanje gradbenih dovoljenj za rekonstrukcijo obstoječe infrastrukture, saj upravljavec ne more izkazati pravice gradnje na tujem zemljišču.<sup>3</sup> Težave se pojavljajo tudi pri novogradnjah, ki se priključujejo na obstoječo komunalno infrastrukturo, a se pri tem srečujejo z ugovori lastnikov zemljišč, prek katerih ta poteka, da infrastruktura ni zgrajena zakonito in zato niso dopustni novi priklopi nanjo.<sup>4</sup>

Komu je torej v takšnem položaju treba dati prednost: poštenemu lastniku nepremičnine ali poštenemu upravljavcu, ki omrežje na tujem zemljišču uporablja že več desetletij? Obe strani imata legitimni interes za varstvo svojega položaja, prisotni pa so tudi elementi javnega interesa.

Ta prispevek bo skušal odgovore na ta vprašanja poiskati v zakonodaji, ki je bila relevantna za gradnjo infrastrukturnih omrežij v preteklem obdobju, ko je bila večina tovrstnih omrežij zgrajena, ter v nekaterih specialnih določbah novjših predpisov, ki skušajo urediti pravni položaj infrastrukture na tujih zemljiščih.

## 2. Pravica graditi

V tem prispevku se ne ukvarjamo s problematiko morebitnih črnih gradenj na področju infrastrukture, tj. nelegalno zgrajenih priključkov ali vodov, ampak predpostavljamo, da je bilo

<sup>2</sup> Glej odločbo Ustavnega sodišča RS Up-89/05-16 z dne 7. 12. 2006. Ustavno sodišče je menilo, da mora investitor gradnje daljnovoda izkazati pravico razpolaganja na vseh zemljiščih oziroma delih zemljišč, po katerih poteka trasa (koridor) daljnovoda. Zato je odločilo, da je bilo stališče upravnega organa in sodišč, da investitor gradnje daljnovoda ni dolžan izkazati pravice razpolaganja z zemljiščem pritožnika, če prek njegovega zemljišča (tj. po zraku nad njim) potekajo le električni vodi, v neskladju s pravico do zasebne lastnine iz 33. člena Ustave.

<sup>3</sup> Prim. sodbo Upravnega sodišča I U 228/2011 z dne 17. 5. 2011. Sodišče je menilo, da se investitor pri izkazovanju pravice graditi na tuji parceli ne more sklicevati na dokumentacijo o obstoječem daljnovodu, ampak mora izkazati obstoj ustrezne pravice v skladu z veljavno zakonodajo o graditvi objektov.

<sup>4</sup> Prim. sodbo Upravnega sodišča RS I U 2064/2011 z dne 6. 6. 2012.

omrežje zgrajeno na podlagi upravnih dovoljenj (lokacijsko, gradbeno, uporabno dovoljenje), ki jih je predpisovala prostorska in gradbena zakonodaja, veljavna v času gradnje posameznega omrežja.

Veljavni Zakon o graditvi objektov (ZGO-1)<sup>5</sup> v 66. členu določa, da mora pristojni upravni organ za gradbene zadeve, preden izda gradbeno dovoljenje, med drugim preveriti tudi, ali ima investitor pravico graditi. Način dokazovanja obstoja te pravice in posredno tudi njeno vsebino predpisuje prvi odstavek 56. člena ZGO-1, po katerem za dokazilo o pravici graditi po tem zakonu velja:

- izpisek iz zemljiške knjige, iz katerega izhaja, da ima investitor na določeni nepremičnini lastninsko ali kakšno drugo stvarno oziroma obligacijsko pravico, ki mu omogoča gradnjo oziroma izvajanje del na takšni nepremičnini,
- notarsko overjena pogodba z dokazilom o vložitvi predloga za vpis pogodbe o pridobitvi kakšne od prej opisanih pravic v zemljiško knjigo,
- pravnomočna sodna ali upravna odločba, ki izkazuje pravico graditi oziroma izvajati dela na nepremičnini, ali
- druga listina, ki v skladu z zakonom izkazuje pravico graditi oziroma izvajati dela na določeni nepremičnini.

Sodna praksa zavzema stališče, da izvedba komunalnih priključkov in drugih omrežij pomeni graditev oziroma izvajanje del, zato mora investitor na navedeni način izkazati pravico graditi tudi na zemljiščih, prek katerih potekajo ti priključki.<sup>6</sup>

Pregled starejše zakonodaje pokaže, da zahteva po investitorjevem izkazovanju pravice graditi ni novost. Zakon o urbanističnem planiranju<sup>7</sup> iz leta 1967 je v 22. členu določal, da mora biti zahtevi za *lokacijsko dovoljenje* priloženo dokazilo, da je investitor upravičen razpolagati z zemljiščem. Kasnejši Zakon o urejanju naselij in drugih posegov v prostor (ZUN)<sup>8</sup> je v 53. členu določal, da mora investitor zahtevi predložiti dokazilo, da ima pravico graditi na določenem

<sup>5</sup> Uradni list RS, št. 110/2002, 97/2003 – Odl. US: U-I-152/00-23, 41/2004 – ZVO-1, 45/2004, 47/2004, 62/2004 – Odl. US: U-I-1/03-15, 102/2004 – UPB1 (14/2005 – popr.), 92/2005 – ZJC-B, 93/2005 – ZVMS, 111/2005 – Odl. US: U-I-150/04-19, 120/2006 – Odl. US: U-I-286/04-46, 126/2007, 57/09 – Skl. US: U-I-165/09-8, 108/2009, 61/2010 – ZRud-1 (62/2010 – popr.), 20/2011 – Odl. US: U-I-165/09-34, 57/2012.

<sup>6</sup> Glej sodbe Upravnega sodišča RS I U 68/2010 z dne 16. 5. 2011, I U 174/2009 z dne 28. 5. 2009 in I U 2141/2009 z dne 7. 10. 2010. Podrobneje o pravici gradnje glej M. Juhart, *Upravičenje (pravica) gradnje in njeno izkazovanje*. Pravni letopis 2010, str. 159–164.

<sup>7</sup> Uradni list SRS, št. 16/1967, 27/1972, 8/1978, 18/1984 – ZUN.

<sup>8</sup> Uradni list SRS, št. 18/1984, 37/1985, 29/1986, 43/1989, Uradni list SFRJ, št. 83/1989, Uradni list SRS, št. 5/1990, Uradni list RS – stari, št. 3/1991 – Odl. US, 26/1990, 10/1991, Uradni list RS/I, št. 17/1991 – ZUDE, Uradni list RS, št. 55/1992 – ZVDK, 13/1993, 18/1993, 47/1993, 71/1993, 29/1995 – ZPDF, 44/1997, 31/2000 – ZP-L, 9/2001 – ZPPreb, 23/2002 – Odl. US, 110/2002 – ZUreP-1, 110/2002 – ZGO-1.

zemljišču ali drugače posegati v prostor. Podobne so bile zahteve v zvezi z *gradbenim dovoljenjem*. Temeljni zakon o graditvi investicijskih objektov<sup>9</sup> iz leta 1961 je v 19. členu določal, da mora investitor, ki prosi za gradbeno dovoljenje, predložiti dokaz o pravici uporabe ali služnostni pravici na zemljišču, na katerem namerava zgraditi investicijski objekt. Zakon o graditvi objektov<sup>10</sup> iz leta 1973 je v 26. členu določal, da mora investitor zahtevi za izdajo gradbenega dovoljenja predložiti dokaz o pravici uporabe, lastninski ali služnostni pravici na zemljišču, na katerem namerava graditi objekt. Zakon o graditvi objektov (ZGO)<sup>11</sup> iz leta 1984 pa je v 36. členu od investitorja zahteval predložitev dokaza, da ima pravico graditi na določenem zemljišču oziroma pravico rekonstruirati objekt.

Tudi v preteklem obdobju je torej investitor moral izkazati ustrezno pravico gradnje na zemljiščih, kjer naj bi bil zgrajen načrtovani objekt. Če sklepamo iz besedila zakona, je bila pravica gradnje lahko lastninska pravica ali služnost, torej podobno kot danes, poleg tega pa še pravica uporabe zemljišč v družbeni lastnini.<sup>12</sup> Vrhovno sodišče je zavzelo stališče, da pravice graditi v smislu 53. člena ZUN ni mogoče dokazovati le z vpisom v zemljiško knjigo, temveč tudi na druge načine, med drugim s pogodbo ali drugo listino, sposobno za vpis v zemljiško knjigo.<sup>13</sup> Pogodbe o najemu zemljišča sodišče ni štelo za dokaz o pravici razpolaganja v smislu 53. in 62. člena ZUN,<sup>14</sup> kar je razumljivo, saj se s takšno pogodbo ne ustanavlja pravica, ki bi se vpisovala v zemljiško knjigo.

Upoštevati je treba, da je bil velik del infrastrukturnih omrežij, v zvezi s katerimi se danes pojavljajo spori, zgrajen na zemljiščih, ki so bila v času gradnje v družbeni lastnini. Na podlagi Zakona o prenehanju lastninske pravice in drugih pravic na zemljiščih, namenjenih za kompleksno graditev,<sup>15</sup> in delno že pred tem na podlagi Zakona o nacionalizaciji najemnih

<sup>9</sup> Uradni list FLRJ, št. 45/1961, Uradni list SFRJ, št. 5/1965, 52/1966, 10/1967, 20/1967, 24/1967 – popr., 25/1968 – popr., 30/1968, 55/1969, 60/1970, 24/1971, 29/1971, Uradni list SRS, št. 51/1971, 6/1974.

<sup>10</sup> Uradni list SRS, št. 42/1973, 13/1974 – popr., 17/1974 – popr., 2/1975 – popr., 8/1975, 39/1981, 34/1984 – ZGO.

<sup>11</sup> Uradni list SRS, št. 34/1984, 29/1986, Uradni list SFRJ, št. 83/1989, Uradni list SRS, št. 5/1990, Uradni list RS – stari, št. 10/1991, Uradni list RS/I, št. 17/1991 – ZUDE, Uradni list RS, št. 55/1992 – ZVDK, 13/1993, 66/1993, 66/1993 – ZVDK-A, 71/1993, 40/1994 – Odl. US, 69/1994 – Odl. US, 29/1995 – ZPDF, 59/1996, 23/1997 – Skl. US, 83/1998 – Odl. US, 45/1999, 42/2000 – Odl. US, 52/2000 – ZGPro, 52/2000, 110/2002 – ZGO-1.

<sup>12</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS U 706/92-8 z dne 17. 2. 1993: »V zemljiški knjigi vpisana pravica uporabe na stavbnem zemljišču v družbeni lastnini je dokaz o obstoju pravice razpolaganja po 53. členu ZUNDPP, če je nameravana gradnja v skladu s prostorskimi izvedbenimi akti.«

<sup>13</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS I Up 655/2005 z dne 14. 5. 2008.

<sup>14</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS U 522/92-6 z dne 3. 3. 1993.

<sup>15</sup> Uradni list SRS, št. 19/1976.



zgradb in gradbenih zemljišč<sup>16</sup> so namreč vsa stavbna zemljišča v mestih in naseljih mestnega značaja prešla v družbeno lastnino. Ker tedaj ni veljalo načelo povezanosti objekta z zemljiščem (*superficies solo cedit*), so lahko hiše in drugi objekti na teh družbenih zemljiščih ostali v zasebni lasti, pri čemer so lastniki na podlagi zakona imeli pravico uporabe na stavbišču in funkcionalnem zemljišču okoli objekta. Ekonomsko je bil položaj največkrat podoben, kot če bi ostali lastniki teh zemljišč; pravno pa je bil položaj glede prenosa pravic drugačen. Na podlagi 38. in 39. člena Zakona o nacionalizaciji najemnih zgradb in gradbenih zemljišč pa je lahko družbena lastnina s pravico uporabe fizičnih oseb (načeloma začasno, do odvzema iz uporabe) obstajala tudi na večjih kompleksih nezazidanih stavbnih zemljišč oziroma trajnih nasadov. V družbeni lasti so bila seveda tudi zemljišča, na katerih so imele pravico uporabe organizacije združenega dela, družbenopolitične organizacije in družbenopolitične skupnosti.<sup>17</sup> Na sredstvih v družbeni lastnini ni nihče mogel izvrševati premoženjskopравnih pravicenj, temveč jo je bilo mogoče samo uporabljati, jo upravljati in z njo razpolagati v mejah zakonov.<sup>18</sup> Pravica uporabe na zemljišču v družbeni lastnini je imetniku zagotavljala pravico rabe, upravljanja in razpolaganja z nepremičninami. Uživala je primerljivo pravno varstvo kot civilnopravne pravice.<sup>19</sup> Pač pa je bilo tudi pri nepremičninah v družbeni lastnini mogoče priposestvovati služnost, če te nepremičnine niso spadale med družbena sredstva v družbeni pravni osebi, ampak jih je imela v uporabi na primer fizična oseba. Na zemljiščih v družbeni lastnini naj bi torej v skladu z navedeno prostorsko in gradbeno zakonodajo investitor moral izkazati bodisi svojo pravico uporabe nepremičnine v družbeni lastnini bodisi svojo služnost na taki nepremičnini.

V nadaljevanju je treba preučiti, kakšne načine pridobitve katere od navedenih oblik pravice gradnje je omogočala zakonodaja v preteklem obdobju. Zlasti je zanimivo vprašanje, ali je na nepremičninah v družbeni lastnini upravljavec omrežja lahko pravico uporabe pridobil še kako drugače, kot velja za zasebna zemljišča, na primer že na podlagi izdanega lokacijskega ali gradbenega dovoljenja.

<sup>16</sup> Uradni list FLRJ, št. 52/1958.

<sup>17</sup> Omeniti velja, da je šlo za družbeno v lastnino tudi v primerih, kadar je bilo v zemljiški knjigi vpisano splošno ljudsko premoženje. Ta izraz se je namreč uporabljal v prvem obdobju po drugi svetovni vojni, kasneje pa ga je v celoti nadomestil koncept družbene lastnine, vendar starejši vpisi v zemljiški knjigi niso bili v vseh primerih ustrezno posodobljeni.

<sup>18</sup> Podrobneje glej M. Damjan, *Zapleti pri lastninjenju nekdanjih nepremičnin v družbeni lastnini in urejanju sedanjega (neurejenega) stanja*. Pravosodni bilten, 2011, let. 32, št. 1, str. 119–153.

<sup>19</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 324/2007 z dne 18. 3. 2010, 10. odstavek: »Pravica uporabe stavbnega zemljišča v družbeni lastnini obsega pravico uporabljati to zemljišče na ta način, da se na njem postavi stavba ali drug gradbeni objekt in da se uporablja za potrebe tega objekta. Ta pravica ima stvarnopravne učinke proti tretjim osebam. Imetnik pravice uporabe ima posestno varstvo in petitorno tožbo.« Finžgar, *Družbena ...*, str. 51.

### 3. Podlage za gradnjo omrežij v obdobju družbene lastnine

#### 3.1. Sektorska zakonodaja

Izrecne zakonske določbe v zvezi s stvarnopravnimi vidiki gradnje infrastrukturnih omrežij na tujih nepremičninah smo identificirali samo v zakonodaji s področja telekomunikacij. Zakon o temeljih sistema zvez (ZTSZ)<sup>20</sup> iz leta 1974 je v 96. členu določal, da imajo za zagotavljanje pogojev za pravilno in neovirano funkcioniranje in razvoj obvezno povezanih sistemov zvez njihovi imetniki pravico na zemljiščih in objektih v družbeni lastnini in v lastnini občanov graditi, postavljati in vzdrževati objekte, postroje in naprave, ki so sestavni del njihovega sistema. Pravico uveljavljajo imetniki sistemov zvez na način in ob pogojih, ki jih določajo predpisi o razlastitvi. Podobno pravilo je vseboval Zakon o sistemih zvez (ZSZve)<sup>21</sup> iz leta 1988, ki je v 105. členu določal, da imajo zaradi zagotavljanja pogojev za pravilno in nemoteno delovanje in razvoj obvezno povezanih sistemov zvez imetniki teh sistemov pravico, da na način in pod pogoji, ki jih določajo predpisi o ekspropriaciji, na zemljiščih in objektih v družbeni lastnini in lastnini občanov gradijo, postavljajo in vzdržujejo objekte in tehnična sredstva za zveze, ki so sestavni del njihovega sistema zvez.

Oba zakona s področja telekomunikacij sta torej predvidevala, da lahko imetniki sistemov zvez postavljajo svoja omrežja tako na družbenih kot na zasebnih zemljiščih, vendar morajo v obeh primerih za to predhodno pridobiti ustrezno pravico tovrstne rabe tuje nepremičnine v skladu s splošnimi predpisi o razlastitvi.

Na področju komunalne infrastrukture, kamor spadajo na primer tudi vodovodi, kanalizacija in plinovodi, je bil osrednji predpis Zakon o komunalnih dejavnostih (ZKD),<sup>22</sup> ki pa ni vseboval posebnih določb o gradnji infrastrukture na tujih zemljiščih. Takih določb tudi ne najdemo v Zakonu o energetske gospodarstvu (ZEG),<sup>23</sup> ki je bil relevanten za gradnjo električnih daljnovodov in plinovodov. Za gradnjo infrastrukture znotraj naselij je bil relevanten še Zakon o stavbnih zemljiščih (ZSZ)<sup>24</sup> iz leta 1984, ki je določal, da opremljanje stavbnega zemljišča obsega tudi graditev ali rekonstrukcijo naprav in omrežja za oskrbo naselij z vodo,

<sup>20</sup> Uradni list SFRJ, št. 24/1974, 29/1977, 52/1983, 41/1988 – ZSZve.

<sup>21</sup> Uradni list SFRJ, št. 41/1988, 80/1989, 83/1989, 29/1990, Uradni list RS – stari, št. 10/1991, Uradni list RS, št. 17/1991-I – ZUDE, Uradni list RS, št. 55/1992 – ZVDK, 13/1993, 66/1993, 66/1993 – ZVDK-A, 35/1997 – ZTel, 35/1997 – ZPSto.

<sup>22</sup> Uradni list SRS, št. 8/1982, 32/1989 – ZEG-B, 42/1989, Uradni list RS, št. 8/1991, 32/1993 – ZGJS, 32/1993 – ZVO, 44/1997 – ZSZ.

<sup>23</sup> Uradni list SRS, št. 33/1981, 29/1986, 32/1989 – ZEG-B, 42/1989, Uradni list RS, št. 8/1991, 32/1993 – ZGJS, 29/1995 – ZPDF, 79/1999 – EZ (8/2000 – popr.).

<sup>24</sup> Uradni list SRS, št. 18/1984, 32/1985 – popr., 33/1989, Uradni list RS, št. 24/1992 – Odl. US, 29/1995 – ZPDF, 44/1997 – ZSZ.

električno in toplotno energijo ter plinom, s PTT-storitvami, za odvajanje padavinskih in odpadnih voda, prevoz potnikov v mestnem prometu ter graditev drugih objektov in naprav. Urejanje kompleksov stavbnih zemljišč je bilo načeloma naloga občinskega sklada stavbnih zemljišč, ki je nato zemljišče oddal v uporabo investitorjem za gradnjo objektov. Investitor je lahko s pogodbo s skladom prevzel tudi obveznost opremljanja stavbnega zemljišča. V teh primerih je investitor pravico gradnje izkazoval s pogodbo o oddaji stavbnega zemljišča v uporabo.<sup>25</sup>

V odsotnosti posebne zakonske ureditve, po kateri bi upravljavec posameznega infrastrukturnega omrežja pridobil pravico gradnje na tujih nepremičninah, je bilo torej treba za ureditev teh razmerij uporabiti splošno zakonodajo o razlastitvi oziroma omejitvi lastninske pravice, na katero je na primer telekomunikacijska zakonodaja tudi izrecno napotovala.

### 3.2. Predpisi o razlastitvi

Pogoje in postopek za razlastitev je v obdobju družbene lastnine nazadnje urejal Zakon o razlastitvi in prisilnem prenosu nepremičnin v družbeni lastnini (ZRPPN)<sup>26</sup> iz leta 1980, v bistvenem pa je bila podobna tudi ureditev po prej veljavnem Zakonu o razlastitvi in o prisilnem prenosu pravice uporabe<sup>27</sup> iz leta 1972.

ZRPPN je poleg popolne razlastitve in prisilnega prenosa družbenih sredstev omogočal tudi trajno ali začasno *omejitev lastninske pravice* na nepremičnini, pri nepremičninah v družbeni lastnini pa prisilno *omejitev pravice uporabe* take nepremičnine (1. člen ZRPPN). Če je bila takšna omejitev pravic trajne narave, je šlo pri tem v skladu s 4. členom zakona za služnost, ne glede na to, ali je bilo služneče zemljišče v zasebni ali družbeni lasti.

Omejitve lastninske ali druge pravice in prisilna omejitev pravice uporabe nepremičnin v družbeni lastnini so bile posebej urejene v petem poglavju zakona. V zvezi s telekomunikacijskimi omrežji je prišel v poštev 28. člen ZRPPN, ki je izrecno predvideval, da se lastninska ali druga pravica na nepremičnini lahko omeji z ustavitvijo služnosti prehoda, prevoza, zajemanja vode, polaganja vodovodnih cevi, plinovodov, toplovodov, naftovodov, kanalizacije, telefonskih vodov objektov za prenos in razdelitev električne energije ali z ustanovitvijo druge

<sup>25</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS U 286/1992 z dne 22. 9. 1993: »Dokaz o razpolaganju s stavbnim zemljiščem v družbeni lastnini, potreben za pridobitev gradbenega dovoljenja, je glede na določbe zakona o stavbnih zemljiščih lahko le pogodba, ki jo investitor sklene z mestnim skladom stavbnih zemljišč. Brez take pogodbe gradbenega dovoljenja ni mogoče izdati.«

<sup>26</sup> Uradni list SRS, št. 5/1980, 30/1987, 20/1989, Uradni list SFRJ, št. 83/1989, Uradni list RS – stari, št. 44/1990 – Odl. US, 10/1991, Uradni list RS, št. 17/1991-I – ZUDE, Uradni list RS, št. 13/1993, 66/1993, 29/1995 – ZPDF, 44/1997 – ZSZ.

<sup>27</sup> Uradni list SRS, št. 27/1972, 29/1972, 19/1976, 8/1978 in 23/1978.

služnosti v korist družbenih pravnih oseb iz 6. člena tega zakona. V skladu z 31. členom pa se je na smiselno enak način lahko ustanovila tudi služnost na zemljišču v družbeni lastnini.

Služnost se je po ZRPPN ustanovila z odločbo občinskega upravnega organa, pristojnega za premoženjskopravne zadeve, in ob plačilu odškodnine. Lahko pa sta v skladu z 59. členom ZRPPN razlastitveni upravičenec in razlaščenec sklenila pogodbo namesto razlastitve. V takem primeru je morala družbena pravna oseba predložiti pogodbo in cenilni zapisnik pristojnemu javnemu pravobranilcu najpozneje v petnajstih dneh po sklenitvi pogodbe, kar je bil pogoj za izvedbo pogodbe v zemljiški knjigi.

### 3.3. Dejanska praksa pri gradnji omrežij v preteklosti

Doslej obravnavana zakonodaja je predvidevala, da se je tako na zemljiščih v zasebni kot v družbeni lastnini stvarnopravna podlaga za postavitve telekomunikacijskega omrežja uredila z ustanovitvijo služnosti, to pa je bilo treba vpisati v zemljiško knjigo. Rešitev je bila torej izhodiščno enaka današnji zakonski ureditvi. Kot je razvidno iz (zgoraj opisanega) današnjega neurejenega pravnega stanja infrastrukturnih omrežij v prostoru, pa je dejanska praksa pri gradnji tovrstnih omrežij prek tujih zemljišč od te predvidene zakonske ureditve redno odstopala, saj se postopki za ustanovitev služnosti (bodisi pravnoposlovno bodisi z razlastitvijo) niso izvajali niti na zasebnih niti na družbenih zemljiščih. Investitorji tovrstne infrastrukture so od lastnikov zemljišč oziroma od imetnikov pravice uporabe zemljišč v družbeni lastnini pridobili navadna pisna soglasja za postavitve omrežja na teh zemljiščih. Ker so prizadete osebe pogosto hkrati z izgradnjo te napeljave tudi same pridobile dostop do zadevne komunalne storitve, na primer tekoče vode, elektrike ali telefonskega priključka, s pridobivanjem tovrstnih soglasij največkrat ni bilo težav. Pogosto so soglasja namesto samega investitorja zbirali kar organi krajevnih skupnosti, na območju katerih se je infrastruktura gradila.

Zakonodaja takšnega soglasja lastnika ni predvidevala, ampak je v zvezi z lokacijskimi in gradbenimi dovoljenji izraz »soglasje« uporabljala samo za soglasja prizadetih organov in organizacij; v razmerju do lastnika nepremičnine pa je šlo, kot rečeno, za pravico graditi na tem zemljišču. Pisnih soglasij za postavitve omrežja ni mogoče šteti za pogodbo namesto razlastitve, s katero bi se sporazumno ustanovila ustrezna služnost v smislu 59. člena ZRPPN, saj je šlo le za enostransko izjavo imetnika pravic, v kateri ni omenjena ustanovitev služnosti in ne predvideno plačilo odškodnine ali drugih obveznosti nasprotne stranke. Gotovo iz podpisanih izjav izhaja volja lastnika oziroma imetnika pravice uporabe, da dovoli trajno postavitve infrastrukturnih vodov na svoji nepremičnini, vendar je takšno dovoljenje ostalo na obljigajski ravni, tj. tedaj ni bilo nadgrajeno še z ustanovitvijo stvarne pravice. Interpretacija tovrstnih soglasij v novejši sodni praksi je različna. V nekaterih primerih so sodišča pisno soglasje in-

terpretirala kot (zemljiškoknjižno nerealizirano) pogodbo o ustanovitvi služnosti,<sup>28</sup> v drugih primerih so menila, da navadno soglasje lastnika ne zadošča kot dokazilo o pravici graditi.<sup>29</sup>

Ne glede na prej opisano zakonsko ureditev so tedaj pristojni občinski upravni organi pisna soglasja šteli za zadosten dokaz o pravici investitorja, da gradi na tujem zemljišču, saj so na podlagi predloženih pisnih soglasij v praksi redno izdajali lokacijska in gradbena dovoljenja za postavitvev infrastrukturnih vodov prek tujih nepremičnin, ne da bi bila na teh nepremičninah v zemljiški knjigi v korist upravljavca vknjižena služnost. V več tovrstnih odločbah iz osemdesetih let dvajsetega stoletja, s katerimi razpolagamo, je organ izrecno navedel, da je prosilec vlogi za izdajo dovoljenja priložil soglasja lastnikov zemljišč, prek katerih naj bi potekalo omrežje.

Domnevamo lahko, da je bil razlog za takšno prakso upravnih organov tudi okoliščina, da je omrežje pogosto potekalo po zemljiščih v družbeni lastnini, na katerih je imel lastnik objekta samo pravico uporabe. Ker je bil investitor v omrežje družbena pravna oseba in je šlo tako rekoč za gradnjo družbene infrastrukture, se razmerje ni dojemalo kot poseg v zasebne premoženjskopravne interese. Ne glede na to z izdajo lokacijskega oziroma gradbenega dovoljenja investitor na podlagi samih predpisov ni pridobil nobene pravice na tujih zemljiščih (niti na zemljiščih v družbeni lastnini). Za prenos pravice uporabe ali za ustanovitev služnosti na družbeni nepremičnini je bil potreben ustrezen pisni sporazum ali akt oblastvenega organa skladno s predpisi o razlastitvi.<sup>30</sup> Zgolj dejstvo, da je investitor gradil omrežje prek tujih

<sup>28</sup> Na primer sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 4736/2008 z dne 25. 3. 2009: »Že pred sprejemom ZUreP-1, ki je eksplicitno določil pogoje in funkcijo služnosti v javno korist, je praksa sledila načelom stvarnega prava o omejitvah lastninske pravice v javno korist z ustanavljanjem služnosti, in sicer s pridobitvijo soglasij lastnikov služneih nepremičnin (izvedeni način nastanka stvarnih služnosti), v primeru njihovega nasprotovanja pa z odločbo državnega organa – razlastitvijo (na izvorni način). Soglasje lastnika služnečega zemljišča kot izjava njegove volje, ki dovoljuje poseg v svojo nepremičnino z ravnanjem drugega subjekta oziroma s privolitvijo v opuščanje lastnih ravnanj, katerih mu kot lastniku sicer ne bi bilo treba opustiti, in sprejem tega soglasja oziroma dovoljenja služnostnega upravičenca na drugi strani, ne pomeni nič drugega kot sklenitev pogodbe o stvarni služnosti.«

<sup>29</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS X Ips 23/2007 z dne 16. 9. 2010: »Ključni razlog za zavrnitev tožbe ni bil v tem, da naj bi prizadeti stranki svoje soglasje za revidentov poseg v zračni prostor njune nepremičnine izrecno odrekli, temveč v tem, da je sodišče menilo, da soglasij mejašev ni mogoče šteti za dokaz o pravici graditi po določbah 36. člena ZGO. Pravica graditi, ki je po 36. členu ZGO materialni pogoj za izdajo gradbenega dovoljenja, je veljavno izkazana samo, če investitor predloži zemljiškoknjižni izpisek, pogodbo ali drugo listino, ki bi bila sposobna za vpis takšne pravice v zemljiško knjigo. Tega, da bi bilo soglasje oziroma privolitev prizadetih strank za investitorjev poseg v zračni prostor njune nepremičnine podano v takšni obliki, pa revident niti ne zatrjuje.«

Sodba Upravnega sodišča RS I U 68/2010 z dne 16. 5. 2011: »Prizadeta stranka je sicer dala izrecno soglasje k projektu za pridobitev gradbenega dovoljenja, ki sta ga tožeči stranki priložili svojemu zahtevku, prav tako pa je dovolila tudi postavitvev električne omarice na mejo med parc. št. 158/7 in 158/8 k.o. ... To soglasje pa po mnenju drugostopenjskega organa ne more šteti za dokazilo o pravici graditi za izvedbo elektro priključka, saj iz 56. člena ZGO-1 ne izhaja, da bi soglasja štela kot dokazila o pravici graditi.«

<sup>30</sup> Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 4003/2011 z dne 29. 8. 2012. Glej tudi sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 77/2002 z dne 17. 10. 2002.

zemljišč na podlagi pravnomočnih lokacijskih in gradbenih dovoljenj, torej tudi v družbeno-lastninskem pravnem sistemu še ni pomenilo, da je s tem pridobil tudi ustrezno služnost ali drugo ustrezno pravico uporabe tuje nepremičnine.

Izdane upravne odločbe, ki se sklicujejo na soglasja lastnikov zemljišč oziroma imetnikov pravice uporabe na zemljiščih, prek katerih omrežje poteka, pa vendarle kažejo, da omrežje ni bilo postavljeno proti njihovi volji. Ta okoliščina je lahko relevantna pri odločanju o sedanjem lastnikovem zahtevku za odstranitev vkopanih vodov, ki naj bi posegali v njegovo lastninsko pravico.<sup>31</sup> Upravljavec omrežja je na podlagi lokacijskih, gradbenih in uporabnih dovoljenj lahko uporabljal omrežje na tujih zemljiščih v dobri veri, da ima za to ustrezne pravice (četudi ne služnosti). Soglasja lastnikov, ki so bila podlaga za izdajo omenjenih upravnih odločb, pa imajo danes lahko pravne posledice tudi na podlagi prehodne ureditve infrastrukture na tujih zemljiščih, ki jo vsebuje novejša zakonodaja s področja graditve objektov in s področja telekomunikacij.

## 4. Novejša zakonodaja, relevantna za gradnjo omrežij

Posebna pravila o gradnji javnih infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih danes vsebuje zakonodaja s področja telekomunikacij in energetike.

### 4.1. Predpisi o telekomunikacijah

Leta 1997 sprejeti Zakon o telekomunikacijah (ZTel)<sup>32</sup> je ohranil podobno rešitev kot prej veljavni ZSZve. V drugi alineji prvega odstavka 8. člena je določil, da imajo izvajalci javnih telekomunikacijskih storitev pravico skladno z nacionalnim programom v javnem interesu graditi in vzdrževati javno telekomunikacijsko omrežje na zemljiščih oziroma objektih v lasti pravnih oziroma fizičnih oseb v skladu s predpisi o razlastitvi.

<sup>31</sup> Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 472/1997 z dne 28. 10. 1998, kjer je sodišče zavrnilo negatorno tožbo z zahtevkom za odstranitev vkopanih vodovodnih cevi in vzpostavitev nepremičnine v stanje, v kakršnem je bila pred vkopom cevi: »Ob upoštevanju ugotovljenih pravnoodločilnih dejstev, da je tožnica pri izgradnji vodovoda sama sodelovala in z izgradnjo vodovoda soglašala, pa tožeča stranka dejstva, da je bilo sicer obstoječe vznemirjanje tudi neutemeljeno, ni dokazala.«

Glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 505/1997 z dne 10. 2. 1999: »Nedvomno sme [lastnik] lastninsko pravico po svoji volji tudi omejiti, kar lahko stori med drugim tudi po določilu 28. člena Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR, Uradni list SFRJ, št. 29/78 do 57/89) tako, da izrecno izrazi svojo voljo ali pa se izjavi s svojim ravnanjem, torej s konkludentnimi dejanji, ki se lahko izrazijo s storitvijo ali z opustitvijo; kot vnaprejšnja izjava ali kot naknadna odobritev. V danem primeru je bila tožnična lastninska pravica na eni ali več parcelah z izkopom in položitvijo telefonskega kabla omejena (73. člen ZOR) in tožnica je – kot sta ugotovili nižji sodišči – s posegom soglašala.«

<sup>32</sup> Uradni list RS, št. 35/1997, 45/97 – Odl. US, 13/1998 – Skl. US, 59/1999 – Odl. US, 36/2000 – ZPDZC in 30/2001 – ZTel-1.

Zakon o telekomunikacijah (ZTel-1)<sup>33</sup> iz leta 2001 je prvič podrobneje uredil omejitve lastninske pravice zaradi graditve, postavitve, obratovanja in vzdrževanja javnih komunikacijskih omrežij (V. poglavje). Uvedel je pojma služnosti napeljave in pravice napeljave. *Služnost napeljave* je stvarna pravica, ki zajema upravičenja graditi oziroma postaviti sekundarno telekomunikacijsko omrežje, imeti dostop do naprav za potrebe obratovanja in vzdrževanja celotnega telekomunikacijskega omrežja ter odstranjevati veje, korenine in druge naravne ovire pri graditvi, vzdrževanju in obratovanju celotnega telekomunikacijskega omrežja. Za služnost napeljave so se smiselno uporabljala pravila o stvarnih služnostih – vendar pa se je taka služnost očitno ustanovila v korist upravljavca omrežja, in ne v korist gospodujočega zemljišča. *Pravica napeljave* je obligacijska pravica, ki obsega enaka upravičenja kot služnost napeljave. Služnost napeljave in pravica napeljave sta lahko bili ustanovljeni na podlagi pogodbe med operaterjem in lastnikom, če te ni bilo mogoče doseči, pa je ustrezno pravico na zahtevo operaterja lahko z odločbo v upravnem postopku ustanovila tedanja Agencija za telekomunikacije in radiodifuzijo s smiselno uporabo določb predpisov o razlastitvi.

Zakon o elektronskih komunikacijah (ZEKom)<sup>34</sup> iz leta 2004 je v VII. poglavju obdržal podobno posebno ureditev razlastitve in omejitve lastninske ali druge stvarne pravice v primerih graditve javnih komunikacijskih omrežij kot poprej ZTel-1. Člen 77 ZEKom določa, da je služnost na podlagi tega zakona stvarna pravica, ki obsega za služnostnega upravičenca upravičenja graditve, postavitve in obratovanja elektronskega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture, dostopa do elektronskega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture za potrebe njihovega obratovanja in vzdrževanja ter odstranjevanja naravnih ovir pri graditvi, postavitvi, obratovanju in vzdrževanju elektronskega komunikacijskega omrežja. V primerjavi z ZTel-1 je bilo v ZEKom torej jasno zapisano, da se služnost ustanovi v korist operaterja, in ne morebiti v korist gospodujočega zemljišča, zakon pa ne napotuje več na smiselno uporabo določb o stvarni služnosti. Obligacijska pravica napeljave v zakonu ni bila več posebej urejena (kar sicer ne ovira njene ustanovitve s pogodbo). Zakon tudi ni več določal pristojnosti APEK za prisilno ustanovitev služnosti, ampak je o tem odločal splošno pristojni organ za razlastitev, torej upravna enota.

Enako ureditev razlastitve in omejitve lastninske pravice kot v ZEKom ohranja IV. poglavje novega Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1),<sup>35</sup> ki je začel veljati 15. 1. 2013. Dodana je le nova določba 17. člena, ki omogoča odvzem ali omejitev lastninske pravice (na primer z ustanovitvijo služnosti) tudi za elektronska komunikacijska omrežja in pripadajočo infrastrukturo za potrebe varnosti, policije, obrambe in zaščite, reševanja in pomoči.

<sup>33</sup> Uradni list RS, št. 30/2001, 52/2002 – ZJA, 110/2002 – ZGO-1 in 43/2004 – ZEKom.

<sup>34</sup> Uradni list RS, št. 43/2004, 86/2004 – ZVOP-1, 129/2006, 13/2007 – UPB1, 102/2007 – ZDRad, 110/2009, 33/2011, 109/2012 – ZEKom-1.

<sup>35</sup> Uradni list RS, št. 109/2012.



## 4.2. Predpisi o energetiki

Energetski zakon (EZ)<sup>36</sup> ureja gradnjo energetske infrastrukture v VII. poglavju, ki uvodno definira, da to infrastrukturo tvorijo objekti, naprave in omrežja za proizvodnjo in prenos zemeljskega plina in električne energije ter distribucijo električne energije, zemeljskega plina, toplote in drugih energetskih plinov. Člen 59 EZ določa, da sta gradnja in prevzem objektov in zemljišč, ki so potrebni za prenos in distribucijo električne energije, zemeljskega plina, distribucijo toplote in oskrbo z drugimi energetskimi plini, v javno korist in se zanju uporabljajo določbe prvega odstavka 93. člena ZUreP-1 o razlastitvi in omejitvi lastninske pravice. Če investitorju v 30 dneh po vročitvi ponudbe za sklenitev pogodbe o pridobitvi služnosti v javno korist te pogodbe ne uspe skleniti, lahko nemudoma vloži predlog za omejitev lastninske pravice. Pogodbe o pridobitvi služnosti v javno korist se sklepajo za čas obratovanja infrastrukture in v korist vsakokratnega izvajalca dejavnosti systemskega operaterja posamezne infrastrukture. Na nepremičninah, ki so v lasti države ali samoupravnih lokalnih skupnosti, se odškodnina za služnost v javno korist ne plačuje.

Relevantna je tudi določba 59.a člena EZ, po kateri se kot dokazilo pravice graditi elektroenergetske vode z nazivno napetostjo 110 kV in več ali prenosna omrežja zemeljskega plina poleg dokazil po ZGO-1 štejejo tudi druge listine, ki jih prvi odstavek tega člena navaja taksativno in ki omogočajo upravljavcu omrežja pridobitev gradbenega dovoljenja že pred pridobitvijo pravice gradnje (na primer v primeru nedokončanih denacionalizacijskih ali zapuščinskih postopkov in še pred koncem razlastitvenega postopka). Tudi v teh primerih pa mora investitor infrastrukture z lastniki nepremičnin naknadno izvesti postopek za pridobitev služnosti v javno korist ali lastninske oziroma stavbne pravice v javno korist v skladu z EZ in s predpisi, ki urejajo razlastitev.

Člen 61 EZ pa določa, da mora za zagotovitev nemotene gradnje, obratovanja, nadzora, rekonstrukcije in vzdrževanja tudi lastnik (sosednje) nepremičnine, prek katere je potreben dostop do infrastrukture oziroma na kateri se nahaja infrastruktura, za pravično odškodnino dovoliti dostop do infrastrukture in izvajanje potrebnih del.

## 4.3. Predpisi o razlastitvi in služnost v javno korist

V zvezi z drugo javno infrastrukturo ne obstaja posebna ureditev ustanavljanja stvarnih pravic na tujih zemljiščih, zato pride v celoti v poštev uporaba splošnih predpisov o razlastitvi. Postopek razlastitve in prisilne omejitve lastninske ali druge stvarne pravice na nepremičnini je po

<sup>36</sup> Uradni list RS, št. 79/1999 (8/2000 – popr.), 110/2002 – ZGO-1, 50/2003 – Odl. US: U-I-250/00-14, 51/2004, 26/2005 – UPB1, 118/2006 (9/2007 – popr.), 27/2007 – UPB2, 70/2008, 22/2010, 37/2011 – Odl. US: U-I-257/09-22, 10/2012, 94/2012 – ZDoh-2L.



letu 1997 splošno urejal Zakon o stavbnih zemljiščih (ZSZ),<sup>37</sup> ki je predvideval, da o razlastitvi odloča sodišče v nepravdnem postopku. Po letu 2002 je Zakon o urejanju prostora (ZUreP-1)<sup>38</sup> prenesel pristojnost za odločanje o razlastitvi nazaj na upravne organe, sodišče pa v pravdi odloča le še o višini odškodnine, če o tem upravičenec in razlaščenec ne dosežeta dogovora. Drugače kot ZSZ zdaj ZUreP-1 izrecno tudi določa, da se lastninska pravica omeji s pravico uporabe za določen čas, kakor tudi obremeni z začasno ali trajno služnostjo (v javno korist).

Novost, ki jo je uvedel ZUreP-1, je institut služnosti v javno korist, s katero se lahko omeji lastninska pravica na nepremičnini, če je to potrebno za postavitve omrežij in objektov gospodarske javne infrastrukture in njihovo nemoteno delovanje. Ustanovitev služnosti lahko predlaga država, občina oziroma izvajalec javne službe. Če tako določa poseben zakon (to je na primer ZEKom in pred njim ZTel-1), se lahko služnost ustanovi tudi za postavitve in nemoteno delovanje omrežij in objektov druge javne infrastrukture. V tem primeru je upravičenec investitor javne infrastrukture. Od pravih stvarnih služnostih se služnosti v javno korist razlikujejo po tem, da se ne ustanovijo v korist vsakokratnega lastnika neke druge (gospodujoče) nepremičnine (ta navadno sploh ne obstaja), temveč v korist konkretnega subjekta. Največkrat je to nosilec določene infrastrukturne dejavnosti, na primer operater telekomunikacijskega omrežja. Zato je služnosti v javno korist mogoče pravno kvalificirati kot obliko nepravni stvarnih služnosti. Služnosti iz IV. poglavja ZEKom-1 in iz VII. poglavja EZ pa torej pomenita poseben primer služnosti v javno korist, ki jo na splošno ureja ZUreP-1, podrejeno pa še pravila Stvarnopravnega zakonika (SPZ)<sup>39</sup> o nepravi stvarni služnosti.<sup>40</sup>

## 5. Urejanje položaja obstoječe gospodarske javne infrastrukture

Na podlagi 76. člena Zakona o gospodarskih javnih službah (ZGJS)<sup>41</sup> so z dnem uveljavitve tega zakona *ex lege* postali lastnina republike, občine oziroma Mesta Ljubljana infrastrukturni objekti, naprave oziroma omrežja ter mobilna in druga sredstva, ki so bili v skladu s predpisi namenjeni izvajanju gospodarskih javnih služb.<sup>42</sup> Ni pa ta zakon uredil tudi razmerja med lastniki infrastrukturnih omrežij in lastniki zemljišč, po katerih ta potekajo.

<sup>37</sup> Uradni list RS, št. 44/1997, 67/2002 – ZV-1, 110/2002 – ZUreP-1 in 110/2002 – ZGO-1.

<sup>38</sup> Uradni list RS, št. 110/2002, 8/2003 – popr., 58/2003 – ZZK-1, 33/2007 – ZPNačrt, 108/2009 – ZGO-1C in 80/2010 – ZUPUDPP.

<sup>39</sup> Uradni list RS, št. 87/2002, 18/2007 – Skl. US: U-I-70/04-18.

<sup>40</sup> Tu je »stičišče« civilnopravne ureditve služnosti v SPZ in javnopravne ureditve služnosti v javno korist, ki so na splošno urejene v ZUreP-1. M. Tratnik, *Neprave stvarne služnosti*. Pravna praksa, št. 24/2005, priloga, str. III.

<sup>41</sup> Uradni list RS, št. 32/1993, 30/1998 – ZZLPP, 127/2006 – ZJZP, 38/2010 – ZUKN, 57/2011.

<sup>42</sup> Glej M. Juhart, *Lastninjenje po zakonu o gospodarskih javnih službah*, Pravna praksa, št. 292/1993, str. 3. Prim. tudi sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1166/2010 z dne 20. 10. 2010.

Zakon o stavbnih zemljiščih (ZSZ)<sup>43</sup> iz leta 1997 in ZGO-1 sta v prehodnih določbah sicer skušala urediti položaj tistih že obstoječih objektov javne infrastrukture, ki bi morali imeti status javnega dobra, in sicer tako, da se za zadostno pravico razpolaganja z nepremičnino štejejo že pisna pogodba, izjava ali soglasje lastnikov zemljišč, da na svojem zemljišču dovolijo gradnjo (glej 51. člen ZSZ ter 212. in 213. člen ZGO-1).<sup>44</sup> Te določbe se nanašajo predvsem na ureditev statusa javnega dobra tudi na zemljišču, na katerem je postavljena tovrstna infrastruktura. Takšna rešitev pa pri infrastrukturnih omrežjih ni smiselna, saj zemljišča, prek katerih omrežja potekajo, niso nujno namenjena splošni rabi, ampak je tej lahko namenjeno le omrežje samo.

Eventualno za obrambo pred odstranitvenimi zahtevki lastnika zemljišč tako pride v poštev samo sedmi odstavek 213. člena ZGO-1, ki določa, da v primeru, kadar je bil z dnem uveljavitve tega zakona določeni objekt gospodarske javne infrastrukture, ki se po določbah tega zakona lahko šteje za grajeno javno dobro, v uporabi, zemljiškoknjižni lastnik zemljišča, na katerem je takšen objekt zgrajen, pa je posameznik ali oseba zasebnega prava, uporaba takšnega objekta ne more prenehati brez soglasja pravne ali fizične osebe, ki s pomočjo takšnega objekta opravlja gospodarsko javno službo. Lastnik zemljišča, na katerem je zgrajen tak objekt gospodarske javne infrastrukture, torej ne more prepovedati njegove nadaljnje uporabe brez soglasja izvajalca gospodarske javne službe. Pri tem pa je treba poudariti, da nimajo vsi objekti gospodarske javne infrastrukture tudi statusa grajenega javnega dobra po ZGO-1.

Glede na to, da je bilo s 76. členom ZGJS urejeno lastništvo omrežij gospodarske infrastrukture, je bil s tem pogosto vzpostavljen položaj, ko lastnik zemljišča in lastnik objekta na tem zemljišču ni ista oseba. Tak položaj je mogoče reševati z uporabo določbe 271. člena SPZ, po kateri je postala z dnem uveljavitve tega zakona (1. 1. 2003) zgradba sestavina nepremičnine, lastnik zgradbe pa pridobi na nepremičnini stavbno pravico, ki traja toliko časa, dokler stoji zgradba. Lastnik nepremičnine in imetnik stavbne pravice morata medsebojna razmerja urediti s pogodbo. Če dogovora ne dosežeta, lahko vsak od lastnikov zahteva, da vsebino sporazuma določi sodišče v nepravdnem postopku. Sodišče pri določanju vsebine upošteva okoliščine, v katerih je bila postavljena zgradba, in razmerja med lastnikoma pred uveljavitvijo tega zakona. Pri določanju nadomestil mora sodišče upoštevati določila zakona, ki urejajo razlastitev.

<sup>43</sup> Uradni list RS, št. 44/1997, 98/1999 – Odl. US: U-I-308/97, 1/2000 – Odl. US: U-I-39/97, 67/2002 – ZV-1, 110/2002 – ZUreP-1 (8/2003 – popr.), 110/2002 – ZGO-1.

<sup>44</sup> Med občinami sicer ni enotne prakse glede statusa grajenega javnega dobra na omrežjih gospodarske javne infrastrukture (zlasti javni vodovod in kanalizacija). Odlok o oskrbi s pitno vodo v občini Vrhnika (uradno prečiščeno besedilo 1, objavljeno v Našem časopisu št. 374 z dne 30. 8. 2010) na primer v 2. členu določa: »Javni vodovodni sistem je sistem, ki zagotavlja oskrbo s pitno vodo in je v lasti lokalne skupnosti ter ima status grajenega javnega dobra.« Glej tudi revizijsko poročilo Računskega sodišča RS Ureditev razmerij pri infrastrukturi za izvajanje gospodarskih javnih služb, št. 320-4/2010/54 z dne 17. 8. 2011.

## 6. Posebna pravila o položaju obstoječih telekomunikacijskih omrežij

### 6.1. Prehodne določbe telekomunikacijske zakonodaje

Zakonodaja s področja telekomunikacij je v prehodnih določbah uvedla posebne rešitve za ureditev položaja obstoječih telekomunikacijskih omrežij na tujih zemljiščih. ZTel-1 iz leta 2001 je v 155. členu določil, da morajo lastniki zemljišč, po katerih potekajo ali na katerih se gradijo oziroma postavljajo telekomunikacijska omrežja, dovoliti nadaljnjo uporabo svojih zemljišč za potrebe gradnje oziroma postavitve, vzdrževanja in obratovanja telekomunikacijskega omrežja, če so sami ali njihovi pravni predniki *pisno izrazili strinjanje* s takšno uporabo. Tako pridobljena pravica operaterja vsebuje enaka upravičenja kot služnost napeljave po ZTel-1. Skoraj enako rešitev je obdržal ZEKom iz leta 2004, ki je v 164. členu določal, da morajo lastniki zemljišč, po katerih potekajo ali na katerih se gradijo oziroma postavljajo elektronska komunikacijska omrežja, dovoliti nadaljnjo uporabo svojih zemljišč za potrebe gradnje oziroma postavitve, vzdrževanja in obratovanja elektronskega komunikacijskega omrežja, če so sami ali njihovi pravni predniki *pisno izrazili strinjanje* s takšno uporabo. Tako pridobljena pravica operaterja ima enako vsebino kot služnost iz 77. člena ZEKom. Povsem enako prehodno ureditev glede obstoječih omrežij na tujem zemljišču (razen posebnih pravil za javne ceste) je obdržal tudi ZEKom-1, ki je začel veljati 15. 1. 2013, in sicer v 238. členu.

Navedeni zakoni so torej skušali uskladiti pravno stanje obstoječih omrežij z ustaljeno prakso v preteklem obdobju, po kateri je navadno pisno soglasje lastnika za gradnjo omrežja pripeljalo do enakih dejanskih (ne pa tudi pravnih) posledic, kot če bi bila ustanovljena služnost, kakršno je predvidevala tedanja zakonodaja.

Zakon ne opredeljuje pravne narave pravice, ki jo upravljavec omrežja pridobi na podlagi pisnega strinjanja lastnika zemljišča. Obveznost nadaljnega dovoljevanja uporabe zemljišča za potrebe omrežja (prvi odstavek 238. člena ZEKom-1) bi lahko učinkovala samo obligacijsko, torej v razmerju med lastnikom in operaterjem. Vendar drugi odstavek istega člena določa, da pravica vsebuje vsa upravičenja, ki jih vsebuje služnost po tem zakonu, izvrševati pa jo je treba v skladu z določbami 19. člena tega zakona. Če ima pravica enako vsebino kot služnost, to pomeni, da učinkuje tudi proti tretjim osebam (*erga omnes*), kar pa je značilnost stvarnih pravic. Takšno učinkovanje je tudi skladno z namenom prehodne norme, da zagotovi nemoteno delovanje obstoječih elektronskih komunikacijskih omrežij, kar narekuje učinkovanje pravice proti vsakokratnemu lastniku zemljišča in morebitnemu tretjemu, ki bi posegal v omrežje. Nista razvidna zakonodajalčev namen ali potreba po tem, da bi zakon ustvaril novo vrsto omejenih absolutnih pravic, zato je pravico upravljavca obstoječega omrežja iz 238. člena ZEKom-1 najbrž treba kvalificirati kot služnost v javno korist, ki se od služnosti po 19. členu ZEKom-1 razlikuje samo po načinu nastanka. Služnost je namreč nastala izvenknjižno, in

sicer na podlagi pravnega posla, ki ni izpolnjeval pogojev za vpis v zemljiško knjigo, a mu je zakon naknadno pripisal tudi stvarnopravne posledice, tj. izvenknjižni nastanek služnosti.

Po navedenih prehodnih določbah se torej šteje, da je upravljavec telekomunikacijskega omrežja že z navadnim pisnim soglasjem lastnikov brez posebnih obličnosti in postopkov pridobil služnost v javno korist z vsebino, kakršno ureja današnja zakonodaja o elektronskih komunikacijah. Zakon govori samo o uporabi zemljišč, vendar to v skladu z 18. členom SPZ lahko pomeni kakršnokoli nepremičnino. Na podlagi tako pridobljene služnosti je upravljavec upravičen imeti svoje omrežje na tujih nepremičninah; lastniki nepremičnin ne morejo doseči odstranitve omrežja ali preprečevati operaterju dostopa do omrežja, kolikor je potreben za njegovo vzdrževanje. Ker za ureditev razmerij v zvezi z elektronskimi komunikacijskimi omrežji na tujih nepremičninah obstaja specialna zakonska podlaga, zanje praviloma ne pride v poštev uporaba splošnejše rešitve iz drugega odstavka 271. člena SPZ, ki za primer, ko lastnik zemljišča in zgradbe na njem ni isti, predvideva ustanovitev stavbne pravice.<sup>45</sup>

Glede na to, da je 238. člen ZEKom-1 uvrščen med prehodne določbe zakona, so njegova pravila očitno namenjena samo ureditvi razmerij za nazaj, torej pred uveljavitvijo tega zakona. Služnost na podlagi te določbe je tako lahko bila pridobljena samo v zvezi s telekomunikacijskimi omrežji, ki so bila zgrajena oziroma postavljena pred uveljavitvijo tega zakona, torej pred 15. 1. 2013.<sup>46</sup> Za gradnjo omrežij po tem datumu pa naj bi se razmerje med upravljavcem omrežja in lastniki nepremičnin urejalo skladno s pravili IV. poglavja ZEKom-1.

## 6.2. Pomen pojma »pisno strinjanje«

Za nastanek služnosti v javno korist po 238. členu ZEKom-1 (in prej 155. členu ZTel-1 oziroma 164. členu ZEKom) je glavni pogoj, da je lastnik zemljišča, prek katerega poteka telekomunikacijsko omrežje, pisno izrazil strinjanje s takšno uporabo svojega zemljišča. Zakon pojma pisno strinjanje ne opredeljuje podrobneje, iz besedila in namena člena pa je mogoče razbrati naslednje pogoje:

- Pisno strinjanje je morala izraziti oseba, ki je bila tedaj lastnik prizadete nepremičnine. Če je strinjanje izrazil na primer družinski član lastnika, stanujoč na istem naslovu, ta izjava ne ustvarja služnosti. V primeru, da je bilo zemljišče tedaj v družbeni lasti, izraz lastnik zajema tudi imetnika pravice uporabe nepremičnine v družbeni lastnini (ne glede na to, ali so bili objekti na takem zemljišču zasebni ali družbeni).

<sup>45</sup> Tako sklep Vrhovnega sodišča RS Sklep II Ips 411/2008 z dne 5. 5. 2011.

<sup>46</sup> Seveda je pričakovati, da so bila omrežja že v obdobju veljavnosti ZTel-1 in ZEKom večinoma grajena v skladu z novimi postopki za omejitev lastninske pravice, zato bo pomen te določbe za novejšje obdobje manjši kot v zvezi z omrežji, zgrajenimi še v sistemu družbene lastnine.

- Strinjanje mora izpolnjevati splošne pogoje za veljavno izjavo pravno poslovne volje. Izjavitelj je moral biti torej poslovno sposoben, izjava je morala biti dana resno in zavestno. Predvsem mora biti jasno, da se je izjavitelj zavedal dejanskih posledic svoje izjave, torej postavitve telekomunikacijskega omrežja. Ne zahteva pa se, da bi bila pravno poslovna volja usmerjena tudi v formalni nastanek služnosti (saj v primeru take izjave uporaba 238. člena ZEKom-1 sploh ne bi bila potrebna).
- Strinjanje mora biti podano v kakršnikoli pisni obliki. Lahko gre torej za ločeno izjavo, soglasje ali dovoljenje, na primer takšno, kakršne je PTT pridobival za potrebe pridobitve lokacijskega in gradbenega dovoljenja, včasih pa je za zbiranje takšnih soglasij lastnikov poskrbela tudi krajevna skupnost. Izjava je lahko tudi del drugega pravnega posla, na primer pogodbe. Pri tem ni nujno, da je bil tak posel sklenjen z upravljavcem omrežja oziroma njegovim pravnim prednikom, saj zakon ne postavlja takšne zahteve – pomembna je samo vsebina izjave.
- Strinjanje se mora nanašati na uporabo zemljišča za potrebe gradnje oziroma postavitve, vzdrževanja in obratovanja elektronskega komunikacijskega omrežja. Pri tem seveda ni nujno, da so v pisni izjavi uporabljeni točno ti izrazi; zadošča, da je iz celote razvidno lastnikovo soglasje, da se kabli ali drugi elementi telekomunikacijskega omrežja trajno postavijo na njegovi nepremičnini in uporabljajo za obratovanje omrežja. Redni del obratovanja omrežja pa je seveda tudi njegovo vzdrževanje.
- Strinjanje se mora nanašati na trajno uporabo zemljišča za potrebe omrežja – torej za ves čas obratovanja tega omrežja. Soglasje, ki je dano samo za določen čas ali samo za opravo določenih del, ne zadošča v smislu 238. člena ZEKom-1.
- Zakon ne določa časovnih okvirov, v katerih bi moral lastnik zemljišča izraziti svoje pisno strinjanje. To pomeni, da je lahko soglasje podano še pred gradnjo oziroma postavitvijo omrežja na tuji nepremičnini (na primer za potrebe pridobivanja upravnih dovoljenj za gradnjo); pravne učinke iz 238. člena ZEKom-1 pa ima tudi pisno soglasje, ki je bilo podano kadarkoli po izgradnji oziroma postavitvi telekomunikacijskega omrežja.

### 6.3. Upravno dovoljenje kot dokaz o pisnem strinjanju lastnika zemljišča

Opisana ureditev upravljavcem telekomunikacijskih omrežij bistveno olajša ureditev stvarnopravnega razmerja z lastniki nepremičnin, prek katerih omrežje poteka. Vendar to velja samo v primeru, kadar (še) razpolagajo s pisnimi dokumenti, v katerih so lastniki zemljišč podali svoje strinjanje z gradnjo omrežja. V praksi pa se je takšna dokumentacija v zvezi s starejšimi omrežji pogosto že izgubila, zlasti v primerih, kadar so soglasja za gradnjo omrežja zbirale tedanje krajevne skupnosti, katerih arhivi so danes nepopolni ali celo uničeni. V takšnih primerih bi bilo mogoče kot dokaz o obstoju takšnega pisnega strinjanja lastnika zemljišča uporabiti odločbo o lokacijskem ali gradbenem dovoljenju, če upravljavec omrežja z

njo razpolaga. Kot že rečeno, so se v obdobju družbenolastninskega sistema občinski upravni organi pri odločanju o izdaji lokacijskega oziroma gradbenega dovoljenja za gradnjo infrastrukturnih omrežij zadovoljili s tem, da je investitor k svoji vlogi predložil pisna soglasja lastnikov nepremičnin, da dovoljujejo gradnjo omrežja. V takem primeru je upravni organ v obrazložitvi odločbe navedel, kakšna soglasja lastnikov zemljišč je investitor predložil. Takšna odločba ima naravo uradne listine, in čeprav ugotovitev o podanem soglasju lastnikov zemljišč ni vsebovana v izreku odločbe, ima takšna listina dokazno vrednost.

ZEKom-1 ne določa dokaznega pravila, po katerem bi bilo mogoče obstoj lastnikovega pisnega strinjanja s postavitvijo omrežja dokazovati samo s predložitvijo originalnega dokumenta, ki vsebuje tako soglasje. Zato menimo, da lahko upravljavec omrežja tudi s predložitvijo takšne upravne odločbe dokazuje, da so lastniki zemljišč pisno izrazili svoje strinjanje z gradnjo omrežja v smislu 238. člena ZEKom-1. Brez ustreznega soglasja lastnikov namreč lokacijsko oziroma gradbeno dovoljenje ni moglo biti izdano. V primeru spora o obstoju služnosti lahko sedanji lastnik zemljišča seveda zatrjuje, da ustrezno soglasje v resnici ni bilo podano ali da ni bilo veljavno, vendar mora za to tudi sam predložiti ustrezne dokaze, s katerimi dokaže, da podatek, ki izvira iz upravne odločbe, ne drži (na primer vsaj dokaz o tem, da se je zoper odločbo pritožil in se v pritožbi skliceval na odsotnost svojega soglasja za gradnjo omrežja).

## 7. Ugotovitve

Ugotovimo lahko, da najbolj celovite podlage za razrešitev stvarnopravnega položaja javnih infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih vsebuje zakonodaja s področja elektronskih komunikacij, kjer je mogoče položaj razmeroma jasno urediti že na podlagi kakršnegakoli pisnega soglasja lastnika nepremičnine z gradnjo omrežja. Obstoj takega soglasja pa je včasih mogoče dokazovati tudi z gradbenimi ali lokacijskimi dovoljenji.

Pri tistih omrežjih, ki tvorijo gospodarsko javno infrastrukturo (torej so namenjena izvajanju gospodarskih javnih služb) in so na podlagi določb ZGJS (ali eventualnih drugih predpisov) *ex lege* postala last države oziroma občin, se zdi najbolj smiselna uporaba 271. člena SPZ, po kateri lastnik omrežja pridobi stavbno pravico na zemljišču, prek katerega omrežje poteka, pri čemer stavbna pravica traja toliko časa, dokler stoji omrežje.

V primerih, kadar uporaba navedenih določb ne pride v poštev, a je od izgradnje omrežja minilo že vsaj dvajset let, ne da bi v tem času lastnik nepremičnine obstoju omrežja nasprotoval, se lahko upravljavec omrežja sklicuje na priposestvanje služnosti. Kadar niti pogoji za priposestvanje niso izpolnjeni, je mogoče razmerje med upravljavcem omrežja in lastnikom zemljišča urediti le s sklenitvijo pogodbe; če sporazuma ni mogoče doseči, pa z ustanovitvijo služnosti v javno korist na podlagi razlastitvenega postopka.



Temeljna pomanjkljivost prikazanih možnosti reševanja položaja infrastrukturnih omrežij na tujih nepremičninah se kaže v tem, da ne omogočajo celovite ureditve pravnih razmerij med upravljavcem omrežja in lastniki vseh nepremičnin, po katerih to omrežje poteka. Razmerja je mogoče urejati le za vsako nepremičnino posebej oziroma točneje za vsakega lastnika nepremičnin posebej, urejanje pa se praviloma začne šele tedaj, ko pride do spora med lastnikom nepremičnine in upravljavcem omrežja glede upravičenosti uporabe nepremičnine. Zato bi bilo smiselno razmisliti o tem, da bi na zakonski ravni določili nekaj splošnih sistemskih pravil za urejanje tovrstnih položajev, na primer po zgledu 271. člena SPZ. Takšna zakonska ureditev bi povečala pravno varnost tako za lastnike zemljišč kot za upravljavce infrastrukturnih omrežij in hkrati varovala javni interes za nemoteno delovanje tovrstne javne infrastrukture.







*Pravni letopis 2013*

# Učinki stvarnopravnih zavarovanj

# IV.

MIHA JUHART

*Zavarovanje terjatev z vrednostnimi papirji*

RENATO VRENČUR

*Akcesornost zastavne pravice*



*Pregledni znanstveni članek*  
UDK 347.466:336.763

# Zavarovanje terjatev z vrednostnimi papirji

DR. MIHA JUHART,  
*redni profesor na Pravni fakulteti*  
*Univerze v Ljubljani*

## 1. Uvod

Vrednostni papirji so v sodobnem pravnem prometu poleg nepremičnin najpogostejši predmet zastavnih pravic oziroma z njimi primerljivih zavarovanj. Razlogov za takšno razširjenost zavarovanj z vrednostnimi papirji je kar nekaj, zato bomo omenili samo nekatere (po mojem mnenju) najpomembnejše. Pri tem seveda ne smemo posploševati, saj pojem vrednostnega papirja zajema številne pojavne oblike, ki se med seboj pomembno razlikujejo.

(a) Vrednostni papir je samo formalni instrument, ki nima lastne vrednosti, ampak njegovo vrednost predstavlja vrednost zapisane (inkorporirane) pravice. Zato zastavna pravica na vrednostnem papirju kot nosilcu zapisane pravice zadošča za publiciteto zastavne pravice, vsebina pravice pa lahko ostane imetniku vrednostnega papirja, če to seveda ne nasprotuje namenu zastavne pravice. Ilustrativen primer so posamezna upravičenja, ki izvirajo iz delnice kot zapisa članske pravice v delniški družbi. Glasovalna upravičenja se kljub ustanovitvi zastavne pravice ne prenesejo z zastavitelja na zastavnega upnika, kar smiselno pomeni podoben položaj, kot ga zagotavlja neposestna zastava nepremične (hipoteka) oziroma premične (neposestna zastavna pravica) stvari. Drugačna ureditev pa na primer velja za zastavitev skladiščnice. Izročitev skladiščene stvari je mogoče zahtevati samo z obema elementoma skladiščnice, pobotnico in zastavnico, skupaj, kar pomeni, da zastavitev skladiščnice temelji na predpostavki ročne zastave. Seveda pa to ne velja za fiduciarna zavarovanja, pri katerih se na prejemnika zavarovanja prenaša polna pravica in dajalec zavarovanja izgubi tudi pravni položaj imetnika vrednostnega papirja.

(b) Ena bistvenih funkcij vrednostnih papirjev je legitimacijska funkcija. Izhaja iz forme, ki je predpostavka vsakega vrednostnega papirja. Če bi na ta pojav gledali prek instrumentarija

stvarnega prava, kamor spada zastavna pravica, bi ga lahko označili tudi za publiciteto. Gre enostavno za to, da formalna podstat vrednostnega papirja omogoča zaznavnost (publiciteto) zastavne pravice, kar krepi položaj zastavnega upnika. Zastavni upnik je na ta način varen pred tveganjem neupravičenega razpolaganja, ki bi v korist dobrovernega tretjega pripeljalo do polne pridobitve pravice in s tem prenehanja zastavne pravice. Prav tako pa formalna podstat vrednostnega papirja zagotavlja jasno določanje vrstnega reda zastavnih pravic in s tem zastavnemu upniku odpravlja tveganje pridobivanja poplačilne pravice z boljšim vrstnim redom od njegovega.

(c) Eden od namenov izdaje vrednostnega papirja je tudi vzpostavitev položaja, ki omogoča lažji prenos v vrednostnem papirju inkorporirane pravice. In ker je prav inkorporirana pravica tista premoženjska vrednost, ki daje vsebino zavarovanja, gre za likvidno obliko zavarovanja. Seveda je likvidnost odvisna od vrste vrednostnega papirja in inkorporirane pravice. Oblika vrednostnega papirja je zgolj predpostavka visoke likvidnosti, resnična likvidnost pa je odvisna od razmer na trgu. Likvidni so tisti vrednostni papirji, pri katerih je razvit trg kot prostor, kjer se srečujeta ponudba in povpraševanje. To pa velja predvsem za serijske vrednostne papirje.

Povedano predvsem kaže, da pri zavarovanjih z vrednostnimi papirji nastanek zavarovanja ne pomeni posebnega problema. Formalna podstat in iz nje izhajajoča možnost publicitete zagotavljata pridobitev pravnega položaja, skladnega z vsebino zavarovanja. Zato pa se težave pojavljajo v zvezi z uresničevanjem zavarovanja. Ne glede na različno pravno naravo in predvsem položaj prejemnika zavarovanja se zavarovanja z vrednostnimi papirji kažejo kot poplačilna pravica. Temeljno načelo vsake oblike zavarovanja je dolžnost spoštovanja prepovedi komisornega dogovora in prejemnik zavarovanja je iz naslova zavarovanja upravičen prejeti le toliko, kot znaša njegova zavarovana terjatev skupaj z obrestmi in stroški.<sup>1</sup> Kar bi dobil prejemnik zavarovanja več, bi dobil brez upravičene podlage in bi šlo za neupravičeno obogatitev.

Čeprav je SPZ skoraj popolna kodifikacija stvarnega prava, je področje zavarovanj z vrednostnimi papirji urejeno tudi zunaj njegovega okvira s posebnimi predpisi. SPZ ureja predvsem zastavno pravico na tistih vrednostnih papirjih, ki so izdani v listinski obliki (materializirani vrednostni papirji). Pomen takšnih vrednostnih papirjev se na splošno zmanjšuje, saj kot predmet zavarovanja prevladujejo serijski vrednostni papirji, ki se pri nas izdajajo v nematerializirani obliki. Pravno ureditev nematerializiranih vrednostnih papirjev pa vsebuje ZNVP, ki je stopil v veljavo pred SPZ. Kljub temu zakonodajalec ni prenesel ureditve zastavne pravice na nematerializiranih vrednostnih papirjih v SPZ, kot je bilo storjeno za nekatere druge pravne institute. Takšen pristop je smiseln, saj ZNVP ne ureja le delovanja centralnega registra

---

<sup>1</sup> Tako sodna praksa v referenčni sodbi VS RS, sodba in sklep II Ips 427/2003, na katero se sklicujejo tudi številne kasnejše sodne odločbe.

vrednostnih papirjev kot novega nosilca inkorporacije, ampak ureja tudi temeljna materialno-pravna vprašanja izdaje in prenosa nematerializiranih vrednostnih papirjev. Zato je s stališča pravnega sistema smiselno in utemeljeno, da se ni poseglo v celovitost ureditve ZNVP.

Na uresničitev zavarovanj z vrednostnimi papirji pa pomembno vpliva tudi ZFZ. Sicer ne gre za splošen predpis, ki velja za vsa zavarovanja z vrednostnimi papirji, temveč je njegova uporaba odvisna od lastnosti subjektov, ki so vključeni v posel zavarovanja. Upoštevati pa velja, da ZFZ velja predvsem za finančne organizacije in velike gospodarske subjekte, pri katerih se zavarovanja z vrednostnimi papirji najpogosteje uporabljajo. Zato je v tem pogledu zelo pomemben pravni vir, ki bo v praksi vplival na večino primerov, v katerih bo prihajalo do uresničevanja zavarovanja iz vrednostnih papirjev z uresničitvijo poplačilne pravice oziroma drugim posebnim načinom, ki ga določa ZFZ.

## 2. Izvršitev zastavne pravice na materializiranem vrednostnem papirju

Ureditev zastavne pravice v SPZ je skromna in obsega samo tri določbe. Prva, 187. člen SPZ, samo določa, da je vrednostni papir lahko predmet zastavne pravice. Čeprav SPZ tega ne določa, lahko sklepamo, da se nadaljnja ureditev nanaša le na materializirane vrednostne papirje. Določba 188. člena SPZ v celoti ureja nastanek zastavne pravice na vrednostnem primeru in je prilagojena značilnostim materializiranih vrednostnih papirjev. Po določbi 189. člena SPZ pa se za zastavno pravico smiselno uporabljajo pravila, ki urejajo zastavno pravico na terjatvi. Napotilo na ureditev zastavne pravice na terjatvi je utemeljeno s tem, da zavarovano vrednost pomeni pravica iz vrednostnega papirja, ne pa nosilec inkorporacije.<sup>2</sup> Takšna ureditev seveda deluje pri vseh tistih vrednostnih papirjih, v katerih je inkorporirana pravica terjatev, ki preneha z izpolnitvijo.<sup>3</sup> S tem niso zajeti vsi vrednostni papirji, saj je na vrednostnem papirju lahko zapisana tudi pravica, ki ima drugačno vsebino. Pri teh vrednostnih papirjih pa se lahko postavi vprašanje, ali je primerno smiselno uporabljati pravila, ki veljajo za zastavno pravico na terjatvi.

Pri vrednostnih papirjih, v katerih je inkorporirana terjatev, je položaj zastavnega upnika enak, kot če bi bila zastavljena terjatev. Pravila o zastavitvi terjatve sicer kot način poplačila zastavnega upnika obravnavajo samo položaj, ko dolžnik izpolni zastavljeno terjatev zastavnemu upniku. Zastavni upnik se poplača iz prejete koristi, presežek vrednosti pa mora skladno s prepovedjo komisornega dogovora izročiti zastavitelju. Če sta zavarovana in zastavljena terjatev obe denarni terjatvi, potem je rešitev najpreprostejša, saj pride do pobotanja teh dveh

<sup>2</sup> Glej Juhart, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 786.

<sup>3</sup> Glej tudi Tratnik, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 507.

terjatev v skladu s splošnimi pravili. Če pa je zastavljena nedensarna terjatev, katere predmet je izročitev določene stvari, potem se po izpolnitvi zastavljene terjatve zastavnemu upniku zastavna pravica na terjatvi *ex lege* preoblikuje v zastavno pravico na vrednostnem papirju. Ti dve osnovni pravili, ki urejata poplačilo iz zastavljene terjatve, enako učinkujeta tudi v primeru, ko je predmet zastavne pravice materializirani vrednostni papir, v katerem je inkorporirana terjatev. Po naravi gre za isti predmet zavarovanja, zato je tudi način uresničitve poplačilne pravice enak. Terjatev iz materializiranega vrednostnega papirja je po svoji pravni naravi iskovina, zato je samo zastavni upnik tisti, ki lahko od dolžnika iz vrednostnega papirja zahteva izpolnitev obveznosti. Pri individualnih vrednostnih papirjih, v katerih je inkorporirana terjatev, z izpolnitvijo preneha tudi obveznost (dolžnost) iz vrednostnega papirja, kar samo potrjuje identičnost položaja z zastavitvijo terjatve. Nastopi bodisi pobotanje denarnih zneskov bodisi preoblikovanje zastavne pravice na vrednostnem papirju v zastavno pravico na stvari, ki je bila predmet inkorporirane pravice, če je šlo za zastavitev blagovnega vrednostnega papirja.<sup>4</sup>

V idealnem svetu bi se pri uporabi terjatve kot predmeta zavarovanja pokrivali ročnosti zavarovane in zastavljene terjatve. Ker pa idealnega sveta ni, sta pogosto ročnosti zastavljene in zavarovane terjatve različni. Pravna pravila SPZ o zastavitvi terjatve urejajo samo položaj, ko zastavljena denarna terjatev zapade pred zavarovano denarno terjatvijo (drugi odstavek 185. člena SPZ). Če je predmet zastavljene terjatve stvar, do problema niti ne pride, saj se vzpostavi zastavna pravica na stvari in med zastavnim upnikom in zastaviteljem se vzpostavi pravno razmerje ročne zastave. Pri denarnih terjatvah pa posebno pravilo določa smiselno enake posledice, kot če bi prišlo do predčasnega plačila zavarovane terjatve. Pri tem se upošteva predvsem interes dolžnika, s tem da je določeno, da se zaradi predčasnega plačila zavarovana terjatev zmanjša za obresti v višini bančne eskontne stopnje v kraju izpolnitve zavarovane terjatve od dneva plačila zastavljene terjatve do dneva zapadlosti zavarovane terjatve. To pravilo v celoti velja tudi za zastavno pravico na vrednostnem papirju, če je inkorporirana denarna terjatev zapadla pred zavarovano terjatvijo. SPZ pa ne določa posebnih pravnih posledic za primer, ko zapade zastavljena terjatev kasneje od zavarovane. Nobenega dvoma ni, da lahko v tem primeru zastavni upnik počaka do zapadlosti zastavljene terjatve in po tem roku zahteva njeno izpolnitev ter se poplača na opisani način. Pri tem seveda velja, da se višina zavarovane terjatve povečuje za zamudne obresti, ki tečejo od dneva njene zapadlosti do poplačila. Svoj interes glede poplačila pa bi lahko zastavni upnik dosegel tudi na način, ki je značilen za zastavno pravico na stvari. Kasneje zapadla zastavljena terjatev je premoženjska vrednost, ki jo je mogoče zamenjati za denar na podoben način, kot to velja za uresničitev zastavne pravice na stvari. Zato se lahko vprašamo, ali zastavni upnik lahko proda zastavljeno terjatev oziroma zastavljeni vrednostni papir. Teorija takšno možnost podpira in pri tem napotuje na

<sup>4</sup> Pod pojmom blagovni vrednostni papir razumemo vrednostni papir, v katerem je inkorporirana terjatev na izročitev določene stvari, na primer skladiščnica in transportni vrednostni papirji.

smiselno uporabo pravil, ki veljajo za uresničitev poplačilne pravice, če je predmet zastavne pravice stvar.<sup>5</sup> Takšno rešitev pa je treba še posebej upoštevati pri zastavitvi tistih materializiranih vrednostnih papirjev, v katerih je inkorporirana pravica, ki po svoji vsebini ne preneha z izpolnitvijo, kar je pomembna pravna značilnost terjatve. Tipičen primer je lahko delnica tuje delniške družbe, ki je izdana v klasični materializirani obliki. Ker do izpolnitve pravice ne pride, lahko zastavni upnik svoj interes poplačila uresniči samo tako, da delnico proda in se poplača iz njene vrednosti. Čeprav to posebej ni določeno, kaže pri prodaji zaradi poplačila smiselno uporabiti pravila, ki veljajo za prodajo zastavljene premične stvari. Zato je za zastavnega upnika, ki za zavarovanje svoje terjatve pridobi zastavno pravico na vrednostnih papirjih, pomembno, da se z zastaviteljem dogovori za izvensodno prodajo. Dopustnost izvedbe izvensodne prodaje je treba presojati po 167. členu SPZ. Izvensodna prodaja je tudi brez posebnega dogovora dopustna, če sta zastavni upnik in zastavitelj gospodarska subjekta oziroma se zanju uporablja ZFZ, saj velja domneva, da je bil med gospodarskimi subjekti sklenjen takšen dogovor.<sup>6</sup> V drugih primerih pa se morata o izvensodni prodaji zastavni upnik in zastavitelj dogovoriti v pisni obliki (prvi odstavek 167. člena SPZ).

Tudi glede načina prodaje zastavljenega vrednostnega papirja lahko ugotovimo, da je treba smiselno uporabiti pravila, ki veljajo za izvensodno prodajo zastavljene stvari (drugi odstavek 167. člena SPZ). Ta določba dovoljuje prodajo predmeta zastavne pravice na javni dražbi ali pa po borzni ali tržni ceni. Ker imajo borzno oziroma tržno ceno lahko samo serijski vrednostni papirji, bo pri zastavni pravici na vrednostnih papirjih po SPZ v poštev prišla predvsem izvensodna prodaja z javno dražbo.<sup>7</sup> Namen te določbe je varstvo zastavitelja, čigar interes je, da je predmet zastavne pravice unovčen pod najboljšimi pogoji. Pri tem bi lahko upoštevali tudi nekatere posebnosti denarnih terjatev, sploh če na trgu delujejo finančne organizacije, ki se ukvarjajo z odkupom nezapadlih terjatev (*factoring*). Za prodajo po tržni ceni bi lahko šteli prodajo finančni organizaciji, pri kateri se cena vrednostnega papirja (inkorporirane terjatve) določi glede na znesek glavnice, zmanjšan za običajne eskontne obresti in provizijo pri takšnih poslih.<sup>8</sup> Na vsak način pa mora zastavni upnik pred prodajo vrednostnega papirja o svoji nameri obvestiti zastavitelja, prodaja pa se lahko opravi osmi dan po obvestilu. Nadalje je treba upoštevati, da so pravila o načinu izvedbe izvensodne prodaje kognentna in jih ni dopustno

<sup>5</sup> Glej Juhart, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 788; Tratnik, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 507.

<sup>6</sup> Gre za dispozitivno določbo in tudi med gospodarskimi subjekti je dopusten dogovor o sodni prodaji, vendar za kaj takšnega načeloma ni gospodarskega interesa. Glej Berden v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 730.

<sup>7</sup> Borzno ali tržno ceno ima po naravi stvari lahko samo generična stvar, kar pa je lahko samo serijski vrednostni papir.

<sup>8</sup> Glej Juhart, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 789.

spreminjati v škodo zastavitelja. Takšna sprememba je nedopustna in nična (tretji odstavek 167. člena SPZ).

Če sklenemo, lahko ugotovimo, da so pravila SPZ o zastavni pravici na vrednostnem papirju bolj kot ne prilagojena samo materializiranim individualnim vrednostnim papirjem. Ker se serijski vrednostni papirji izdajajo v nematerializirani obliki in zanje velja posebna ureditev ZNVP, ureditev SPZ zadošča potrebam pravnega prometa.

### 3. Izvršitev zastavne pravice na nematerializiranem vrednostnem papirju

Uresničitev zastavne pravice na nematerializiranem vrednostnem papirju ureja 47. člen ZNVP in pri tem izhaja iz predpostavke, da so predmet zastavne pravice serijski vrednostni papirji. Ne glede na posebna pravila, ki urejajo način prodaje zaradi poplačila zastavnega upnika, pa je treba upoštevati tudi možnost, da je v serijskem vrednostnem papirju inkorporirana pravica terjatev na plačilo določenega zneska (dolžniški vrednostni papirji). V teh primerih je treba tudi zastavnemu upniku iz nematerializiranega vrednostnega papirja priznati možnost, da s poplačilom počaka do zapadlosti obveznosti iz zastavljenega vrednostnega papirja in da se poplača po tem, ko mu izdajatelj izpolni svojo obveznost. Tudi v tem primeru se smiselno uporabi 185. člen SPZ o pobotanju medsebojnih terjatev do višine nižje terjatve. Posebna ureditev zastavne pravice v ZNVP nikakor ne pomeni, da za zastavno pravico na nematerializiranem vrednostnem papirju ne bi smeli uporabiti splošnih pravil, kolikor ta seveda niso v nasprotju s posebnimi. Sploh zato, ker posebna pravila ZNVP niso popolna in urejajo le uresničevanje zastavne pravice, če so predmet nematerializirani vrednostni papirji, s katerimi se trguje na organiziranem trgu vrednostnih papirjev.

Če so predmet zastavne pravice nematerializirani vrednostni papirji, s katerimi se trguje na organiziranem trgu, je način uresnitve poplačilne pravice podoben izvensodni prodaji zastavljene stvari. Predpostavke za takšno prodajo se začnejo že v fazi nastanka zastavne pravice, saj mora nalog za ustanovitev zastavne pravice vsebovati tudi navedbo člana klirinško depotne družbe, ki ga je zastavni upnik pooblastil za razpolaganje z zastavljenim vrednostnim papirjem za račun zastavnega upnika (4. točka prvega odstavka 44. člena ZNVP). Po zapadlosti zavarovane terjatve lahko zastavni upnik pristopi k uresnitvi prodaje zaradi poplačila. Tudi v tem primeru zakon ne določa roka, v katerem bi moral upnik po zapadlosti terjatve začeti prodajo. Prav čas prodaje pa je pri stvareh, ki imajo borzno ali tržno ceno, odločilnega pomena. Prodaja po najvišji ceni je v interesu obeh, zastavnega upnika in zastavitelja. Vprašanje je, ali lahko zastavitelj zahteva, da zastavni upnik izvede prodajo, če misli, da je ugodna priložnost. Na takšno pravico kaže določba 163. člena SPZ, ki daje takšno pravico zastavitelju že pred zapadlostjo zavarovane terjatve. Nobenega razloga ni, da tega pravila ne bi uporabili tudi pri zastavni pravici na nematerializiranih vrednostnih papirjih tako pred zapadlostjo zavarovane



terjatve kot tudi po njej. Neugoden pri uresničevanju pravice iz 163. člena SPZ pa je pogoj, da mora o takšni zahtevi odločiti sodišče, kar je pri spreminjajoči se ceni na organiziranem trgu premalo elastično in priložnost je lahko hitro mimo.

Zastavni upnik, ki želi izvensodno prodati zastavljene vrednostne papirje, mora o nameravani prodaji obvestiti zastavitelja. Obvestilo mora biti dano tako kot po splošnih pravilih osem dni pred prodajo. Dodaten pogoj pa je, da mora biti obvestilo poslano s priporočeno pošto (drugi odstavek 47. člena ZNVP). Spet pa ni natančneje določeno, kdaj po obvestilu je treba prodajo tudi izvesti. Namen minimalnega roka med obvestilom in izvedbo prodaje je varstvo dolžnika, ki s tem pridobi dodaten čas, v katerem lahko izpolni zavarovano terjatev, in tako lahko prepreči prodajo predmeta zastave.<sup>9</sup> Zastavni upnik lahko opravi po svoji presoji, ko je priložnost na trgu ugodna. Pri tem ga veže splošna dolžnost, da pri prodaji doseže najugodnejše pogoje.<sup>10</sup> Še posebej pa je ta dolžnost poudarjena pri izvršitvi zavarovanj, za katere velja ZFZ (glej v nadaljevanju). Štejemo lahko, da zastavni upnik svojo dolžnost skrbnega ravnanja doseže, če naroči prodajo zastavljenih vrednostnih papirjev s tržnim naročilom borznemu posredniku, tega pa veže najvišji standard skrbnosti, saj gre za delovanje na področju poklicne dejavnosti. V interesu zastavitelja je tudi določba, da mora zastavni upnik skupaj z nalogom za prodajo borznemu posredniku predložiti vsebino poslanega obvestila in dokazilo o oddaji priporočene pošte. Na ta način borzni posrednik lahko preveri, ali so izpolnjeni predpisani pogoji za izvedbo prodaje. Če ti niso izpolnjeni, borzni posrednik ne sme izvršiti naročila zastavnega upnika, sicer odgovarja za škodo, ki bi zaradi tega nastala zastavitelju.

Ob posebni ureditvi izvršitve poplačilne pravice v 47. členu ZNVP pa se postavlja nekaj vprašanj. Če je zastavljeno večje število vrednostnih papirjev, s katerimi se trguje na organiziranem trgu, izvedba prodaje lahko presega običajno globino ponudbe in povpraševanja. To velja predvsem za delnice. Prav tako je mogoče, da se za večji paket delnic doseže višja cena, kot je cena na trgu, sploh če gre za kontrolni paket v delniški družbi. Postavlja se vprašanje, ali lahko zastavni upnik v takšnem primeru postopa drugače in delnice proda na drug način, kot je določeno v 47. členu ZNVP. Mislim, da ni nobenega razloga, da zastavni upnik v tem primeru ne bi ravnal po splošnih pravilih o prodaji zastavljene stvari. Pri tem je treba upoštevati pogoje za izvensodno prodajo ter postopati v skladu s pravili, ki zagotavljajo interes dolžnika. V praksi je ta problem manjši, ker ga ustrezno urejajo pravila ZFZ, ki veljajo za večino zavarovanj, pri katerih je predmet večji paket delnic.

<sup>9</sup> Glej Berden, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 730.

<sup>10</sup> Glej Berden, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 730.

Posebno pravilo se nadalje nanaša samo na vrednostne papirje, s katerimi se trguje na organiziranem trgu. Za nematerializirane papirje, s katerimi se ne trguje na organiziranem trgu, pa ZNVP ne določa nobenega posebnega pravila. To pomeni, da moramo uporabiti splošna pravila SPZ, za ta pa smo ugotovili, da so prilagojena značilnostim individualnih vrednostnih papirjev. Predvsem velja za te vrednostne papirje zastavnemu upniku priznati možnost, da zastavljene vrednostne papirje proda. Ker ti po definiciji nimajo tržne cene, jih mora zastavni upnik prodati na javni dražbi. Seveda pa lahko to stori samo, če so izpolnjeni pogoji za izvensodno prodajo. Drugače mora zahtevati, da prodajo odredi in izvede sodišče.

#### 4. Izvršitev finančnih zavarovanj z vrednostnimi papirji

Izraz finančna zavarovanja lahko uporabimo za oznako posebnih pravil, ki veljajo za zavarovanje terjatev in ki temeljijo na Direktivi 2002/47 in v slovenskem pravnem sistemu na ZFZ. Gre za posebno (specialno) ureditev, ki velja ob splošnih pravilih za zavarovanje terjatev. Pri tem, vsaj v našem pravnem sistemu, ne gre za oblikovanje novih oblik, ampak za posebna pravila, ki nekoliko spreminjajo ali dopolnjujejo znane oblike. Finančna zavarovanja so določena po subjektih in predmetu.<sup>11</sup> Posebna pravila veljajo samo za pravna razmerja med določenimi subjekti, za katere lahko utemeljeno pričakujemo visoko stopnjo profesionalne skrbnosti in lahko domnevamo poštenost njihovega ravnanja. Zato lahko posebna ureditev finančnih zavarovanj ublaži kogentne določbe splošnih pravil, določene z namenom varstva šibkejše stranke v pravnem razmerju zavarovanja terjatev.<sup>12</sup> Druga značilnost finančnih zavarovanj je predmet, s katerim se zagotavlja zavarovanje terjatev. Predmet finančnih zavarovanj so predvsem vrednostni papirji (finančni instrumenti) in gotovina, ki pa v terminologiji finančnih zavarovanj nima oblike bankovcev in kovancev, ampak terjatev.

Finančna zavarovanja se lahko zagotavljajo v obliki zastavne pravice ali fiduciarnega prenosa, pri katerem prejemnik zavarovanja že ob ustanovitvi zavarovanja pridobi polno pravico na predmetu zavarovanja. Po naravi stvari gre za fiduciarno obliko zavarovanja, ki je v našem pravu dopustna in vsaj v osnovi tudi urejena z zakonskimi določbami. Ker gre pri vrednostnem papirju za prenos pripadnosti nosilca inkorporacije, je v tem pogledu fiduciarno zavarovanje z vrednostnimi papirji bližje fiduciarnemu prenosu lastninske pravice kot fiduciarnemu prenosu terjatve.

<sup>11</sup> Glej prvi odstavek 1. člena ZFZ, ki sicer govori o zavarovanjih na finančnih trgih, vsebinsko pa se nanaša na predmete iz 1. točke prvega odstavka 3. člena ZFZ (finančni instrumenti in gotovina).

<sup>12</sup> Belgijsko ustavno sodišče je za neustavno izreklo nekatere določbe zakona, ki je v nacionalni pravni red prenesel Direktivo 2002/47, kolikor so te veljale tudi za osebe, ki nimajo statusa trgovcev, ker naj bi bile določbe nesorazmerno v korist upnikov. Glej [http://www.newsletter-nautadutilh.com/EN/xzine/banking\\_finance/belgian\\_constitutional\\_court\\_rules\\_that\\_the\\_financial\\_collateral\\_act\\_does\\_not\\_protect\\_netting\\_arrangements\\_entered\\_into\\_with\\_non-merchants.html?cid=48&xzine\\_id=4171](http://www.newsletter-nautadutilh.com/EN/xzine/banking_finance/belgian_constitutional_court_rules_that_the_financial_collateral_act_does_not_protect_netting_arrangements_entered_into_with_non-merchants.html?cid=48&xzine_id=4171).

Posebna ureditev finančnih zavarovanj predvsem razširja možnosti izvršitve poplačilnega upravičenja prejemnika zavarovanja in poleg klasične prodaje predmeta zavarovanja z namenom poplačila, na kateri temeljijo splošna pravila, dodaja še možnost zadržanja oziroma prisvojitve predmeta zavarovanja oziroma pobota. Bistveni namen finančnih zavarovanj je zagotavljanje hitrih in neformalističnih postopkov izvršitve zaradi zagotavljanja finančne stabilnosti in omejevanja učinkov neizpolnitve finančnih obveznosti.<sup>13</sup> Zato v pravni ureditvi finančnih zavarovanj v ospredje stopa položaj upnika, pravni interes dolžnika pa je mogoče varovati tudi z drugimi sredstvi.

#### 4.1. Prodaja predmeta zavarovanja zaradi poplačila oziroma določanje vrednosti zaradi zadržanja

Osnovna oblika izvršitve finančnih zavarovanj sta prodaja predmeta zavarovanja in poplačilo zavarovane terjatve z izkupička prodaje. Direktiva 2002/47 poudarja, da naj bo izvršitev zavarovanja neformalistična, s čimer se razume predvsem to, da za izvedbo poplačila ni potrebna sodna intervencija oziroma izvedba postopka pred katerimkoli drugim organom. Z neformalističnim načinom izvršitve zavarovanja razumemo, da izvede prodajo predmeta zavarovanja prejemnik zavarovanja sam, kar odgovarja izvensodni prodaji predmeta zastavne pravice v našem pravnem sistemu.

Nekaj razlik obstaja med prenosom lastninske pravice v zavarovanje kot fiduciarno obliko zavarovanja, pri kateri se na prejemnika prenaša pravica do predmeta zavarovanja, in zastavno pravico. Pri prodaji predmeta zastavne pravice mora zastavni upnik najprej obvestiti zastavitelja o nameravani prodaji in zastavljeno premoženje prodati na javni dražbi oziroma po borzni ali tržni ceni.<sup>14</sup> Pri fiduciarnem prenosu lastninske pravice v zavarovanje pa se lahko o načinu prodaje zaradi poplačila vnaprej dogovorita prejemnik in dajalec zavarovanja. Dogovor je lahko sestavni del pravnega posla, s katerim se ustanovi prenos v zavarovanje. Če se stranki ne dogovorita o načinu izvedbe prodaje, veljajo splošna pravila o izvensodni prodaji predmeta zastavne pravice.<sup>15</sup>

Pri finančnih zavarovanjih je prejemnik zavarovanja razbremenjen vseh formalnosti pri izvedbi prodaje zaradi poplačila. Posebna pravila se seveda nanašajo na prodajo finančnih instrumentov kot predmeta zavarovanja. Prvi odstavek 8. člena ZFZ celo izrecno določa, da lahko prejemnik zavarovanja na primeren način izvensodno proda zastavljene finančne instrumente,

<sup>13</sup> Glej točko 17 uvoda k Direktivi 2002/47.

<sup>14</sup> Glej drugi odstavek 167. člena SPZ.

<sup>15</sup> Tratnik, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 850.

ne da bi mu bilo treba o prodaji prej obvestiti dajalca zavarovanja, počakati s prodajo določen čas, opraviti javno dražbo ali pridobiti dovoljenje za prodajo.<sup>16</sup> Določba se sicer nanaša na finančna zavarovanja v obliki zastavne pravice, vendar jo gre smiselno upoštevati tudi pri finančnih zavarovanjih, pri katerih je na prejemnika zavarovanja prenesena pravica na predmetu zavarovanja, kot to zahteva tudi Direktiva 2002/47. Splošni okvir prodaje vrednostnega papirja kot predmeta finančnega zavarovanja je določen s prvim odstavkom 5. člena ZFZ. Prejemnik zavarovanja mora prodati vrednostne papirje, ki so predmet zavarovanja, na primeren način kot dober strokovnjak glede na razmere na finančnem trgu. Normativni del Direktive 2002/47 načina prodaje podrobneje ne ureja, zato pa točka 17 uvoda govori o komercialno sprejemljivem načinu prodaje. Določba posebej poudarja tudi zahtevo, da se pri prodaji zaradi poplačila upošteva interes dajalca zavarovanja in drugih upnikov, ta pa se konkretizira v zahtevi, da se finančni instrument ne proda pod ceno, ki ustreza pošteni oziroma resnični tržni ceni.<sup>17</sup> V tej smeri je treba razumeti tudi standard skrbnosti dobrega strokovnjaka. Vendar je pri tem treba upoštevati tudi druge okoliščine in predvsem interes prejemnika zavarovanja, da pride do hitrega in učinkovitega poplačila, kar je poudarjeno eden izmed namenov posebne ureditve. Rezultat prodaje finančnega zavarovanja zato ni nujno najvišja možna cena, ampak uravnoteženost interesov prejemnika za hitro poplačilo in interesa dajalca zavarovanja in njegovih drugih upnikov, da se doseže najvišja cena.<sup>18</sup> Tudi v tem pogledu prihaja do različne prakse v pravnih ureditvah razvitih finančnih trgov. Tako nekateri primarno poudarjajo potrebo po takojšnji izvedbi prodaje tudi v primeru, ko gre za nestabilne razmere na finančnih trgih, drugi pa se v takšnih položajih zavzemajo za to, da naj prejemnik zavarovanja počaka, da postanejo razmere na finančnih trgih stabilnejše.<sup>19</sup> Ta dilema seveda ostaja tudi v našem pravu, vendar se lahko strinjamo s stališčem, da je za prejemnika zavarovanja bistvenega pomena možnost, da učinkovito reagira na kršitev (praviloma neplačilo) dajalca zavarovanja.<sup>20</sup>

V našem pravu ostaja tudi vprašanje načina izvedbe prodaje zaradi poplačila. Splošna pravna pravila vsaj delno urejajo samo položaj, ko so predmet zavarovanja finančni instrumenti, s katerimi se trguje na organiziranem trgu. Ta položaj ureja 47. člen ZNVP, ki določa, da lahko zastavni upnik proda zastavljeni vrednostni papir na organiziranem trgu po osmih dneh od dneva, ko je opozoril dolžnika – pa tudi zastavitelja, če to ni ista oseba –, da bo tako ravnal.

<sup>16</sup> Določba v tem delu smiselno povzema četrti odstavek 4. člena Direktive 2002/47.

<sup>17</sup> F. Murino, *Collateral Taker's Enforcement Rights and Collateral Provider's and Third Party Remedies in Security Financial Collateral Arrangements*, navaja, da v pravnih sistemih vodilnih finančnih trgov ponekod uporabljajo standard *fair market price* (ZDA), drugod pa *true market price* (Velika Britanija), pri čemer gre bolj za terminološko kot vsebinsko razliko.

<sup>18</sup> Prav tam.

<sup>19</sup> Primerjaj prav tam.

<sup>20</sup> J. Benjamin, F. Maher, *Lessons from Cukorova*, *Capital Market Law Journal*, Vol. 3, No. 2 (2008), str. 130.

Določba 5. člena ZFZ je v razmerju do te določbe specialnejša in kasnejša, zato je pri finančnih zavarovanjih ne kaže upoštevati. Pri finančnih zavarovanjih pridobi prejemnik zavarovanja polno razpolagalno sposobnost glede predmeta finančnega zavarovanja ob nastopu razloga za izvršitev že na podlagi zakona, zato mu ni mogoče nalagati bremena posebnega izkazovanja upravičenosti za izvedbo prodaje zaradi poplačila. Po mojem mnenju zadošča izjava prejemnika zavarovanja, da uresničuje prodajo zaradi poplačila, takšna izjava pa zavezuje tudi pooblaščenca za izvršitev naročila, ki je določen ob ustanovitvi zastavne pravice. Prejemnik finančnega zavarovanja mora predmet finančnega zavarovanja prodati zaradi poplačila na gospodarsko primeren način in pri tem ni nujno vezan na prodajo na organiziranem trgu, čeprav gre za finančni instrument, s katerim se trguje na organiziranem trgu. Le na takšen način je mogoče zadostiti zahtevam Direktive 2002/47 in 5. člena ZFZ po opustitvi sleherne formalnosti pri izvršitvi finančnega zavarovanja. Razumljivo tega problema ni pri fiduciarnem prenosu v zavarovanje, pri katerem ima prejemnik zavarovanja kot imetnik že po naravi stvari polno razpolagalno pravico. Zato je v pravni ureditvi finančnih zavarovanj razlika med fiduciarnim prenosom in zastavno pravico zmanjšana.

Direktiva 2002/47 v točki 17 uvoda posebej omenja tudi interes dajalca zavarovanja in drugih upnikov. Ta interes se izraža v tem, da mora prejemnik prodajo zaradi poplačila izvesti na primeren način, za kar lahko države članice pri implementaciji v nacionalne pravne sisteme določijo tudi sodni nadzor. ZFZ možnosti sodnega nadzora nad ravnanjem prejemnika zavarovanja pri izvršitvi prodaje zaradi poplačila ni predvidel, vendar ta izhaja iz splošnih pravnih pravil. V skladu s splošnimi pravili prejemnik zavarovanja odgovarja za doseganje standarda skrbnosti ravnanja in je odgovoren za vsako škodo, ki nastane kot posledica opustitve dolžne skrbnosti. Prejemnik finančnega zavarovanja mora pri izvrševanju prodaje zaradi poplačila ravnati z dolžno profesionalno skrbnostjo in prodajo izvesti na način, ki odgovarja gospodarskim razmeram na trgu. Če pri prodaji zaradi poplačila ne ravna z dolžno skrbnostjo, je dajalcu zavarovanja odgovoren za škodo, ki se kaže v razliki med ceno, ki bi jo dosegel s skrbno prodajo predmeta finančnega zavarovanja, in ceno, ki je bila dejansko dosežena. Dajalcu zavarovanja pa ne gre priznati drugih zahtevkov, ki bi oteževali način izvršitve finančnega zavarovanja, predvsem pa ne razveljavitve sklenjenih prodajnih pogodb ali njihove začasne zaustavitve ali celo prepovedi. Povedano kaže, da prejemnik finančnega zavarovanja prevzema tudi tveganja, povezana z uresničevanjem svoje pravice, kar je nujno posledica elastičnejšega pravnega položaja, ki mu ga zagotavlja posebna ureditev finančnih zavarovanj.

## 4.2. Prisvojitvev predmeta zavarovanja

Posebnost pravne ureditve finančnih zavarovanj je tudi možnost prisvojitve predmeta finančnega zavarovanja, ki jo določa drugi odstavek 4. člena Direktive 2002/47. V skladu z navedeno določbo je prisvojitvev predmeta zavarovanja mogoča, če stranki to možnost predvidita v

dogovoru o finančnem zavarovanju in če se obenem dogovorita tudi glede načina vrednotenja predmeta finančnega zavarovanja. Možnost prisvojitve se ocenjuje kot pomemben dejavnik, ki krepi pravni položaj in možnosti prejemnika zavarovanja.<sup>21</sup> Prisvojitve finančnega instrumenta je še posebej dobrodošla možnost v času nestabilnih finančnih trgov, če gre za slabo likvidne finančne instrumente, katerih prodaja v času, ko nastopijo pogoji za izvršitev zavarovanja, ni primerna.<sup>22</sup> Določba je prenesena v drugi odstavek 8. člena ZFZ. Besedilo te določbe ne uporablja izraza »prisvojitve«, ampak ga nadomešča z besedno zvezo »lahko [prejemnik zavarovanja] pridobi pravico na zastavljenem finančnem instrumentu (vrednostnem papirju)«. Pravilo je treba po mojem mnenju razlagati v povezavi z namenom Direktive 2002/47 in ZFZ. Prejemniku zavarovanja je treba priznati enostransko oblikovalno pravico (upravičenje), da na predmetu finančnega zavarovanja pridobi popolno pripadnostno pravico (lastništvo, imetništvo), ne da bi mu bilo treba izkazovati ali dokazovati obstoj te pravice v formalnih postopkih. Kot pri drugih oblikovalnih pravicah zadošča, da jo upravičenec izvrši z enostransko izjavo volje. Naslovnik izjave je zastavitelj finančnih instrumentov, pravna posledica izjave pa je, da v trenutku njenega učinkovanja finančni instrumenti preidejo iz premoženja zastavitelja v premoženje zastavnega upnika (prejemnika finančnega zavarovanja). V teoriji je nastop teh pravnih posledic enostaven, v praksi pa je izvedba prisvojitve bolj zapletena, saj je večina finančnih instrumentov vpisanih v registre in je dejanska in pravna upravičenost odvisna od izvedbe ustreznega vpisa. To velja tudi za slovensko ureditev nematerializiranih vrednostnih papirjev, saj zakon takšnega vpisa podrobneje ne ureja. Zato ni povsem jasno, kako bo lahko zastavni upnik to svojo pravico izkoristil. Če izhajamo iz pravnih posledic ustanovitve zastavne pravice na nematerializiranem vrednostnem papirju, lahko ugotovimo, da je ob tem določen član klirinško depotne družbe, ki ga je zastavni upnik pooblastil za razpolaganje z zastavljenim vrednostnim papirjem za račun zastavnega upnika (četrti odstavek 44. člena ZNVP). Ta pooblaščenec lahko izvrši prodajo zastavljenega vrednostnega papirja in zagotovi izpolnitev sklenjene prodajne pogodbe tako, da se vrednostni papir prenese na račun kupca v centralnem registru vrednostnih papirjev. Zato lahko ta pooblaščenec izvrši tudi prisvojitve vrednostnih papirjev kot predmeta finančnega zavarovanja, tako da na zahtevo zastavnega upnika prenese zastavljene vrednostne papirje na njegov račun v centralnem registru. Ob takšni zahtevi lahko pooblaščenec preveri, ali so za takšen prenos izpolnjeni pogoji, predvsem pa, ali je bil sklenjen dogovor iz 8. člena ZFZ.

<sup>21</sup> Glej podrobneje: H. Ásgeirsson, Financial collateral arrangements, [http://www.sedlabanki.is/uploads/files/MB034\\_6.pdf](http://www.sedlabanki.is/uploads/files/MB034_6.pdf); G. Rusen, Financial Collateral Arrangements, *Journal of International Commercial Law and Technology*, Vol. 2, Issue 4 (2007), str. 253.

<sup>22</sup> J. Benjamin, F. Maher, Lessons from Cukorova, *Capital Market Law Journal*, Vol. 3, No. 2 (2008), str. 131.

Izvorni znanstveni članek  
UDK 347.466:347.415(497.4)

# Aksesornost zastavne pravice

DR. RENATO VRENČUR,  
izredni profesor na Pravni fakulteti  
Univerze v Mariboru

## 1. Načelo aksesornosti

### 1.1. Uvod

Načelo aksesornosti je poznalo že rimsko pravo. Izhaja iz širšega načela *accessio cedit principali*, ki pomeni, da stranske pravice delijo pravno usodo glavne pravice. V razmerju med zastavno pravico in zavarovano terjatvijo je zastavna pravica stranska pravica, terjatev pa je glavna pravica, ki ji je podrejena zastavna pravica.<sup>1</sup> V enakem razmerju do terjatve kot glavne pravice so tudi nekatere druge pravice, ki tako kot zastavna pravica nimajo samostojne pravne eksistence (so torej nesamostojne, odvisne oziroma aksesorne pravice). To so zlasti pravica iz poroštva, pravica do obresti, do pogodbene kazni, nekatere oblikovalne pravice ipd. (glej na primer 418. člen OZ<sup>2</sup>).

Pomembna značilnost zastavnih pravic je njihova odvisnost od zavarovane terjatve. Zato rečemo, da je zastavna pravica odvisna (aksesorna) pravica glede na terjatev, ki jo varuje. To pomeni, da zastavna pravica ni samostojna<sup>3</sup> izvedena stvarna pravica, tudi ni samostojno pre-

<sup>1</sup> Tratnik, Hipoteka, GV Založba, Ljubljana 2012, str. 27.

<sup>2</sup> Obligacijski zakonik – OZ (Uradni list RS, št. 83/2001, 32/2004, 28/2006 Odl. US: U-I-300/04-25, 29/2007 Odl. US: U-I-267/06-41, 40/2007, 97/2007 – UPB1).

<sup>3</sup> Podobno kot zastavno pravico, ki jo lahko razvrstimo med nesamostojne izvedene stvarne pravice, uvrščamo med nesamostojne stvarne pravice tudi nekatere druge izvedene stvarne pravice (zlasti neprava stvarna bremena in prave stvarne služnosti). Omenjamo jih zaradi tega, ker je tudi zanje značilna neke vrste aksesornost, in sicer v tem pomenu, da so aksesorno vključene v lastninsko pravico gospodujoče nepremičnine. Brez gospodujoče nepremičnine pravne stvarne služnosti ni, s prenosom lastninske pravice na gospodujoči nepremičnini se prenaša tudi služnost. To velja tudi za nepravo stvarno breme.

nosljiva pravica. Toda ko natančneje pogledamo načine razpolaganja z zastavno pravico, lahko ugotovimo, da se akcesornost najbolj izrazi pri prenosu zastavne pravice. Samostojni prenos zastavne pravice ni možen. Njen prenos na novega upnika je možen samo, če je zastavni upnik nanj prenesel terjatev, ki je zavarovana z zastavno pravico. Pod pojmom razpolaganje z zastavno pravico ne razumemo samo njenega prenosa, ampak tudi druge oblike razpolaganja. To so: odpoved zastavni pravici, utesnitev zastavne pravice in sprememba hipoteke v zemljiški dolg (zadnji način razpolaganja velja seveda samo za zemljiške zastave).<sup>4</sup> Ti načini razpolaganja »pripadajo« samo imetniku zastavne pravice.

Zastavna pravica je odvisna od zavarovane terjatve glede svojega nastanka, obsega, prenosa, poplačila in prenehanja.<sup>5</sup> Kratko lahko rečemo, da je zastavna pravica odvisna od nastanka in obstoja zavarovane terjatve.<sup>6</sup> Načelo akcesornosti tako opredeljuje najpomembnejšo značilnost zastavne pravice, ne glede na dejstvo, da pozna to načelo tudi nekatere izjeme (glej 129. člen SPZ<sup>7</sup>). V teoriji se navaja, da je akcesornost varovalo za dolžnika, kajti nemožnost ločitve upnika zavarovane terjatve in zastavnega upnika onemogoča, da bi lahko dva različna pravna subjekta od dolžnika zahtevala dvakratno plačilo istega dolga. Takšni nevarnosti je podvržen dolžnik pri varovalnem zemljiškem dolgu.<sup>8</sup>

Med vsemi pojavnimi oblikami zastavnih pravic je v pogledu akcesornosti najšibkejša vez med zastavno pravico in zavarovano terjatvijo pri maksimalni hipoteki. Ta se lahko ustanovi tako, da se določi najvišji znesek, do katerega za zavarovanje terjatve jamči nepremičnina. Z maksimalno hipoteko se namreč lahko zavarujejo terjatve, ki izvirajo iz določenega pravnega razmerja, katerih višina v trenutku ustanovitve hipoteke ni določena. Odstop od akcesornosti pri maksimalni hipoteki se kaže tudi v tem, da je pri odstopu terjatve iz maksimalne hipoteke prenos hipoteke izključen (146. člen SPZ). To pomeni, da tudi pri maksimalni hipoteki v rešnici ne nastopijo akcesorni učinki prenosa hipoteke zaradi cesije s hipoteko zavarovane terjatve. Takšna pravna posledica velja tudi za nadhipoteko, saj zastavitev terjatve, ki je zavarovana z maksimalno hipoteko, ne povzroči nastanka nadhipoteke. Tako lahko celo ugotovimo, da pri maksimalni hipoteki ni akcesornosti med konkretno terjatvijo in hipoteko.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Primerjaj Plavšak, Razpolaganje s hipoteko in prenehanje hipoteke, 4. dnevi stvarnega in zemljiškopravnega prava 2012, GV Založba, Ljubljana 2012, str. 58–59.

<sup>5</sup> Stöcker, Stürner, Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa, Band III, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin 2012, str. 49–50.

<sup>6</sup> Hinteregger, v: Schwimann, Eggmeier, Hinteregger, Kiendl-Wendner, Klicka, Oberhammer, ABGB Praxiskommentar, Band 2, Verlag Orac, Dunaj 1998, str. 262.

<sup>7</sup> Stvarnopravni zakonik – SPZ (Uradni list RS, št. 87/2002).

<sup>8</sup> Tratnik, Hipoteka, GV Založba, Ljubljana 2012, str. 27–28.

<sup>9</sup> Glej tudi Kurzbauer, Die Höchstbetragshypothek – Rechtsfragen zu Anwendungsbereich, Umfang und Übertragung, Manz Verlag, Dunaj 1999, str. 14–15.



Zaradi akcesornosti obstoječe zastavne pravice ni mogoče uporabiti za zavarovanje neke nove terjatve (izjema velja za maksimalno hipoteko). Ni torej mogoče ohraniti »ranga« zastavne pravice za zavarovanje nove terjatve, ko je prvotna terjatev, ki je bila zavarovana s to isto zastavo, že prenehala. Takšne možnosti omogočajo neakcesorne oblike zavarovanj (prenos lastninske pravice v zavarovanje, odstop terjatve v zavarovanje in zemljiški dolg). Še najbolj fleksibilen je v tem pogledu prenos lastninske pravice v zavarovanje na zalogah, ki omogoča »fluktuiranje« zavarovanih terjatev in predmeta zavarovanja (zalog kot premičnin). Akcesorna zastavna pravica preneha, ko preneha zavarovana terjatev,<sup>10</sup> za zavarovanje nove terjatve pa je treba ustanoviti novo zastavno pravico.<sup>11</sup>

Če je pravni posel, ki je bil pravni temelj za nastanek zavarovane terjatve, neveljaven, je neveljavna tudi zastavna pravica. Do podobnega pravnega učinka pride tudi pri uveljavitvi odstopne (oblikovalne) pravice. Če na primer upnik zavarovane terjatve odstopi od kreditne pogodbe z učinki *ex tunc*, preneha zaradi akcesornosti tudi zastavna pravica. Takšne pravne posledice pa ni, če upnik zavarovane terjatve uveljavi odpoklic terjatve, kar je prav tako enostransko oblikovalno upravičenje, ki povzroči spremembo obstoječega pravnega razmerja (na primer nezapadla kreditna terjatev se spremeni v zapadlo terjatev).

Stroga akcesornost je nekoliko omehčana z osmim odstavkom 13.a člena ZZK-1.<sup>12</sup> Novela ZZK-1C je v osmem odstavku 13.a člena uvedla novo zaznambo, in sicer zaznambo znižanja obrestne mere ali spremembo zapadlosti terjatve, zavarovane s hipoteko. S to zaznambo se odpravi dilema, ali takšna sprememba vsebine hipoteke zahteva ustanovitev nove hipoteke, ki pridobi povsem novi vrstni red (rang), ali pa se kljub takšni spremembi ohrani stara hipoteka s starim vrstnim redom. Rešitev po noveli je, da se stara hipoteka ohrani, vendar le v primeru, ko se sprememba nanaša na znižanja obrestne mere ali spremembo zapadlosti terjatve. Gre torej za spremembo hipoteke, ki (bistveno) ne oslabi (če sploh) pravnega položaja morebitnega upnika s kasnejšim rangom (hipotekarnega upnika, imetnika zemljiškega dolga ali imetnika prisilne hipoteke, ki je nastala na podlagi zaznambe izvršbe).<sup>13</sup>

## 1.2. Prenos zastavne pravice

S cesijo zavarovane terjatve na novega upnika preide nanj tudi zastavna pravica (418. člen OZ; 148. člen SPZ; 1018. člen OZ itd.).<sup>14</sup> Ker ima zastavna pravica varovalno funkcijo, je

<sup>10</sup> Glej na primer drugi odstavek 154. člena SPZ, ki ureja tipične položaje, ki so razlog za prenehanje hipoteke v materialnopravnem smislu.

<sup>11</sup> Primerjaj Tratnik, Hipoteka, GV Založba, Ljubljana 2012, str. 29.

<sup>12</sup> Zakon o zemljiški knjigi – ZZK-1 (Uradni list RS, št. 58/2003, 45/2008, 28/2009, 25/2011).

<sup>13</sup> Tratnik, Vrenčur, Zakon o zemljiški knjigi (ZZK-1) z uvodnimi pojasnili, Uradni list RS, Ljubljana 2011, str. 71.

<sup>14</sup> Pravilo ne velja za maksimalno hipoteko (četrti odstavek 146. člena SPZ).

razumljivo, da se lahko prenese samo skupaj z zavarovano terjatvijo.<sup>15</sup> Splošno pravilo pri cesiji je, da vstopi novi upnik v enake pravice, kot jih je imel pred njim cedent. Pomeni, da vstopi v položaj upnika tako glede terjatev kot tudi glede drugih (akcesornih) pravic.<sup>16</sup> Če je po dogovoru cedirana samo zavarovana terjatev (brez zastavne pravice), mora zastava prenehati, saj nima lastne pravne eksistence.<sup>17</sup> Pri hipoteki učinkuje prenos šele z vpisom v zemljiško knjigo (drugi odstavek 148. člena SPZ). Vpis nima oblikovalnega učinka (tako tudi sodna praksa Vrhovnega sodišča RS), ampak zgolj publicitetni učinek.<sup>18</sup> Strinjamo se s stališčem, da preide hipoteka na novega upnika že s cesijo terjatve, zavarovane s hipoteko. Da pa bi prenos hipoteke začel učinkovati v polnem obsegu (v razmerju do tretjih), mora biti prenos vknjižen v zemljiško knjigo (drugi odstavek 148. člena SPZ). Ker hipoteka preide na novega upnika sama po sebi (avtomatično zaradi cesije terjatve, zavarovane s hipoteko), poseben razpolagalni posel za prenos hipoteke ni potreben. Ker pa lahko novi upnik doseže vpis prenosa hipoteke po pravilih zemljiškoknjžnega prava samo na podlagi listine, primerne za vpis, bo potrebna za uskladitev zemljiškoknjžnega stanja (glede spremembe upnika hipoteke) posadna listina iz tretjega odstavka 40. člena ZZK-1. Če cedent odkloni izstavitvev posadne listine, bo podlaga za vpis prenosa hipoteke pravnomočna ugotovitvena sodba, s katero sodišče ugotovi prenos hipoteke.<sup>19</sup>

Zastavna pravica preide na novega upnika tudi zaradi učinka subrogacije (*cessio legis*). Če na primer porok izpolni obveznost glavnega dolžnika, ki je zavarovana z zastavno pravico, stopi na mesto zastavnega upnika tako glede zavarovane terjatve kot tudi glede zastavne pravice (1018. člen OZ; glej tudi 275. člen OZ, ki je splošno pravilo za zakonsko subrogacijo).<sup>20</sup> Tudi tukaj je treba iz istega razloga kot pri pogodbeni cesiji zagotoviti publiciteto glede spremembe hipotekarnega upnika (če seveda govorimo o zastavni pravici na nepremičnini). Za uskladitev zemljiškoknjžnega stanja ni potrebno zemljiškoknjžno dovolilo, zadostuje posadna listina (glej tretji odstavek 40. člena ZZK-1), v kateri stari upnik prizna prenos hipoteke. Ko rečemo, da ni potrebno zemljiškoknjžno dovolilo, želimo poudariti, da je novi upnik pridobil hipoteko neposredno na podlagi zakona, zaradi česar stari hipotekarni upnik nima razpolagalnega upravičenja za razpolaganje s hipoteko v smislu njenega prenosa. Spet pa je zaradi pravil

<sup>15</sup> Poudarja se, da je samostojna eksistenca zastavne pravice že pojmovno izključena, če zastava ni namenjena zavarovanju (Kundi, *Zession hypothekarischer gesicherter Forderungen*, Manz Verlag, Dunaj 2003, str. 76).

<sup>16</sup> Juhart, v: Plavšak, Juhart, Kranjc, Polajnar Pavčnik, Grilc, *Obligacijski zakonik s komentarjem* (splošni del), 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 577.

<sup>17</sup> S prenosom zavarovane terjatve se prenese tudi hipoteka, če ni dogovorjeno drugače (prvi odstavek 148. člena SPZ). Glej pri Hinteregger, v: Schwimann, Eggemeier, Hinteregger, Kiendl-Wendner, Klicka, Oberhammer, *ABGB Praxiskommentar*, Band 2, Verlag Orac, Dunaj 1998, str. 264.

<sup>18</sup> VS, sodba III Ips 131/2005, 23. 5. 2007; VS, sklep II Ips 75/2009, 11. 6. 2009.

<sup>19</sup> Tako Plavšak, *Razpolaganje s hipoteko in prenehanje hipoteke*, 4. dnevi stvarnega in zemljiškoknjžnega prava 2012, GV Založba, Ljubljana 2012, str. 63–64.

<sup>20</sup> Navedeno velja tudi za pogodbeno subrogacijo (274. člen OZ).

zemljiškoknjžnega prava potrebna listina, ki je primerna za vknjižbo prenosa hipoteke. Dejansko je položaj takšen kot pri pogodbeni cesiji s hipoteko zavarovane terjatve.

Tudi pri pogodbeni cesiji preide hipoteka na podlagi samega zakona. Člen 148 določa, da se s prenosom zavarovane terjatve prenese tudi hipoteka, če ni dogovorjeno drugače, pri čemer učinkuje prenos šele z vpisom v zemljiško knjigo. Vpis nima oblikovalnega, ampak zgolj publicitetni učinek. To pomeni, da s tem (z vpisom) prenos hipoteke učinkuje tudi v razmerju do tretjih, tudi do lastnika obremenjene nepremičnine.

Primer zakonite cesije srečamo predvsem pri že omenjenem poroštvo, ki je prav tako akcesorno glavni pravici (zavarovani terjatvi). Ko se obveznost izpolni, ne glede na to, ali jo izpolni glavni dolžnik ali porok, poroštvo preneha. Če opravi izpolnitev glavni dolžnik, poroštvo preneha zaradi akcesornosti, kajti ko preneha glavna pravica, preneha tudi stranska pravica (glej drugi odstavek 270. člena OZ). Pomeni, da prenehata obe pravici. Če pa opravi izpolnitev porok, pride do personalne subrogacije, kar hkrati pomeni tudi prenehanje poroštva, ne pa prenehanja obveznosti glavnega dolžnika.<sup>21</sup> Porok namreč vstopi v pravni položaj upnika, kateremu je izpolnil. To pomeni, da preide na poroka terjatev z vsemi stranskimi pravicami in jamstvi za njeno izpolnitev (glej 1018. člen OZ). Subrogacija nastopi neposredno na podlagi zakona, ki se dejansko kaže v spremembi upnika. To pomeni, da gre pri obravnavani subrogaciji dejansko za cesijo na podlagi zakona (*cessio legis*). Nejasno pa je, ali preidejo na poroka tudi neakcesorne pravice oziroma ali mora upnik opraviti ustrezen prenosni posel za prehod neakcesornih pravic. Če je na primer upnikova terjatev zavarovana tudi z zemljiškim dolgom, pa je dobil upnik poplačilo od poroka, porok s tem ne pridobi avtomatično zemljiškega dolga, pridobi pa po našem mnenju pravico zahtevati od upnika prenos zemljiškega pisma (zahtevek za opravo indosamenta in izročitev vrednostnega papirja v posest poroka). Ko OZ govori o »stranskih pravicah in jamstvih«, misli na akcesorne in neakcesorne pravice, torej na tiste pravice, ki nimajo svoje lastne eksistence in se prenašajo skupaj s terjatvijo kot glavno pravico,<sup>22</sup> ter tudi na tiste, ki imajo povsem samostojno existenco in se samostojno prenašajo.<sup>23</sup> Ker je subrogacija oblika (zakonite) cesije, je treba glede akcesornih pravic smiselno uporabiti 418. člen OZ, ki ureja prehod stranskih pravic pri pogodbeni cesiji.

Za avstrijsko ureditev se poudarja, da prenos hipoteke pri pravnoposlovni cesiji učinkuje šele z vknjižbo prenosa hipoteke na novega upnika. Potrebno je zemljiškoknjžno dovolilo, ki ga

<sup>21</sup> Tako tudi Kranjc, v: Plavšak, Zabel, Kranjc, Polajnar Pavčnik, Grilc, Markič, Ilovac Gradišar, Vrenčur, Podobnik, Podgoršek, Obligacijski zakonik s komentarjem (posebni del), 4. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 1046.

<sup>22</sup> Primerjaj Juhart, v: Plavšak, Juhart, Kranjc, Polajnar Pavčnik, Grilc, Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del), 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 577.

<sup>23</sup> Glej tudi Pecher, v: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Verlag C. H. Beck, München 1980, str. 785.

izstavi cedent. Vpis pa ima oblikovalni učinek za prenos hipoteke. Drugače velja za *cessio legis*. Pri tej vrsti cesije preide na plačnika zavarovane terjatve hipoteka avtomatično. Prenos hipoteke nastopi zunajknjižno. Stvarnopravni posel za prenos ni potreben, vknjižba prenosa pa ima samo deklaratorni učinek. Pomeni, da je vpis v funkciji uskladitve zemljiškoknjižnega stanja zaradi spremembe pravnega stanja, ki je nastopilo neposredno na podlagi zakona. Del teorije se zavzema za takšno rešitev tudi pri pogodbeni cesiji.<sup>24</sup> Avstrijska teorija poudarja, da je v zvezi s prenosom hipoteke diskrepanca med vpisnim načelom in načelom akcesornosti. Navaja se, da niti pri zakoniti cesiji (*cessio legis*) ne gre za prav nič drugačno akcesornost kot pri pogodbeni cesiji (*cessio voluntaria*).<sup>25</sup>

Diskusija v zvezi s prenosom hipoteke zaradi pogodbene cesije je v novejši domači teoriji in sodni praksi usmerjena predvsem v iskanje odgovora, ali zaradi cesije preide hipoteka samodejno in ima vpis le publicitetni učinek oziroma ali je treba določbo drugega odstavka 148. člena SPZ razumeti dobesedno tako, da učinkuje prenos hipoteke šele z vpisom v zemljiško knjigo. V tem zadnjem primeru bi imel vpis prenosa hipoteke oblikovalni učinek. Sodna praksa Vrhovnega sodišča govori v prid publicitetnemu učinku, medtem ko je v odločbi Višjega sodišča v Kopru<sup>26</sup> zavzeto stališče, da hipoteka zaradi cesije zavarovane terjatve na cesionarja ne preide samodejno, ampak šele z vpisom v zemljiško knjigo. Pri tem opozarjamo, da je treba upoštevati tudi časovne okvire (časovno veljavnost prava) glede sprejetih stališč.

*VS, sodba III lps131/2005 z dne 23. 5. 2007*

Hipoteka kot stranska pravica preide na cesionarja že s samo sklenitvijo cesijske pogodbe, ne da bi bil za to potreben še vpis v zemljiško knjigo.

*VS, sklep II lps 75/2009 z dne 11. 6. 2009*

Za prenos hipoteke od cedenta na cesionarja ni potrebna še vknjižba hipoteke. Zakon namreč določa, da s terjatvijo preidejo na prevzemnika stranske pravice, kot je tudi hipoteka (418. člen OZ), vpis v zemljiško knjigo pa je potreben zaradi publicitetnih učinkov (6. člen ZZK-1).

*VS, sodba II lps 315/2009 z dne 20. 3. 2012*

Po prvem odstavku 437. člena ZOR s terjatvijo preidejo na prevzemnika stranske pravice, kot so pravica do prednostnega poplačila, hipoteka, zastava, pravice iz pogodbe s porokom,

<sup>24</sup> Glej Hinteregger, v: Schwimann, Eggelmeier, Hinteregger, Kiendl-Wendner, Klicka, Oberhammer, ABGB Praxiskommentar, Band 2, Verlag Orac, Dunaj 1998, str. 265.

<sup>25</sup> Kundi, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen, Manz Verlag, Dunaj 2003, str. 79.

<sup>26</sup> VSK, sklep Cp 1077/2008, 9. 12. 2008. Tako tudi VSL, sklep I Cp 1625/2010, 28. 7. 2010.

pravice do obresti, do pogodbene kazni ipd. V pogodbi o odkupu terjatve je skladno s tem izrecno zapisano, da z odkupom terjatve preidejo na prevzemnika »tudi strankine pravice, ki so združene z odkupljeno terjatvijo«. Sodna praksa se je že ustalila v stališču, da za prenos hipoteke od cedenta na cesionarja zadošča pogodba o odstopu terjatve in ni potrebna še **vknjižba hipoteke** (tako odločbe VSRS II Ips 75/2009, III Ips 131/2005 in III Ips 150/98, drugače III Ips 96/99). Cesionar pridobi stranske pravice že s samim odstopom in novi hipotekarni upnik s cesijo terjatve vstopi v položaj prejšnjega hipotekarnega upnika. Hipoteka kot akcesorna pravica se namreč lahko prenaša samo skupaj s terjatvijo, ki je z njo zavarovana (prvi odstavek 66. člena ZTLR), in ne dopušča delitve na aktivni strani. Zato je upnik zavarovane terjatve lahko le ista oseba kot hipotekarni upnik. Tožnik je torej s pogodbo o odkupu terjatve v skladu s prvim odstavkom 437. člena ZOR pridobil tudi hipoteko, toženec pa je bil v času, ko je dal izbrisno izjavo, samo še vpisan v zemljiški knjigi kot imetnik hipoteke, čeprav to dejansko ni bil več.

*VSK, sklep Cp 1077/2008 z dne 9. 12. 2008*

Hipoteka ne preide na novega upnika zavarovane terjatve avtomatično, ampak je potreben vpis v zemljiški knjigi.

*VSL, sklep I Cp 1625/2010 z dne 28. 7. 2010*

Prenos hipoteke učinkuje z vpisom v zemljiško knjigo (148. člen SPZ). (...) Če se prenese le del terjatve, in tako je bilo dogovorjeno s Pogodbo, lahko, ob ustreznem dogovoru, ki je v Pogodbi bil, preide s preneseno terjatvijo na novega upnika tudi hipoteka. Skladno s pogodbenim dogovorom je tudi hipoteka prešla na prevzemnika do višine prenesene terjatve. S tem hipoteko pridobi več upnikov, ne nastane pa nova hipoteka.

### 1.3. Zakonska in pogodbena akcesornost (na primeru zemljiških zastav)

Delitev (zemljiških) zastav na akcesorne in neakcesorne je po mnenju nekaterih teoretikov lahko zavajajoča. Ne glede na dejstvo, da se zemljiški dolg opredeljuje kot neakcesorna zemljiška zastava, je skoraj zmeraj v funkciji zavarovanja terjatev (tako imenovani varovalni zemljiški dolg). Manjkajoča zakonska akcesornost pa se vzpostavlja s tako imenovano varovalno pogodbo.<sup>27</sup> To pomeni, da je razlika med akcesornimi in neakcesornimi oblikami zavarovanj predvsem to, da pri akcesornih oblikah obstaja zakonska akcesornost, pri neakcesornih oblikah pa pogodbena akcesornost. Vendar je v Evropi (na primer v Nemčiji) opazno uvajanje zakonske akcesornosti tudi pri zemljiškem dolgu.

<sup>27</sup> Tako Tratnik, *Hipoteka*, GV Založba, Ljubljana 2012, str. 31.

Zaradi neakcesornosti zavarovani terjatvi (mislimo na primer na kreditno terjatev) je zemljiški dolg samostojna stvarna pravica, ki pa je lahko omejena le z določili fiduciarnega dogovora med strankama, ki imajo relativni pravni učinek. Določila fiduciarnega dogovora torej nimajo absolutnih pravnih učinkov. Toda njihova prekršitev lahko povzroči odškodninsko odgovornost fiduciarja (upnika iz zemljiškega dolga). Takšen primer bi bil, če bi upnik iz zemljiškega dolga v nasprotju s prevzeto fiduciarno zavezo prenesel zemljiško pismo na tretjo osebo za zavarovanje nekega svojega dolga. Tukaj bi lahko nastal položaj, da bi tretja oseba kot zakoniti imetnik zemljiškega pisma zahtevala poplačilo iz vrednosti nepremičnine, čeprav je dolжник iz zemljiškega dolga (lastnik tako obremenjene nepremičnine) svojemu upniku (fiduciarju) že poravnal obligacijskopravno terjatev (na primer kreditno terjatev, ki jo je zavaroval z varovalnim zemljiškim dolgom). Poplačilna pravica tretje osebe iz vrednosti nepremičnine ne sme biti prizadeta zaradi prekršitve fiduciarne zaveze. V takšnem primeru lahko prizadene fiduciarja le obligacijskopravna sankcija (odškodnina), ki ima pravno podlago v prekršitvi relativnega obligacijskopravnega razmerja. Tretja oseba pa z lastnikom obremenjene nepremičnine ni v nikakršnem relativnem razmerju, temveč ji imetništvo zemljiškega pisma in s tem zemljiškega dolga kot izvedene stvarne pravice omogoča poplačilo v skladu s pogoji zapadlosti, ki so določeni v zemljiškem pismu. Navedeno pa ne velja, če je imetnik vrednostnega papirja ob prejemu papirja od svojega prednika vedel ali bi bil moral vedeti, da mu ta izroča vrednostni papir, da bi se izognil ugovoru, ki ga ima izdajatelj (lastnik obremenjene nepremičnine) proti njemu.<sup>28</sup> V takem primeru lahko lastnik obremenjene nepremičnine poda ugovor iz temeljnega posla (varovalne pogodbe) tudi proti nadaljnjemu imetniku zemljiškega pisma (glej tretji odstavek 233. člena OZ; gre za tako imenovan *exceptio doli*).

Leta 2008 je bil v Nemčiji sprejet Zakon o omejevanju tveganj (Risikobegrenzungs-gesetz), s polnim naslovom Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken.<sup>29</sup> Posegel je v številne predpise, med drugim v civilni zakonik (BGB), in sicer na področje zemljiškega dolga. Ocenjeno je bilo, da je zemljiško pismo instrument z visoko stopnjo tveganja. Risikobegrenzungs-gesetz tudi prvič (kot zakon) uporablja termin varovalni zemljiški dolg (*Sicherungsgrundschuld*) in varovalna pogodba (*Sicherungsvertrag*). Zakon je določil, da ima v primeru varovalnega zemljiškega dolga lastnik tako obremenjene nepremičnine tudi proti vsakokratnemu novemu imetniku zemljiškega dolga (zemljiškega pisma) vse ugovore iz varovalne pogodbe, ki jo je sicer sklenil s prvim imetnikom zemljiškega dolga (s prvim

<sup>28</sup> Zemljiško pismo, ki je ordski vrednostni papir, nima abstraktne pravne narave v razmerju med lastnikom obremenjene nepremičnine in prvim imetnikom zemljiškega pisma (ki ni lastnik obremenjene nepremičnine), saj lahko lastnik obremenjene nepremičnine postavi proti imetniku zemljiškega pisma, ko ta zahteva poplačilo iz vrednosti nepremičnine, ugovore iz temeljnega posla (varovalne pogodbe). Tako lahko lastnik obremenjene nepremičnine na primer ugovarja, da je poravnal dolg, ki je bil zavarovan z varovalnim zemljiškim dolgom (glej drugi odstavek 233. člena OZ).

<sup>29</sup> 12. 8. 2008 BGBl. I S. 1666 (Bundesgesetzblatt 2008 Teil I Nr. 36, 1666 ff).

upnikom). S tem se je v celoti zagotovila tako imenovana nevtralnost pravnega položaja lastnika obremenjene nepremičnine, ki je dolžnik nasproti imetniku zemljiškega dolga, in sicer v tem smislu, da imajo določila varovalne pogodbe absolutne učinke. S tem je zakonodajalec zemljiški dolg tako rekoč izenačil z akcesorno hipoteko. Izrecno je izključena tudi možnost dobroverne pridobitve zemljiškega dolga.

V našem pravu dosegamo podobne učinke z rekta indosamentom. To pomeni, da takšna zakonodajna intervencija pri nas ni potrebna. Za nemško pravo pa lahko nedvomno ugotovimo, da varovalna pogodba, ki zagotavlja nevtralnost dolžnikovega položaja, dejansko vzpostavi akcesornost med zavarovano terjatvijo in varovalnim zemljiškim dolgom. S tem se vzpostavi manjkajoča akcesorna vez med terjatvijo in zemljiškim dolgom (in to na podlagi zakona samega), kar pomeni, da se instrument približuje akcesorni hipoteki. Ker v preteklosti določbe varovalne pogodbe niso imele absolutnih učinkov (niso veljale nasproti vsakokratnemu imetniku zemljiškega pisma), je bilo mogoče dolžnika izigrati. Risikobegrenzungsgesetz ureja prav to problematiko, ko odpravlja pomanjkljivosti prejšnje ureditve varovalnega zemljiškega dolga. Tudi za naše pravo lahko ugotovimo, da je varovalna pogodba potrebna, nima sicer absolutnih učinkov, te pa (vsaj deloma) dosežemo z rekta indosamenti. Z varovalno pogodbo se podrobneje uredijo razmerja med lastnikom obremenjene nepremičnine in imetnikom zemljiškega dolga (na primer dogovor o hrambi zemljiškega pisma pri notarju, o pogojih za prevzem zemljiškega pisma za potrebe realizacije poplačila iz vrednosti nepremičnine oziroma za potrebe povratnega indosamenta na lastnika obremenjene nepremičnine). Z varovalno pogodbo se stranke v prvi vrsti dogovorijo, da se bo terjatev zavarovala z zemljiškim dolgom oziroma da se bo hipoteka spremenila v zemljiški dolg. Pri zavarovanju terjatve z zemljiškim dolgom gre torej za kompleksno pravno razmerje, ki je sestavljeno iz posojilne oziroma kreditne pogodbe, varovalne pogodbe in pravnega posla o ustanovitvi zemljiškega dolga oziroma pravnega posla o spremembi hipoteke v zemljiški dolg.

## 2. Posebej o pravnih učinkih hipoteke

### 2.1. Načelo absolutnosti

Hipoteka je izvedena stvarna pravica, ki pogojno izključuje lastninsko pravico na nepremičnini. Če namreč pride do realizacije hipoteke (prisilne prodaje nepremičnine, ki jo izvede sodišče),<sup>30</sup> lastnik izgubi lastninsko pravico na nepremičnini.

<sup>30</sup> Na področju realizacije hipoteke (poplačila iz vrednosti nepremičnine zaradi neplačila zavarovane terjatve ob njeni zapadlosti) velja v našem pravu še zmeraj načelo oficialnosti, kar pomeni, da ne poznamo zunajsodne realizacije hipoteke (glej tudi drugi odstavek 153. člena SPZ v zvezi z 275. členom SPZ).



V zvezi z absolutnimi učinki hipoteke je treba ugotoviti, da hipoteka učinkuje proti vsakokratnemu lastniku nepremičnine. To pomeni, da vsakokratni lastnik nepremičnine odgovarja za izpolnitev zavarovane obveznosti do višine vrednosti nepremičnine oziroma do višine tistega zneska, ki se doseže s prodajo tako obremenjene nepremičnine. To je pomembno predvsem v primeru, ko osebni dolžnik (na primer kreditojemalec) ni hkrati tudi realni dolžnik (zastavitelj). Do tega običajno pride, če zastavitelj zastavi svojo nepremičnino za tuj dolg ali če osebni dolžnik, ki je hkrati tudi realni dolžnik, (po ustanovitvi hipoteke), odtuji s hipoteko obremenjeno nepremičnino tretji osebi, ki pa ne prevzame tudi »osebnega« dolga. Osebni dolžnik, ki je hkrati tudi realni dolžnik, odgovarja za obveznost tudi s preostalim premoženjem, ne samo z nepremičnino, ki je obremenjena s hipoteko. Hipoteka zagotavlja upniku ugoden vrstni red poplačila iz vrednosti nepremičnine, česar (tako ugodnega vrstnega reda pred drugimi dolžnikovimi upniki) upnik na drugem dolžnikovem premoženju morda nima.

Absolutno učinkovanje hipoteke se kaže tudi v pogledu prednostnega načela. Prednostno načelo pove, da imajo zgodnejše oziroma starejše stvarne pravice prednost pred kasnejšimi oziroma mlajšimi stvarnimi pravicami (*prior tempore, potior iure*).<sup>31</sup> Določba 6. člena SPZ je nedosledna, ko določa: »Če obstaja na isti stvari več stvarnih pravic, ima prej pridobljena stvarna pravica iste vrste prednost pred pozneje pridobljeno stvarno pravico.« Prednostno načelo ne velja samo za kolizijo več istovrstnih pravic, temveč rešuje tudi kolizijo različnih (izvedenih) stvarnih pravic. Tako je na primer prej pridobljena hipoteka lahko razlog za prenehanje (pogojno izključitev) kasneje pridobljene stavbne pravice.<sup>32</sup> Do tega pride redno pri prisilni prodaji nepremičnine s posredovanjem sodišča. Zato tudi ni nenavadno, da ureja prednostno pravilo tudi ZIZ.<sup>33</sup> Po vsebini gre za isto pravilo, kot je vsebovano v 6. členu SPZ. Lastnik nepremičnine ne more s poznejšim razpolaganjem poseči v že pridobljeno (starejšo) izvedeno pravico. Izjema velja, kar zadeva prednostno pravilo, za stvarne služnosti na podlagi 174. člena ZIZ, ki vselej ostanejo kot omejitve lastninske pravice, ne glede na trenutek njihovega nastanka. Če je bila na primer ustanovljena hipoteka pred stvarno služnostjo, ta s prisilno prodajo nepremičnine ne preneha. Ta izjema velja po naši oceni samo za prave stvarne služnosti (zlasti potne).

<sup>31</sup> Juhart, Tratnik, Vrenčur (red.) in drugi, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 79.

<sup>32</sup> Hipoteka in zemljiški dolg pogojno izključujeta tudi pozneje pridobljene izvedene pravice.

<sup>33</sup> Zakon o izvršbi in zavarovanju – ZIZ (Uradni list RS, št. 51/1998, 72/1998 Skl. US: U-I-339/98, 11/1999 Odl. US: U-I-339/98, 89/1999, 11/2001 – ZRacS-1, 75/2002, 87/2002 – SPZ, 70/2003 Odl. US: U-I-331/02-12 (83/2003 popr., 91/2003 popr.), 40/2004 – UPB1, 132/2004 Odl. US: U-I-93/03-26, 46/2005 Odl. US: U-I-110/03-16, Up-631/03-13, 96/2005 Odl. US: Up-357/03-23, U-I-351/04, 17/2006, 30/2006 Odl. US: Up-724/04-18, U-I-322/05, 44/2006 – UPB2, 69/2006, 110/2006 – UPB3, 115/2006, 3/2007 – UPB4, 93/2007, 6/2008 Skl. US: U-I-354/07-6, 37/2008 – ZST-1, 45/2008 – ZARbit, 113/2008 Odl. US: U-I-344/06-11, 28/2009, 47/2009 Odl. US: U-I-54/06-32 (48/2009 popr.), 57/2009 Skl. US: Up-1801/08-10, U-I-237/08-10, 51/2010, 26/2011, 14/2012, 17/2013 Odl. US: U-I-79/12-15).



Še najbolj dosledno je pravkar obravnavano prednostno načelo zajeto v 174. členu ZIZ in 342. členu ZFPPIPP<sup>34</sup> ter 89. členu ZZK-1 pri zaznambi izvršbe in 96. členu ZZK-1 pri zaznambi stečaja. Tako na primer ZIZ (temu sledijo tudi drugi prej omenjeni predpisi) ureja kolizijo med hipoteko (pravnoposlovno in prisilno) in zemljiškim dolgom na eni strani ter osebnimi služnostmi, stavbno pravico in stvarnim bremenom na drugi strani. Le če so bile osebne služnosti, stavbna pravica ali stvarno breme pridobljeni pred vpisom hipoteke (tudi prisilne) in zemljiškega dolga v zemljiško knjigo, s prisilno prodajo ne prenehajo. Glede na prednostno pravilo pa te pravice prenehajo, če so bile pridobljene za hipoteko (tudi prisilno) in zemljiškim dolgom, razen če se imetniki teh pravic s kupcem drugače dogovorijo (174. člen ZIZ). Na to bo v praksi težko računati.

In navsezadnje je treba ugotoviti, da starejša hipoteka učinkuje zoper mlajšo (navedeno velja tudi za zemljiški dolg) tako, da se iz kupnine, dosežene s prodajo, poplača najprej imetnik starejše hipoteke, prav tako se za njim poplačajo vsi upniki, ki svojih terjatev nimajo zavarovanih s hipoteko. Ker je zastavna pravica kot stvarna pravica absolutna v svojem učinkovanju, ni odvisna od spremembe lastnika zastavljene stvari. Zastavni upnik uživa pravico prioritete pri poplačilu pred vsemi, ki so pridobili zastavno pravico za njim ali je nimajo, prav tako njegova stvarna pravica (zastavna pravica) »sledi stvari« oziroma je akcesorno vezana na lastninsko pravico obremenjene stvari. Sprememba lastnika na obstoj hipoteke torej ne vpliva. Vrstni red je odvisen od nastanka posameznih zastavnih pravic. Ta je bistvenega pomena, kajti kasnejši hipotekarni upniki utegnejo ostati sploh brez poplačila svojih sicer zavarovanih terjatev (glej 147. člen SPZ).

## 2.2. Hipoteka za tuj dolg

Hipoteko je dopustno ustanoviti za zavarovanje lastnega ali tujega dolga. Zastavitelj, ki je hkrati osebni dolžnik, odgovarja za obveznost tako z zastavljeno nepremičnino kot s preostanim premoženjem (velja načelo neomejene odgovornosti za obveznost). Zastavitelj, ki zastavi svojo nepremičnino za tuj dolg, prevzame (poleg osebnega dolžnika) obveznost za izpolnitev tujega dolga, vendar je njegova odgovornost omejena z vrednostjo nepremičnine oziroma z vrednostjo kupnine, dosežene pri prisilni prodaji zastavljene nepremičnine. Gre tako rekoč za položaj, kot ga poznamo pri poroštvu. To pomeni, da za takšno obveznost odgovarjata dve osebi: osebni dolžnik in realni dolžnik (zastavitelj). Ne samo, da gre za položaj, kakršnega poznamo pri poroštvu, ampak zastavitelj dejansko prevzame poroštvo za tuj dolg, njegova odgovornost pa je omejena z vrednostjo nepremičnine (glej 1012. člen in drugi odstavek

<sup>34</sup> Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP (Uradni list RS, št. 126/2007, 40/2009, 59/2009, 52/2010, 106/2010 – ORZFPPIPP21, 26/2011, 47/2011, 87/2011 – ZPUOOD, 23/2012, 48/2012 Odl. US: U-I-285/10-13).

1017. člena OZ). Navedeno velja tudi v primeru, ko pride do prenosa lastninske pravice na hipotekarno obremenjeni nepremičnini, kar pomeni, da postane novi lastnik realni dolžnik za tuj dolg zaradi tega, ker učinkuje hipoteka proti vsakokratnemu lastniku nepremičnine.

### 2.3. Pregled sodne prakse glede akcesornosti hipoteke

V zadnjem času se je v sodni praksi postavilo vprašanje, od koga lahko hipotekarni upnik zahteva poplačilo, in sicer v primerih, ko glavni (osebni) dolžnik, ki je pravna oseba, preneha zaradi stečaja, medtem ko je zastavitelj oseba (realni dolžnik), različna od glavnega dolžnika.<sup>35</sup> Gre torej za vprašanje, ali zaradi prenehanja glavnega dolžnika preneha tudi obveznost, zaradi česar preneha tudi hipoteka, ki je akcesorna zavarovani obveznosti (terjatvi).

*VSL, sodba II Cpg 212/2010 z dne 5. 5. 2010*

Z zaključkom stečajnega postopka v celoti ugasnejo vse terjatve zoper stečajnega dolžnika, nastale do začetka stečajnega postopka, ne glede na odstotek poplačila upnikov in ne glede na to, ali so jih upniki v stečaju prijavi ali ne. S tem pa je prenehala tudi zastavna pravica, saj je ta po svoji naravi le stranska pravica, ki deli usodo glavne pravice. Terjatvi, ki jo zavaruje, je podrejena tako glede nastanka in obsega kot glede prenosa, poplačila in prenehanja. Ker je tožnik plačal terjatev, ki je prenehala, saj jo je plačal po zaključku stečajnega postopka nad dolžnikom, je plačal torej nekaj, česar ni bil dolžan, saj je zastavna pravica s prenehanjem terjatve prenehala. O njegovem pravnem interesu za izpolnitev obveznosti, ki je pogoj za subrogacijo terjatve in njenih stranskih pravic nanj po 275. členu OZ, torej ni mogoče govoriti. Zato tudi nima zahtevka proti toženi stranki kot poroku za povračilo plačanega zneska.

Iz obrazložitve:

Iz dejanskih ugotovitev prvostopnega sodišča izhaja, da je tožeča stranka zastavila svojo nepremičnino parc. št. 185/3, vl. št. 3836 k.o. M. S. v zavarovanje denarne terjatve K.b. d.d. do kreditojemalca A. d.o.o., po Aneksu št. 1 k pogodbi o dolgoročnem kreditu št. 18/99-900 z dne 12. 10. 2001. Osnovna pogodba o dolgoročnem kreditu št. 18/99-900 z dne 12. 10. 2001 je bila sklenjena med K.b.d.d. kot kreditodajalko, A. d.o.o. kot kreditojemalcem, K. d.o.o., K. L. in N. ter P. P. kot solidarnimi poroki in P.b. d.d., kot zastaviteljem. Z Aneksom št. 1 k osnovni pogodbi je tožnik vstopil v pogodbeno razmerje kot zastavitelj namesto P.b. d.d. Tožnik kot zastavitelj je poplačal hipotekarnega upnika in s to tožbo zahteva povrnitev plačanega zneska od poroka K. d.o.o.

<sup>35</sup> Zastavitelj lahko ustanovi zastavno pravico za zavarovanje svojega ali tujega dolga (drugi odstavek 128. člena SPZ).

Zmotno je stališče prvostopnega sodišča, da zastavitelj s poplačilom hipotekarnega upnika pridobi regresno pravico za povrnitev plačanega zneska le do dolžnika, ne pa tudi do poroka. S plačilom terjatve po 275. členu Obligacijskega zakonika (OZ) preide na zastavitelja po samem zakonu upnikova terjatev z vsemi stranskimi pravicami, torej tudi pravico iz pogodbe s porokom (418. člen OZ). Kljub temu pa je odločitev prvostopnega sodišča pravilna.

Prvostopno sodišče je ugotovilo, da je bil nad dolžnikom A. d.o.o. začet stečajni postopek, ki je bil zaključen 10. 10. 2005. Z zaključkom stečajnega postopka v celoti ugasnejo vse terjatve zoper stečajnega dolžnika, nastale do začetka stečajnega postopka, ne glede na odstotek poplačila upnikov in ne glede na to, ali so jih upniki v stečaju prijavili ali ne. Takšna izguba terjatve pa ne pomeni samo njene neiztožljivosti, temveč tudi to, da je terjatev dejansko prenehala. S tem pa je prenehala tudi zastavna pravica, saj je ta po svoji naravi le stranska pravica, ki deli usodo glavne pravice. Terjatvi, ki jo zavaruje, je podrejena tako glede nastanka in obsega kot glede prenosa, poplačila in prenehanja. Zato ima svoj smisel le, če in dokler obstaja zavarovana terjatev. Če slednja preneha, ni več predmeta zavarovanja, zato tudi zavarovanja ne more biti.

Ob povedanem se izkaže, da je tožnik plačal terjatev, ki je prenehala, saj jo je plačal po zaključku stečajnega postopka nad dolžnikom. Plačal je torej nekaj, kar ni bil dolžan, saj je zastavna pravica s prenehanjem terjatve prenehala. O njegovem pravnem interesu za izpolnitev obveznosti, ki je pogoj za subrogacijo terjatve in njenih stranskih pravic nanj po 275. členu OZ, torej ni mogoče govoriti. Zato tudi nima zahtevka proti toženi stranki kot poroku za povračilo plačanega zneska.

*VS RS, sodba II Ips 120/2007 z dne 14. 10. 2009*

Ker ugasnitev zavarovane terjatve (v primeru maksimalne hipoteke pa zavarovanega pravnega razmerja) hipoteko vsebinsko izvotli in ji odvzame ves smisel, bi bilo pripisovanje prevelikega pomena dejstvu, da hipoteka formalno sicer še vedno obstoji, v nasprotju s samim bistvom akcesornosti tovrstnega zavarovanja. Pravni učinki vknjižbe po vsebini odmrle hipoteke zato nikakor niso absolutni, temveč ostajajo v okviru dometa načela javnosti (in publicitete) zemljiške knjige, ki – izhajajoč iz namena načela zaupanja v zemljiško knjigo – ne sega preko zagotavljanja varstva dobrovernih udeležencev v pravnem prometu z nepremičninami.

Posledica tega je, da imajo zastavitelji (tako imenovani realni dolžniki), ki niso hkrati tudi dolžniki zavarovanih terjatev (tako imenovani osebni dolžniki), v primeru hipotekarne tožbe zastavnega upnika zoper slednjega na razpolago tudi ugovore, ki temeljijo na neobstoju oziroma prenehanju zavarovane terjatve. Ko pa je tako, sodišče zahtevku iz hipotekarne tožbe ne more ugoditi tudi, kadar iz tožbenih navedb same tožeče stranke izhajajo dejstva, ki jasno kažejo, da sta zavarovano pravno razmerje in iz njega izvirajoča terjatev ugasnila, preden je bila tožba vložena.

Iz obrazložitve:

Temeljna značilnost zastavne pravice, najsi gre za zastavno pravico na premičninah ali na nepremičninah (hipoteka), je njena akcesornost. To pomeni, da je zastavna pravica po naravi (le) stranska pravica, ki deli usodo glavne pravice. Terjatvi, ki jo zavaruje, je podrejena tako glede nastanka in obsega kot glede prenosa, poplačila in prenehanja. Zato ima svoj smisel le, če in dokler obstaja zavarovana terjatev. Če slednja preneha, ni (več) predmeta zavarovanja, zato tudi zavarovanja ne more biti. Splošno pravilo, ki izhaja iz načela akcesornosti, torej je, da zastavna pravica s prenehanjem zavarovane terjatve (ali pravnega razmerja)<sup>36</sup> preneha.

Ker Zakon o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (v nadaljevanju ZTLR) kot nekdaj temeljni pravni vir za zastavno pravico na nepremičninah razen primerov prenehanja, naštetih v 68. členu, posebne določbe, da hipoteka preneha s prenehanjem zavarovane terjatve, ni vseboval,<sup>37</sup> bi se na prvi pogled lahko zdelo, kot da načelo akcesornosti v obdobju, na katero se nanaša predmetni spor, na vprašanje prenehanja hipoteke ni imelo tolikšnega vpliva, kot izhaja iz gornjega odstavka. Vendar ZTLR ni bil vseobsegajoč predpis, zato so se v tistem času za hipoteko uporabljale tudi splošne določbe Zakona o obligacijskih razmerjih (v nadaljevanju ZOR), ki jih ZTLR ni imel. Tako sta bila podlaga za popolno podreditev načelu akcesornosti tudi v zvezi s prenehanjem hipoteke splošno pravilo o prenehanju stranskih pravic s prenehanjem glavne obveznosti iz drugega odstavka 295. člena ZOR in pravilo o prenehanju zastavne pravice s prenehanjem terjatve iz poglavja o zastavni pravici na premičninah (987. člen ZOR). Tudi pred uveljavitvijo SPZ je torej veljalo, da zastavna pravica na nepremičnini ugasne z vsemi načini prenehanja zavarovane terjatve.<sup>38</sup>

Hipoteka pa je obenem tudi knjižna pravica, ki nastane, se prenaša in preneha<sup>39</sup> šele z javno objavo teh dejstev v zemljiški knjigi (prvi odstavek 64. člena in 68. člen ZTLR), zato načelo akcesornosti v zvezi z njenim prenehanjem nujno trči ob načelo javnosti in oblikovalne ter publicitetne učinke zemljiškoknjižnih vpisov. Posledica teh je, da hipoteka kljub prenehanju z njo zavarovane terjatve še naprej obstaja. Vendar, kot dodaja teorija, je tak obstoj po prenehanju zavarovane terjatve nič več kot le formalna posledica publicitetnih učinkov vpisa v zemljiško knjigo.<sup>40</sup> V materialnem smislu se namreč hipoteka obnaša enako kot drugi tipi

<sup>36</sup> Za tako imenovano maksimalno hipoteko je drugače od klasične hipoteke značilno, da ni akcesorna zavarovani terjatvi, temveč celotnemu (zavarovanemu) upniško-dolžniškemu razmerju. Več o tem Juhart, Tratnik, Vrenčur, *Stvarno pravo*, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 452–453.

<sup>37</sup> SPZ to pomanjkljivost odpravlja v 137. členu. Ta člen, ki se uporablja tako za zastavno pravico na premičninah kot za hipoteko, določa, da »če preneha zavarovana terjatev, zastavna pravica preneha, če zakon ne določa drugače«.

<sup>38</sup> Primerjaj sodbo VS RS II Ips 263/2004, 22. 9. 2005.

<sup>39</sup> Izjema je na primer zakonita hipoteka, pri kateri je zemljiškoknjižni vpis zgolj deklaratorne narave.

<sup>40</sup> Glej Juhart, Tratnik, Vrenčur (red.) in drugi, *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 698.

zastavne pravice<sup>41</sup> in s prenehanjem zavarovane terjatve preneha.<sup>42</sup> Ker torej ugasnitev zavarovane terjatve (v primeru maksimalne hipoteke pa zavarovanega pravnega razmerja) hipoteko vsebinsko izvotli in ji odvzame ves smisel, bi bilo pripisovanje prevelikega pomena dejstvu, da hipoteka formalno sicer še vedno obstaja, v nasprotju s samim bistvom akcesornosti tovrstnega zavarovanja. Pravni učinki vknjižbe po vsebini odmrle hipoteke zato nikakor niso absolutni, temveč ostajajo v dometu načela javnosti (in publicitete) zemljiške knjige, ki – izhajajoč iz namena načela zaupanja v zemljiško knjigo (četrti odstavek 5. člena Zakona o zemljiški knjigi – Uradni list RS, št. 33/1995) – ne sega prek zagotavljanja varstva dobrovernih udeležencev v pravnem prometu z nepremičninami.<sup>43</sup>

O supremaciji načela akcesornosti v razmerju do zemljiškoknjižnih učinkov vpisa hipoteke, ki ne zmore več služiti svojemu namenu, tako ne more biti dvoma. **Posledica tega je, da imajo zastavitelji (tako imenovani realni dolžniki), ki niso hkrati tudi dolžniki zavarovanih terjatev (tako imenovani osebni dolžniki), v primeru hipotekarne tožbe zastavnega upnika zoper slednjega na razpolago tudi ugovore, ki temeljijo na neobstoju oziroma prenehanju zavarovane terjatve.**<sup>44</sup> Ko pa je tako, sodišče zahtevku iz hipotekarne tožbe ne more ugoditi niti, kadar iz tožbenih navedb same tožeče stranke izhajajo dejstva, ki jasno kažejo, da sta zavarovano pravno razmerje in iz njega izvirajoča terjatev ugasnila, preden je bila tožba vložena.

To, prevedeno v okoliščine obravnavanega primera, pomeni, da sodišče tožbenemu zahtevku zaradi v postopku nespornega dejstva, da je bil nad osebnim dolžnikom iz zavarovanega kreditnega razmerja, podjetjem T. d.o.o., že dobro leto dni pred vložitvijo predmetne hipotekarne tožbe izveden in zaključen stečajni postopek (str. 2 in 3 sodbe sodišča prve stopnje), ne bi smelo ugoditi. Z zaključkom stečajnega postopka namreč v celoti ugasnejo vse terjatve zoper stečajnega dolžnika, nastale do začetka stečajnega postopka, in sicer ne glede na odstotek poplačila upnikov in ne glede na to, ali so jih upniki v stečaju prijavili ali ne. Takšna izguba terjatve pa ne pomeni samo njene neiztožljivosti, temveč tudi to, da je terjatev (in pravno razmerje, iz katerega izvira) dejansko prenehala.<sup>45</sup> Sporni hipoteki sta s tem v materialnem smislu ugasnili, zato poplačilnega upravičenja na njuni podlagi od tega trenutka naprej ne bi smelo biti več mogoče uresničiti.<sup>46</sup> Ker sta sodišči z nasprotno odločitvijo zmotno uporabili materialno pravo, je moralo revizijsko sodišče reviziji ugoditi in izpodbijano

<sup>41</sup> Juhart, Tratnik, Vrenčur (red.) in drugi, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 698.

<sup>42</sup> Tako Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 407.

<sup>43</sup> Več o tem glej sklep II Ips 421/2007, 27. 9. 2007.

<sup>44</sup> Glej Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 445.

<sup>45</sup> Primerjaj sodbi VS RS II Ips 669/2005, 31. 1. 2008, in II Ips 76/2007, 10. 4. 2008.

<sup>46</sup> Glej sklep VS RS II Ips 421/2007, 27. 9. 2007.

sodbo ob ugoditvi pritožbi tožencev spremeniti tako, da se tožbeni zahtevek zavrne (prvi odstavek 380. člena Zakona o pravnem postopku – v nadaljevanju ZPP).

## 2.4. Primerjava s sodno prakso s področja poroštva

V nadaljevanju predstavljena sodna praksa očitno »preveč dosledno« upošteva načelo akcesornosti v zastavnem pravu. Načelo akcesornosti se pri zastavnem pravu upošteva veliko bolj<sup>47</sup> kot na področju poroštva, čeprav gre glede tega vprašanja za povsem identične pravne položaje. Stališče sodne prakse na področju zastavnega prava je, da terjatve zaradi zaključka stečaja prenehajo (ker je prenehal subjekt) ter da zaradi tega preneha tudi hipoteka, ki je akcesorna zavarovani terjatvi. Sodna praksa na področju poroštva je drugačna.

*VSK, sodba I Cpg 37/2005 z dne 20. 10. 2005*

Prenehal je le dolžnik glavne obveznosti. V primeru, ko glavni dolžnik preneha zaradi stečaja in ko torej ni pravnega nasledstva, ostaja porok zavezan za celotno obveznost.

*VSL, sodba III Cp 1229/2009 z dne 27. 5. 2009*

Ker se je toženec s poroštveno izjavo zavezal kot porok in plačnik, odgovarja tožeči stranki za preostale obveznosti iz kreditne pogodbe, sklenjene z družbo A. d.o.o., pri čemer pa zmanjšanje obveznosti glavnega dolžnika v stečajnem postopku glede na določbo 1022. člena OZ ne pomeni tudi ustreznega zmanjšanja porokove obveznosti, ampak odgovarja porok upniku za ves znesek svoje obveznosti.

*VSL, sodba III Cp 1149/2009 z dne 24. 6. 2009*

»Sale and lease back«, prodaj in vzemi nazaj v leasing (najem), je pravna operacija, na podlagi katere določen subjekt proda drugi osebi vsa ali del svojih osnovnih sredstev (sale) in se hkrati dogovori, da bo prodana sredstva vzel nazaj v leasing tako, da jih bo lahko ponovno izkoristil in nadaljeval s proizvodnjo (lease back). Opisana operacija ne predstavlja niti nedovoljenega niti simuliranega pravnega posla. Namen poroštva je v tem, da bo upnik prišel do poplačila svoje terjatve, če tega iz kateregakoli razloga ne bi zmožni glavni dolžnik, torej tudi v primeru, ko bi ta prenehal obstajati. Tudi če je glavni dolžnik prenehal obstajati zaradi izbrisa iz sodnega registra po uradni dolžnosti, to poroka ne odvezuje njegove obveznosti.«

## 2.5. V kakšnem pomenu razumeti načelo akcesornosti

Ocenjujemo, da bi bilo treba za pravilno uporabo materialnega prava smiselno (ali pa kar neposredno) uporabiti določbe o poroštvu (določbe o personalnem akcesornem jamstvu) tudi za

<sup>47</sup> Zastavlja se vprašanje, ali imamo v konkretnih primerih sploh opravka z akcesornostjo.

jamstvo iz hipoteke (za realno akcesorno jamstvo). Tudi če subjekt glavne obveznosti preneha (kar zagovarja sodna praksa v zvezi s poroštvom), je poplačilo upniku omogočeno (sprašujemo se, ali zaradi zakonskega odstopa od akcesornosti ali pa zaradi tega, ker s prenehanjem subjekta obveznost preprosto ne preneha?).

Zmanjšanje obveznosti glavnega dolžnika v stečajnem postopku ali postopku prisilne poravnave ne pomeni tudi ustreznega zmanjšanja porokove obveznosti. To mora veljati smiselno tudi za zastavno pravico, ko sta osebni dolžnik in realni dolžnik različni osebi. Povedano pomeni, da porok upniku odgovarja za ves znesek obveznosti, tudi če se je obseg odgovornosti glavnega dolžnika zmanjšal (glej drugi odstavek 1022. člena OZ), zastavitelj, ki ni hkrati osebni dolžnik (ta položaj je primerljiv s poroštvom), pa z vrednostjo zastavljene nepremičnine (128. člen SPZ). Če se je zmanjšal obseg odgovornosti za izpolnitev glavnega dolžnika, to še ne pomeni, da se je zmanjšala obveznost; ta v polnem obsegu še zmeraj zavezuje poroka, pa tudi zastavitelja (ki realno jamči za tuj dolg).

V primeru, ko glavni dolžnik preneha zaradi stečaja in ko torej ni pravnega nasledstva, ostaja porok zavezan za celotno obveznost.<sup>48</sup> Takšno stališče je treba torej sprejeti tudi v primeru, ko za obveznost jamči realni dolžnik (zastavitelj nepremičnine), ki je oseba, različna od osebnega dolžnika (kreditojemalca). Položaje, ki so po vsebini enaki, je treba obravnavati na enak način. Sklicevanje na načelo akcesornosti bi v takih primerih v celoti izničilo smisel poročstva in zastave. Zmanjšanje obveznosti na podlagi izrecnega dogovora med upnikom in glavnim dolžnikom zunaj teh postopkov (ko torej ne gre za stečaj ali prisilno poravnavo) pa povzroči tudi ustrezno zmanjšanje porokove obveznosti in tudi zmanjšanje obveznosti zastavitelja. V tem primeru je načelo akcesornosti dosledno izvedeno, kajti porokova obveznost na splošno ne more biti večja od obveznosti glavnega dolžnika; če je dogovorjeno, da je večja, pa se zmanjša na mero dolžnikove obveznosti (prvi odstavek 1017. člena OZ).<sup>49</sup> To velja tudi na področju zastavne prava. V tem primeru imata tako porok kot zastavitelj vse ugovore, ki se nanašajo na terjatev osebnega (glavnega) dolžnika.

Po naši oceni je zato dopustno uveljavljati poplačilo od zastavitelja (hipotekarnega oziroma realnega dolžnika) iz zastavljene nepremičnine, ne glede na to, da je osebni dolžnik prenehal zaradi stečaja. Gotovo bi nastal pravni absurd, če bi pravni subjekti, ki so hkrati osebni in realni dolžniki, zgolj zaradi prenosa lastninske pravice na hipotekarno obremenjeni nepremičnini izvotlili smisel realnega zavarovanja terjatev. Do takšnega položaja bi vselej prišlo

<sup>48</sup> VSK, sodba I Cpg 37/2005, 20. 10. 2005. Da ne bi prišlo do oškodovanja poroka, ki zaradi subrogacije postane upnik nesolventnega dolžnika, za katerega je jamčil, je v prvem odstavku 1022. člena OZ določeno, da je upnik dolžan v primeru stečaja glavnega dolžnika priglasiti svojo terjatev in o tem obvestiti poroka, sicer odgovarja poroku za škodo, ki bi jo ta imel zaradi tega.

<sup>49</sup> Primerjaj Kranjc, v: Plavšak, Zabel, Kranjc, Polajnar Pavčnik, Grilc, Markič, Ilovcar Gradišar, Vrenčur, Podobnik, Podgoršek, Obligacijski zakonik s komentarjem (posebni del), 4. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 1055.



tudi v primerih, ko osebni dolžnik že v izhodišču ni hkrati zastavitelj, zastavni upnik pa je bil prepočasen pri uveljavljanju prednostnega poplačilnega upravičenja.

Na dejstvo, da o vprašanju ni enotnega stališča, kaže tudi odločba VS RS, sklep DoR 383/2010 z dne 10. 11. 2010, o dopustitvi revizije glede vprašanja, ali je zastavitelj, ki za zavarovano terjatev upnika do glavnega dolžnika jamči s hipoteko in kot porok, dolžan dopustiti poplačilo iz zastavljene nepremičnine, kadar je glavni dolžnik gospodarska družba, ki je prenehala zaradi zaključka stečajnega postopka in bila izbrisana iz sodnega registra. O reviziji sodišče še ni odločilo.

### 3. Sklep

Po naši oceni ni utemeljenih razlogov za različno obravnavanje poroštva in hipoteke, ko gre za položaj, ko zastavitelj jamči le kot realni dolžnik za tuj dolg. V obeh primerih gre tako rekoč za poroštvo, pri čemer je odgovornost zastavitelja omejena z vrednostjo zastavljene nepremičnine. Zaradi tega lahko ugotovimo, da za isto obveznost jamčita (odgovarjata za izpolnitev) dve osebi: (1) osebni (glavni) dolžnik in (2) porok oziroma zastavitelj. Smisel poroštva in zastave pa je v tem, da pride upnik do poplačila v primeru, ko tega ne dobi od glavnega dolžnika. »Namen poroštva je v tem, da bo upnik prišel do poplačila svoje terjatve, če tega iz kateregakoli razloga ne bi zmožel glavni dolžnik, torej tudi v primeru, ko bi ta prenehal obstajati. Tudi če je glavni dolžnik prenehal obstajati zaradi izbrisa iz sodnega registra po uradni dolžnosti, to poroka ne odvezuje njegove obveznosti.«<sup>50</sup>

Argumentacija, da v primeru prenehanja pravne osebe zaradi stečaja (in s tem izbrisa iz sodnega registra) preneha obveznost stečajnega dolžnika (glavnega dolžnika), zaradi akcesornosti pa tudi hipoteka na nepremičnini osebe, ki ni hkrati glavni dolžnik, je po naši oceni napačna. S prenehanjem pravne osebe preneha le njena odgovornost za izpolnitev, ne preneha pa obveznost. Pomeni, da obveznosti ni mogoče uveljaviti proti osebi, ki ne obstaja več. Zato pa jo je mogoče uveljaviti proti poroku ali zastavitelju. Tudi iz ureditve stečajnega postopka nad pozneje najdenim premoženjem (glej 380. in 443. člen ZFPPIPP) jasno izhaja, da s končanjem stečajnega postopka nad (glavnim) dolžnikom oziroma z izbrisom pravne osebe iz sodnega registra brez likvidacije obveznosti te pravne osebe ne prenehajo. Nasprotna interpretacija v celoti izniči smisel zavarovanja (za tuj dolg) ter upniku onemogoči zavarovanje tveganja neizpolnitve ravno v primerih, ko so takšna tveganja najpogostejša.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> VSL, sodba III Cp 1149/2009, 24. 6. 2009.

<sup>51</sup> Plavšak, Razpolaganje s hipoteko in prenehanje hipoteke, 4. dnevi stvarnega in zemljiškoknjžnega prava 2012, GV Založba, Ljubljana 2012, str. 77–78.



## Literatura

- Juhart, M., Tratnik, M., Vrenčur, R. (red.) in drugi, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004.
- Juhart, M., Tratnik, M., Vrenčur, R., Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Kundi, R., Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen, Manz Verlag, Dunaj 2003.
- Kurzbauer, P., Die Höchstbetragshypothek – Rechtsfragen zu Anwendungsbereich, Umfang und Übertragung, Manz Verlag, Dunaj 1999.
- Pecher v: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Verlag C. H. Beck, München 1980.
- Plavšak, N., Uveljavljanje terjatev na podlagi poročstva in zastavne pravice v stečajnem postopku, Aktualna vprašanja insolvenčnega prava 2012, GV Založba, Ljubljana 2012.
- Plavšak, N., Razpolaganje s hipoteko in prenehanje hipoteke, 4. dnevi stvarnega in zemljiškknjižnega prava 2012, GV Založba, Ljubljana 2012.
- Plavšak, N., Juhart, M., Kranjc, V., Polajnar Pavčnik, A., Grilc, P., Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del), 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003.
- Plavšak, N., Zabel, B., Kranjc, V., Polajnar Pavčnik, A., Grilc, P., Markič, J., Ilvar Gradišar, S., Vrenčur, R., Podobnik, K., Podgoršek, B., Obligacijski zakonik s komentarjem (posebni del), 4. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2004.
- Schwimann, M., Ettlmeier, B., Hinteregger, M., Kiendl-Wendner, D., Klicka, T., Oberhammer, P., ABGB Praxiskommentar, Band 2, Verlag Orac, Dunaj 1998.
- Stöcker, O. M., Stürner, R., Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa – Band III, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin 2012.
- Tratnik, M., Hipoteka, GV Založba, Ljubljana 2012.
- Tratnik, M., Zastavna pravica, GV Založba, Ljubljana 2006.
- Tratnik, M., Vrenčur, R., Zakon o zemljiški knjigi (ZZK-1) z uvodnimi pojasnili, Uradni list RS, Ljubljana 2011.
- Tratnik, M., Vrenčur, R., Šlamberger, M., Zavarovanje plačil s primeri pogodb, klavzul, zemljiško-knjižnih predlogov in sodno prakso, Inštitut za nepremičninsko pravo Maribor, Maribor 2010.





# Odškodninska odgovornost države



DAMJAN MOŽINA

*Odškodninska odgovornost države*

SAŠA ZAGORC

*Odškodninska odgovornost za kršitev človekovih  
pravic*

JAN ZOBEC

*Odškodninska odgovornost sodnika in odgovornost  
države zanj*

MILE DOLENC

*Odškodninska odgovornost stečajnih upraviteljev  
in odgovornost države zanje*



*Izvirni znanstveni članek  
UDK 342.22:347.56(497.4)*

# Odškodninska odgovornost države

DR. DAMJAN MOŽINA,  
*izredni profesor na Pravni fakulteti  
Univerze v Ljubljani*

## 1. Uvod

Institut odškodninske odgovornosti države je razpet med javno in zasebno pravo. Kompleksno razmerje med državo kot oblastjo in njenimi prebivalci, v okvir katerega sodi tudi odškodninska odgovornost države, je v osnovi razmerje javnega prava (vertikalno pravno razmerje). Po drugi strani je matično pravno področje za vprašanje povrnitve škode obligacijsko pravo, ki ureja razmerja zasebnega prava, tj. razmerja med enakopravnimi osebami (horizontalno pravno razmerje). V pravu odškodninske odgovornosti države se ne prepletajo le norme in koncepti javnega in zasebnega prava, ampak tudi norme in koncepti nacionalnega prava in prava EU, pa tudi prava EKČP.

Primere, v katerih po slovenskem pravu država posameznikom odškodninsko odgovarja, lahko razdelimo na dve skupini: najprej je tu odškodninska odgovornost države za protipravno izvajanje oblasti, ki ji lahko rečemo tudi odškodninska odgovornost države v ožjem smislu. Pravna podlaga zanjo je čl. 26 Ustave. Gre za temeljno človekovo pravico, ki je pomemben element pravne in demokratične države. Ker ustavna določba ne rešuje vseh vprašanj, sodišča to odgovornost obravnavajo ob uporabi splošnih pravil obligacijskega prava o krivdni neposlovni odškodninski odgovornosti, zlasti instituta odgovornosti za ravnanje drugega.<sup>1</sup> K odškodninski odgovornosti države za protipravno izvajanje oblasti sodi tudi odgovornost države kot članice EU za kršitev prava EU, ki izhaja iz prava EU, čeprav ta temelji na nekoliko drugačnem konceptu.

---

<sup>1</sup> Načeloma namreč vsak odgovarja za škodo, ki jo sam povzroči. Izjemoma pa subjekt odgovarja tudi za dejanja drugih, denimo starši za svoje otroke, delodajalec za svoje delavce, pravna oseba za svoje organe, pa tudi država za tiste, ki v njenem imenu izvajajo oblast.

Pri drugi skupini primerov pa odgovornost ne izhaja iz protipravnega izvajanja oblasti. Gre za heterogene primere, v katerih si je država sama s predpisi naložila obveznost, da bo posameznikom povrnila določene izgube (»škode«), čeprav teh izgub ni povzročila sama oziroma ji glede tega ni mogoče očitati protipravnega ravnanja. Država se je npr. odločila, da bo žrtvam nasilnih kaznivih dejanj povrnila določene oblike škode ter da bo povrnila škodo, ki jo prebivalcem povzročijo nekatere divje živali. V teh primerih ne gre za klasično nepogodbeno odškodninsko odgovornost, kajti njen temelj ni niti krivdna in protipravna povzročitev škode niti objektivna odgovornost za nevarne stvari oziroma dejavnosti, ampak gre za drugačno povrnitveno shemo: država se odloči, da bo riziko nastopa določene izgube, ki ga sicer sama po sebi ne bi nosila, odvezla oškodovancem in ga porazdelila med vse davkoplačevalce. V tem smislu je položaj države podoben položaju zavarovalnice.

Kljub temu, da se zanj uporabljajo določbe obligacijskega prava o odgovornosti za drugega, se odgovornost države v nekaterih točkah razlikuje od klasične odškodninske odgovornosti, ki temelji na krivdni povzročitvi škode enemu posamezniku s strani drugega posameznika.

Država lahko denimo – tako pri odškodninski odgovornosti za protipravno izvajanje oblasti kot pri drugih povrnitvenih shemah – načeloma sama določa obseg svoje odgovornosti. Seveda mora spoštovati lastno ustavo, obveznosti do EU in EKČP ter druge mednarodne obveznosti, toda to ne spremeni okoliščine, da ključne odločitve sprejme sama na podlagi svoje suverenosti. Navsezadnje tudi sprejem ustave, pristop k EU ter prevzemanje mednarodnih obveznosti izhajajo prav iz suverenosti. Nekoč so države oziroma vladarji, ki so jih poosebljali, na podlagi te suverenosti svojo odgovornost nasproti prebivalcem izključevali (»*The King can do no wrong*«), danes pa je načelo odškodninske odgovornosti države splošno sprejeto in si je težko zamisliti, da bi država v celoti izključila svojo odgovornost. Vseeno pa lahko država določa meje te odgovornosti.

Pri oblikovanju in uporabi pravil o svoji odškodninski odgovornosti mora država upoštevati svoje finančne zmožnosti. Odškodninske odgovornosti vsekakor ne sme predvideti tako široko, da bi bilo zaradi obsega zahtevkov ogroženo njeno delovanje. In tu smo pri naslednji pomembni razliki: države kot dolžnika ni mogoče obravnavati enako kot dolžnika v civilnem in gospodarskem pravu. Tu namreč velja, da mora dolжник, ko je njegova obveznost enkrat ugotovljena, to obveznost izpolniti. Njegova zmožnost izpolnitve na obstoj obveznosti ne vpliva. Če ne izpolni prostovoljno, načeloma sledi izvršilni postopek. V izvršilnem postopku se dolžniku zaradi poplčila dolga vzame, kar ima.<sup>2</sup> Če je to npr. stanovanje, se to zarubi in proda, ne glede na to, ali ima dolжник in njegova družina kje stanovati ali ne. Če je podjetje prezadolženo, gre v stečaj, pri čemer se iz unovčenja njegovega celotnega premoženja popla-

<sup>2</sup> Ob tem seveda veljajo določene omejitve, tako so npr. nekateri predmeti (čl. 79 ZIZ) in nekateri prejemki (čl. 101 ZIZ) izvzeti iz izvršbe, izvršba na plačo pa je omejena (čl. 101 ZIZ).

čajo upniki, stečaj pa se konča s prenehanjem podjetja (likvidacija). Proti državi pa upnik ne more zahtevati izvršbe na enak način kot proti zasebnemu subjektu. Predstavljajmo si primer, da bi upnik od sodišča zahteval poplačilo iz prodaje državne nepremičnine, v kateri deluje prav to sodišče, ali pa iz prodaje policijskih avtomobilov. Takšna izvršba bi resno ohromila delovanje države, v skrajni fazi pa bi lahko prišlo do prenehanja države in ogroženosti najbolj temeljnih človeških pravic. Seveda proti državi tudi ni mogoče uvesti stečajnega postopka. Do takšnih in podobnih vprašanj bi bržkone prej prišlo v primeru, ko država ne bi več mogla vračati najetih kreditov, torej na podlagi pogodbe, vendar jo je treba imeti pred očmi tudi pri obravnavi njene nepogodbene odškodninske odgovornosti.

## 2. Odškodninska odgovornost države za protipravno izvajanje oblasti

### 2.1. Ustava RS in Obligacijski zakonik

Določba čl. 26 URS z naslovom »Pravica do povračila škode« se nanaša le na odškodninsko odgovornost za protipravno izvajanje oblasti. Iz nje izhaja, da je podlaga odgovornosti (1) protipravno ravnanje državnega organa (organa lokalne skupnosti ali nosilca javnih pooblastil), in sicer (2) ravnanje pri delu ali v zvezi z delom, tj. izvrševanjem oblasti, (3) katerega posledica je nastanek škode.

Ustavo dopolnjuje Zakon o javnih uslužbencih, ki določa odškodninsko odgovornost države za škodo, ki jo tretji osebi s protipravnim ravnanjem povzroči javni uslužbenec.<sup>3</sup> Določen je torej koncept odgovornosti države, kjer država tretjim osebam (oškodovancem) neposredno odgovarja za škodo, ki jo je s protipravnim ravnanjem povzročil državni organ, organ lokalne skupnosti oziroma nosilec javnih pooblastil.

Čl. 26 URS je sicer pravna podlaga odškodninske odgovornosti države, vendar določba ne zadošča za celovito obravnavo škodnega dogodka. Ne rešuje namreč vrste ključnih vprašanj, ki se ob tem zastavijo, denimo vprašanja pravno priznane škode, vzročnosti, obsega škode, zapadlosti, zamudnih obresti, zastaranja itn. Ker posebnega zakona, ki bi uredil ta vprašanja (v smislu posebnega javnopravnega odškodninskega instituta),<sup>4</sup> nimamo, je razumljivo, da večinsko stališče za vprašanja odškodninske odgovornosti države zagovarja uporabo pravil

<sup>3</sup> Glej čl. 135 ZJU, Ur. l. RS, št. 56/2002, zadnja sprememba 40/2012.

<sup>4</sup> Virant, *Odškodninska odgovornost države v zvezi z ravnanji javne uprave*, 6. Dnevi javnega prava 2000, str. 151.

obligacijskega prava iz OZ, zlasti institut odškodninske odgovornosti za ravnanje drugega.<sup>5</sup> Temu sledi tudi sodna praksa.<sup>6</sup>

Da nastane obveznost države povrniti škodo, morajo biti torej poleg predpostavk iz čl. 26 URS (protipravno ravnanje državnega organa, organa lokalne skupnosti ali nosilca javnih pooblastil, pri delu ali v zvezi z delom) podane splošne predpostavke odškodninske odgovornosti: protipravnost ravnanja, škoda, vzročna zveza med njima ter krivda na strani povzročitelja.

V zvezi s predpostavkama krivde in protipravnosti je treba najprej pojasniti naslednje: Ustava v čl. 26 omenja le protipravnost, ne pa krivde. Nekateri iz tega sklepajo, da je predpostavka odgovornosti na podlagi čl. 26 URS le protipravnost, ne pa tudi krivda na strani povzročitelja škode.<sup>7</sup> Takšen koncept odgovornosti je tuj slovenskemu obligacijskemu pravu. Krivda (oziroma krivdna povzročitev škode) je temeljno merilo pripisljivosti škode (subjektivna odgovornost), pri čemer se krivda do protidokaza domneva.<sup>8</sup> Elementa krivde in protipravnosti sta povezana, oba pa sta vezana na ravnanje subjekta. Res pa je, da ju je včasih težko ločiti, saj se pri obeh sprašujemo, ali je oseba v danem položaju ravnala prav. Medtem ko protipravnost ravnanja pomeni objektivno protipravnost (nasprotje s pravom), je element krivde subjektiven: sprašujemo se, ali je povzročitelj škode ob tem, ko je deloval v nasprotju s pravom, ravnal dovolj skrbno ali celo naklepno oziroma mu je mogoče pripisati odgovornost. Razlika med protipravnostjo in krivdo pa se pokaže v dokaznem bremenu: medtem ko protipravnost dokazuje oškodovanec, se z dokazom nekrivde (torej zadostne skrbnosti) razbremenjuje odgovorna oseba.

<sup>5</sup> Bukovec, Pravica do povračila škode po 26. členu Ustave v praksi sodišč, PP 34/2008, str. VII; Juhart, Odgovornost države za nepravilno (protipravno) odločbo, v: Zbornik Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, 2005, str. 13; Jadek Pensa, Novejši razvoj odškodninske odgovornosti: pravica do povračila škode po 26. členu ustave, Podjetje in delo 6/1999, str. 1290, Šipec, Odškodninska odgovornost države zaradi napake državnega organa, Pravna praksa 16-17/1993, str. 18; Bizjak, Odškodninska odgovornost države za škodo, ki izvira iz protipravnega delovanja inšpektorjev, Uprava, let. VII, 1/2009, str. 72

<sup>6</sup> Glej sodbo in sklep Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 110/2012 z dne 12. 7. 2012. Sodišče v tč. 12 sodbe razloži: »Del literature in manjši del sodne prakse se sicer zavzemata, da je odgovornost države [na podlagi čl. 26 URS] objektivna. Večinski del sodne prakse pa sprejema stališče o krivdni odgovornosti države za protipravno ravnanje svojega organa oziroma nosilca javnih pooblastil. Določba 26. člena URS je sama po sebi podnormirana, zato je utemeljeno in v sodni praksi že ustaljeno stališče o njenem povezovanju s splošnimi določbami o odškodninskem deliktu, torej s 154. členom [krivdna odgovornost] in tudi s 172. členom Zakona o obligacijskih razmerjih [odgovornost pravne osebe].« Glej tudi odločbo Ustavnega sodišča v zadevi št. U-I-65/05 z dne 22. 9. 2006, v kateri je Ustavno sodišče v tč. 13 navedlo, da o povrnitvi škode po čl. 26 URS odločajo sodišča v pravnem postopku po splošnih pravilih odškodninskega prava iz OZ.

<sup>7</sup> Virant, Odškodninska odgovornost države v zvezi z ravnanji javne uprave, 6. Dnevi javnega prava 2000, str. 151.

<sup>8</sup> Glej čl. 131 odst. 1 OZ.



## 2.2. Ravnanje državnega organa, organa lokalnih skupnosti ali nosilca javnih pooblastil v zvezi z opravljanjem službe

Predpostavka čl. 26 URS, da gre za škodo, ki jo oškodovancu *v zvezi z opravljanjem službe* oziroma druge dejavnosti s protipravnim ravnanjem povzroči *državni organ, organ lokalne skupnosti ali nosilec javnih pooblastil*, oziroma predpostavka čl. 148 OZ, da gre za škodo, ki jo organ povzroči tretji osebi *pri opravljanju ali v zvezi z opravljanjem svojih funkcij*, pomeni, da mora iti za protipravno ravnanje v zvezi z izvajanjem oblasti ali javnih pooblastil.<sup>9</sup>

Najprej se moramo vprašati, ali je povzročitelj škode državni organ, organ lokalne skupnosti oziroma nosilec javnih pooblastil. Sledi vprašanje, ali je bilo njegovo protipravno ravnanje »v zvezi« z izvajanjem oblasti, tj. ali je med njegovim protipravnim ravnanjem, s katerim je nekomu povzročil škodo, ter njegovimi službenimi dolžnostmi zadostna vsebinska povezava.

Ta povezava obstaja tudi, če gre za ravnanje »pod plaščem avtoritete« državnega organa, pa čeprav povzročitelj v tistem trenutku ni bil v službi.<sup>10</sup> Povezava seveda ni izključena, če je povzročitelj ravnal v nasprotju s svojimi dolžnostmi.<sup>11</sup> Izključeni so le povsem osebni motivi ravnanja, brez vsebinske povezave s službo, pa čeprav v službenem času.

Ker je delovanje države izrazito kompleksno, je včasih težko ločevati med oblastnimi in neoblastnimi ravnanji. Nekatere izmed državnih nalog lahko takoj uvrstimo med oblastne dejavnosti (ravnanje *iure imperii*), npr. izdajanje zakonov in drugih splošnih aktov, izrekanje sodnih in upravnih odločb, pregon storilcev kaznivih dejanj. Za oblastno ravnanje gre gotovo v primerih, ko država uporablja svoj monopol nad prisilo, npr. pri delovanju policije ali inšpektorjev. Tudi udeležba v prometu lahko pomeni oblastno ravnanje (npr. vožnja policijskega vozila s sireno).

Pri nekaterih drugih nalogah uvrstitev ni tako enostavna: država denimo skrbi za šolstvo<sup>12</sup> in zdravstvo, ima številne naloge na področju varstva okolja ter gradi in vzdržuje infrastrukturne

<sup>9</sup> Jadek Pensa, Komentar 26. člena Ustave RS, v: Šturm (ur.), Komentar Ustave RS, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana, 2002, r. št. 13, str. 297.

<sup>10</sup> Glej odločbo Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 350/92 z dne 11. 11. 1992. Policist, oblečen v uniformo in opremljen s svetilko za ustavljanje avtomobilov, je storil kaznivo dejanje protipravnega odvzema prostosti, tako da je ustavil avtomobil oškodovanke in ji odvzel prostost. Zveza z delom je bila ugotovljena, saj brez nje dejanja sploh ne bi mogel izvršiti.

<sup>11</sup> V sodbi Vrhovnega sodišča z dne 2. 4. 2010 v zadevi III Ips 148/2007 je bila zveza ravnanja toženca (carinika) z delom ugotovljena, ker je uporabljal službeno uniformo, izrabljal poznavanje carinskih postopkov (ne le poznavanje samih predpisov) in se je povezoval z drugimi cariniki, da je lahko s pomočjo lažne carinske dokumentacije prikazoval, da je uvoženo blago prešlo Republiko Slovenijo v tranzitu itn.

<sup>12</sup> Glej npr. VS, odločba v zadevi II Ips 622/2006 z dne 26. 2. 2009. Šola je krivdno odgovarjala zaradi nezadostne skrbi za varnost na šolskem hodniku, država pa je odgovarjala skupaj z njo kot ustanovitelj javnega zavoda.

objekte, kakršni so ceste in železnice. Vprašanje je, ali država (v smislu države in občin) izvaja oblastne naloge, ko načrtuje in gradi javne ceste, vzpostavlja na njih prometno ureditev, jih upravlja ter vzdržuje. Čeprav se sodišča glede odgovornosti za ceste ne sklicujejo na čl. 26 URS, pa štejejo državo za odgovorno, in to v osnovi po enakem mehanizmu kot pri odgovornosti za protipravno izvajanje oblasti, tj. država odgovarja, če se ugotovi, da ni izpolnila svojih obveznosti, in ji je to mogoče očitati, med tem ravnanjem in škodo pa obstaja vzročna zveza.<sup>13</sup>

Pri nekaterih dejavnostih država neposredno sploh ne izvaja oblasti (ravna torej *iure gestionis*): država je recimo tudi neposredno ali posredno lastnik ali družbenik v gospodarskih družbah, lastnik nepremičnih in premičnih stvari, iz katerih lahko izhajajo škodne nevarnosti, ter pomemben zaposlovalec. Država denimo ne ravna oblastno tudi takrat, kadar prek postopka oddaje javnih naročil sklepa pogodbe o nakupu blaga in storitev.<sup>14</sup> To seveda ne pomeni, da je tu njena odgovornost izključena, vendar pa ni pokrita s čl. 26 URS.

V sodbi z dne 10. januarja 2013 v zadevi Infohip je Ustavno sodišče koncept odgovornosti države, ki izhaja iz protipravnega ravnanja konkretne osebe v državni službi, spremenilo v smislu, da lahko država na podlagi čl. 26 URS odgovarja tudi tedaj, kadar protipravnega ravnanja ni mogoče pripisati konkretni osebi oziroma organu, ampak državnemu aparatu v celoti.<sup>15</sup> Šlo je za sistemsko pogojene sodne zaostanke, ki jih je Ustavno sodišče pripisalo vsem trem vejam oblasti, zlasti pa organizaciji pravosodne uprave in sprejetju ustrezne zakonodaje. Ustavno sodišče se pri razširitvi koncepta odgovornosti, kar poimenuje »razosebljanje« odškodninske odgovornosti države, sklicuje na sodbe ESČP (Lukenda), razširitev pa pojasni s tem, da posameznik zaradi diferenciranega delovanja in organizacije anonimnega državnega aparata ne more razbrati, kdo mu je povzročil škodo.<sup>16</sup> Z vidika civilnega prava se takšen pristop približuje objektivni odgovornosti, ki ne temelji na odgovornosti za ravnanje, ampak na odgovornosti za določeno stanje.

<sup>13</sup> Glej npr. odločbo Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 19/2007 z dne 8. 10. 2009 (oškodovanki je spodrsnilo na poledenelem in neposutem cestišču, odgovornost države kot upravljavca in cestnega podjetja kot vzdrževalca).

<sup>14</sup> Glej npr. odločbo Ustavnega sodišča z dne 14. 11. 2002 v zadevi U-I-169/00, po kateri naročnik (država) v postopku oddaje javnih naročil ne izvaja oblastne funkcije, ampak sklepa civilna razmerja z enakopravnimi subjekti civilnega prava. Zato v primeru protipravnega ravnanja države ne odgovarja na podlagi čl. 26 URS, ampak na podlagi splošnih pravil obligacijskega prava.

<sup>15</sup> Glej odločbo Ustavnega sodišča v zadevi št. Up-695/11-15 z dne 10. 1. 2013.

<sup>16</sup> Glej odločbo iz prejšnje op., op. 7.

## 2.3. Protipravnost

### a) Splošno

Protipravnost (nedopustnost) ravnanja na splošno pomeni ravnanje v nasprotju s pravom. Protipravnost ravnanja pomeni tako protipravna dejanja kot protipravne opustitve. O protipravnosti ravnanja ni mogoče sklepati zgolj iz nastanka škode, češ, vsakdo se je dolžan vzdržati ravnanja, s katerim bi »utegnil« drugemu povzročiti škodo (*neminem laedere*, čl. 10 OZ), kajti to, da je bila nekemu povzročena škoda, še ne pomeni, da je bila povzročena protipravno.

Potrebna je ugotovitev, da je subjekt ravnal v nasprotju s svojo dolžnostjo oziroma ni ravnal tako, kot bi bilo v konkretnih okoliščinah prav. Vsebinsko dolžnosti oziroma ravnanja v skladu s pravom določajo (zapisane in nezapisane) pravne norme, iz namena katerih lahko razberemo, katere interese tretjih oseb, potencialnih oškodovancev, varujejo. Kaj je prav, namreč določajo tudi upravičena pričakovanja tretjih oseb. Povzročitelj škode torej ravna protipravno, če na nedovoljen način prekrši pravo, ki varuje nek zavarovani interes tretjega (oškodovanca).<sup>17</sup> Vrhovno sodišče v sodbi iz leta 2012 poudarja, da morajo biti tretje osebe, glede katerih izvajalec oblasti krši svoje dolžnosti v zvezi z izvajanjem oblasti, vnaprej določene ali določljive oziroma mora iti za vnaprej določen ali določljiv krog oseb.<sup>18</sup>

Zgoraj omenjena sodba Ustavnega sodišča ta koncept spreminja, saj omogoča odgovornost države tudi v primerih, ko gre za kršitev splošnih dolžnosti, ki niso usmerjene proti določenim oziroma določljivim posameznikom.

Pojem protipravnosti je treba napolniti tudi z upoštevanjem narave protipravnega ravnanja državnega organa ali nosilca javnih pooblastil ter konkretnih okoliščin. V vsakem primeru je treba ugotoviti, ali je očitano ravnanje takšen poseg v pravne interese oškodovanca, da

<sup>17</sup> Prim. Cigoj, *Obligacije*, Uradni list, Ljubljana, 1976, str. 426, ter odločbo Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 134/2007 z dne 10. 9. 2009.

<sup>18</sup> Glej odločbo Vrhovnega sodišča v zadevi III Ips 89/2011 z dne 23. 1. 2012. »Protipravno ravnanje države in s tem njeno odškodninsko odgovornost po čl. 26 URS lahko utemelji kršitev dolžnosti do vnaprej določene ali določljive osebe (ali do vnaprej določenega ali določljivega kroga oseb). Pri presoji odgovornosti države merilo protipravnosti njenega ravnanja določa praktično tudi že standard njenega dolžnega skrbnega ravnanja,« ter odločbo Vrhovnega sodišča (gospodarskega oddelka) v zadevi III Ips 123/2009 z dne 29. 3. 2011, tč. 9 in 10: »Iz besedila 26. člena Ustave namreč izhaja, da je predpostavka pravice do povračila škode (in s tem odškodninske odgovornosti) protipravno ravnanje, do katerega je prišlo v zvezi z opravljanjem službe (med drugim) državnega organa. Iz tega logično sledi, da v pojem protipravnega ravnanja iz čl. 26 URS lahko sodijo ravnanja (ali opustitve), ki so zoper dolžnost varovati pravno zavarovane interese tistih tretjih, ki jih prizadeva opravljanje (konkretne) službe določenega (državnega) organa.« »Protipravno ravnanje tako odškodninsko odgovornost utemelji in obenem omeji. Po poti definiranja kršitve dolžnosti varovanja pravno zavarovanih interesov namreč opredeli tretjega – oškodovanca in s tem (konkretno) odškodninsko razmerje«. Glej tudi Jadek Pensa, *Komentar 26. člena Ustave RS*, v: Šturm, Lovro (ur.), *Komentar Ustave RS*, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana, 2002, r. št. 12, str. 297.

mu pravni red pripisuje protipravnost.<sup>19</sup> Protipravnost namreč ni tog koncept, ki bi ga bilo mogoče mehanično uporabljati, ampak širok in fleksibilen standard, ki zahteva upoštevanje konkretnih okoliščin in tehtanje interesov.

Glede na to, na kakšen način država protipravno deluje, lahko razlikujemo protipravnost splošnih in posamičnih pravnih aktov ter protipravnost siceršnjih ravnanj.

### *b) Zakonodajna protipravnost*

Pri zakonodajni protipravnosti gre za nasprotje z dolžnostjo izdaje nekega predpisa. Za nasprotje ne gre le takrat, ko organ izda protipraven akt, ampak tudi takrat, ko v nasprotju z izrecno obveznostjo opusti izdajo akta.<sup>20</sup> Po sodni praksi Vrhovnega sodišča pa dejstvo, da je Ustavno sodišče nek predpis zaradi neskladnosti z Ustavo razveljavilo, samo po sebi še ne pomeni zakonodajne protipravnosti, ampak lahko odškodninsko odgovornost zaradi ravnanja zakonodajalca utemeljijo le najhujše kršitve ustavnih določb oziroma kršitve temeljnih civilizacijskih standardov.<sup>21</sup> Takšno stališče je razumljivo, saj je Državni zbor nosilec suverenosti, mandat pa mu na volitvah podelijo volivci. Če ti menijo, da naloge ni dobro opravil, bodo imeli na naslednjih volitvah priložnost voliti druge predstavnike, vendar pa je ravnanje Državnega zbora načeloma izvzeto iz odgovornosti države. Izjema velja le za resnično nečloveške zakone, s katerimi bi DZ najhujše posegel v najbolj temeljne človekove pravice.

Za tak primer bi lahko šlo, če bi DZ sprejel zakon o izvensodnem pobijanju ali o zapiranju ljudi v koncentracijska taborišča. Nikakor pa sem ne sodi denimo zakon o sistemu plač v javnem sektorju, zato je odločitev Višjega sodišča v Kopru, ki je v sprejemu zakona, katerega posledica je bila uvrstitev tožeče stranke (višjega sodnika) v nižji plačni razred, videlo poseg v temeljni civilizacijski standard, zgrešena.<sup>22</sup> Ta problem je treba rešiti drugače. Država lahko plačuje javne uslužbenke le po svojih zmožnostih. Če nima dovolj sredstev za drugačno razporeditev javnih uslužbencev in funkcionarjev v plačne razrede, tako da bi ti dobili višje plače, potem bi to okoliščino pri presoji protipravnosti in krivde sodišča morala upoštevati. Naloga zakonodajne in izvršne oblasti je (med drugim), da sprejema odločitve o primerni razporeditvi javnega denarja, tudi z razvrstitvijo javnih uslužbencev v plačne razrede, zanje pa politično odgovarja, naloga rednega sodstva pa načeloma ni naknadno spreminjanje teh odločitev v individualnih odškodninskih sporih.

<sup>19</sup> Bukovec, Pravica do povračila škode po 26. členu Ustave v praksi sodišč, PP 34/2008, str. V.

<sup>20</sup> Glej odločbo Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 342/2004 z dne 14. 4. 2005, v kateri je šlo za smrtno nesrečo na šolskem izletu (deklici je z višine padel kamen na glavo), država pa naj bi bila odgovorna za nesprejem ustrezne zakonodaje, ki bi pooblašчала katerikoli organ v državi za nadzor nad varnostjo potrošnikov. Sodišče v tem ni videlo protipravnosti.

<sup>21</sup> Glej odločbo Vrhovnega Sodišča z dne 24. 6. 2009 v zadevi II Ips 800/2006.

<sup>22</sup> Glej sodbo VSK z dne 4. 6. 2013 v zadevi Cp 217/2013. Glej tudi sodbo Okrajnega sodišča v Idriji z dne 31. 1. 2013 (P 40/2012).

### *c) Protipravnost posamičnega akta – sodne odločbe*

Pri vprašanju protipravnosti posamičnega akta (sodbe ali druge odločbe) je treba upoštevati naravo dela državnega organa, organa lokalne skupnosti ali nosilca javnih pooblastil. Tako denimo sodba, ki jo izda sodnik, še ni protipravna že zato, ker jo višje sodišče razveljavi ali spremeni, ker je nepravilna ali nezakonita.<sup>23</sup> V Sloveniji je sojenje večstopenjsko, zato so različni odgovori sodišč na isto vprašanje pričakovani. Strah pred odškodninskimi zahtevki ne sme ohromiti sodnikovega dela.

Protipravnost pomeni kršitev službe, tj. ravnanje v očitnem nasprotju z zakoni in podzakonskimi akti, npr. če sodnik ne uporabi povsem jasne določbe zakona ali predpis namerno razlaga v nasprotju z ustaljeno sodno prakso.<sup>24</sup> Za tak primer gre npr., ko sodišče ne uporabi veljavnega zakona.<sup>25</sup> Če je to možno, mora stranka (oškodovanec) v samem postopku do pravnomočnosti oziroma postopku z rednimi in izrednimi pravnimi sredstvi uveljavljati protipravnost, sicer se nanjo ne more sklicevati v odškodninskem postopku proti državi.

Za presojo protipravnosti sodnikovega ravnanja je odločilno, ali se je sodnik v dani situaciji pregrešil zoper profesionalne standarde sodniške službe. Odgovor na vprašanje, katera procesna dejanja so potrebna in smotrna v posameznih situacijah, je prepuščen sodniku. Kriterij za presojo profesionalnih standardov pa je odgovor na vprašanje, ali je mogoče konkretno odločitev zagovarjati kot sprejemljivo v danih okoliščinah.<sup>26</sup>

### *d) Protipravnost siceršnjih ravnanj*

Tudi protipravnost siceršnjega ravnanja državnih organov, organov lokalne skupnosti ali nosilcev javnih pooblastil predpostavlja ravnanje v nasprotju s pravom. Ob vprašanju, kako država odgovarja za siceršnje ravnanje – zlasti za opustitve –, se je razvila zanimiva sodna praksa. V nadaljevanju si bomo ogledali nekaj primerov.

## **2.4. Nekateri primeri odgovornosti države za siceršnja ravnanja**

### *a) Odgovornost države za kazniva dejanja posameznikov?*

Zastavlja se vprašanje, ali in kako država posamezniku odškodninsko odgovarja, če mu je škodo povzročil drug posameznik. ESČP je denimo na podlagi čl. 2 EKČP (pravica do življenja)

<sup>23</sup> Glej odločbo Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 406/95 z dne 18. 10. 1995.

<sup>24</sup> Glej odločbo Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 110/2012 z dne 12. 7. 2012.

<sup>25</sup> Glej denimo odločbo VSM v zadevi I Cp 1902/2010 z dne 17. 3. 2011, v kateri sodišče ni uporabilo jasnih in kogentnih določb ZVPot. Podatkov o morebitnem odškodninskem zahtevku sicer ni.

<sup>26</sup> Glej odločbo Vrhovnega sodišča (gospodarskega oddelka) v zadevi III Ips 123/2009 z dne 29. 3. 2011, tč. 20.

razsodilo, da je država dolžna vzpostaviti učinkovit in neodvisen pravosodni sistem, ki naj preganja kazniva dejanja, raziše umore in kaznuje krivce, v tem smislu pa tudi preventivno deluje.<sup>27</sup> Vendar to ne pomeni, da država avtomatično odgovarja, če kljub temu nekdo neko ga umori ali poškoduje. Iz konkretnih okoliščin lahko izvira tudi obveznost zaščititi osebe, katerih življenja s kaznivimi dejanji ogrožajo drugi ali se ogrožajo celo same (nevarnost samomora). Država odgovarja, če so bile državnim organom okoliščine konkretne ogroženosti določljivih oseb znane oziroma bi jim morale biti znane, pa niso izvedli nobenega izmed ukrepov, s katerim bi bilo mogoče razumno odvrniti nevarnost.<sup>28</sup> Le tedaj je mogoče šteti, da je škoda nastala (tudi) zaradi delovanja države. Obveznosti izvedbe varstvenih ukrepov, ki izhaja iz pravice do življenja, pa ni mogoče razlagati tako, da bi državi nalagala dolžnosti, ki jih ni mogoče izpolniti.<sup>29</sup> Če država za ogroženost konkretne osebe ne ve, je tudi ne more zaščititi. Nihče ne more pričakovati absolutnega varstva pri vseh vsakdanjih dejavnostih.<sup>30</sup>

Slovensko Vrhovno sodišče je zavrnilo zahtevek na povrnitev škode zaradi protipravnega ravnanja policije v primeru, v katerem je mladoletni gojenec vzgojnega zavoda, ki je bil nevaren, pobegnil iz zavoda; policiji, ki ga je nato prijel, je dvakrat pobegnil, med begom pa napadel in poškodoval oškodovanca. Presodilo je, da predpisa, ki opredeljuje naloge policije,<sup>31</sup> ni mogoče razlagati v smislu, da je policija dolžna preprečiti vsako kaznivo dejanje, ampak je treba upoštevati, ali so policisti v konkretnih okoliščinah to obveznost mogli izpolniti.<sup>32</sup>

Zavrnen je bil tudi zahtevek zoper državo, ki naj bi odškodninsko odgovarjala, ker policija ni izsledila ukradenega avtomobila.<sup>33</sup> Oškodovanec ji je očital, da po prejemu informacije o kaznivem dejanju ni bila dovolj aktivna, prav tako pa naj bi opustila nadzor nad državno mejo, saj je bilo vozilo kasneje najdeno v sosednji državi. Sodišče je ugotovilo, da je policija opravljala svojo dejavnost v skladu z zakonom in da pravno relevantne vzročne zveze med škodo (vrednostjo avtomobila) in dejstvom, da policija ukradenega avtomobila ni odkrila, ni.

Za drugačno rešitev, ki odstopa od omenjenih dveh primerov in tudi sodne prakse ESČP, pa se je Vrhovno sodišče odločilo v primeru, v katerem je državi naložilo odgovornost za škodo

<sup>27</sup> ESČP, sodba z dne 24. 10. 2002 v zadevi Mastromatteo proti Italiji, glej tudi sodbo z dne 22. 3. 2001 v zadevi Strelitz, Kessler in Krenz proti Nemčiji.

<sup>28</sup> ESČP, sodbe z dne 28. 10. 1998 v zadevi Osman proti Združenemu kraljestvu, z dne 10. 10. 2000 v zadevi Akkoc proti Turčiji, z dne 8. 11. 2005 v zadevi Gongadze proti Ukrajini ter z dne 14. 9. 2010 v zadevi Dink proti Turčiji.

<sup>29</sup> J. Meyer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3. izd., Beck, München, 2011, čl. 2, r. št. 12.

<sup>30</sup> Glej odločbo ESČP z dne 1. 3. 2005 v zadevi Bone proti Franciji, v kateri je otrok izstopil iz vlaka na napačni strani in ga je povozil drug vlak.

<sup>31</sup> Glej čl. 3 Zakona o policiji (Ur. l. RS, št. 49/1998, zadnja sprememba 40/2012).

<sup>32</sup> Vrhovno sodišče, odločba v zadevi II Ips 925/2008 z dne 16. 2. 2012.

<sup>33</sup> Glej VSL II Cp 410/1999 z dne 15. 12. 1999.

(umor), ki jo je povzročil posameznik.<sup>34</sup> Država namreč ni vedela in ni mogla vedeti za ogroženost kasnejše žrtve. Protipravnost je sodišče prepoznalo v tem, da naj bi slovenski »organi pregona« ne bili dovolj aktivni pri kazenskem pregonu storilca za neki drug umor, ki naj bi se pred časom zgodil v tujini. Čeprav za to dejanje v Sloveniji ni bilo dovolj dokazov, je sodišče menilo, da bi bili morali organi pregona storilca v Sloveniji pripreti, saj je bil nevaren; če pa bi bil v priporu, ne bi mogel umoriti žrtve. Sodba Vrhovnega sodišča temelji na zgrešenem konceptu odgovornosti države za nevarnega posameznika. Iz nje izhaja obveznost organov pregona (države), da škodno nevarnost, ki izhaja od tega posameznika, nevtralizirajo, sicer bo država povrnila škodo, ki jo bo povzročil. Od države seveda ni mogoče pričakovati, da bo vsakemu posamezniku garantirala varstvo pravic pred posegi drugih posameznikov.<sup>35</sup> V primerih, kot je ta, v katerem je storilec umrl brez premoženja za povrnitev škode, se zdi veliko primernejša uporaba povrnitvene sheme po ZOŽKD.<sup>36</sup>

### *b) Odgovornost države za varno uporabo javnega dobra?*

V zadevi, v kateri je škoda nastala, ko je na težko dostopnem kamnitem obalnem območju pod naravnimi klifi, kjer ni urejene plaže niti urejene poti, kot posledica naravnih erozijskih procesov na oškodovanko med sprehodom padel kamen, je Višje sodišče v Ljubljani odgovornost države utemeljilo s tem, da je priobalno zemljišče javno dobro, za varnost in zdravje uporabnikov določenega javnega dobra pa naj bi odgovarjala država kot upravljavec javnega dobra.<sup>37</sup> Po mnenju sodišča bi bila država na vse možne dostope na sporno mesto dolžna postaviti opozorilne table z napisom »prehod na lastno odgovornost«. Stališče sodišča je napačno. Država ne more zagotavljati varnosti vsem uporabnikom vsega javnega dobra. Zgolj okoliščina, da nekje obstaja določena nevarnost, še ne pomeni, da nekdo zanjo tudi odgovarja. Enako velja za naravne vrednote. Tudi vzpon na Triglav je lahko nevaren, vendar planinec od države ne more zahtevati povrnitve škode, češ da bi mu morala preprečiti izlet v gore oziroma postaviti opozorilne table na prav vse možne dostope. Površina Slovenije pač ni v celoti varna in tudi ni v celoti pokrita z območji, na katerih nekdo odgovarja za varnost. Poleg tega pa opozorilne table ne vzpostavljajo ravnanja na lastno odgovornost, saj to obstaja samo po sebi.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Vrhovno sodišče, sodba v zadevi II Ips 280/2010 z dne 26. 2. 2012. Gre za umor Ljubice Ulčar, ki ga je zagrešil znani slovenski morilec Silvo Plut, ki je kasneje, v zaporu, storil samomor.

<sup>35</sup> Več: Možina, Odškodninska odgovornost države za kazniva dejanja posameznikov, Revija za kriminalistiko in kriminologijo 1/2014.

<sup>36</sup> Zakon o odškodnini žrtvam kaznivih dejanj (ZOŽKD), Ur. l. RS, št. 101/2005.

<sup>37</sup> VSL II CP 3750/2009 z dne 3. 6. 2010.

<sup>38</sup> Več o sodbi: Možina, Odgovornost države za padajoče kamenje, Pravna praksa 2/2011, str. 6.



### c) *Odgovornost za informacije*

Država lahko odgovarja tudi za informacije, ki jih podaja, oziroma za uradne evidence. Podajanje napačnih informacij samo po sebi še ni protipravno ravnanje, to pa lahko postane, »če sta ponudnik in prejemnik informacije v posebnem, bližnjem odnosu«, za katerega gre, če se npr. prejemnik informacije lahko upravičeno zanese na pravilnost informacije, ponudnik pa ve oziroma mora vedeti, da se bo prejemnik na informacijo zanesel.<sup>39</sup> Tako je Vrhovno sodišče utemeljilo odgovornost občine za nepravilno lokacijsko informacijo.<sup>40</sup> Lokacijska informacija je uradni podatek o prostorskem režimu na določenem področju, ki je namenjen tudi zagotavljanju investicijske varnosti.

Sodišče je državi prisodilo odgovornost tudi zaradi opustitve obvestila.<sup>41</sup> Oškodovanka se je poškodovala pri padcu na poškodovani pešpoti ob stavbi okrajnega sodišča in si zlomila zapestje. Razlog za padeč je Vrhovno sodišče videlo v tem, da so se posedle plošče, s katerimi je bila tlakovana pot, le v majhnem delu (15 %) pa v prispevku oškodovanke zaradi lastne nepazljivosti, kljub temu, da je oškodovanka pot poznala, da je bilo vreme sončno in da ni šlo za nevarno stvar. Ob tem pa zemljišče sploh ni bilo v lasti države, ampak občine, čeprav je za njegovo vzdrževanje (košenje trave, čiščenje snega) skrbelo sodišče. Vrhovno sodišče je odgovornost naprtilo državi zato, ker naj bi imelo sodišče kot prvo možnost zaznati posednost plošč in bi moralo kot dober gospodar obvestiti o tem tistega, ki je bil dolžan poskrbeti za sanacijo poti. Izpolnjena obveznost bi po mnenju Vrhovnega sodišča preprečila nastanek škode. Vrhovno sodišče je kot odločilno izpostavilo okoliščino, da oškodovanki »zaradi posednosti varno gibanje po poti ni bilo zagotovljeno« (brez podatka, ali gre za javno cesto oziroma pot). Ob tem velja opozoriti, da se kljub zatrjevanju, da naj bi šlo za zasebnopravno razmerje, Vrhovno sodišče vendarle sklicuje tudi na oblastno ravnanje, saj izpeljuje dolžnost opozarjanja iz funkcije sodišča (»državni organ, ki posluje s strankami«). Tudi če pustimo ob strani do oškodovanke izjemno velikodušno oceno njenega prispevka, je konstrukcija odgovornosti v tej zadevi sila nenavadna. Odgovarjal bi lahko kvečjemu subjekt, ki je zavezan to pot vzdrževati, ne pa subjekt, ki bi ga lahko na to opozoril.

### d) *Odgovornost države za okolje*

Slovenska Ustava določa pravico vsakogar do zdravega življenjskega okolja v skladu z zakonom (čl. 72 odst. 1 URS). Ta pravica ni uvrščena v poglavje o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah. Iz Ustave tudi ne izhaja, da bi država vsakomur garantirala zdravo življenjsko okolje oziroma da bi za čezmerne posege vanj s strani drugih subjektov odškodninsko odgo-

<sup>39</sup> Vrhovno sodišče, odločba v zadevi II Ips 103/2009.

<sup>40</sup> Prav tam.

<sup>41</sup> Sodba Vrhovnega sodišča z dne 27. 11. 2003 v zadevi II Ips 586/2002.



varjala. Ustava obveznost države opredeljuje kot skrb za zdravo življenjsko okolje, zakon pa določa pogoje in načine za opravljanje gospodarskih in drugih dejavnosti (čl. 72 odst. 2 URS). Določa še, da pogoje in obseg odškodninske odgovornosti povzročitelja za škode v življenjskem okolju ureja zakon (čl. 72 odst. 3 URS). Iz Ustave pa ne izhaja, da bi država vsakomur garantirala zdravo življenjsko okolje oziroma da za (čezmerne) posege vanj odškodninsko odgovarja.

Zakon o varstvu okolja (ZVO-1) glede odprave posledic čezmernega obremenjevanja okolja, vključno z odškodninsko odgovornostjo, določa objektivno odgovornost povzročitelja.<sup>42</sup> Pojem okoljske škode ni enak civilnopravnemu pojmu škode, zakon ga opredeljuje kot večjo škodo, povzročena posebnim delom okolja.<sup>43</sup> Država je dolžna odpravljati posledice čezmerne obremenitve subsidiarno, tj. če stroškov ni mogoče naložiti povzročiteljem ali posledic ni mogoče drugače odpraviti (načelo subsidiarnega ukrepanja).<sup>44</sup> Vendar pa to ne pomeni, da država (ali občina) odškodninsko odgovarja posameznikom zaradi posledic čezmerne obremenitve okolja. Stroški subsidiarnega ukrepanja države ali občine namreč ne pokrivajo stroškov odškodninskih zahtevkov oškodovancev zaradi posledic čezmerne obremenitve okolja.<sup>45</sup> Vendar pa s tem ni izključena odgovornost povzročitelja okoljske škode nasproti tretjim osebam v skladu z Obligacijskim zakonikom.<sup>46</sup>

Slovenska sodišča so v odškodninskih sporih državo zelo pogosto obsojala na plačilo odškodnino zaradi posega v pravico posameznikov do zdravega okolja. Pri tem so se opirala na obligacijskopravno varstvo okolja, ki omogoča širše varstvo od upravnopravnega.<sup>47</sup> Znana je denimo množica več tisoč tožb stanovalcev ob cesti Pesnica–Vučja vas ter stanovalcev Cankarjeve in Tišinske ulice v Murski Soboti. Dokler ni bila zgrajena pomurska avtocesta, je celoten potniški in tovorni cestni promet (zlasti mednarodni, z Madžarsko), potekal po cesti skozi naselja. Ljudje so zato trpeli povečan hrup, tresljaje ter druge vplive ceste. Prebivalci so svoje odškodninske zahtevke oprli na obligacijskopravni institut imisije, v skladu s katerim je mogoče zahtevati povrnitev škode, nastale zaradi sicer splošno koristne in dovoljene dejavnosti, kolikor škoda presega običajne meje (čl. 133 odst. 3 OZ). V sodni praksi in teoriji velja, da ta odškodninski zahtevek ni odvisen od krivde.<sup>48</sup>

<sup>42</sup> Glej čl. 9 Zakona o varstvu okolja (ZVO-1), Ur. l. RS, št. 41/2004, zadnja sprememba 57/2012. Pojem okoljske škode se sicer razlikuje od obligacijsko-pravnega pojma škode, glej opredelitev v čl. 3 (tč. 6.8.2) ter čl. 110b.

<sup>43</sup> Glej čl. 3 tč. 6.8.2. ter čl. 110b ZVO-1.

<sup>44</sup> Glej čl. 11 odst. 1 in 2 ter čl. 110a ZVO-1.

<sup>45</sup> Glej čl. 11. odst. 5 ZVO-1.

<sup>46</sup> Glej čl. 110a odst. 6 ZVO-1.

<sup>47</sup> Glej Damjan, Množični zahtevki zaradi posegov v zdravo življenjsko okolje, *Pravni letopis* 2011, str. 243.

<sup>48</sup> Glej Jadek-Pensa, v: Juhart/Plavšak (ur.), *OZ s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2003, čl. 133, str. 763.

Sodišča so državo, ki je »dopustila« tovorni promet skozi naselja, štela za povzročitelja onesnaževanja. To so utemeljila s tem, da država zaračunava takse za uporabo cest, katerih namen je pokritje stroškov, med drugim stroškov odškodnin zaradi onesnaževanja zraka in zmanjševanja posledic hrupa in prometa, zato je tudi zavezana za plačilo odškodnin zaradi čezmernega obremenjevanja okolja.<sup>49</sup> V tem smislu so sodišča obveznost države glede okolja razumela kot garancijo zdravega življenjskega okolja vsem prebivalcem v smislu, da posegi v okolje ne bodo preseгли določenih (predpisanih, običajnih) vrednosti, v nasprotnem primeru pa bo država povrnila škodo.<sup>50</sup> Štela so, da je bila prebivalcem s prometom obremenjenih naselij kršena ustavna pravica do zdravega življenjskega okolja, posledica pa je odškodninska odgovornost države glede na 10. in 79. čl. Zakona o varstvu okolja<sup>51</sup>

Vrhovno sodišče je že v letu 1993 v primeru, kjer je oškodovanca motil pretiran in dolgotrajen hrup iz sosedove mizarске delavnice, pravico do zdravega življenjskega okolja iz čl. 72 URS štelo med osebnostne pravice, poseg vanjo pa sankcioniralo z denarno odškodnino za duševne bolečine.<sup>52</sup>

To sodno prakso so sodišča uporabila tudi v množičnih zahtevkih zoper državo zaradi vplivov ceste. Štela so, da so hrup, tresljaji in drugi vplivi ceste na osebnostne pravice prebivalcev vplivali v takšni meri, da je mogoče priznati denarno odškodnino za duševne bolečine zaradi posega v osebnostne pravice. Sodišča so menila, da so prebivalci zaradi ceste »trpeli psihično neugodje (nespečnost, nezbranost, nervoznost ipd.)«<sup>53</sup> v obsegu, ki presega normalne, običajne meje v tem okolju.<sup>54</sup> Sodišča so se v sodbah ukvarjala predvsem z višino odškodnine za nepremoženjsko škodo (praviloma glede na oddaljenost stanovanja od ceste ter glede na čas izpostavljenosti). Kolikor je razvidno (in v okviru postavljenih trditev), sodišča niso obravnavala vprašanja možnosti ukrepov varstva pred hrupom in morebitnih kršitev dolžnosti zmanjševanja škode.

<sup>49</sup> Vrhovno sodišče, sodba v zadevi II Ips 940/2007 z dne 24. 1. 2008.

<sup>50</sup> Glej npr. VSM v sodbi Cp 231/2011 z dne 7. 9. 2011: »Tožnik kot oškodovanec je upravičen do pravične denarne odškodnine po kriterijih iz 179. člena Obligacijskega zakonika (v nadaljevanju OZ), za telesne bolečine, duševne bolečine in za strah, ki izvirajo iz posega v njihovo pravico do zdravega življenjskega okolja, ki je ustavna pravica in pripada vsakomur, država pa jo mora zagotavljati, pri čemer tak poseg predstavlja v našem primeru imisija hrupa, nad tolerančno mero«.

<sup>51</sup> Vrhovno sodišče, sodba v zadevi II Ips 940/2007 z dne 24. 1. 2008. Tudi v tistem času veljavni ZVO je, sicer z nekoliko drugačnim besedilom, določal načelo odgovornosti povzročitelja, odgovornost (le) glede subsidiarnega ukrepanja pa je nalagal tudi državi oziroma občini. Glej čl. 9 ZVO, kot je veljal denimo v letu 2004 (Ur. l. RS, št. 32/1993, zadnja sprememba 107/2004).

<sup>52</sup> Vrhovno sodišče, sodba v zadevi II Ips 507/92 z dne 25. 3. 1993.

<sup>53</sup> Vrhovno sodišče, sodba v zadevi II Ips 260/2011 z dne 5. 9. 2013,

<sup>54</sup> Vrhovno sodišče, sodba v zadevi II Ips 170/2009 z dne 26. 3. 2009.

Prebivalci, ki živijo ob prometni cesti, so na neki način žrtve izvajanja splošno koristne dejavnosti, zato so načeloma – podobno kot pri razlastitvi – upravičeni do nadomestila, saj se je moral njihov interes umakniti javnemu interesu.<sup>55</sup> Po drugi strani pa se zdi, da utegne biti avtomatičen prenos načela (objektivne) odgovornosti povzročitelja za čezmerne imisije, ki se je razvilo v odškodninskih razmerjih med zasebnopravnimi subjekti, na državo, ki je »dopustila« uporabo določene infrastrukture, pretiran. Vendarle bi se kazalo vprašati, ali je imela država pri svojih odločitvah o poteku prometa po teh cestah na voljo ustrezne alternative (naj bi zaprla vse ceste proti Madžarski?), pa se je odločila narobe. Ker so sodišča očitno štedila, da država objektivno odgovarja, se o njeni krivdi niso spraševala, prav tako v sodbah ni konkretno izkazana protipravnost.

Vprašanje, ali država prebivalcem odgovarja za posege v okolje, je bilo sporno že v starejši sodni praksi. Hrvaško vrhovno sodišče je denimo zavrnilo odgovornost »družbenopolitične skupnosti«, katere organ je izdal dovoljenje za graditev naprav, za škodo, ki izvira iz imisij iz teh naprav.<sup>56</sup> Po drugi strani je bosansko-hercegovsko vrhovno sodišče priznalo odškodnino v breme imetnika voda visoke napetosti (torej državnega podjetja, države) zaradi zmanjšane možnosti uporabe družinske hiše zaradi prevelike bližine visokonapetostnega voda, čeprav je bil zgrajen na podlagi odobritve pristojnega organa.<sup>57</sup>

Sodna praksa ESČP glede obveznosti države na področju varstva okolja, praviloma na podlagi čl. 8 EKČP (pravica do zasebnega in družinskega življenja), ne daje opore za stališče, da mora država vsem zagotavljati pravico do mirnega in čistega okolja. Vendar pa lahko zaradi posegov v okolje pride tudi do posega v zasebno in družinsko življenje. V primeru Hatton in drugi proti Združenemu kraljestvu, kjer je šlo za nočni hrup v okolici letališča Heathrow, je sodišče odločilo, da država ni neposredno posegla v pravico posameznikov do zasebnega in družinskega življenja, saj letališča in letal neposredno ne upravlja.<sup>58</sup> Vendar pa je država dolžna sprejeti razumne in primerne ukrepe za zagotovitev pravice iz čl. 8 EKČP, pri tem pa mora zasledovati pravično ravnovesje med nasprotujočimi si interesi posameznika in skupnosti. Glede tega, kako to doseže, ima država diskrecijsko pravico. Vendar na posebej občutljivem področju varstva okolja zgolj sklicevanje na gospodarsko blaginjo države samo po sebi ne more pretehtati nad interesi posameznikov. Veliki senat ESČP je presodila, da država ni prekoračila diskrecijske pravice, poleg tega pa je sprejela ustrezne ukrepe za zmanjšanje učinkov letalskega hrupa. Slednji tudi ni vplival na cene nepremičnin in ljudje so se lahko preselili drugam brez finančne

<sup>55</sup> Glej tudi Juhart, Zahtevki zaradi opravljanja splošno koristne dejavnosti, Podjetje in delo 6-7/2009, str. 1302.

<sup>56</sup> Glej sodbo VS Hrvaške v zadevi Gž 4236/77 z dne 15. 8. 1978, cit. po Strochsack, Obligacijska razmerja II, Uradni list, Ljubljana, 1990, str. 57.

<sup>57</sup> VS BiH, rev. 32/83 z dne 21. 4. 1983, cit. po: Strochsack, Obligacijska razmerja II, Uradni list, Ljubljana, 1990, str. 56.

<sup>58</sup> Glej ESČP, sodba v zadevi Hutton in drugi z dne 2. 10. 2001.

izgube. ESČP pa je tu ugotovilo, da je bilo pravno varstvo pred angleškimi sodišči omejeno na klasične koncepte angleškega prava in ni omogočalo ugotavljanja, ali je bila ureditev o letalskem hrupu utemeljena omejitev pravic posameznikov, zato je ugotovilo kršitev člena 13 EKČP (pravica do pravnega sredstva), za katero pa ni prisodilo odškodnine.

## 2.5. Neposredna odgovornost države in regresni zahtevek zoper povzročitelja škode

Ustava v čl. 26(2) določa, da lahko oškodovanec v skladu z zakonom zahteva odškodnino tudi neposredno od povzročitelja škode. Tak zakon je Zakon o javnih uslužbencih, ki v čl. 135 (2) določa, da »javni uslužbenec«<sup>59</sup> tretji osebi neposredno odgovarja za škodo, ki jo povzroči pri delu ali v zvezi z delom, vendar le, če je škodo povzročil naklepno. Uradnik sam je torej neposredne (osebne) odškodninske odgovornosti v veliki meri razbremenjen, odgovornost pa je prenesena na državo. Namen razbremenitve neposredne odgovornosti uradnikov je v spodbujanju njihove samoiniciativnosti oziroma samostojnosti pri delu. Seveda v tem primeru oškodovancu odgovarja tudi država, odgovornost uradnika in države pa je solidarna. Enaka je tudi ureditev odgovornosti delodajalca za delavce v čl. 147(2) OZ.

Uradnik (javni uslužbenec) pa je državi – svojemu delodajalcu – regresno zavezan: če država izplača oškodovancu odškodnino, lahko v primeru, da je bila škoda povzročena namenoma ali s hudo malomarnostjo, zahteva povrnitev škode od javnega uslužbenca.<sup>60</sup>

Vsi, ki ravnajo v imenu države oziroma izvršujejo javna pooblastila, pa ne sodijo med javne uslužbence. To velja predvsem za funkcionarje v državnih organih ali organih lokalnih skupnosti. Kot poudarja Vrhovno sodišče, je treba od delavcev v javnem sektorju razlikovati člane državnih organov: medtem ko je za prve upravičena uporaba pravil o odškodninski odgovornosti za ravnanje drugega, gre pri drugih za lastno ravnanje države, zato zanje neposredno odgovarja država.<sup>61</sup> Tu se uporabljajo pravila o odgovornosti pravne osebe za ravnanje njenega organa iz čl. 148(1) OZ, ki ne določajo osebne odgovornosti. V primeru sodnikov in državnih tožilcev zakon ne določa njihove neposredne (osebne) odškodninske odgovornosti,

<sup>59</sup> V skladu s čl. 1 ZJU je javni uslužbenec vsak posameznik, ki sklene delovno razmerje v javnem sektorju, tj. v državnih organih oziroma upravi lokalnih skupnosti, z izjemo državnih organov in organov lokalnih skupnosti. V javni sektor nadalje sodijo zaposleni v javnih agencijah, javnih skladih, javnih gospodarskih zavodih in drugih osebah javnega prava, ki so posredni uporabniki državnega ali občinskega proračuna. Del javnega sektorja pa niso javna podjetja in gospodarske družbe, v katerih ima država oziroma občina večinski delež ali prevladujoč vpliv.

<sup>60</sup> Glej čl. 139 ZJU ter čl. 147(3) OZ, s tem da je uveljavljanje regresne odgovornosti »delavca« časovno omejeno na šest mesecev od izplačila odškodnine.

<sup>61</sup> Glej sodbo VS v zadevi II Ips 111/2009 z dne 10. 9. 2012, tč. 12–13.

kajti zagotovljena mora biti neodvisnost njihovega delovanja.<sup>62</sup> Njihova osebna odškodninska odgovornost, poleg odgovornosti države zanje, namreč ne bi – tako kot nasploh institut odškodninske odgovornosti države – služila uresničevanju načela pravne države, ampak prej discipliniranju posameznega sodnika ali državnega tožilca.<sup>63</sup> Na vprašanje, ali so sodniki, državni tožilci in drugi državni organi državi regresno zavezani, bi bilo mogoče na podlagi čl. 148(2) OZ odgovoriti pritrdilno, vendar se glede osebne regresne odškodninske odgovornosti sodnika pojavljajo enaki pomisleki glede njihove samostojnosti in neodvisnosti.<sup>64</sup>

Neposredna odškodninska odgovornost sodnika oškodovancu pa bi prišla v poštev, če bi bila njegova kršitev službenih dolžnosti takšne narave in intenzivnosti, da bi pomenila npr. kaznivo dejanje protizakonitega, krivičnega in pristranskega sojenja (čl. 288 KZ-1). Ne le za sodnike, ampak tudi za druge državne organe bi lahko prišla v poštev tudi druga kazniva dejanja, npr. zloraba uradnega položaja (čl. 261 KZ-1). Če je bil posameznik oškodovan, storilec pa spoznan za krivega kaznivega dejanja, potem ni videti razloga, da storilec ne bi odgovarjal tudi odškodninsko.

## 2.6. Odgovornost države za kršitve prava EU

V pravu EU je vzpostavljeno načelo odškodninske odgovornosti države članice EU posameznikom zaradi kršitve prava EU. Doktrino je razvilo Sodišče EU v letu 1991 v zadevi Francovich.<sup>65</sup> Država članica odškodninsko odgovarja posameznikom, ki so utrpeli škodo zaradi tega, ker država v svoj pravni red ni prenesla direktive (ki sicer sama po sebi v horizontalnih pravnih razmerjih nima neposrednega učinka). Sodišče je odgovornost izpeljalo iz Pogodbe o ES in jo videlo kot nujno za učinkovitost prava Skupnosti.<sup>66</sup> Predpostavke za povrnitev škode so, (1) da je namen kršenega pravila v zagotovitvi pravic posameznikom, katerih vsebina je določena oziroma določljiva in nepogojna, (2) da je kršitev dovolj resna in (3) da je nastala

<sup>62</sup> Zobec, *Neposredna civilna odgovornost sodnikov*, Pravna praksa 19/2005, str. 6, ter sodba iz prejšnje op., tč. 23.

<sup>63</sup> Sodba VS v zadevi II Ips 111/2009 z dne 10. 9. 2012, tč. 33.

<sup>64</sup> Da sodniki niso regresno zavezani, meni Zobec, *Civilna odgovornost za sodniške napake* (v tem zvezku).

<sup>65</sup> Sodba Sodišča ES z dne 19. 11. 1990 v združenih zadevah Francovich in drugi proti Republiki Italiji (C-6 in 9/90), tč. 35. Tožniki so bili zaposleni pri delodajalcu, ki je šel v stečaj in ni mogel izplačati plač. Italijanski zakonodajalec pa je zamujal s prenosom Direktive 80/987 o varstvu delavcev v primeru insolventnosti delodajalca (danes direktiva 2008/94/ES). Nekoliko ironično: Andrea Francovich, po katerem je bila poimenovana doktrina odškodninske odgovornosti države za kršitve prava EU, na koncu odškodnine ni dobil, saj njegov zahtevek ni sodil na področje uporabe direktive. Glej sodbo Sodišča ES z dne 9. 11. 2003 (C-479/93) ter van Dam, *European Tort Law*, Oxford University Press, 2006, str. 32.

<sup>66</sup> Glej tudi sodbe Sodišča ES v zadevah Brasserie du pêcheur in Factortame (C-46/93 in C-48/93), tč. 31; sodbe z dne 26. 3. 1996 v zadevi British Telecommunications (C-392/93), tč. 38; z dne 23. 5. 1996 v zadevi Hedley Lomas (C-5/94), tč. 24; z dne 8. 10. 1996 v združenih zadevah Dillenkofer in drugi (C-178/94, C-179/94 in od C-188/94 do C-190/94), tč. 20, in z dne 2. 4. 1998 v zadevi Norbrook Laboratoires (C-127/95), tč. 106.

škoda (4) ter da je med kršitvijo in škodo neposredna vzročna zveza.<sup>67</sup> Država torej za neprenos evropskega prava odgovarja posameznikom kot celota, ne da bi bilo potrebno protipravnost ravnanja konkretno izkazati.

Država članica pa ni odškodninsko odgovorna le tedaj, kadar pravo Skupnosti z nepravilnim prenosom oziroma neprenosom direktive kršita njen zakonodajalec ter vlada, ampak tudi tedaj, kadar ga kršijo drugi organi – denimo z neuporabo ali nepravilno uporabo prava EU. Tako država članica odgovarja za ravnanje svojih upravnih organov,<sup>68</sup> pa tudi za ravnanje svojega sodišča, ki odloča na zadnji instanci (tj. proti odločitvi katerega ni pravnega sredstva), kadar to sodišče dovolj resno krši pravo EU, ki zagotavlja pravice posameznikom, in je med kršitvijo in škodo posamezniku neposredna vzročna zveza.<sup>69</sup> Da bi ugotovilo, ali je kršitev dovolj resna, mora sodišče ugotoviti, ali je kršitev očitna, upoštevajoč posebno naravo sodne funkcije.<sup>70</sup> Pri tem je treba upoštevati vse okoliščine primera, zlasti pa stopnjo jasnosti in natančnosti kršene določbe, naklepnost kršitve, (ne)opravičljivost pravne zmote, morebitno stališče organov Skupnosti ter kršitev obveznosti predložitve predhodnega vprašanja. Za druga vprašanja povrnitve škode, povzročene s kršitvijo prava EU, se uporabi nacionalno pravo države članice, ki za tak primer ne sme vsebovati predpostavk, ki bi bile manj ugodne od predpostavk podobnih zahtevkov po »čistem« nacionalnem pravu, oziroma predpostavk, zaradi katerih bi bilo v praksi nemogoče ali pretirano težko dobiti odškodnino. Nacionalno pravo se denimo uporabi glede vprašanja zastaranja, prispevka oškodovanca in dolžnosti zmanjševanja škode (npr. z neujeljavljanjem primarnega pravnega varstva), vprašanje krivde pa se obravnava v okviru vprašanja »resnosti« kršitve.

Za škodo, ki jo pri opravljanju svojih dolžnosti povzročijo institucije in uslužbenci EU, odgovarja tudi sama EU.<sup>71</sup>

### 3. Odgovornost države brez protipravnega ravnanja: povrnitvene sheme

V nekaterih primerih predpisi določajo objektivno odškodninsko odgovornost države za določene škode. Odgovornost ne temelji na protipravnem ravnanju države, saj ravnanje države

<sup>67</sup> Glej sodbi Sodišča ES v zadevah Francovich (op. 39) in Brasserie du Pêcheur (glej prejšnjo op.). Glej tudi sodbe Sodišča ES z dne 5. 3. 1996 v zadevah Brasserie du pêcheur in Factortame (C-46/93 in C-48/93), tč. 32; z dne 1. 6. 1999 v zadevi Konle, C-302/97, tč. 62, in sodbo z dne 4. 7. 2000 v zadevi Haim (C-424/97), tč. 27.

<sup>68</sup> Glej Sodbo Sodišča ES z dne 23. 5. 1996 v zadevi Hedley Lomas (C-5/94).

<sup>69</sup> Izrek sodbe Sodišča ES z dne 30. 9. 2003 v zadevi Köbler (C-224/01).

<sup>70</sup> Prav tam, tč. 104 in nasl.

<sup>71</sup> Glej čl. 340 PDEU (prej čl. 288 PES). Veljajo enake predpostavke: kršeno pravilo mora biti namenjeno zagotovitvi pravic posameznikom, kršitev mora biti dovolj resna, med kršitvijo in škodo pa mora obstajati neposredna vzročna zveza. Glej van Dam, *European Tort Law*, Oxford University Press, 2006, str. 498.

in vprašanje skrbnosti za presojo odgovornosti sploh nista relevantna. Pomembno je le, ali je nastala škoda in da ta škoda izvira iz dogodka, za katerega predpis določa objektivno odgovornost države (temelj odgovornosti). Glede obsega in drugih vprašanj povrnitve se ti predpisi v različni meri opirajo na nepogodbeno odškodninsko pravo OZ, pri čemer ga pogosto tudi modificirajo, npr. z dodatnimi predpostavkami odgovornosti. Nekatere sheme predvidevajo tudi poseben način povrnitve, pri katerem o zahtevkih po poenostavljenem postopku odločajo posebni organi (npr. v okviru ministrstev), ne sodišča, določena pa so tudi tarifi podobna merila obsega zahtevkov.<sup>72</sup>

Objektivna odgovornost države pomeni socializacijo določenega rizika, saj odškodnine prek proračuna bremenijo vse davkoplačevalce. Razlogi, zaradi katerih se država odloči določen riziko razpršiti na vse davkoplačevalce, so različni. V nekaterih primerih, npr. pri odgovornosti žrtvam nasilnih kaznivih dejanj ter žrtvam vojnega in povojnega nasilja, gre za socialne odškodnine, kjer se družba odloči, da bo pomagala določenim kategorijam oškodovancev. Nekatere druge primere odgovornosti lahko razložimo s tem, da je nadomestilo škode korekcija žrtvovanja individualnega na račun javnega interesa, ki jo zahteva pravičnost, denimo pri povrnitvi škode zaradi razlastitve ali škode, nastale zaradi obveznega cepljenja. Poseben primer je odškodninska odgovornost zaradi predolгих sodnih postopkov, ki je bila oblikovana zato, da bi država prebivalcem zagotovila pravno sredstvo in se s tem izognila nadaljnjim množičnim obsodbam pred ESČP.

### 3.1. Odgovornost za divje živali

Država objektivno odgovarja za škodo, ki jo povzroči divjad (srna, jelen, gams, zajec, divji prašič itn.) na področjih izven lovnih površin, če zanjo (krivdno) ne odgovarja upravljavec lovišč.<sup>73</sup> Država pod določenimi pogoji objektivno odgovarja tudi za škodo, ki jo povzročijo zavarovane prosto živeče živali, kot npr. medved, volk ali ris.<sup>74</sup> Poseben pogoj odgovornosti je, da je oškodovanec na primeren način kot dober gospodar izvedel vse potrebne ukrepe, da

<sup>72</sup> Glej npr. čl. 56 Zakona o divjadi in lovstvu (ZDLov-1). Oškodovanec mora škodo, za katero je odgovorna RS, prijaviti v treh dneh s pisno prijavo pooblaščenca, ki ga minister določi z odločbo. Če v osmih dneh ne pride do sporazuma o povrnitvi, pošlje oškodovanec prijavo ministrstvu, pristojnemu za divjad. Ministrstvo izda odločbo, oškodovanec pa lahko s tožbo zahteva odločitev sodišča.

<sup>73</sup> Glej čl. 54 Zakona o divjadi in lovstvu (ZDLov-1, Ur. l. RS, št. 16/2004, 17/2008) ter Uredbo o določitvi divjadi in lovnih dob (Ur. l. RS, št. 101/2004). Za škodo, povzročeno na lovnih površinah, odgovarja upravljavec lovišč (lovska organizacija). Posebna pravila veljajo za škodo, ki nastane ob trku divjadi in vozila: če voznik ni vozil v skladu s predpisi, odgovarja voznik; če je škoda nastala po krivdi upravljavca, odgovarja upravljavec; če pa nobenemu ni mogoče očitati krivde, nosi upravljavec škodo na divjadi in voznik škodo na vozilu.

<sup>74</sup> Glej čl. 54(5) Zakona o divjadi in lovstvu ter čl. 92 in 93 Zakona o ohranjanju narave (ZON, Ur. l. RS, št. 56/1999, 31/2002, 119/2006, 32/2008) in Uredbo o zavarovanih prosto živečih živalskih vrstah (Ur. l. RS, št. 46/2004, 109/2004, 84/2005, 115/2007, 96/2008, 36/2009, 102/2011).



bi škodo preprečil, oziroma, če škode ni bilo mogoče preprečiti na ta način, da je zahteval izvedbo ustreznih ukrepov (npr. postavljanje ograj, ulov) od pristojnega ministrstva. Izven teh okvirov pa država – čeprav so divje živali, ki živijo v naravnem okolju, naravno javno dobro – za škodo, ki jo povzroči divja žival, ne odgovarja, saj so tveganja srečanja s tako živaljo v naravnem okolju in morebitne škode, ki jih povzročijo običajna tveganja, povezani z gibanjem v takem okolju (v danem primeru: ugriz kače).<sup>75</sup>

V odmevnem primeru je sodišče državi naložilo objektivno odgovornost za premoženjsko in nepremoženjsko škodo, ki jo je oškodovanec utrpel ob srečanju z (zavarovanim) rjavim medvedom.<sup>76</sup> Šlo je za člana lovske družine, ki se je še z dvema lovčema v spomladanskem času, ko imajo medvedke mladiče, na osrednjem območju medveda odpravil na kraj, kjer je bil medvedji brlog, pri sebi pa je imel solzivec. Ko je zagledal polico, pred katero je bilo videti razmetan pesek, se je sam spustil navzdol proti polici, ker ga je zanimalo, »kaj se tam dogaja«. Ko se je približal brlogu, ga je napadla medvedka. Utrpel je zelo hude poškodbe. Sodišče je njegov prispevek ocenilo na zgolj 30 %. Ob tem velja spomniti, da čl. 92(1) Zakona o ohranjanju narave (ZON) omogoča le povrnitev premoženjske škode, ki jo povzročijo zavarovani sesalci in ptiči, še to pa pogojuje s tem, da oškodovanec »na primeren način in kot dober gospodar« prej stori vse potrebno, da svoje premoženje obvaruje pred nastankom škode. Sodišče je menilo, da se povrne vsa, ne le premoženjska škoda, kar je poskušalo utemeljiti z Zakonom o divjadi in lovstvu, ki povrnitve škode, ki jo povzroči divjad, ne omejuje na nepremoženjsko škodo, glede škode, ki jo povzročijo zavarovane vrste sesalcev in ptičev, pa se sklicuje na ZON. Zahtevo po predhodni izvedbi primernih ukrepov, ki jo določa ta zakon, je sodišče prezrlo. Med primernimi ukrepi zakon našteva odvratanje, postavljanje ograd, ulov posameznih osebkov in redčenje populacije. Iz tega je mogoče povzeti cilj zakona, ki je kvečjemu v varstvu kmetov, ki jim medved povzroči škodo z napadi na domače živali, pod pogojem, da so izvedli ustrezne varstvene ukrepe. Ne more pa biti zakon namenjen temu, da država objektivno odgovarja za kakršnokoli škodo, ki jo komurkoli povzroči katerikoli sesalec ali ptič s seznama iz priloge Uredbe o zavarovanih prosto živečih živalskih vrstah. Kljub tragičnim posledicam je vendarle mogoče reči, da zakon rizika, ki izhaja iz namernega izzivanja medvedke z mladiči v njenem brlogu, ne bi smel prenašati na davkoplačevalce. Spodbujati bi moral skrbno ravnanje posameznikov v smislu preprečevanja nastanka škode. Ne smemo tudi pozabiti, da družba posameznika, ki utрпи hude poškodbe, pa čeprav je sam odgovoren zanje, nikakor ne pusti na cedilu, ampak mu prek sistemov zdravstvenega in drugih socialnih zavarovanj in dajatev priskoči na pomoč in prevzame velik del škode v smislu zagotavljanja zdravstvenih storitev, nadomestila plače, varstva invalidov itn.

<sup>75</sup> Vrhovno sodišče, odločba v zadevi II Ips 477/2007 z dne 18. 2. 2010.

<sup>76</sup> Glej odločbo Okrožnega sodišča v Ljubljani v zadevi P 68/2009 z dne 15. 12. 2011, ki jo je potrdilo Višje sodišče v Ljubljani v sodbi št. II Cp 1184/2012 z dne 16. 1. 2013.



O smiselnosti objektivne odgovornosti države za škodo, ki jo povzročijo živali, bi veljalo ponovno razmisliti. Prav tako bi bilo treba ponovno oceniti, ali objektivna odgovornost države za škodo, ki jo povzročijo živali zavarovanih vrst, v resnici prispeva k ohranjanju teh vrst.

### 3.2. Odgovornost za neupravičeno obsodbo in neutemeljen odvzem prostosti

Določena je v Zakonu o kazenskem postopku.<sup>77</sup> Ureditev je glede temelja odgovornosti neodvisna od splošnega obligacijskega prava. Če je bil nekdo obsojen za kaznivo dejanje, pa je bil kasneje v novem postopku oproščen oziroma je bil postopek ustavljen, ima pravico do povrnitve škode od države, ne glede na to, da država – če se je držala predpisanih postopkov – ni ravnala protipravno. Posameznikova škoda je vendarle posledica ravnanja države.

Država izjemoma ne odgovarja, če je k obsodbi s svojim krivim pričanjem ali na drug način namenoma prispeval oškodovanec sam. Če je bil nekdo v priporu, pa ni bil uveden kazenski postopek oziroma je bil postopek uveden, pa je bil v njem oproščen oziroma je bil postopek ustavljen, lahko prav tako zahteva povrnitev škode od države. Enako velja, če je nekdo preostajal prostostno kazni, pa je bila kasneje izrečena krajša ali drugačna kazni oziroma je bil oproščen, pa tudi, če je bila nekomu zaradi napake ali nezakonitega dela državnega organa neutemeljeno odvzeta prostost. V vseh primerih odškodnine za okrnitev svobode se upošteva tudi ravnanje oškodovanca: če je s svojim nedovoljenim ravnanjem sam povzročil, da mu je bila odvzeta prostost, povrnitve škode ne more zahtevati. Država je dolžna povrniti tudi stroške obrambe obtoženca, če ta v postopku ni obsojen.<sup>78</sup> Seveda pa država za svoje protipravno ravnanje odgovarja tudi krivdno.

### 3.3. Odgovornost za posledice obveznega cepljenja

Poseben primer odgovornosti predstavlja objektivna odgovornost države za nekatere posledice obveznega cepljenja (resno in trajno zmanjšanje življenjskih funkcij, smrt), določena v Zakonu o nalezljivih boleznih,<sup>79</sup> ki predpisuje tudi poseben način povrnitve škode.<sup>80</sup> Razlog določitve odgovornosti je jasen: država zaradi očitnih koristi predpiše obvezno cepljenje, če pa

<sup>77</sup> Ur. l. RS, št. 63/1994, zadnja sprememba 58/2011. Glej čl. 538–543 ZKP.

<sup>78</sup> Glej čl. 96 ZKP (prejšnja op.).

<sup>79</sup> ZNB, Ur. l. RS, št. 69/1995, 25/2004, 47/2004, 119/2005. Glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 1253/2008 z dne 31. 5. 2012.

<sup>80</sup> Vloga se vloži pri ministrstvu za zdravje, ki tudi odloča o odškodnini, na podlagi mnenja Komisije za ugotavljanje vzročne zveze med obveznim cepljenjem in nastalo škodo. Višina odškodnine je omejena na 62.500 evrov, v primeru smrti pa lahko odškodnino zahtevajo tudi zakonci ali starši (največ 12.500 evrov) oziroma otroci (največ 21.000 evrov).

izjemoma zaradi cepljenja vendarle pride do škode (ki presega dajatve, zagotovljene v okviru socialnih zavarovanj), jo krije država na podlagi odškodninske odgovornosti.

### 3.4. Odgovornost zaradi predolгих sodnih postopkov

Na podlagi Zakona o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja država objektivno odgovarja tudi za škodo, ki je posledica predolgega trajanja sodnih postopkov.<sup>81</sup> Če sodni postopek traja nerazumno dolgo glede na okoliščine, lahko stranka, ki je poprej izčrpala t. i. pospešitveni pravni sredstvi (nadzorstveno pritožbo in rokovni predlog), zahteva pravično zadoščenje v obliki denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo v razponu od 300 do 5000 evrov, pisno izjavo Državnega pravobranilstva o kršitvi pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja ter objavo sodbe. Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo zaradi trajanja postopka po ZVPSBNO se razlikuje od splošne ureditve iz čl. 179 OZ, saj je podlaga zanjo že sam poseg v pravico do sojenja v razumnem roku, ne pa vrsta in količina posledičnega trpljenja (gre za t. i. objektivno koncepcijo nepremoženjske škode). Polega tega lahko stranka zahteva tudi povrnitev premoženjske škode. Namen te odškodninske odgovornosti je bil tudi v zagotovitvi pravnega sredstva na nacionalni ravni, s katerim bi se država izognila obsoodbam na ESČP. Danes ni dvoma, da je država posameznikom dolžna zagotoviti sojenje v primernem roku, vendar pa so za obdobje pred uveljavitvijo ZVPSBNO kljub temu, da gre za ustavno človekovo pravico, slovenska sodišča zavzela togo in konzervativno stališče, da po določbah OZ (ZOR) nepremoženjska škoda zaradi predolgega trajanja sodnih postopkov ni pravno priznana.<sup>82</sup>

### 3.5. Odgovornost žrtvam kaznivih dejanj

V skladu z Zakonom o odškodnini žrtvam kaznivih dejanj (ZOŽKD)<sup>83</sup> so državljani Slovenije in drugih držav članic EU, proti katerim je bilo na ozemlju RS storjeno nasilno kaznivo dejanje (utemeljen sum), upravičeni do povrnitve nekaterih oblik škode do določenih zneskov,<sup>84</sup> če je verjetno, da storilec škode ne bo povrnil. O priznanju odškodnine odloča posebna komisija. Kot smo že povedali, država na splošno prebivalcem ne more zagotavljati, da ne bodo žrtve kaznivih dejanj. Vendar pa se je utemeljeno odločila, da bo vsem žrtvam nasilnih kaznivih dejanj, ki na povrnitev škode od storilca ne morejo računati, pomagala s

<sup>81</sup> Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja (ZVPSBNO, Ur. l. RS, št. 49/2006, 58/2009, 30/2010). Glej čl. 15–23.

<sup>82</sup> Glej odločbe Vrhovnega sodišča v zadevah II Ips 800/2006, II Ips 591/2008 ter II Ip2 305/2009, vse z dne 24. 6. 2009.

<sup>83</sup> Glej op. 36.

<sup>84</sup> Glej čl. 8–18 ZOKŽD.

povrnitvijo določenih oblik škode. Svojo odgovornost je omejila z najvišjimi zneski. Država poskuša tako enakopravno obravnavati vse žrtve nasilnih kaznivih dejanj.

### 3.6. Odškodnina žrtvam vojnega in povojnega nasilja

Za posebno obliko odškodninske odgovornosti države gre tudi pri odškodnini žrtvam vojne-  
ga in povojnega nasilja.<sup>85</sup>

### 3.7. Odgovornost za škodo zaradi terorističnih dejanj, javnih demonstracij ali manifestacij

Poseben primer objektivne odgovornosti države predstavlja čl. 156 OZ, ki določa, da za škodo, premoženjsko in nepremoženjsko, ki je nastala s smrtjo ali telesno poškodbo kot posledico terorističnih dejanj, javnih demonstracij ali manifestacij, odgovarja država oziroma »tisti, ki bi jo bil po veljavnih predpisih dolžan preprečiti«. Najprej je treba upoštevati, da je zakon (ZOR, 1978) nastal v drugačnih družbenih in pravnih okoliščinah. Danes so javne demonstracije oziroma manifestacije del ustavno zagotovljene svobode zbiranja in izražanja in jih ni dopustno preprečiti.<sup>86</sup>

Za škodo, povzročeno na demonstracijah ali s terorističnimi dejanji, seveda najprej odgovarja povzročitelj sam, če ga je mogoče ugotoviti. Ker je to ugotavljanje praviloma težavno, je v interesu oškodovanca, da zanjo odgovarja država. Navsezadnje takšna dejanja praviloma niso usmerjena zoper konkretne oškodovance, ampak zoper državo ali lokalno skupnost, njune predstavnike, morebiti pa celo proti tujim državam.

V takih primerih je zanimivo tudi vprašanje prispevka oškodovanca. Zgolj udeležba na demonstracijah načeloma ne more pomeniti prispevka, udeležba pri nasilju, ki je pripeljalo do škodnih primerov, pa bi odgovornost države morala zmanjšati ali celo izključiti.

Glede na to, da je država sicer dolžna skrbeti za javni red in mir, popolne odsotnosti škode pa ne more zagotoviti, se zastavlja vprašanje primernosti objektivne odgovornosti za škodo na demonstracijah. Načeloma država za svoje oblastno ravnanje odgovarja krivdno. To pomeni, da odgovornosti ni, če je storila vse, kar je bilo glede varnosti od nje mogoče pričakovati. Ne vidim pravega razloga, zakaj bi država objektivno odgovarjala le za škodo na javnih demon-

<sup>85</sup> Glej Zakon o plačilu odškodnine žrtvam vojnega in povojnega nasilja (ZSPOZ), Ur. l. RS, št. 18/2001, zadnja sprememba 9/2011, ter Zakon o žrtvah vojnega nasilja (ZZVN), Ur. l. RS, št. 63/1995, zadnja sprememba 40/2012.

<sup>86</sup> Organizirane morajo biti v skladu z Zakonom o javnih zbiranjih, Ur. l. RS, št. 59/2002, zadnja sprememba 39/2011.

stracijah, medtem ko za škodo, nastalo v zvezi z vsemi drugimi njenimi dejavnostmi, odgovarja krivdno.

Prepričljivejši od objektivne odgovornosti za škodo na demonstracijah je institut odgovornosti za teroristična dejanja. Zdi se primerno, da država del tega rizika (škoda na osebah) odvzame nedolžnim žrtvam. Vendar bi bilo treba razmisliti tudi o finančnih posledicah, ki bi jih imelo morebitno teroristično dejanje za državni proračun, v smislu limita odgovornosti ali pa sklenitve zavarovalne pogodbe. Po drugi strani je teroristično dejanje tudi nasilno kaznivo dejanje, zato se škoda žrtvam povrne tudi v skladu z ZOŽKD.

Poleg države pa za škodo, nastalo s smrtjo ali telesno poškodbo, kot posledico splošnega nereda ali drugih izrednih okoliščin, povezanih s shodom večjega števila ljudi, v skladu s čl. 157 OZ objektivno odgovarja tudi organizator prireditve, za premoženjsko škodo, ki ni škoda na osebah, pa organizator odgovarja krivdno.

### 3.8. Odškodninska odgovornost za razlastitve

K odškodninski odgovornosti države v širšem smislu sodi tudi dolžnost povrnitve škode v zvezi z razlastitvami in omejitvami lastninske pravice. Tudi tu država ne ravna protipravno, saj izvaja predpisani postopek, vendar pa mora, kadar posamezniku omeji ali odvzame pravico zaradi prevladujočega javnega interesa, zagotoviti ustrezno nadomestilo.<sup>87</sup> Gre bolj za nadomestilo za »žrtvovanje« pravnih dobrin posameznika v korist družbe kot pa za klasično odškodninsko odgovornost.

## 4. Zaključek

Pravna podlaga odškodninske odgovornosti države za protipravno izvajanje oblasti je čl. 26 URS. Vendar pa se, ker določba podaja le nekatera najosnovnejša načela, ki so poleg tega v skladu z načeli obligacijskega prava o odgovornosti za drugega, za presojo odškodninske odgovornosti države uporabljajo pravila zasebnega prava o nepogodbeni odškodninski odgovornosti. Ob tem se zastavlja načelno vprašanje, ali je uporaba vseh zasebnopravnih pravil o povrnitvi škode, ki so bila zasnovana na modelu krivdne povzročitve škode enega posameznika drugemu posamezniku, primerna za razmerje med državo in posameznikom. Strinjamo se lahko z Vrhovnim sodiščem, da pri odgovornosti države na podlagi čl. 26 URS »ne gre za klasično, marveč posebno vrsto odgovornosti kot zaščito, ki jo je deležen vsakdo pred morebitno škodo, ki mu jo povzroči država s protipravnimi dejanji. Takšna posebna odgovornost bi terjala tudi

<sup>87</sup> Glej čl. 69 Ustave RS, čl. 93 in nasl. Zakona o urejanju prostora (ZUreP-1, Ur. l. RS, št. 110/2002, 8/2003, 58/2003, 337/2007, 108/2009, 80/2010).

*posebno zakonsko ureditev, ki pa je žal nimamo.*»<sup>88</sup> Zato moramo uporabljati obstoječe obli-  
 cijsko pravo.

Sodna praksa pa kaže, da kljub umeščenosti v isti sistem odgovornost države vendarle ni obravnavana povsem enako kot odgovornost zasebnopravnih subjektov. Najprej gre za posebnosti odgovornosti države, kakršna je denimo zahteva po hujši oziroma očitni kršitvi sodni-  
 kovih dolžnosti, ki se razlikuje od splošnih pravil o protipravnosti. Nadalje lahko ugotovimo, da slovenska sodišča ne kažejo posebnega razumevanja za upoštevanje zmožnosti državnega proračuna in odgovornosti države ne poskušajo omejiti, temveč ravno nasprotno: kaže, da so – kadar je država na pasivni strani –, celo prej pripravljena ugoditi odškodninskemu zahtevku oškodovanca. Prepoznavna je tendenca po socializaciji številnih običajnih življenjskih rizikov s pomočjo instituta odškodninske odgovornosti države. To velja zlasti v primerih, ko škode posamezniku ni povzročil državni organ z aktivnim ravnanjem, ampak je nastala drugače, npr. z delovanjem drugega posameznika ali naravnega pojava, sodišča pa so jo pripisala opustitvam države.

Večjo stopnjo socializacije rizika lahko sodišča dosežejo na različne načine, npr. tako, da (pre)strogo gledajo na dolžnosti države in denimo štejejo, da mora država posameznikom garantirati varnost pri uporabi javnega dobra ali varnost pred posegi v človekove pravice s strani drugih posameznikov. Enak učinek lahko sodišča dosežejo tudi tako, da v primeru, ko je na pasivni strani država, zelo skromno ocenijo prispevek oškodovanca ali pa z razlago vzročnosti – v primeru, ko na strani države ugotovijo kakršnokoli kršitev obveznosti, a ni povsem jasno, kako je nastala škoda –, pač štejejo, da je škoda nastala prav zaradi opustitve oziroma drugega ravnanja države.

Institut odškodninske odgovornosti države ima seveda svoje legitimno mesto v pravnem re-  
 du. Vendar pa nad čezmernim širjenjem odgovornosti na primere, v katerih protipravnost delovanja države ni nedvoumna, zlasti pa nad preširoko razlago predpisov, ki državi nalagajo objektivno odgovornost za določene, brez protipravnega ravnanja države nastale škode (dru-  
 ge povrnitvene sheme), ne moremo biti navdušeni. Socializacija rizika v smislu (objektivne) odgovornosti države za škodo ljudem ne sporoča v zadostni meri, da se morajo vesti skrbno in paziti nase, ampak, da bo zanje poskrbela država. Odškodninsko pravo tu ne more izpolnje-  
 vati svoje legitimne funkcije zmanjševanja škode (prevencija). Za doseganje socializacije rizi-  
 kov je primernejša uporaba obstoječih in na načelu solidarnosti utemeljenih sistemov, kot sta zdravstveno in invalidsko zavarovanje. Po drugi strani vztrajno naraščanje obsega odškodnin-  
 ske odgovornosti države zadeva ob – v zadnjih letih posebej izrazite – proračunske omejitve. Potrebno bo razmisliti, kako je mogoče vzpostaviti primerno ravnovesje med odškodninsko odgovornostjo države in njenimi realnimi finančnimi zmožnostmi.

<sup>88</sup> Sodba II Ips 387/97 z dne 8. 4. 1999.



Izvorni znanstveni članek  
UDK 342.531.41:347.56:342.7

# Odškodninska odgovornost za kršitev človekovih pravic

DR. SAŠA ZAGORC,\*  
docent na Pravni fakulteti  
Univerze v Ljubljani

## 1. Uvodna pojasnila

V skladu s klasično liberalno doktrino so človekove pravice primarno namenjene varovanju posameznikovega polja svobode pred oblastnimi posegi; so obrambne pravice posameznika zoper državo.<sup>1</sup> Poleg njih so, manj, uveljavljene tudi pravice pozitivnega statusa, ki so korelat pozitivni obveznosti države. Skupno tema dvema vrstama pravic je, da opredelujeta razmerje med posameznikom in državo. Odškodninska odgovornost države zaradi kršitve človekovih pravic ni polno sprejeta v vseh državah, še zlasti ne v Združenem kraljestvu.<sup>2</sup> V prispevku se ne bomo ukvarjali z vprašanjem učinkovanja človekovih pravic v razmerjih med posamezniki, čeprav si teoretska vprašanja o horizontalnem učinkovanju pravic (*Drittwirkung*, radiacijski učinek) zaslužijo podrobnejšo razpravo.<sup>3</sup> Prav tako ne bo govora o odškodninski odgovornosti države zaradi kršitev človekovih pravic, ki jih storijo sodni in izvršilni organi, ker to bolj poglobljeno obravnavajo drugi. Še najbližje obravnavani temi bi bila odškodninska odgovornost države zaradi zakonodajalčevih kršitev, ker ni uskladjal državnih predpisov s predpisi Evropske unije,<sup>4</sup>

---

\* Zahvaljujem se dr. Samu Bardutzkyju in Petru Pavlinu za koristne komentarje k osnutku prispevka.

<sup>1</sup> Alexy, str. 188.

<sup>2</sup> Glej sodbo pritožbenega odbora Lordske zbornice *Smith v Chief Constable of Sussex Police* [2009] 1 A.C. 225 in kritične komentarje du Bois, str. 589; Steele, str. 606.

<sup>3</sup> Več o tem Alexy, str. 351–365, Tratar.

<sup>4</sup> Podrobneje Senkovič.

toda ta tema presega okvire tega prispevka.<sup>5</sup> In ne nazadnje, ne bomo obravnavali odškodninske odgovornosti države iz razlogov, ki ne temeljijo na protipravnosti, denimo zaradi razlastitve ali načela solidarnosti.<sup>6</sup> Avtor želi preveriti, ali obstoječa sodna praksa slovenskih sodišč ustrezno razrešuje tista vprašanja odškodninske odgovornosti države za zakonodajalčeva ravnanja, pri katerih se instituti civilnega prava, kot sta zastaranje ali omejena višina odškodnine, prepletajo z ustavnopravnimi koncepti, zlasti z ustavnosodnim varstvom človekovih pravic, vključno s podrobnejšo analizo primera izbrisanih.

Ustavno pravo se sooča s civilnopravnimi instituti kot slon v trgovini s porcelanom. Zakaj to posebej omenjamo? Civilistična finomehanika trči ob filozofske, vrednostne, moralne koncepte, ki prežemajo ustavno ureditev. Prva se razvija leta, desetletja, če ne tisočletja v konkretnih primerih, skozi analizo, medtem ko drugi temelji na vrednostnem preskoku, sintezi, če ne celo revoluciji. Za civiliste pretežno velja pristop od spodaj navzgor (*bottom-up*), za konstitucionaliste pa obratno (*top-down*). Civilno in ustavno pravo trčita najredkeje, a takrat najbolj intenzivno, v stičišču in na meji dispozitivnega in kogentnega prava. Vdor kogentnih pravil v civilnopravna razmerja povzroči premik v (z)možnosti dispozitivnih ravnanj posameznikov in drugih deležnikov v civilni sferi. Pri odškodninskem pravu je ločnica vendarle bolj zabrisana, saj so civilna pravila o odškodninski odgovornosti v pretežnem delu že kogentna. Tu se ne sprašujemo posebej, ali odškodninska odgovornost države spada v javno ali civilno pravo. Omenim naj, da odgovor, po našem mnenju, ni bistveno odvisen od tega, katero sodišče odloča oziroma po katerem postopku se vodi postopek.

## 2. Odškodninska odgovornost države zaradi ravnanj zakonodajalca

Starejša nemška teorija je zavračala legislativno oziroma zakonodajno protipravnost, saj naj ne bi bilo dolžnosti poslancev proti tretjim osebam.<sup>7</sup> Na začetku 90. let prejšnjega stoletja je špansko vrhovno sodišče dejalo, da je odškodninska odgovornost države za zakonodajalčeve akte kontroverzna, nejasno in vedno odprto vprašanje v katerikoli pravni državi.<sup>8</sup> Nasprotno je v Sloveniji že dlje časa sprejeto stališče, da vsi organi, telesa, posamezniki, funkcionarji – ne glede na to, ali izvršujejo državno ali druge oblike oblastnih pristojnosti –, lahko ravnajo na

<sup>5</sup> Naj omenimo samo pomembno okoliščino, da zaradi načela ekvivalenčnosti zakonodajalec ne sme predvideti različnih postopkov za uveljavljanje odškodninske odgovornosti države zaradi kršitev prava Evropske unije in odškodninske odgovornosti države za druga zakonodajalčeva ravnanja v škodo prvega, glej sodbo Sodišča EU, C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, z dne 26. 1. 2010.

<sup>6</sup> Glej odločbo Ustavnega sodišča Republike Slovenije (US RS) U-I-127/01, z dne 12. 2. 2004 (Uradni list RS, št. 25/2004).

<sup>7</sup> Ossenbühl, str. 446.

<sup>8</sup> Sodba VS Španije, N° 85/1987, z dne 11. 10. 1991.



način, ki sproži odškodninsko odgovornost oblastnih struktur. Dejanja katerekoli od vej državne oblasti, niti zakonodajne, ne smejo biti izvzeta.<sup>9</sup> A vendar je odškodninska odgovornost države zaradi zakonodajalčevih kršitev v marsičem posebna. Predvsem je tesno povezana z oceno ustavnosti zakonov, ki morajo biti v skladu z Ustavo Republike Slovenije in z mednarodnimi pogodbami, ki jih je ratificiral Državni zbor. Odločba Ustavnega sodišča o neustavnosti zakona je nujni, a ne tudi zadostni pogoj za odškodninsko odgovornost države in s tem pridobitev odškodnine. Čeprav se v zgodnji sodni praksi najde nekaj široko razumljenih razlag odškodninske odgovornosti za zakonodajalčeva ravnanja,<sup>10</sup> se je kasneje razvila usklajena sodna praksa, da tožnik ne more uspeti samo na podlagi obrazložitve, da je Ustavno sodišče razveljavilo zakon.<sup>11</sup>

Nedvomno bode v oči dejstvo, da abstraktna narava zakona (vsaj načeloma) preprečuje, da bi ta ustvarjal neposredne pravne učinke za posameznike, oziroma, kot pravi Jadek Pensa, »je v nasprotju z zahtevo po neposrednosti učinkovanja spornega protipravnega delovanja oblasti na položaj prizadetega posameznika«,<sup>12</sup> saj so večinoma dejanja izvršilnih in sodnih organov tista, s katerimi so pravice in pravni interesi posameznikov dejansko kršeni. Na neki način nas k temu napeljuje tudi 26. člen Ustave Republike Slovenije, ki opredeli neposrednega storilca odškodnini podvrženega ravnanja kot »osebo ali organ, ki tako službo ali dejavnost opravlja«. Po jezikovni razlagi je država odgovorna le za tiste oblike protipravnega ravnanja, ki ga je mogoče pripisati določeni osebi ali določenemu organu v zvezi z opravljanjem oblastnih ravnanj. Ustavno sodišče takšno razumevanje zavrne, saj bi »tako ozka razlaga imela za posledico, da država ne bi odgovarjala za protipravno ravnanje, ki ga ni mogoče pripisati določeni osebi ali določenemu organu, temveč državi oziroma njenemu aparatu kot takemu, kot tudi primere, ko ni individualiziranega odnosa med nosilcem oblasti in prizadetim posameznikom«. <sup>13</sup> Ustavno sodišče vzpostavi koncept sistemsko pogojene odškodninske odgovornosti države, ki izhaja iz tega, da res ni vzročne zveze med dejanji posameznih funkcionarjev ali javnih uslužbencev in nastalo škodo, temveč je rezultat množice ravnanj posameznikov in organov v oblastni sferi, ki so kumulativno povzročila nastanek škode. Ključno je torej, da so bila dejanja storjena v imenu države. Ustavno sodišče, sklicujoč se na nemško teorijo, poudarja razosebljanje odškodninske odgovornosti države, saj posamezniku stoji nasproti anonimni državni aparat in posameznik zaradi diferenciranega delovanja in organizacije ne more razbrati, kdo mu je povzročil ško-

<sup>9</sup> Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (VS RS) II Ips 344/2004, z dne 12. 10. 2005.

<sup>10</sup> Sodba Višjega sodišča v Mariboru I Cp 1914/2003.

<sup>11</sup> Sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 3427/2009, z dne 24. 2. 2010, sodba VS RS II Ips 800/2006, z dne 24. 6. 2006.

<sup>12</sup> Jadek Pensa, str. 296–297.

<sup>13</sup> Odločba US RS Up-695/11, z dne 10. 1. 2013 (Uradni list RS, št. 9/2013).

do.<sup>14</sup> Država je tudi v tem primeru odškodninsko odgovorna, ker ni organizirala družbenih podsistemov, ki jih upravlja, na način, ki bi bil skladen z Ustavo in mednarodnimi pogodbami, ki zavezujejo Slovenijo, še zlasti z Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP).<sup>15</sup> To nas gotovo dodatno prepričuje, da je odškodninska odgovornost države za zakonodajalčeva ravnanja razumen ukrep, vendar ne pojasni celovito, kaj je osnovni namen te oblike odgovornosti.

Načelo *effet utile* (načelo učinkovitosti oziroma dejanskega učinkovanja prava) je poleg meta-pravil (človekovih pravic) in z Ustavo skladnega zakonodajnega urejanja družbenih razmerij eden od treh pomembnih gradnikov pravne države.<sup>16</sup> Če določba 26. člena Ustave na najsplošnejši način zajema vse oblike protipravnega ravnanja države, s katerim država povzroči škodo posamezniku, mora posameznik imeti na voljo ukrepe in dejansko možnost, da to protipravnost odpravi. Izostanek odškodninske odgovornosti države za zakonodajalčeva ravnanja bi povzročil, da je protipravnost, sicer v izjemnem primeru, tolerirana in sistemsko pogojena. Z odškodninsko odgovornostjo države za zakonodajalčeva ravnanja je sklenjen krog odškodninske odgovornosti zaradi protipravnosti, da nihče, še zlasti ne država, ne sme nekaznovano škoditi drugemu.

### 3. Formalna in materialna neustavnost zakona

Neustavnost zakona je lahko formalna ali vsebinska. Medtem ko je druga dokaj jasna in bolj pogosta ter pomeni, da vsebina zakona ni v skladu z Ustavo, se prva nanaša na način sprejemanja zakona. Če kršitev procesnih pravil povzroči sprejem sodne odločbe z napačno uporabo materialnega prava, je takšno sodnikovo ravnanje nezakonito opravljanje funkcije in pomeni izpolnitev nujnega pogoja protipravnosti iz 26. člena Ustave Republike Slovenije.<sup>17</sup> Podobno kršitev ustavnih določb o poteku zakonodajnega postopka (tj. protipravna procesna ravnanja zakonodajalca) pomeni protipravnost samega zakona. Iz dosedanje ustavnosodne prakse za zdaj izhajajo, da obstajata le dva ustavna procesna pogoja v zakonodajnem postopku, in sicer zahtevana večina (86. člen) in večfazni postopek (89. člen). Odločilni veto (96. člen) in zakonodajni referendum (90. člen) sta fakultativna ustavna inštrumenta z namenom nadzora delovanja Državnega zbora. Ustavno sodišče še ni obravnavalo očitkov o formalni neustavnosti zakona, ker bi bil zakonodajni postopek tako pomanjkljiv, da predstavniki opozicije formalno ali dejansko niso imeli možnosti spreminjati, komentirati ali kritizirati predloga zakona.

<sup>14</sup> Ossenbühl; odločba US RS, Up-695/11, z dne 10. 1. 2013 (Uradni list RS, št. 9/2013).

<sup>15</sup> Odl. US RS Up-2965/08, z dne 13. 5. 2010 (Uradni list RS, št. 45/2010).

<sup>16</sup> Smiselno von Oettingen, str. 156. Načelo *effet utile* lahko sicer razumemo tudi v bolj razlagalnem pomenu, glej Mayr, str. 8–21.

<sup>17</sup> Sklep VS RS III Ips 92/99, z dne 21. 9. 2010.

## 4. Ravnanje zakonodajalca

Zakonodajalec lahko krši ustavne predpise na dva načina, bodisi z aktivnim ravnanjem bodisi z opustitvijo dolžnega ravnanja. Poenostavljeno, zakonodajalec sprejme zakon, katerega vsebina je v nasprotju z Ustavo, oziroma ne sprejme zakona z določeno vsebino, čeprav bi ga glede na določbe Ustave moral (neustavna pravna praznina). V zvezi z načinom povzročitve zakonodajne protipravnosti je Vrhovno sodišče že sprejelo stališče, in sicer da nastopijo različne pravne posledice v primeru, ko zakonodajalec ne izpolni pozitivne obveznosti zakonskega urejanja ustavnih oziroma človekovih pravic ali pravic, opredeljenih z EKČP (neustavna pravna praznina), in v drugih primerih zakonodajalčeve kršitve Ustave. Vrhovno sodišče pravi: »Tu namreč odpade pomislek (ki bi bil lahko utemeljen v primerih protipravnega oziroma protiustavnega predpisa), da abstraktnost zakona izključuje individualno razmerje, ki lahko nastane le na podlagi pravnega akta, katerega določbe se nanašajo na konkretno naslovljene osebe.«<sup>18</sup> Vlačič nasprotno zatrjuje, da imajo tudi zakonske pravne praznine abstraktno naravo in da se glede tega ne razlikujejo od zakonov, ki neposredno kršijo Ustavo.<sup>19</sup> Način kršitve ustavnih pravic je nepomemben za posameznika, ki mu je nastala škoda. Vendar ta teoretična dilema ni imela vpliva na konkretni primer, saj je Vrhovno sodišče v omenjeni zadevi izrecno pripoznalo pomen zakonodajalčeve odškodninske odgovornosti v primeru neustavnih zakonskih praznin. Protiustavnost zakonodajalčevega ravnanja se ne kaže vedno – čeprav je to najbolj pogosto – v njegovih napačnih dejanjih, temveč tudi v opustitvah zakonodajnega urejanja (neustavna pravna praznina).

Na tej, precej abstraktni, točki je treba narediti še en korak naprej. Vprašati se moramo, kateri bolj konkretni primeri zakonodajalčevih ravnanj lahko povzročijo nastanek priznane škode prizadetemu posamezniku. Nedvomno morajo biti zakonske določbe zapisane tako, da *ipso lege* spreminjajo status posameznikov ali *ipso lege* razveljavljajo oziroma na novo vzpostavljajo pravna razmerja. Po naravi stvari mora iti za odvzem, odpravo ali razveljavitev pravic ali pravno priznanih upravičenj, če zakonodajalec sprejme zakon, oziroma za nezmožnost uveljavitve pravic, ki pripadajo prizadetemu posamezniku po Ustavi ali EKČP, če zakonodajalec opusti dolžnost zakonodajnega normiranja. V ta okvir bi lahko uvrstili razveljavitev oziroma odpravo obstoječih pravnih poslov med posamezniki, prenehanje osebnih statusov, na katere so vezane pravice posameznika. Zdi se, da krog ustavno nedopustnih posegov ni sklenjen in ga bo treba z razvojem sodne prakse dopolnjevati (ob predpostavki vse večje zakonodajalčeve »domiselnosti« pri poseganju v človekove pravice in temeljne svoboščine).

<sup>18</sup> Sodba VS RS II Ips 344/2004, z dne 12. 10. 2005.

<sup>19</sup> Vlačič, str. 54–57.

## 5. Omejitve odškodninske odgovornosti države za ravnanja zakonodajalca

V skladu z dosedanjimi sodno prakso Vrhovnega sodišča je razvidno, da narava zakonodajnega postopka, abstraktnost sprejetih pravnih aktov in dejstvo, da brez dvoma obstajajo različni pogledi na pravna vprašanja v političnem procesu, dajejo sodišču priložnost, da omeji odškodninsko odgovornost države zaradi zakonodajalčevih ravnanj. Po eni strani to pomeni, da Vrhovno sodišče priznava možnost odškodninske odgovornosti države za zakonodajalčeva ravnanja, a obenem dopušča tudi njeno omejitev. Popolno zanikanje odškodninske odgovornosti države za neustavne zakone bi lahko bilo nesorazmerno že glede na dejstvo, da tovrstna odškodninska odgovornost lahko nastopi, če zakonodajalec sprejme zakonodajo, ki vsebinsko nasprotuje pravu Evropske unije.

Če se vrnemo k bistvu, neskladje med razumevanjem in razlaganjem Državnega zbora in Ustavnega sodišča o skladnosti zakona z Ustavo še ne pomeni samo po sebi, da je podana »zakonodajna protipravnost« iz 26. člena Ustave Republike Slovenije. Takšen pogled je bil sprejet v več odločbah Vrhovnega sodišča in je bil potrjen tudi z ustavnosodno presojo Ustavnega sodišča. Vrhovno sodišče je omejilo zakonodajno protipravnost za namene odškodninskega prava tako, da jo sprožijo le »najhujše kršitve ustavnih določb oziroma kršitve temeljnih civilizacijskih standardov«.<sup>20</sup>

Po našem mnenju je to stališče napačno iz vrste pravnih in moralnih razlogov, predvsem pa zaradi nespoštovanja temeljnih načel ustavnega prava, kot so načela pravne varnosti, sledenja obstoječi sodni praksi in jasnosti pravnih predpisov, ter civilnega prava, še posebej zaradi neupoštevanja splošnega načela o izogibanju povzročanja škode drugim (*neminem laedere*).<sup>21</sup> Stališče Vrhovnega sodišča omogoča arbitrarno oceno brez izrecne pravne podlage, kaj naj bi bili »najhujše kršitve« in »temeljni civilizacijski standardi«; prav tako ni jasno, kakšen je dejanski pomen veznika »oziroma« (alternativno ali kumulativno naštevanje standardov). Glede »temeljnih civilizacijskih standardov« sklicevanje po analogiji na dikcijo iz mednarodnega prava o »občih pravnih načelih, ki jih priznavajo civilizirani narodi« že na prvi pogled ne zdrži presoje. Besedna zveza »temeljni civilizacijski standardi« je pravno nedoločen in predvsem vsebinsko izpraznjen standard, ki je prepuščen neomejeni sodniški presoji. Poleg tega takšen standard ne daje posamezniku zagotovila in jasnih usmeritev za oceno, ali je upravičen do odškodnine ali ne, s čimer je pretirano ogrožena njegova pravna varnost. In ključno, po vsebini najbližje temu nedoločnemu standardu so v slovenskem pravnem sistemu človekove pravice in temeljne svoboščine, ki v svojem bistvu določajo (minimalne) standarde ravnanja držav-

<sup>20</sup> Sodba VS RS II Ips 800/2006, z dne 24. 6. 2006.

<sup>21</sup> Zagorc, Bardutzky.

nih organov, katerih ti ne smejo nikoli kršiti. V tej točki se Vrhovno sodišče zaplete v lastno zanko, saj je omejilo odškodninsko odgovornost države za zakonodajalčeva ravnanja prav z namenom, da bi iz nje izločilo nekatere primere neustavnih zakonov zaradi kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Iz istega razloga je razlikovanje med najhujšimi, hudimi in navadnimi kršitvami ustavnih pravic, to je pretežno človekovih pravic in temeljnih svoboščin, privlečeno za lase. Za konec omenimo, da se stališče Vrhovnega sodišča očitno in brez posebne obrazložitve odmika od dotedanje ustaljene sodne prakse, da so ravnanja kršitelja protipravna, če niso v skladu s standardom dolžnega skrbnega ravnanja.<sup>22</sup> Prav na ta standard se je oprlo belgijsko vrhovno sodišče in sprejelo dve ključni ugotovitvi. Prva je procesne narave, in sicer da sodnik oceni, ali je država ravnala kot skrben in previden zakonodajalec, pri čemer se standard razumnega zakonodajalca preverja glede na okoliščine primera. Druga je že znana v slovenski sodni praksi, in sicer da ni avtomatičnega enačenja kršitev ustave in odškodninske odgovornosti države.<sup>23</sup> Kar pomeni, da pridemo do podobnega izhodišča kot pri opredelitvi odškodninske odgovornosti države na manj in bolj pomembne kršitve človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Ključno je, da mora odškodninska odgovornost temeljiti na zakonodajalčevi predvidljivosti kršitve človekovih pravic.

Dolgo pričakovana je bila odločitev Ustavnega sodišča, saj je bilo malo verjetno, da odškodnino uveljavljajoča stranka ne bi vložila ustavne pritožbe zoper sodbo Vrhovnega sodišča. V zadevi Up-1176/09 je po mnenju Ustavnega sodišča: »[...] Vrhovno sodišče razumno obrazložilo, da odškodninsko odgovornost zakonodajalca lahko utemeljijo le najhujše kršitve ustavnih določb in temeljnih civilizacijskih standardov ter da zakonodajalec takih kršitev s sprejetjem razveljavljene določbe ZDRS ni zagrešil.«<sup>24</sup> Skopo obrazložen sklep pomeni dokončno uveljavitev odškodninske odgovornosti države zaradi zakonodajalčevih ravnanj, a po drugi strani dopušča pomembno omejitev odgovornosti, kot jo je že predvidelo Vrhovno sodišče.

Takšno razumevanje bi se obdržalo, če ne bi prišlo do odločitve velikega senata Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi *Kurić in drugi proti Sloveniji*.<sup>25</sup> V tej pilotni sodbi<sup>26</sup> o kršitvah konvencijskih pravic pritožnikom iz vrst izbranih je sodišče ugotovilo, da izostanek finančne odmene zaradi dolgoletne negotovosti glede osebnega statusa v Republiki Sloveniji (*»were left for several years in a state of legal limbo«*) pomeni kršitev EKČP.<sup>27</sup> Res je, da so sodbe ESČP v svoji naravi deklaratorne, kar omogoča državi, da se – poleg plačila pravičnega

<sup>22</sup> Sodba VS RS II Ips 744/2007, z dne 11. 2. 2010.

<sup>23</sup> Sodba Vrhovnega sodišča Belgije, z dne 10. 9. 2010 (F.09.0042.N).

<sup>24</sup> Sklep US RS Up-1176/09, z dne 5. 7. 2011 (neobjavljeno).

<sup>25</sup> Sodba Velikega senata ESČP, *Kurić in drugi proti Sloveniji*, št. 26828/08.

<sup>26</sup> Več o pilotskih sodbah Lazarova Trajkovska.

<sup>27</sup> Sodba Velikega senata ESČP, *Kurić in drugi proti Sloveniji*, št. 26828/08, 302. točka.

zadoščenja – sama odloči, katere splošne in/ali individualne ukrepe bo sprejela za izpolnitev konvencijskih obveznosti, pod pogojem, da so ukrepi v skladu s stališči ESČP in pod nadzorstvom Odbora ministrov.<sup>28</sup> Sodišče je poudarilo, da mora biti vrsta ukrepa takšna, da bo dosegla prenehanje pravno nevzdržnih situacij, tudi finančnih, pri prizadetih posameznikih.

Sodba ESČP v zadevi *Kurić* razumljivo ne pove, kateri organi ali instituti v slovenskem sodnem sistemu niso zadostno in učinkovito zavarovali pravic pritožnikov, a na splošen način pove, da veljavna zakonska ureditev in sodno varstvo pravic izbrisanih niso v skladu z EKČP, denimo da izbrisani nimajo možnosti, glede na stanje v času odločanja ESČP, prejeti odškodnino pred slovenskimi sodnimi organi ali v postopku pred državnim pravo-  
branilstvom.

Kaj to pomeni za zakonodajalca, sodstvo, stranke in odvetnike? Naloga države je (bila) v enem letu pripraviti splošne ali posamične ukrepe, lahko kot del splošnega odškodninskega sistema, kot posebno odškodninsko shemo, kot *ad hoc* ali trajno rešitev, s polno ali omejeno odškodninsko odgovornostjo, lahko določi splošne ali posebne načine določanja odškodnine. Toda, kot kaže, se izteka čas za izpolnitev obveznosti države v zadevi *Kurić*. Če ESČP ne bo podaljšalo roka za izpolnitev naloženih obveznosti, se poveča pomen in odgovornost sodstva, saj bodo sodniki – v skladu z načelom lojalnega sodelovanja in lojalne razlage – morali odločati o še odprtih odškodninskih zahtevkih izbrisanih po obstoječih pravilih odškodninske odgovornosti države, prilagojenih z odločbo ESČP. Kar pomeni, da sklicevanje države na zastaranje odškodninskih zahtevkov ne bo smelo več priti v poštev.

## 6. Zastaranje odškodninskih zahtevkov za ravnanja, ki kršijo človekove pravice in temeljne svoboščine

V debati o vprašanju zastaranja v zvezi s kršitvami človekovih pravic in temeljnih svoboščin pogrešamo jasna metodološka izhodišča, tako z ustavno- kot civilnopravnega vidika. Zanimiv je primer strokovne polemike med bivšim ustavnim sodnikom Krivicem in Kovačem, pravnikom iz organizacije Amnesty International, ter podpredsednico Vrhovnega sodišča Bettetovo o konceptu zastaranja odškodninskih zahtevkov za ravnanja, ki kršijo človekove pravice in temeljne svoboščine.<sup>29</sup> Če na kratko povzamem bistvo teoretskega spora, Bettetova pravi, da se v izostanku posebnih pravil uporabljajo splošna civilna pravila o zastaranju tudi glede odškodninske odgovornosti države, medtem ko Krivic in Kovač zatrjujeta, da je zastaranje odškodninske odgovornosti države za kršitev človekovih pravic *per se* nemoralno.

<sup>28</sup> Glej sodbi ESČP v zadevah *Scozzari in Giunta v. Italy*, št. 39221/98 in 41963/98 (veliki senat), ECHR 2000-VIII; *Aleksanyan v. Russia*, št. 46468/06, z dne 22. 12. 2008.

<sup>29</sup> Kovač, 2011, str. 11–12; Kovač, 2012, str. 14–15; Betteto, str. 8–9; Krivic, str. 15–16.

Z dobrim metodološkim nastavkom je lažje obravnavati to zelo kompleksno vprašanje, ki je ujeto v dejansko zakonodajno ureditev in je vrh tega občutljivo iz političnih, finančnih razlogov. Prvič, od klasičnih oblik zastaranja med dvema civilnopravnima subjektoma, ki sta svoje razmerje uredila po načelu dispozitivnosti, enakopravnosti in prirejenosti in s soglasjem, se konkretni primer nedvomno razlikuje po tem, da je ena od strank v odškodninskem sporu država, ki je tožena zaradi povzročitve škode pri opravljanju oblastnih dejanj. Drugič, oblastna dejanja, o katerih je govor, niso sad manj intenzivnih ali popravljivih kršitev oblastnih organov, temveč je šlo za večkrat ugotovljeno resno in sistemsko kršitev človekovih pravic. Tretjič, izrecne določbe o zastaranju tovrstnih zahtevkov v slovenski zakonodaji ni in zato ni jasno, ali je zastaranje zahtevkov sploh mogoče ali pa morebiti veljajo pravila o zastaranju, ki črpajo iz splošnih določb obligacijskega zakonika, oziroma posebna pravila, ki bi jih morala zakonodajalec ali sodišče ustrezno oblikovati. Če velja slednje, je treba upoštevati tudi splošni ustavni koncept in diskurz o sodnem odpravljanju kršitev človekovih pravic. Četrtrič, če je zastaranje tovrstnih odškodninskih zahtevkov dopustno, ali ni vseeno potuha za državne organe in družbo, ki se sklicujejo na načeli pravne države in uresničevanja človekovih pravic? Zastaranje odškodninskega zahtevka, ne glede na to, kdo povzroči škodo, še vedno ohranja naturalno obveznost povrniti škodo. Država mora biti zgled državljanom.

Ali na odškodninsko odgovornost države vpliva dejstvo, da je škodno dejanje storjeno *acta jure imperii*, odškodninska odgovornost države pa se uveljavlja kot *acta iure gestionis*? Vrhovno sodišče se je do tega vprašanja opredelilo takole: »Ne gre za klasično, marveč posebno vrsto odgovornosti kot zaščito, ki je je deležen vsakdo pred morebitno škodo, ki mu jo povzroči država s protipravnimi dejanji. Takšna posebna odgovornost bi terjala tudi posebno zakonsko ureditev, ki pa je žal nimamo. V 26. členu URS so namreč urejene le predpostavke za obstoj odškodninske obveznosti: protipravnost ravnanja osebe ali organa, ki opravlja službo ali dejavnost državnega organa oziroma nosilca javnih pooblastil, škoda in vzročna zveza med njima. Za vsa druga vprašanja, ki v 26. členu URS niso urejena, je po analogiji treba uporabiti določbe ZOR.« Najbolj sporna je trditev v zadnjem stavku. Uporaba analogije je lahko ustavno skladna in tudi smiselna v nekaterih primerih, a ne v vseh.

Iz prej navedenega stališča VS RS izhaja, da obstaja po njegovem mnenju pravna praznina glede drugih okoliščin odškodninske odgovornosti države. Sodišče se zaveda, da pravna ureditev odškodninske odgovornosti države za kršitve človekovih pravic ne more biti identična kot druge oblike odškodninske odgovornosti. Kaj v takšnem primeru lahko stori sodišče? Gotovo se mora vprašati, ali je pravna praznina neustavna ali ne. V tem trenutku VS RS zmanjka »metodološke« sape, čeprav se zaveda problema (»takšna posebna odgovornost bi terjala tudi posebno zakonsko ureditev, ki pa je žal nimamo«). Vloga sodnika je v konkretnem primeru izjemno pomembna zaradi neobstoječih pravil odškodninske odgovornosti države za kršitve človekovih pravic. Sodnik se ne sme skrivati za okoliščino,



da zakonodajalec ni do potankosti opravil svoje dolžnosti normativne opredelitve nekega družbenega področja. Zakonodajalčeva opustitev mu ne dovoljuje pasivnosti. Sodnik sodi po Ustavi in zakonih, ne samo po zakonih. Sodišče bi moralo v skladu z načelom lojalne razlage Ustave oziroma načelom lojalnega sodelovanja državnih organov v dobri veri, če analogno uporabimo znano načelo prava Evropske unije iz 4. člena Pogodbe o Evropski uniji, opraviti preizkus, ali je veljavno zakonodajo mogoče razlagati na z Ustavo skladen način. Sodišče najprej v zakonodajnem besedilu, podprto z jezikovno, sistemsko in logično metodo razlage, preveri, ali rezultati tega miselnega procesa pripeljejo do Ustavi (najbolj) prijazne razlage.<sup>30</sup> Če je to mogoče, sodišče odloči o odškodninskem zahtevku v skladu z razumevanjem Ustave in zakonov. Toda iz stališča Vrhovnega sodišča izhajajo, da veljavna ureditev, smiselno po besedah vrhovne sodnice Betettove, ustavnoskladne razlage ne omogoča, saj bi »trajala posebno zakonsko ureditev«. Procesno gledano lahko VS RS prekine (oziroma celo mora prekiniti) postopek v konkretni zadevi in začne postopek za presojo ustavnosti zakonske ureditve, ki bi morala urejati neko družbeno regulirano področje, ker to zahteva Ustava, a ga zakonodaja ne ureja. Tega Vrhovno sodišče žal ni naredilo, saj se je odločilo uporabiti razlago zakona, za katero samo pravi, da ni najbolj skladna z Ustavo, kot predvidevamo, ker pripelje do absurdnih pravnih posledic in dejansko onemogoča sodno varstvo zoper kršitve človekovih pravic in izniči pravico do poprave kršitev teh pravic (četrti odstavek 15. člena Ustave).

Pomudimo se pri vprašanju, ali ni vendarle prenagljeno sklepanje VS RS o neustreznosti in z Ustavo neskladni zakonski ureditvi. Po stališču US RS ustavnosodna presoja zakona na zahtevo sodnika ni dopustna, če lahko ta s priznanimi metodami razlage obstoječe zakonodaje opredeli ustavnoskladno razlago zakonodaje. Takšno stališče US RS napotuje sodnike k samostojni in koherentni uporabi Ustave pri vsakodnevnem odločanju in preprečuje, da bi se sodniki izognili razlaganju Ustave s prekinitvijo postopka in sprožitvijo *incidenter* presoje ustavnosti zakonov. Ustavnemu sodišču so tako pridržana le najzahtevnejša ustavnopravna vprašanja, ko si sodnik na primer ne more pomagati s priznanimi metodami razlage zaradi očitne pravne praznine.

Krivic in Kovač v premislek ponujata vprašanje, ali je namesto analogne uporabe odškodninskega prava morebiti bolj z Ustavo skladno slediti subsidiarni oziroma smiselni uporabi teh pravil. *In concreto*, vprašanje je: ali se lahko redna sodišča, *ceteris paribus*, ustavnoskladno opredelijo tako, da ne priznavajo ugovora zastaranja s strani države v primerih, ko je škoda nastala kot posledica protipravega ravnanja države, ki tudi pomeni kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin? Vprašanje je po eni strani kočljivo predvsem v tistem delu, ki se nanaša na vsebinsko popolnjevanje zakonskih praznin s strani sodišč, po drugi strani pa

<sup>30</sup> Odločba US RS U-I-155/10, z dne 6. 7. 2011 (neobjavljeno).



Vrhovnemu sodišču očitno ne tako tuje, saj je ravno v omenjeni sodbi zapolnilo zakonsko praznino odškodninske odgovornosti države za kršitve človekovih pravic z uporabo analogije v Obligacijskem zakoniku. Previdnost je potrebna, saj vsebinsko popolnjevanje pravne praznine s strani sodnikov lahko v skrajnem primeru pripelje do izničenja delitve oblasti med zakonodajno in sodno vejo oblasti. Politične in vsebinsko odprte odločitve lahko sprejema samo Državni zbor kot nosilec mandata sprejemati zakonodajo. Če je ureditev nekega relevantnega družbenega področja vsebinsko tako odprta, da z Ustavo skladno dopušča več možnih zakonodajnih rešitev, načeloma velja, da sodniki rednih sodišč in praviloma tudi Ustavnega sodišča ne smejo privzeti zakonodajne pristojnosti za konkretni primer. Izjema bi bila možna le takrat, ko bi bila v konkretnem primeru dopustna le ena zakonska ureditev oziroma, z drugimi besedami, vsebino zakona bi lahko izluščili neposredno z razumevanjem ustavnega besedila. Slovenska ustavna ureditev bi za konkretni primer tako dopuščala samo eno možno rešitev, pri čemer bi bila zakonodajalčeva naloga samo v tem, da to rešitev zakonsko zapiše.

Obstajata dva ključna ugovora zoper obstoj in dopustnost zastaranja glede predmetnih zahtevkov, in sicer formalni in pravnosistemiški ter vsebinski oziroma npravstveni. Glede prvega je osnovna (psihološka) težava, tako imenovana funkcionalna fiksacija, večine sodnikov in pravnikov na splošno že v tem, da se šteje pravica države uveljavljati zastaranje v primeru kršitev pri opravljanju oblastnih ravnanj, še posebej pa človekovih pravic, kot nekako samozemna v slovenski ureditvi odškodninskih zahtevkov. Iz okoliščine, da ne Ustava ne zakon izrecno ne urejata tovrstnega zastaranja, je kvečjemu mogoče sklepati nasprotno, da zastaranje tovrstnih zahtevkov ni dopustno po veljavni ureditvi. Državni organi lahko ravnajo samo v okviru pooblastil, ki jih dobijo z zakoni in drugimi predpisi. Zakonodajalec bi nedvomno lahko uredil drugače in bi izrecno predvidel pravico države do zastaranja tovrstnih odškodninskih zahtevkov. Kot ugotavlja že Vrhovno sodišče v obravnavanem primeru, tega za zdaj ni storil. Že zaradi pravne varnosti državljanov in tudi zaščite finančnih in drugih interesov države bi bilo tako rekoč nujno z zakonom celovito urediti odškodninsko odgovornost države, tako z vsebinskega kot procesnega vidika. Drugi, vsebinski ugovor izhaja iz osnovne teze, da je uveljavljanje zastaranja s strani države v izhodišču nemoralno.<sup>31</sup> Argument nemoralnosti uveljavljanja zastaranja ni absoluten, saj s potekom časa prej ali slej trči v druge zavarovane ustavne vrednote, na primer pravno varnost in predvidljivost, finančno načrtovanje delovanja države itd., zato je pri zakonodajnem urejanju tovrstnega zastaranja treba ustrezno zagotoviti bistvo vseh ustavnih vrednot, predvsem v skladu z načelom sorazmernosti (praktična konkordanca).

<sup>31</sup> Predstavljen je v že omenjenih prispevkih Blaža Kovača in Matevža Krivica. Glej tudi novico o sodbi korejskega vrhovnega sodišča, ki izjemoma ne dopušča zastaranja, <[http://www.koreatimes.co.kr/www/news/nation/2011/09/117\\_94525.html](http://www.koreatimes.co.kr/www/news/nation/2011/09/117_94525.html)> (10. 10. 2013).

## 7. Odprava posledic kršitev človekovih pravic v primeru izbrisanih

Znani primer ugotovljanja in odprave kršitev ustavnih pravic izbrisanih ima že dolgo brado. Če povzamemo, nihče od izbrisanih do izdaje sodbe Velikega senata ESČP v Republiki Sloveniji ni prejel (pravičnega) zadoščenja za pretrpljeno škodo na podlagi končne sodne odločbe. Veliki senat ESČP je v zadevi *Kurić in drugi proti Sloveniji* 26. junija 2012 v delu glede plačila odškodnin izbrisanim iz registra stalnega prebivalstva sprejel pilotno sodbo in Republiki Sloveniji naložil, da v enem letu sprejme sistem odškodnin za vse osebe, ki pridejo v poštev kot žrtve ravnanja Republike Slovenije. Po presoji Velikega senata ESČP zgolj priznanje kršitve človekovih pravic in izdaja dovoljenja za stalno prebivanje nista primerna in zadostna poprava krivic na državni ravni, če ni ponujeno tudi ustrezno zadoščenje. Razlog, da niso prejeli nikakršnega povračila za škodo, ki jim je nastala zaradi izbrisa, je v sistemski pomanjkljivosti v slovenskem pravnem redu, zaradi katere je celotni skupini izbrisanih zanikana pravica do odškodnin zaradi kršitve njihovih temeljnih pravic. To je bil tudi razlog za sprejem pilotne sodbe, ki presega interese pritožnikov in zajema vse izbrisane iz registra stalnega prebivalstva. Ker po oceni Velikega senata ESČP veljavna zakonodaja Republike Slovenije, ki ureja odškodnine, za povračilo škode, ki so jo zaradi izbrisa pretrpeli izbrisani, ni ustreza, mora Republika Slovenija sistemsko urediti pravično zadoščenje oziroma povračilo škode izbrisanim.<sup>32</sup>

Predlog zakona o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva, ureja pravico do denarne odškodnine in drugih oblik pravičnega zadoščenja, upravičence, merila za odmero in višino denarne odškodnine, načine in roke za izplačilo, druge oblike pravičnega zadoščenja, postopek ter organe, pristojne za odločanje (1. člen). Predlog zakona alternativno predvideva dva postopka za uveljavljanje denarne odškodnine, in sicer upravni postopek z možnostjo kasnejšega upravnega spora (6.–9. člen) in neposredni sodni postopek (10.–12. člen). Iz predloga zakona izhaja, da je upravni postopek mišljen za hitrejše reševanje odškodninskega zahtevka, a dopušča določitev nižje pavšalne odškodnine, medtem ko naj bi sodni postopek bil dražji, bolj zapleten, zamudnejši, vendar upravičeni posameznik lahko pričakuje višjo, a še vedno navzgor pavšalizirano (maksimizirano), odškodnino.

Namen predlagatelja zakona, kot je razbrati iz obrazložitve in določb predloga zakona, ni popolnoma enopomenski. Po eni strani poudarja libertarni koncept odprave kršitev človekovih pravic v skladu z evropskimi standardi, po drugi strani pa utilitaristično maksimizira omejevanje višine denarnih odškodnin in odlaša z njihovo določitvijo in izplačilom. Slednje gre navzkriž s tem, da je v demokratični družbi z vladavino prava ravno nasprotno: narediti

<sup>32</sup> Povzeto in skrajšano po predlogu zakona o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva, EPA 1345-IV, z dne 19. 7. 2013.

čim več, da bodo kršitve človekovih pravic čim hitreje in čim bolj odpravljene. Posvetili se bomo le dvema pomembnima pravnima vprašanjema v predlogu zakona: prekluzivnemu roku za vložitev zahtevka in omejitvi višine odškodnine. Dejstvo, da lahko upravičenec vložiti tožbo za plačilo denarne odškodnine zaradi izbrisa iz registra stalnega prebivalstva v roku treh let od začetka uporabe tega zakona, potrjuje sklep iz prejšnjega poglavja tega prispevka, da mora biti sprejet poseben zakon za določitev zastaranja ali prekluzivnih rokov za vložitev tožbe v primeru odškodninskih zahtevkov zoper državo zaradi kršitev človekovih pravic in ne morejo *per se* veljati splošna pravila o zastaranju odškodninskih zahtevkov posameznikov, ki so med seboj enakopravni. Stališče je dodatno podkrepjeno z določbo 11. člena predloga zakona, da se načeloma pri odločanju o denarni odškodnini sicer res upoštevajo splošna pravila zakona, ki ureja obligacijska razmerja, razen določb o zastaranju terjatev.

V uvodni obrazložitvi predloga zakona je pojasnjeno, zakaj je morebitna višina odškodnine navzgor omejena:

Pri določitvi meril za določitev denarne odškodnine v upravnem postopku in omejitvi najvišjega skupnega zneska denarne odškodnine, ki jo za škodo zaradi izbrisa lahko prisodi sodišče v sodnem postopku, je predlagatelj bil primoran upoštevati tudi, da je v času svetovne gospodarske krize in recesije, ki znatno vpliva na Republiko Slovenijo, in kritičnega stanja na področju javnih financ nujno, da je njihova višina omejena, saj bi v nasprotnem primeru bilo ogroženo zagotavljanje drugih človekovih pravic, ki jih je država dolžna zagotavljati, zlasti v skladu z načelom socialne države iz 2. člena Ustave Republike Slovenije. [...] Celoten skupek oblik pravičnih zadoščenj po predlogu zakona (denarna odškodnina v upravnem postopku, sodno odmerjena odškodnina v sodnem postopku, upoštevanje drugih oblik pravičnega zadoščenja) skupaj z dokončnim urejanjem statusa izbrisanih oseb po leta 2010 sprejetem ZUSDDD-B opravičuje omejevanje (maksimiranje) odškodnin po predlogu zakona.<sup>33</sup>

Nosilni argument predlagatelja zakona za omejevanje višine odškodnin je potencialna ogrožitev načela socialne države in/ali drugih človekovih pravic, pri čemer se sklicuje na dosedanje prakso ustavnega sodišča. Po našem mnenju je ni celovito in dosledno povzeli oziroma je predvsem ni ustrezno, smiselno oziroma analogno uporabil pri obrazložitvi, zato jo podajamo tu:

- zakonodajalec lahko izenači pravni položaj različnih skupin posameznikov, ki so jim bile sistemsko kršene človekove pravice, samo, če je to primeren ukrep in ga ne more doseči z milejšim ukrepom (načelo sorazmernosti v ožjem pomenu);<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Opombe v obrazložitvi predloga zakona so izpuščene.

<sup>34</sup> Odločba US RS U-I-60/98, z dne 16. 7. 1998 (Uradni list RS, št. 56/1998, in Odl. US VII, 15), tč. 38, in Odl. US, št. U-II-1/11, z dne 10. 3. 2011, zlasti 32. in 33. točka (Uradni list RS, št. 20/2011).

- varstvo denarnih odmen, ki so sicer ustavno varovane, ni absolutno;<sup>35</sup>
- znižanje denarnih odmen, ki so ustavno varovane, je možno v res izjemnih primerih;<sup>36</sup>
- okoliščine znižanja varstva posamezne pravice zaradi konflikta več ustavnih vrednot je treba presojati od primera do primera posebej;<sup>37</sup>
- argument države, da se bo zaradi povečanih izdatkov za poplačilo nastale škode morala v prihodnosti še bolj zadolževati, ni ustavnopravno relevanten;<sup>38</sup>
- okoliščina, da država zaradi pomanjkanja sredstev ne bi mogla izvrševati drugih zakonov, ni ustavnopravno relevantna;<sup>39</sup>
- okoliščina, da bi lahko prišlo do zmanjševanja drugih pravic in sistema socialne varnosti oziroma do zmanjšane financiranja drugih ustavnih pravic, ni ustavnopravno relevantna.<sup>40</sup>

Pri presoji skladnosti predloga zakona z Ustavo in ESČP bomo – enako, vsaj proklamativno, kot predlagatelj zakona v obrazložitvi – upoštevali pogoj, da mora zakonodajalec zagotoviti *učinkovito* in *dejansko* odpravo kršitev človekovih pravic upravičencev s tem, da je opredelil dva načina uveljavljanja pravice do denarne odškodnine z omejitvijo navzgor skupaj z drugimi, nedenarnimi oblikami zadoščenja upravičencev. Ocena skladnosti temelji na celoviti presoji in je odvisna od dejanskih okoliščin zakonodajne in siceršnje družbene situacije.

Ustavnopravno omejevanje odprave kršitev človekovih pravic v zvezi z maksimiziranjem odškodnin je teoretično dopustno, če bi resnično bile ogrožene druge enakovredne vrednote slovenske ustavne ureditve. V odločbi U-I-60/98 je Ustavno sodišče dopustilo omejitve odškodnin zaradi *razsežnosti* in *obsežnosti* poddržavljenja in političnih razmer, ko je prišla skoraj polovica vsega poddržavljenega premoženja v državno lastnino na podlagi zaplembe in drugih oblik odvzema premoženja, medtem ko je potencialni obseg odškodnin v primeru izbrisanih že zdaj omejen na občutno manjše zneske, pri tem pa tudi ne gre za vprašanje vračanja premoženja v naravi. Obenem država ne more opravičiti ogroženosti socialne države, saj je, zgolj primeroma, ekonomika njenih investicijskih aktivnosti in siceršnjega delovanja mnogo bolj obsežna in bi zato potencialne odškodninske obveznosti države pomenile zelo majhen del v delovanju države. Pomembno je tudi razlikovanje med primeroma, saj je bil izbris storjen po osamosvojitvi in v pretežnem delu tudi po sprejemu nove slovenske ustave, zato mora-

<sup>35</sup> Odločba US RS U-I-60/06, U-I-214/06, U-I-228/06, z dne 7. 12. 2006 (Uradni list RS, št. 1/2007, in Odl. US XV), tč. 86, ter op. 35; Odl. US RS U-I-159/08, z dne 11. 12. 2008 (Uradni list RS, št. 120/2008, in Odl. US XVII, 71), tč. 33.

<sup>36</sup> Prav tam.

<sup>37</sup> Prav tam.

<sup>38</sup> Odločba US RS U-II-1/11, z dne 10. 3. 2011 (Uradni list RS, št. 20/2011), tč. 32 in 33.

<sup>39</sup> Prav tam.

<sup>40</sup> Prav tam.

mo odškodninsko odgovornost države za ravnanja v samostojni Sloveniji presojati kvečjemu strožje in ne blažje. Analogno sklicevanje na ogroženost načela socialne države zaradi polnega izplačila odškodnin upravičencem je argumentativno nedopustno. V skladu z načeloma sorazmernosti in praktične konkordance mora zakonodajalec uporabiti vsa alternativna sredstva, recimo z vzpostavitvijo sistema regresnih zahtevkov zoper tiste posameznike, ki so prispevali k nastanku sistemskih kršitev človekovih pravic, s čimer bi zmanjšal tveganje, da ogrozi načela socialne države s popolnim poplačilom odškodnin. Zakonsko omejevanje višine odškodnine je lahko le izhod v neizogibni sili, *ultima ratio*.

Predlagatelj zakona je pri sklicevanju na odločbe Ustavnega sodišča povsem prezrl obsežno in relevantno prakso o načelu varstva zaupanja v pravo (2. člen Ustave), ki varuje legitimna pričakovanja tistih, ki so zaupali v pravni sistem in sprožili ustrezne postopke za odpravo kršitev človekovih pravic, da jim zakonodajalec v času odločanja o upravičenosti do odškodnine in o višini odškodnine teh pravic ne bi omejil. Glede na to, da je od primarne kršitve človekovih pravic izbrisanih minilo več kot dvajset let, da v tem času država ni izkazala zadostne aktivnosti pri odpravljanju kršitev in da so nekateri izbrisani vložili odškodninske zahtevke že leta pred odločitvijo v zadevi *Kurič*, je preurejanje dejanskega stanja na način, da naj bi se omejeni tožbeni zahtevki presojali po določbah obravnavanega predloga zakona (prvi odstavek 29. člena), lahko ustavnopravno sporno. Posameznik, ki je utemeljeno zaupal v veljavno pravo in ravnal v skladu z njim, ne sme zaradi tega ob morebitni kasnejši spremembi prava trpeti škodljivih posledic in se mu pravni položaj ne sme poslabšati. Gede na okoliščine primera izbrisanih se nakazuje, da predlog zakona pretirano ostro ureja dejanska pravna razmerja, zlasti če upoštevamo merila, ki jih je oblikovala pravna teorija v Sloveniji: časovno oddaljenost med primarno kršitvijo oziroma njegovo konkretno dispozicijo in nastankom civilnopravne posledice; predvidljivost morebitnih zakonodajnih sprememb za upravičence; število dispozicij, ki so potrebne za nastop končne zakonsko določene civilnopravne posledice itd. Iz navedenega je razvidno, da se s predlogom zakona namerava pretirano posegati v legitimna pričakovanja upravičencev do denarne odškodnine, ki so že vložili odškodninske zahtevke zoper državo po veljavnih predpisih.<sup>41</sup>

Sklicevanje na odločbe Ustavnega sodišča v delu, ki se nanaša na izjemno dopustnost zniževanja plač sodnikov, je prav tako zgrešeno, saj človekovo dostojanstvo sodnikov z znižanjem plače ni ogroženo, medtem ko zakonska omejitev najvišje odškodnine za kršitve človekovih pravic ne odpravlja ugotovljenih kršitev človekovega dostojanstva izbrisanih. V »sodniških« odločbah je Ustavno sodišče povedalo, da bi teoretično dopustilo znižanje plač, če bi bila ogrožena sodnikova neodvisnost in celotni sistem delitve oblasti. Predlagatelj zakona kaj podobnega ni niti izkazal niti ne more.

<sup>41</sup> Smiselno po Ferčič, str. 6–7.

K odpravi kršitev človekovih pravic lahko pomembno prispevajo tudi nedenarne oblike zadoščenja. Po predlogu zakona naj bi bili upravičeni do plačila prispevka za obvezno zdravstveno zavarovanje, do vključitve in prednostne obravnave v programih socialnega varstva, do olajšav pri uveljavljanju pravic iz javnih sredstev, do državne štipendije, do enakega obravnavanja pri urejanju stanovanjskega vprašanja kot državljani Republike Slovenije, do dostopa do izobraževalnega sistema in do vključitve in prednostne obravnave v tako imenovanih integracijskih programih.<sup>42</sup> Nekatere oblike zadoščenj dejansko sploh nimajo novega ali dejanskega učinka za večino izbrisanih, zlasti tistih, ki so pridobili državljanstvo, ker jim te pravice pripadajo že po zdaj veljavni zakonodaji. Čeprav gre za približno in subjektivno oceno, menimo, da nedenarne in druge oblike zadoščenja sicer pripomorejo k odpravi kršitev človekovih pravic izbrisanih, vendar ne v toliko, da bi bilo dopuščeno omejevanje višine denarne odškodnine.

Dodatni podporni argument predlagatelja zakona, da je veliki senat ESČP pri določitvi načina odprave kršitev Konvencije dal zakonodajalcu široko polje presoje, zdrži glede izpolnjevanja konvencijskih obveznosti Republike Slovenije do ESČP, a nima neposrednega vpliva na zakonodajalčevo izpolnjevanje obveznosti po Ustavi RS, ki določa glede povračila škode strožje standarde, kot jih je vzpostavilo ESČP. Dvojna obveznost spoštovanja predpisov (*dual obligation of loyalty*, kot pravi *Leczykiewicz*<sup>43</sup>) glede varstva človekovih pravic državi članici narekuje v njenem odnosu do ustave in EKČP, da maksimizira (in ne minimizira) varstvo človekovih pravic.

## 8. Sklep

Odgovornost države za škodo, ki jo povzroči zakonodajalec, za zdaj ni splošno sprejet koncept v evropskem prostoru. Najširše gledano gre za trk različnih pravnih konceptov, ki sta pogosto vsaksebi, a se ravno pri vprašanju odškodninske odgovornosti države za zakonodajne kršitve človekovih pravic prekrivata. Najpogostejši ugovor je v tem, da zakonodajalčeva ravnanja praviloma nimajo neposrednih učinkov na položaj posameznika, zato mu tudi ne more nastati škoda, v izhodišču gre za neobstojo vzročne zveze. Ne docela raziskano je tudi vprašanje, kako vplivajo neustavne pravne praznine na morebitno odškodninsko odgovornost države, predvsem z vidika, koliko, če sploh, lahko sodniki rednih sodišč s priznanimi metodami razlage zapolnijo pravne praznine. Države se uveljavljanju odgovornosti poleg konceptualnih pomislekov izogibajo tudi iz pragmatičnih oziroma utilitarističnih motivov, kar razkriva izhodiščno drugačno, bodisi bolj liberalno bodisi bolj utilitaristično pojmovanje človekovih pravic med različnimi akterji v družbi.

<sup>42</sup> Povzeto po predlogu zakona o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva, EPA 1345-IV, z dne 19. 7. 2013.

<sup>43</sup> *Leczykiewicz*.

Še bolj težavno je vprašanje odprave kršitev zakonodajnih ravnanj ali opustitev, ki praviloma prizadenejo človekove pravice posameznikov. V primeru sistemskih kršitev človekovih pravic, ki so bile zelo dolgotrajne, bi lahko ob popolni odpravi kršitev prišlo do resne ogrožitve delovanja države kot celote, zato ima zakonodajalec izjemoma pooblastilo, da se odmakne od popolne odprave kršitev človekovih pravic. A dokazovanje upravičenosti te izjeme je na plečih zakonodajalca, ki mora dejansko izkazati izjemnost situacije, da gre za ukrep *ultima ratio* in da ni ustreznih alternativ, pri čemer zgoj sklicevanje na ekonomske posledice ne zadošča. Po posplošeni oceni predlagatelju zakona o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva, teh standardov ni uspelo zagotoviti.

## Literatura

- Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Betetto, N., Ugrabljena sodba, *Pravna praksa*, št. 1/2013, str. 8–9.
- Du Bois, F., Human Rights and the Tort Liability of Public Authorities, *Law Quarterly Review*, št. 4/2011, str. 589–609.
- Ferčič, A., Načelo varstva zaupanja v pravo in ZDoh-1D, *Pravna praksa*, št. 9/2006, str. 6–7.
- Jadek Pensa, D., Komentar k 26. členu Ustave, v: Šturm, L. (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, FPDEŠ, Ljubljana 2002, str. 294–301.
- Kovač, B., Janusov obraz sodstva do izbrisa, *Pravna praksa*, št. 45/2012, str. 11–12.
- Kovač, B., Nemoralnost zastaranja v primerih kršitev človekovih pravic, *Pravna praksa*, št. 48/2011, str. 11–12.
- Krivic, M., Kako Vrhovno sodišče varuje nemoralno državo namesto njenih žrtev, *Pravna praksa*, št. 46/2012, str. 15–16.
- Lazarova Trajkovska, M., *Pilot Judgments Procedure before the European Court of Human Rights*, doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2012.
- Leczykiewicz, D., Melloni and the future of constitutional conflict in the EU, <<http://eutopialaw.com/>> (11. 8. 2013)
- Mayr, S., Putting a Leash on the Court of Justice?, Preconceptions in National Methodology v: Effet Utile as a Meta-Rule, *European Journal of Legal Studies*, 2012/2013, let. 5, št. 2, str. 8–21.
- von Oettingen, A., *Effet utile und individuelle Rechte im Recht der Europaischen Union*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- Ossenbühl, F., *Staatshaftungsrecht*, 5. izdaja, Beck, München 1998.
- Senkovič, P., *L'Evolution de la responsabilité de l'Etat Législateur sous l'influence du Droit Communautaire*, Bruylant, Bruselj 2000.
- Steele, J., Damages in Tort and under the Human Rights Act: Remedial or Functional Separation?, *Cambridge Law Journal*, št. 3/2008, str. 606–634.
- Tratar, B., *Učinkovanje ustavnih pravic med zasebnopravnimi subjekti*, doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2008.

Vlačič, L., Odškodninska odgovornost države za neustavne posledice izvrševanja zakonodajne funkcije, *Pamfil*, št. 8/2011, str. 54–57.

Zagorc, S., Bardutzky, S., Public Liability in Slovenia, v: Dörr, O. (ur.), *Staatshaftung in Europa, Nationales und Unionsrecht*, De Gruyter, Berlin, Boston 2013 (v tisku).



Izvirni znanstveni članek  
UDK 347.56:347.962.6

# Odškodninska odgovornost sodnika in odgovornost države zanj

JAN ZOBEC,  
ustavni sodnik na Ustavnem sodišču RS

## 1. Uvod

Drugače kot v naravnih znanostih, kjer je pravilnost postavljene teze podvržena neizpros-nemu dokazovanju (z eksperimentom, ki tezo potrdi ali ovrže), je v pravu utemeljevanje (in prepričevalna moč onega, ki ima »zadnjo besedo«) tisto, kar šteje – pravna mera je tu človeška (in ne božja ali naravna) mera. V sodnem sporu bo zmagal tisti, ki bo s svojimi argumenti prepričal sodišče. Če bodo ti tako prepričljivi in nepremagljivo močni, da zahtevajo odstop od ustaljene sodne prakse (*compelling reasons*), se bo to tudi zgodilo. V pravu ni skoraj nič absolutnega, nespremenljivega in dokončnega – razvija se juridična pamet, spreminja se ži-vljenjski kontekst prava, s tem pa se spreminjata in razvijata tako zakonsko pravo kot sodna praksa.

Pravo je izdelek človeka – nepopolnega bitja. Zato je razumljivo, da je z nepopolnostjo obre-menjeno tudi sodno pravo. Tako kot razvoj prava, ki se dogaja prek sodne prakse, so tudi napake pri sojenju del sistema samega (pravzaprav je vsak razvoj, gledano retrospektivno, videti kot vrsta napak ali kot k »absolutnemu« usmerjena asimptotična krivulja, ki svojega cilja nikoli ne bo dosegla). To spoznanje je podlaga pravice do pravnega sredstva, ki je ustavno varovana. Večstopenjsko sojenje je zato ustavno nujna kvaliteta sodnega sistema. Kopičenje pravnih sredstev (ki izhaja iz podmene o zmotljivosti sodne oblasti) je tolikšno, da že ustvarja vtis o preobražanju zaupanja v sodstvo v nezaupanje. Več ko je pravnih sredstev, manjše se zdi (zakonodajalčevo) zaupanje v sodstvo. V večini sodnih sporov imajo stranke vsaj teoretično na razpolago kar štiri pravna sredstva: pritožbo, revizijo, ustavno pritožbo in še pritožbo na Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP). Motiti se je torej sodniško. In kjer je napaka, tam je (praviloma) tudi škoda.

Vprašanje pa je, ali je tam, kjer je škoda, tudi odgovornost – in če je, čigava. Kdo torej odgovarja za škodo, ker je sodnik prezrl katerega od zahtevkov in s tem stranki povzročil stroške, ker je morala plačati nagrado odvetniku za vložitev predloga za dopolnilno sodbo? Obstaja odškodninska odgovornost za sodnikov vpliv na sklenitev za stranko škodljive sodne poravnave? Kdo (če sploh) odgovarja za škodo, ki jo je povzročil hudodelec, ki bi ga moralo sodišče pripreti? Je mogoče govoriti o odgovornosti za škodo, ker se je sodišče zmotilo pri računanju roka za pravno sredstvo? Vprašanje je, ali tudi na odškodninskem področju velja, da pravnomočnost ozdravi vse napake, in ali je odškodninska odgovornost za sodniške napake združljiva z imuniteto in neodvisnostjo sodstva. Sodniška neodvisnost pomeni, da sodnik pri odločanju (če odmislimo nekatere postopkovne zaveze) sledi samo svojemu pravnemu prepričanju in da ni vezan niti na še tako utrjeno sodno prakso višjih sodišč, če verjame, da so njegova pravna stališča pravilnejša.<sup>1</sup> Ker so sodniške napake sestavni del sojenja, je vprašanje, ali je že vsaka napaka pri sojenju podlaga za odškodninsko odgovornost – in ali tak koncept ne bi vodil v začarani krog sporov, predvsem pa, ali ne bi zadušil ustvarjalnosti, samoiniciativnosti in poklicnega poguma sodnikov, brez česar tudi v pravu ni napredka. Kje so torej osebne in stvarne meje odgovornosti? V nadaljevanju bom poskusil najti odgovor na ti vprašanji, pri čemer si bom pomagal s primerjalnopravnimi argumenti in z analizami domače sodne prakse in ustavnosodne presoje ter odločilnih primerov, ki jih je na to temo obravnavalo Sodišče EU.

## 2. Splošna (ustavna) izhodišča

Večja je razlagalna moč sodstva, večja je njegova oblast – iz česar logično izhaja, da bi morala tej oblastni moči ustrezati tudi odgovornost tistega, pri katerem je oblast. Za pravno državo je nujno, da njen pravni red zagotavlja odškodninsko odgovornost za sodnikovo protipravno ravnanje – ideja o nezmotljivosti oblasti je stvar absolutistične in totalitarne preteklosti, nezdružljiva z demokracijo. Pravica do povračila škode, ki je posledica sodnikovega protipravnega ravnanja, je (zato) ustavno zajamčena (26. člen Ustave). Vendar ko gre za sodnika, se tu (vsaj na prvi pogled) lahko pojavijo nekateri (ustavnopravni) pomisleki. Predvsem, ali je odškodninska odgovornost za sodniške napake združljiva z institutom pravnomočnosti, ali bolje, z idejo o splošnem pomiritvenem učinku sodne razrešitve spora in ali se ne bi priznavanje odškodninske odgovornosti izteklo v nikoli sklenjen krog sporov (sporov o sporih).<sup>2</sup> Ne-

<sup>1</sup> Glej M. Wurm v: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, (ur. N. Horn), Sellier-de Gruyter, Berlin 2007, str. 108.

<sup>2</sup> Pravnomočnost načelno »ozdravi« vse napake, zaradi česar naj bi bili načelno mogoči samo obnova postopka in ponovna presoja v odškodninskem sporu zaradi skrajnih primerov zlorab prava ali podkupovanja, kar je izhodišče nemške ureditve odškodninske odgovornosti za sodniške napake (glej M. Wurm, str. 157).

jasno je tudi, kakšen vpliv imata tu ustavno načelo o neodvisnosti sodstva in iz njega izpeljana sodniška imuniteta.

## 2.1. Pravnomočnost

Na prvi pogled s pravnomočnostjo ni pričakovati večjih problemov. Sodba, s katero je ugodeno odškodninskemu zahtevku zaradi sodniške napake, v ničemer ne posega v pravnomočnost odločbe, ki je posledica sporne napake; ta ostaja (procesno) nedotaknjena. Odškodninska tožba namreč ni pravno sredstvo zoper odločbo, s katero je bila storjena sodniška napaka; njeni pravni učinki ne bodo prizadeti. Tema obravnavanja v enem in drugem sporu (sporni predmet) je različna, stranke so druge. In če pojem sodniške napake zajema samo najhujše oblike protipravnosti, tudi ne bi smelo biti težav z idejo o splošnem pomirjivnem učinku. Mir, ki ga v družbeno razmerja prinaša odločitev sodišča, namreč ne more temeljiti na očitno napačni razrešitvi spora.<sup>3</sup> Očitna krivica ne deluje pomirjajoče in spravljivo, nima pozitivnih socialnozdrževalnih učinkov ter ne pripomore k ugledu in avtoriteti sodstva.<sup>4</sup>

Po drugi strani ni mogoče spregledati, da ima odškodninska tožba vselej izravnalen učinek – čeprav bo sporni »izpodbijani« akt sodne oblasti procesno nedotaknjen, bo po svoji vsebini razvrednoten, oškodovana stranka bo odškodovana (čeprav samo na drug način), s čimer bo posredno dosežen podoben cilj, kot ga zasledujejo procesna pravna sredstva, zlasti revizija, zahteva za varstvo zakonitosti in ustavna pritožba (varovanje integritete pravnega sistema kot celote).<sup>5</sup> Kot bo pojasnjeno v nadaljevanju, to dokazujejo jurisprudenca Sodišča EU, vloga in pristojnosti ESČP ter učinki njihovih sodb. Zato mora biti predpostavka za nastanek odškodninske obveznosti, da je prizadeta stranka izčrpala pravna sredstva, s katerimi bi v za to predvidenem postopku dosegla razveljavitev, spremembo ali ugotovitev nezakonnosti sporne

<sup>3</sup> Tako J. P. Terhechte, *Judicial Accountability and Public Liability - The German »Judges Privilege« Under the Influence of European and International Law*, *German Law Journal*, Vol. 13, 2012, št. 3, str. 319. Enako A. Tsaoussi, E. Zervogianni, ko (sklicujoč se na stališča francoskega Kasacijskega sodišča z dne 23. 2. 2001) opredeljujeta »neodpu-stljivo sodniško napako« kot podlago za odškodninsko odgovornost. Po njunem gre za napako, ki pomeni spodletelo sodno varstvo, zaradi česar sodišče ni izpolnilo svoje vloge razrešiti pravni spor tako, da je zagotovljen socialni mir (glej A. Tsaoussi, E. Zervogianni, *Judges as Satisficers: A Law and Economics Perspective on Judicial Liability*, str. 9, dosegljivo na: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1009455](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1009455)). Podobno že pred 225 leti A. Hamilton: »[O]ffenses which proceed from the misconduct of public men, or, in other words, from the abuse or violation of some public trust [...] relate chiefly to injuries done immediately to the society itself.« (*The Federalist Papers* No. 65, 7. 3. 1788 – dosegljivo na: [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed65.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed65.asp)). Enako V. Rakić Vodinelić, *Ograničena odgovornost sodije za štetu – neophodna privilegija koja obezbeđuje nezavisnost ili učvršćivanje sudijske neodgovornosti?*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, let. 63, 2013, št. 3-4, str. 738.

<sup>4</sup> Tako Sodišče EU v sodbi *Gerhard Köbler proti Avstriji* (C-224/01 z dne 30. 9. 2003) – glej točko 43. Odločno proti priznavanju »absolutne avtoritete pravnomočni sodni odločbi« D. Jadek Pensa, *Sodnikov protipravno ravnanje in civilni delikt*, *Pravnik*, let. 51, 1996, št. 4-5, str. 162, 163.

<sup>5</sup> Prim. nosilne razloge sodbe VS RS III Ips142/2005 z dne 18. 12. 2007 (8. točka obrazložitve).

pravnomočne sodne odločbe, ne pa, da se o teh vprašanih razpravlja v postopku, ki za to ni predviden. Odškodninski spor in v njem (vnovično) odpiranje vprašanj, ki so že pravnomočno rešena, je *ultima ratio* – mogoč je samo, kadar oškodovanec nima in tudi ni imel drugih sredstev, s katerimi bi v postopku, ki je za to predviden, preprečil ali zmanjšal vzrok škode, in ko je šlo za najhujše oblike protipravnosti.<sup>6</sup> Treba je najti ravnotežje med različnimi vrednotami – med pomenom in težo pravnomočnosti in pravno varnostjo, ki stoji za tem institutom na eni strani, ter pravico do povračila škode v primerih (posebej hudih) sodniških napak na drugi strani. Ker je to ravnotežje dinamično, je zaradi tega lahko različen tudi standard teže protipravnosti, odvisno od tega, ali je obdana s težje prebojnim zidom pravnomočnosti.<sup>7</sup>

## 2.2. Neodvisnost sodstva

Sodniška neodvisnost ni namenjena sama sebi – brez nje ne samo ni poštenega sojenja (prvi odstavek 23. člena Ustave), temveč zagotavlja tudi izpeljavo načela delitve oblasti. Prav notranja neodvisnost, ki pomeni nevezanost sodnika na razlago prava, pa bi bila lahko prizadeta z odškodninsko odgovornostjo za sodniške napake – kadar bi bila ta preširoka, zlasti če bi zajemala napake, ki so sestavni del sojenja. Celotni sistem pravnih sredstev temelji na spoznanju, da se pri sojenju dogajajo napake – tako pri izbiri in razlagi prava kot pri ugotavljanju dejanskega stanja. Ne razvija se samo zakonsko pravo, temveč tudi sodno pravo. Zato je treba (v okviru notranje neodvisnosti) spoštovati in varovati sodnikovo ustvarjalnost, samoiniciativnost in poklicni pogum. Ko je tako, je treba bistveno omejiti (ali celo izključiti) možnost neposrednega vlaganja odškodninskih tožb zoper sodnika, tudi če bi bile podlaga za odškodninsko odgovornost samo hujše oblike napak pri razlagi in uporabi prava.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Prim. sodbo II Ips 879/2008 z dne 29. 3. 2012, v kateri je VS RS navedlo: Tožniki se »niso [...] potrudili, da bi zahtevali presojo pred sodiščem. S tem je odločitev postala pravnomočna in o pravici do vrnitve parcele ali plačila odškodnine ni mogoče ponovno razpravljati. V odškodninskem sporu se zato ne more več preverjati pravilnost te odločitve, gre le za vprašanje, ali so bile določbe 3. in 4. člena Zakona o denacionalizaciji res tako jasne, kot sedaj trdijo tožniki. Če so res bile, potem bi morali toliko bolj uporabiti vsa pravna sredstva, vključno s pravico do presoje Ustavnega sodišča. Sodno varstvo so zahtevali šele po pravnomočnosti odločbe, vendar prepozno in neskladno z Zakonom o upravnem postopku.«

<sup>7</sup> Tako T. Josipović, I. Gliha, O građanskopravnoj odgovornosti sudaca, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, letnik 42, 1992, dodatek k št. 4, str. 694, 694. Prim. tudi sodbo VSL II Cp 1349/2011 z dne 8. 12. 2011: »Pravnomočne sodne odločbe sicer ni moč spremeniti, kar pa ne pomeni, da oškodovancu ni moč priznati odškodnine, če se ugotovi, da je v postopku sodišče ravnalo protipravno. Protipravnost pa mora biti jasna in očitna, kršitev pa mora biti dovolj huda.«

<sup>8</sup> To je podlaga tako imenovanega sodniškega privilegija – privilegija sodnika, ki izreka sodbo (*Richterspruchprivileg*), v nemškem pravu (drugi odstavek 839. par. BGB), po katerem je sodnik odškodninsko odgovoren za napako, ki jo je zagrešil pri izdaji (in ne samo z izdajo) sodbe v pravni zadevi (v sodnem sporu) le, če je s tem storil kaznivo dejanje (prim. J. Adenitire, *Judicial Independence in Europe - The Swedish, Italian and German Perspectives*, str. 23. dosegljivo na: <http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/research/judicial-independence/judicial-independence-in-europe.pdf>; M. Wurm, str. 154 in nasl.; J. P. Terhechte, str. 318). Zaradi varovanja svoje notranje svobode in neodvisnosti sodnik

Drugače je, če neposredno odškodninsko odgovarja samo država. Sodnikova neodvisnost (in imuniteta) je (precej bolj) ohranjena, sodnik je zavarovan pred (neutemeljenim) nadlegovanjem (s frivolnimi tožbami nezadovoljnih strank), ustavna pravica oškodovanca do povračila škode iz 26. člena Ustave pa zavarovana na najboljši možni način – z najbolj solventnim dolžnikom v državi. To, kar šteje, je odškodninsko varstvo oškodovanca – preostalo (generalna in specialna prevencija) je stvar drugih (kazenskih in disciplinskih) postopkov. Da je taka rešitev ustrezna, je v teoriji široko sprejeto,<sup>9</sup> kar potrjuje tudi večina primerjalnih ureditev.<sup>10</sup>

Drug ustavnopravni vzvod varovanja sodniške neodvisnosti je razlaga pravnega standarda »protipravno ravnanje«. Razumevanje protipravnosti, ki je podlaga odškodninske odgovornosti, bo tako ustavno uglaseno samo, če bo upoštevalo omenjene bistvene značilnosti sodnikovega dela.<sup>11</sup> Ali drugače: ko gre za sodniške napake, so lahko podlaga odškodninske odgovornosti samo grobe kršitve sodniške dolžnosti – sodniška samovolja pri razlagi prava, v nekaterih primerih tudi pri ugotavljanju dejanskega stanja (oboje se izraža prek očitne napačnosti), zloraba oblasti, korupcija, nespoštovanje pravice do sojenja v razumnem roku, druge grobe kršitve poštenosti postopka.<sup>12</sup> Pravni standard »protipravno ravnanje« je treba razlagati

---

ne sme biti v strahu pred odškodninsko odgovornostjo (glej M. Wurm, str. 154, 155). Prav zaradi varovanja sodniške neodvisnosti je nemško Zvezno sodišče (BGH) zavzelo stališče, da so v zadevah, ki jih ne zajema sodniški privilegij, podlaga za odškodninsko odgovornost lahko samo posebno hude kršitve sodniške dolžnosti (BGH, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 3252 – povzeto po J. P. Terhechte, str. 320, in J. Adenitire, str. 23). S tem se je mogoče strinjati. Kajti sodniška neodvisnost ne gre tako daleč, da bi varovala sodnikovo notranjo svobodo tudi glede najhujših napak ali celo zlorab sodniške službe (tako tudi D. Jaded Pensa, *Pravica do povračila škode po 26. členu ustave, Podjetje in delo*, let. XXV, 1999, št. 6-7, str. 1294). Sodniška neodvisnost tudi ne more biti ogrožena z odškodninsko odgovornostjo za odklonitev sojenja ali za neopravičljivo zamudo pri sojenju (prim. 2. stavek drugega odstavka 839. par. BGB). Neodvisnost (in imuniteta, ki je njeno sredstvo) ni sama sebi namen in tudi ni privilegij sodnika – dana je zaradi ljudi, aktualnih in potencialnih strank sodnih postopkov, ker lahko samo neodvisno sodstvo zagotavlja pošteno varstvo njihovih pravic. V tem smislu ameriško Vrhovno sodišče v zadevi *Pierson v. Ray*, 386 U.S. 547, 554 (1967), ki pa je, protislovno, prav zaradi varovanja neodvisnosti sodnika (ki je namenjena poštenosti postopka in varovanja pravic strank) izreklo, da je treba v tem imenu zavarovati tudi malicioznega in skorumpiranega sodnika (zelo kritično do tega mnenja R. C. Waters, *Judicial Immunity vs. Due Process: When Should a Judge Be Subject to Suit?*, *Cato Journal*, Vol. 7, 1987, št. 2, str. 467, 468).

<sup>9</sup> Na primer J. P. Terhechte, str. 318. Prim. tudi P. H. Schuck, *Civil Liability of Judges*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, 1989, št. 4, str. 667. Avtor meni, da bi bilo treba v ameriškem civilnem pravu utrjeno načelo običajnega prava *respondet superior* (ali podjetniško odgovornost) razširiti na javno pravo (kar pa se zaradi varovanja doktrine o imuniteti suverena, po kateri države ni mogoče tožiti brez njenega soglasja, odklanja). Prim. A. Tsaoussi, E. Zervogianni, str. 15–17, ki (iz pravno-političnih razlogov) predlagata odgovornost države (z možnostjo regresnega zahtevka zoper sodnika), vendar ne plačila iz splošnega državnega proračuna, temveč iz proračuna sodišča, katerega sodnik je povzročil škodo.

<sup>10</sup> Na primer nemška, po kateri ima država, ki je oškodovancu povrnila škodo, regresno pravico v primeru grobe malomarnosti ali namenoma povzročene škode (34. člen GG), francoska, italijanska, nizozemska.

<sup>11</sup> Glej D. Jaded Pensa, *Sodnikovo protipravno ravnanje in civilni delikt*, *Pravnik*, let. 51, 1996, št. 4-5, str. 157.

<sup>12</sup> Prim. prav tam, str. 158.

ozko, ne glede na to, kdo je odškodninsko odgovoren. Tudi če je to samo država, bosta njena odškodninska odgovornost in posledično plačilo odškodnine posredno vplivala na pravni in dejanski položaj sodnika, ta vpliv pa lahko prizadene njegovo neodvisnost.<sup>13</sup> Sodnik, ki je s protipravnim ravnanjem povzročil odškodninsko odgovornost države, bo to tako ali drugače občutil – na svojem poklicnem položaju (prek disciplinske odgovornosti), tam, kjer lahko država uveljavlja povračilni zahtevek (ali se je celo zavezala uveljavljati ga), pa tudi premoženjsko.<sup>14</sup> Pravica države do povračilnega zahtevka (v resnici dolžnost) nikakor ni nelegitimsna – sledi namreč preventivni funkciji odškodninskega prava.<sup>15</sup>

### 3. Regres zoper sodnika

Slovenski pravni red regresne pravice države ne ureja. Vendar to ne pomeni, da gre za pravno praznino, temveč da država od sodnika ne more zahtevati povračila izplačane odškodnine.<sup>16</sup> Čeprav sem sprva menil, da je drugi odstavek 148. člena OZ podlaga za regresni zahtevek države zoper sodnika,<sup>17</sup> danes menim drugače. Določbe OZ o odgovornosti pravne osebe za škodo, ki jo povzroči njen organ (148. člen), za ta razmerja niso uporabljive, saj je odgovornost države za protipravno ravnanje njenih organov javnopravne narave – izvira namreč iz njenega oblastnega ravnanja. Javnopravno naravo imajo (oziroma bi imela) zato tudi nadaljnja, iz te odgovornosti izvirajoča pravna razmerja. Uporabe OZ, ki ureja civilnopravna (horizontalna) razmerja (med prirejenimi in enakopravnimi subjekti), zato ni mogoče razširiti na javnopravna razmerja, nastala zaradi sodnikovega protipravnega oblastnega ravnanja.<sup>18</sup> Argument

<sup>13</sup> Tako J. P. Terhechte glede regresnega zahtevka zoper sodnika (str. 318).

<sup>14</sup> V nemški ureditvi je regresna pravica določena celo v ustavi (2. stavek 34. člena GG). Po italijanskem zakonu št. 117 o povračilu škode, povzročene pri opravljanju sodniških funkcij, in o civilni odgovornosti države in magistratov za to škodo z dne 13. 4. 1988 pa je v primeru, ko je država obsojena na plačilo odškodnine in je odškodnino tudi plačala, dolžna od sodnika zahtevati povračilo (izvršilna oblast nima (več) diskrecijske pravice presojati, ali bo zoper sodnika ukrepala) – ki pa ne sme preseči tretjine sodnikove letne plače (7. in 8. člen). Za celovit prikaz italijanske ureditve glej S. Triva, Materijalna gradanskopravna odgovornost za protupravno delovanje sodbene oblasti v talijanskem pravu, zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, letnik 42, 1992, št. 1, str. 23 in nasl. V. Rakić Vodinec ne vidi tehtnih razlogov za povezovanje odškodninskega postopka zoper državo z možnostjo uvedbe disciplinskega postopka zoper sodnika. Prav tako odklanja argument, da bi možnost regresnega zahtevka ogrožala sodniško neodvisnost. Sprašuje se, ali je upravičeno, da je iz javnih sredstev izplačana odškodnina razpršena v breme vseh državljanov, sodnik, ki je škodo povzročil, pa je prost premoženjske odgovornosti. Glej V. Rakić Vodinec, nav. delo, str. 737, 738.

<sup>15</sup> A. Tsaoussi, E. Zervogianni, str. 17.

<sup>16</sup> Od 1. 1. 2001, ko je bila odpravljena osebna odgovornost sodnikov, je enaka tudi nizozemska ureditev – sodnik je lahko samo kazensko ali disciplinsko odgovoren.

<sup>17</sup> Glej J. Zobec, Neposredna civilna odgovornost sodnikov, Pravna praksa, 2005, št. 19, str. 7. Enako D. Jadek Pensa, nav. delo, str. 159.

<sup>18</sup> Tako VS RS v sodbi II Ips 315/2010 z dne 21. 10. 2010 (opombe izpuščene): »Obligacijsko pravo spada v civilno pravo, civilno pravo pa je celota pravnih pravil in pravnih načel, ki urejajo osebna in premoženjska razmerja, v kate-

analogije za uporabo določb o pravici pravne osebe zahtevati povrnitev plačane odškodnine od tistega, ki je škodo povzročil namenoma ali iz hude malomarnosti (drugi in tretji odstavek 148. člena), zaradi vrednostne različnosti civilnopravnih in javnopravnih razmerij torej ne pride v poštev. Ko je tako, država od sodnika ne more zahtevati povrnitve izplačane odškodnine – ni namreč predpisa, ki bi ji to pravico dajal.<sup>19</sup> Vendar je vprašanje, ali je taka ureditev primerna.<sup>20</sup>

## 4. Razvoj odškodninske odgovornosti za sodniške napake v sodni praksi

### 4.1. Pravnomočnost

Slovenska normativna ureditev odškodninske odgovornosti sodnikov nikjer izrecno ne ureja.<sup>21</sup> O tem vprašanju se je Vrhovno sodišče prvič jasno izreklo šele v sodbi II Ips 406/1995, ki je podlaga pravnemu mnenju z dne 14. 12. 1995.<sup>22</sup> Sodišče se je tu ukvarjalo tudi z ustavnopravnimi vidiki odškodninske odgovornosti države za sodniške napake, in sicer z razmerjem med ustavno pravico do povračila škode (26. člen Ustave) in pravnomočnostjo (158. člen Ustave), ki izraža eno od načel pravne države. Izreklo je, da »[p]rvnomočnost odločbe sodišča ne preprečuje možnosti presoje o zatrjevani protipravnosti sodnikovega ravnanja v odškodninskem sporu«. Pojasnilo je, da ustavna pravica do povračila škode iz 26. člena Ustave »izraža načelo, da naša država sprejema odškodninsko odgovornost tudi zaradi morebitnega protipravnega sodnikovega ravnanja v procesu sojenja«, da »[n]atančnejših določb, ki bi pojem

---

rih so pravni subjekti prirejeni (enakopravni) in avtonomni. Za državo veljajo pravila civilnega prava le, kadar v ta razmerja ne vstopa kot oblast (imperum) ampak z enakega položaja kot vsak drug posameznik. Zato je v primeru, ko država in njeni organi povzročijo škodo pri izvrševanju dejanj oblasti pravna podlaga odškodninske odgovornosti 26. člen URS in ne določbe ZOR ali OZ, saj jamčenje države v obravnavanih primerih sodi v javno pravo. Ta določba URS je materialni odsev ustavnega načela pravne države, ker določa pravico do povračila škode zaradi protipravnega ravnanja javnopravnih oseb. Ne gre za klasično, marveč posebno vrsto odgovornosti kot zaščito, ki jo je deležen vsakdo pred morebitno škodo, ki mu jo povzroči država s protipravnimi dejanji. Takšna posebna odgovornost bi terjala tudi posebno zakonsko ureditev, ki pa je žal nimamo.«

<sup>19</sup> Slovenska sodna praksa se do tega še ni jasno in neposredno opredelila – tako vsaj izhaja iz javno dostopnih podatkov. Vendar ni rečeno, da VS RS ne bi priznalo regresne pravice države. Iz sodbe II Ips 120/2002 z dne 11. 12. 2002 namreč izhaja, da ni nenaklonjeno uporabi določb 148. člena OZ o odgovornosti pravne osebe za škodo, ki jo povzroči njen organ. Mimogrede (in brez natančnejše utemeljitve) je namreč navedlo, da se 26. člen Ustave »navezuje na splošna pravila odškodninskega prava, v tem primeru na 172. člen Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR), ki ureja odgovornost pravne osebe za škodo, ki jo povzroči njen organ tretji osebi pri opravljanju ali v zvezi z opravljanjem svojih funkcij«. Enako še v sodbah II Ips 111/2009 z dne 10. 9. 2012, II Ips 236/2001 z dne 18. 4. 2002, II Ips 541/2001 z dne 8. 5. 2002, II Ips 750/2007 z dne 26. 8. 2010, II Ips 609/2007 z dne 28. 10. 2010, II Ips 24/2008 z dne 20. 1. 2011. Drugače v sodbi II Ips 315/2010 z dne 21. 10. 2010 (glej prejšnjo op.).

<sup>20</sup> Odločno proti oženju civilne odgovornosti sodnikov glej V. Rakić Vodinec, nav. delo, str. 738.

<sup>21</sup> Dosedanja literatura pa osebno odškodninsko odgovornost sodnikov zavrača.

<sup>22</sup> Pravna mnenja, II/95, Vrhovno sodišče RS, str. 5 in nasl.



civilnega delikta v tovrstnih sporih omejevale na situacije, ko škoda ne bi izvivala iz postopka, ki je bil pravnomočno končan, naše odškodninsko pravo ne pozna«, ter da »[t]akšna omejitev [...] tudi ne izhaja iz učinkov pravnomočnosti sodne odločbe«. Bistveno sporočilo pravnega mnenja je, da ustavne pravice do povračila škode ni mogoče suspendirati s sklicevanjem na pravnomočnost (158. člen Ustave neposredno ne ureja človekovih pravic), še posebej ne, ker v takem »odškodninskem sporu [...] ne gre za to, da bi se spremenilo pravno razmerje, urejeno s pravnomočno odločbo sodišča«. <sup>23</sup> Če naj bo učinkovito in v celoti varovana pravica oškodovanca, ki je pretrpel škodo zaradi protipravnega ravnanja sodnika, potem je treba sprejeti tudi to, da je posledica takega ravnanja lahko nezakonita pravnomočna sodna odločba (ki pa ji sodba o odškodninski odgovornosti procesno ne more priti do živega).

## 4.2. Pojem protipravnosti

Tem stališčem samo na videz oporekajo nosilni razlogi sodbe III Ips 142/2005 z dne 18. 12. 2007, ko VS RS pravi, »da ni mogoče utemeljiti odškodninskega tožbenega zahtevka proti državi z golim zatrjevanjem, da je sodišče v določeni zadevi razsodilo napačno«. In nadaljuje: »Nepravilno odločanje sodišč namreč samo po sebi še ni protipravno v tem smislu, da bi utemeljilo odškodninsko odgovornost tožene stranke po prvem odstavku 26. člena Ustave Republike Slovenije. Nasprotno gledanje bi namreč vodilo v položaj, ko bi bilo treba vnovič obravnavati argumente o spornem predmetu, ki so že bili obravnavani v sodni odločbi o tem predmetu. Namen sodnega postopka pa je, da se spor vsebinsko dokončno razreši (*res iudicata pro veritate habetur*) in se ta razrešitev več ne postavlja pod vprašaj (*ne bis in idem*). Morebitnemu nepravilnemu odločanju sodišč je v tem okviru namenjen sistem pravnih sredstev. Prizadevanje, vsebovano v pravnem redu, da se doseže navedene učinke pravnomočnosti, bi zato razvodenelo, če bi stranka, za katero se je postopek zaključil neuspešno, v naknadnem sporu zaradi plačila odškodnine zgolj z zatrjevanjem nepravilnega sojenja toženo stranko lahko potisnila v položaj, da se mora (glede na smiselno uporabljena pravila splošnega odškodninskega statuta) ekskulpirati.«

V resnici ne gre za navzkrižje stališč – v sodbi III Ips 142/2005 VS RS ni že vnaprej izključilo odškodninske odgovornosti države za sodniško napako, ki jo »varuje« pravnomočnost sodne odločbe. Sporočilo nosilnih razlogov te sodbe je samó, da trditve o nepravilnem odločanju sodišča še ne pomenijo tolikšne stopnje protipravnosti, posledica katere bi bila odškodninska odgovornost države – še zlasti ne, kadar je sodna odločba, ki naj bi bila napačna, pravnomočna. Da je treba pri razlagi pojma »protipravnost sodnikovega ravnanja«, ki je osrednja predpostavka odškodninske odgovornosti države, izhajati iz narave sodnikovega dela, zaradi česar tega pojma ni mogoče enačiti z (vsemi) razlogi, zaradi katerih bi bila izpodbijana sodna odločba

<sup>23</sup> Prav tam, str. 7.



lahko spremenjena ali razveljavljena v postopku z rednimi in izrednimi pravnimi sredstvi, je v omenjenem pravnem mnenju posebej poudarjeno. To potrjuje tudi nadaljnji razvoj sodne prakse (podprt s stališči teorije),<sup>24</sup> ki s protipravnostjo razume le kvalificirano stopnjo napačnosti: »nerazumno odstopanje od jasnih določb materialnega prava ter uveljavljene sodne prakse«,<sup>25</sup> primeri, ko sodnik »ne bi uporabil povsem jasne določbe zakona ali [...] bi določen predpis namenoma razlagal v nasprotju z ustaljeno sodno prakso zaradi pristranskosti«,<sup>26</sup> ali »če iz tega razloga namerno ugotovi relevantne dejanske okoliščine v nasprotju z rezultati dokaznega postopka«,<sup>27</sup> primere, ko gre za »grobo kršenje pravil postopka«,<sup>28</sup> opustitev ugotavljanja lastništva stanovanja, ki je v izvršbi na nepremičnino predmet izvršbe,<sup>29</sup> napake, ki so »povsem zunaj okvira pravno še dopustnega dejanja (v smislu arbitrarnosti, izdaje odločbe izven kakršnegakoli z zakonom predvidenega postopka, neuporabe povsem jasne zakonske določbe ali neobrazloženega odstopa od ustaljene sodne prakse)«,<sup>30</sup> ali ko je sodišče zagrešilo vrsto hudih postopkovnih napak v nepravdnem postopku o pridržanju v psihiatrični organizaciji, »ki je posebne vrste postopek, za katerega je že po naravi stvari značilna velika občutljivost, ranljivost in tudi (iz palete različnih razlogov izhajajoča) nemoč osebe, ki naj bi bila prisilno pridržana«. <sup>31</sup> Tako napolnjen standard protipravnosti se že izenačuje s primeri sodniške samovolje, ki se navzven kaže kot očitna napačnost in ki pomeni kršitev pravice do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave. Oceno samovolje oziroma arbitrarnosti lahko Ustavno sodišče izreče le, če sodišče svoje odločitve ne utemelji s pravnimi argumenti, tako da je mogoče sklepati, da ni odločalo na podlagi zakona, temveč na podlagi kriterijev, ki pri sojenju ne bi

<sup>24</sup> Predvsem D. Jadek Pensa, *Sodnikovo ...*, str. 157, 158.

<sup>25</sup> Glej sodbo VS RS II Ips 1014/2007 z dne 13. 1. 2011.

<sup>26</sup> Glej sodbo VS RS II Ips 556/2002 z dne 13. 11. 2003, zoper katero je bila vložena ustavna pritožba, v obrazloženem sklepu o nesprejemu pa je US RS navedlo (sklep Up-2/04 z dne 4. 5. 2005): »Ni v nasprotju z obravnavano ustavno pravico pravno stališče, da pojma protipravnosti sodnikovega ravnanja ni mogoče enačiti z oceno, da je sporna sodna odločba (v smislu instančne presoje) nepravilna in nezakonita. V skladu z obravnavano ustavno pravico je stališče, da proces odločanja ni protipravno dejanje in da je narava odločanja taka, da pogosto omogoča različno presojo izvedenih dokazov in različno pravno presojo ter da sodnik (oziroma država za ravnanje sodnika) ne more odškodninsko odgovarjati za razlago prava znotraj meja danih pooblastil.« Glej tudi sodbo II Ips 64/2010 z dne 20. 5. 2010 in sodbo II Ips 101/2010 z dne 15. 12. 2011 ter tam (v op. 2) navedene sodbe.

<sup>27</sup> Glej sodbo VS RS II Ips 64/2010 z dne 20. 5. 2010.

<sup>28</sup> Prav tam.

<sup>29</sup> Glej sodbo VS RS II Ips 505/2003 z dne 28. 10. 2004.

<sup>30</sup> Glej sodbo VS RS III Ips 48/2010 z dne 17. 12. 2012.

<sup>31</sup> Glej sodbo VS RS II Ips 110/2012 z dne 12. 7. 2012. V tej zadevi je VS RS ugotovilo, da »[s]odišče tožnice ni zaslišalo, čeprav je izvedba tega dokaza obligatorna (če je le mogoče), zaslišalo tudi ni zdravnika, ki jo je sprejel, zdravnika, ki jo je sicer zdravil, bližnjih oseb (matere, izvenzakonskega partnerja), ki bi lahko dale podatke o njenem duševnem stanju«, ter da »[n]iti iz izvedenskega mnenja niti iz razlogov sklepa o pridržanju tožnice za dobo dveh mesecev ne izhaja, ali je bil ukrep res nujno potreben za preprečitev ogrožanja njenega lastnega življenja, še manj pa, kakaj za tako dolgo obdobje«. Za nameček niti sam sklep ni bil sprejet brez odlašanja.

smeli priti v poštev.<sup>32</sup> Vprašanje je, ali ni tako ozka razlaga v posameznih primerih prestroga in ali ne posega že v jedro ustavne pravice do povračila škode (ki jo je v skladu s tretjim odstavkom 15. člena Ustave sicer mogoče omejiti, ne pa v celoti izključiti).

### 4.3. Neposredna osebna odgovornost

Vrhovno sodišče se do osebne odgovornosti sodnika še ni neposredno opredelilo. Se je pa o tem izrekla sodna praksa višjih sodišč, ki odklanjanje neposredne (osebne) odgovornosti sodnikov utemeljuje z ustavnopravnim argumentom – z materialno sodniško imuniteto, ki zagotavlja, da sodnika ni mogoče klicati na odgovornost za mnenje, ki ga je dal pri odločanju v sodišču (prvi odstavek 134. člena Ustave), zaradi česar pomeni po mnenju nekaterih absolutno oviro za začetek pravnega postopka,<sup>33</sup> po mnenju drugih pa izključuje odškodninsko odgovornost sodnika.<sup>34</sup> Ali to pomeni, da je sodnik neposredno odškodninsko odgovoren za vsa druga dejanja, ki niso zajeta z jamstvom imunitete, vendar so bila storjena v okviru sojenja (na primer vodenje in usmerjanje postopka)?

Čeprav ustavnopravni razlogi (varovanje sodniške neodvisnosti) na splošno (razen pri izjemnih primerih zlorabe oblasti in korupcije) ne govorijo v korist osebne odgovornosti sodnikov, bi bilo iz sklepa Vrhovnega sodišča II Ips 726/2009 z dne 10. 9. 2012 na prvi pogled mogoče razbrati drugačno stališče. Vrhovno sodišče je namreč razveljavilo sklepa sodišč druge in prve stopnje o zavrženju tožbe zoper sodnike, s katero je tožnik zahteval plačilo odškodnine za škodo zaradi namernega zavlačevanja postopka in namenoma sprejete napačne odločitve. Po oceni revizijskega sodišča sta sodišči prve in druge stopnje »zmotno uporabili materialno pravo, ko sta odločili, da je vsa očitana ravnanja mogoče opredeliti kot mnenje, dano pri odločanju na sodišču«, kar »pomeni, da sodišče prve stopnje tožbe ne bi smelo zavreči kot nedovoljene, ampak bi o tožbenem zahtevku moralo meritorno odločiti«.

Taka razlaga pripelje do rezultata, ki je v praktičnem rezultatu primerljiv z nemško ureditvijo: sodniška imuniteta (v Nemčiji privilegij) zajema samo mnenje, dano pri odločanju o zadevi.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Prim. odločbe US RS Up-146/01 z dne 16. 1. 2003, Up-440/04 z dne 23. 3. 2006, Up-33/05 z dne 6. 3. 2008, Up-403/01 z dne 12. 12. 2002, Up-243/02 z dne 6. 11. 2003, Up-544/11, Up-545/11 z dne 21. 6. 2011.

<sup>33</sup> Prim. sklep VSL II Cp 3736/2007 z dne 1. 8. 2007 in sklep VSM I Cp 1035/2008 z dne 23. 9. 2008.

<sup>34</sup> Prim. sodbo in sklep VSL II Cp 20/2009 z dne 10. 3. 2009 in sodbo VSL II Cp 226/2009 z dne 27. 5. 2009.

<sup>35</sup> Vendar je v teoriji in sodni praksi poudarjena razlika med »bei einem Urteil« in »durch ein Urteil«, kar pomeni, da je treba sodniški privilegij razumeti širše, tako da zajema celotno delovanje sodišča, skupek vseh ukrepov, ki so pripeljali do odločitve v zadevi, se pravi celotno podlago odločitve, tudi kršitve postopka pred izdajo sodbe, ki za prizadeto stranko neugodno učinkujejo samo v povezavi s sodbo (glej M. Wurm, str. 162 in 163, in tam navedeno judikaturu). Podobno VSL v sklepu II Cp 3736/2007 z dne 1. 8. 2007, ki pravi, da imuniteta pokriva ne le končno odločitev, temveč celoto procesnih in materialnopravnih odločitev, ki je pripeljala do končnega rezultata v posamičnem sodnem postopku.

Druga ravnanja, čeprav storjena pri sojenju (v omenjenem primeru naj bi šlo za namerno zavlačevanje postopka, takih ravnanj pa po 2. stavku drugega odstavka 839. par. BGB sodniški privilegij ne krije), niso »privilegirana« – kar pa (kot bo pojasnjeno v nadaljevanju) še ne pomeni, da je sodnik zanje odškodninsko odgovoren (v tem pogledu je nemška ureditev zaradi možne osebne odgovornosti povzročitelja škode nekoliko drugačna – prim. prvi odstavek 839. par. BGB). Omenjeni sklep Vrhovnega sodišča se zato samo na videz spogleduje z osebno odgovornostjo sodnika – v resnici pove le, do kod sega sodniška imuniteta pred odškodninsko odgovornostjo.

Na bistveno daje odgovor istega dne izdana sodba VS RS II Ips 111/2009, v kateri je sicer obravnavana odškodninska odgovornost državnega tožilca, vendar se v njej sprejeti koncept odgovornosti pravne osebe (ne glede na to, ali je javnopravna ali civilnopravna) za lastna ravnanja nanaša tudi na protipravna ravnanja sodnika – in posledično odgovarja na vprašanje o sodnikov neposredni osebni odgovornosti. Sporočilo te sodbe je, da so v zvezi s sodniško službo storjena protipravna škodna ravnanja, čeprav niso krita s sodniško imuniteto, še vedno oblastna dejanja, torej dejanja države. Sodno oblast izvajajo sodniki na sodiščih, ustanovljenih z zakonom (1. člen Zakona o sodiščih), kar pomeni, da je posamezen sodnik, ki je nosilec sodne oblasti, kot organ države v bistvu država na področju izvajanja sodne oblasti. Zato je škoda, povzročena v zvezi s takim oblastnim ravnanjem, škoda, ki jo je povzročila država (država v ravnanju so namreč njeni organi – ko gre za sodno oblast, so to sodniki). Ko je tako, je država odškodninsko odgovorna za škodo, ki je posledica takih, se pravi njenih lastnih ravnanj. Čeprav je dejanski povzročitelj škode sodnik, je za odškodninsko odgovornost bistveno, da bilo škodno ravnanje storjeno pri delovanju države – pri njenem izvrševanju sodne oblasti, kar pomeni, da je škodo povzročila država.<sup>36</sup>

VS RS je v tej sodbi natančno ločilo odgovornost (države) za lastna ravnanja od odgovornosti (države kot delodajalca) za ravnanje drugega (javnega uslužbenca).<sup>37</sup> Tem javnopravnim (in

<sup>36</sup> Prim. M. Bukovec, *Pravna subjektiviteta države*, Podjetje in delo, 1999, št. 6-7, str. 900.

<sup>37</sup> V 15. točki obrazložitve je navedlo: »Da je treba tudi pri oblastnih ravnanjih ločiti med odgovornostjo države za škodo, ki jo povzroči sama, ter za škodo, ki jo povzročijo njeni delavci, izhaja tudi iz prvega odstavka 26. člena Ustave. Prvi odstavek 26. člena Ustave določa, da ima vsakdo pravico do povračila škode, ki mu jo s svojim protipravnim ravnanjem povzročita organ ali oseba. Pomen tega ločevanja ni v določitvi vseh mogočih neposrednih povzročiteljev škode, temveč se v tej ustavni določbi dejansko skriva podlaga za odgovornost države tako za škodo, ki jo povzroči sama (odgovornost za lastno ravnanje), kot za škodo, ki jo povzročijo njeni delavci (odgovornost za drugega). Da država odgovarja za škodo, povzročeno z lastnim ravnanjem, kot tudi za škodo, ki jo povzročijo njeni delavci, ni samoumevno, temveč je potrebno imeti za to ustrezno pravno podlago, ki jo predstavlja ravno Ustava. Citirano ustavno določbo je torej potrebno razlagati na način, ki bo predstavljal pravno podlago za uveljavljanje povračila škode od države po obeh podlagah. To pa je mogoče le ob razlagi, ki daje ustrezno težo v ustavni določbi uporabljenemu razlikovanju, ali je škoda povzročena s protipravnim ravnanjem osebe ali organa.«

civilističnim) argumentom, ki imajo trdno oporo v teoriji,<sup>38</sup> je dodalo še ustavnopravno razsežnost. Dodaten argument proti osebni odgovornosti je tudi neodvisnost položaja javnega funkcionarja – ki bi bila »lahko v primeru osebne civilnopravne odgovornosti načeta«. <sup>39</sup> Ali je taka razlaga skladna z ustavno pravico do povračila škode, naj za zdaj ostane odprto. <sup>40</sup> Odgovor je odvisen od tega, kaj je ustavni smisel pravice do povračila škode – je njeno ustavno bistvo, da poleg države (najbolj solventne osebe v državi) odškodninsko odgovarja še stvarni povzročitelj škode (sodnik). Nemški BGB predvideva subsidiarno odgovornost dejanskega povzročitelja: če je škodo povzročil (samo) iz malomarnosti, odgovarja le, kadar oškodovanec ne more na drug način priti do odškodnine (2. stavek prvega odstavka 839. par.).<sup>41</sup>

Ob konceptu odškodninske odgovornosti države za (ob)lastna ravnanja je v praktičnih posledicah malo razlik med imuniteto in odgovornostjo države. Zato bi se lahko pojavilo vprašanje, kakšen je sploh smisel sodniške imunitete, ki varuje pred odškodninsko odgovornostjo, če sodnika varuje že koncept odgovornosti države za lastna dejanja. Vendar razlika ni samo procesna – v tem, da daje imuniteta sodniku varstvo pred postopkom, koncept odgovornosti države za lastna dejanja pa pred obsodbo. Pomembnejša je razlika v kvaliteti jamstva. Sodniška imuniteta pomeni ustavno jamstvo, koncept odgovornosti države za lastna ravnanja pa je javnopravni odškodninski koncept, ki sam po sebi ne sega na ustavno raven. Brez ustavnega jamstva sodniške imunitete opustitev tega koncepta ne bi bila nujno in v vseh pogledih ustavno sporna.

## 5. Področja odgovornosti države

Nadaljnje vprašanje (na katero pa omenjena sodba ne odgovarja) je, kako daleč se razteza polje sodne oblasti. Ravnanja onkraj niso (več) ravnanja države. Smisel pravice do povračila škode je namreč zagotoviti odškodninsko varstvo pred protipravnimi ravnanji državne oblasti – gre za ustavno jamstvo, da bo protipravno oblastno ravnanje, ki je oškodovancu povzročilo škodo, »prepoznano, posameznik pa bo deležen ustrezne odškodnine, ki naj odpravi njegovo prikrajšanje«. <sup>42</sup> Ko je torej ustavno bistvo te pravice odškodninsko varstvo posameznika pred

<sup>38</sup> Sodba se obilno sklicuje na domače avtorje – D. Jadek Pensa, v: Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del), 1. knjiga (ur. M. Juhart, N. Plavšak), GV Založba, Ljubljana 2003, str. 845–847, in Sodnikovo protipravno ravnanje in civilni delikt, *Pravnik*, let. 51, 1996, št. 4–5, str. 159, M. Bukovec, Pravna subjektiviteta države, *Podjetje in delo*, let. 25, 1999, št. 6–7, str. 900, F. Grad, Ustavna ureditev Slovenije, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 182–183 in 328–329.

<sup>39</sup> Glej 25. točko obrazložitve sodbe.

<sup>40</sup> Zoper sodbo VS RS II Ips 111/2009 je namreč vložena ustavna pritožba, o kateri do oddaje tega besedila US RS še ni odločilo.

<sup>41</sup> Gre za tako imenovani napotitveni privilegij ali klavzulo subsidiarnosti (glej M. Wurm, nav. delo, str. 133 in nasl.).

<sup>42</sup> D. Jadek Pensa, v: Komentar Ustave Republike Slovenije (ur. L. Šturm), Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 295.

protipravnim oblastnim ravnanjem, je odgovornost po 26. členu Ustave podana vselej, ko sodnik nastopa kot oblast, ne glede na to, ali ima za to izrecno podlago v pravu. Pomembno je, da v očeh povprečno razumnega posameznika deluje kot sodna oblast.<sup>43</sup>

Če stori sodnik škodo med tem, ko je na službenem potovanju, na katero ga je poslalo sodišče, ali na strokovnem posvetu, seminarju, sodniški šoli, pri mentorskem delu, pa taka škoda ni več posledica lastnih (oblastnih) ravnanj države.<sup>44</sup> Službena potovanja, strokovni posveti, seminarji, sodniške šole, mentorstvo niso oblastna dejanja države. Sodna oblast se ne izvaja na potovanjih, strokovnih posvetovanjih, seminarjih in sodniških šolah – so pa te aktivnosti vsekakor v zvezi z izvajanjem sodniške oblasti. Jih kljub temu pokriva 26. člen Ustave? Menim, da je odgovor pritrdilen. Vendar ne zato, ker bi bilo to samoumevno (te aktivnosti namreč niso oblastna in zato državi lastna dejanja), še zlasti ne, ker bi bilo to samoumevno z vidika smisla ustavnega varstva pred protipravnimi oblastnimi posegi države, temveč zato, ker tako določa 26. člen Ustave. Pravi namreč, da država ne odgovarja samo za protipravno škodno ravnanje pri opravljanju (se pravi v okviru) javne službe, ampak tudi za tako ravnanje, ki je (samo) »v zvezi« z opravljanjem take službe, kar pomeni, da odgovarja tudi za drugega. In ta drugi je tu

<sup>43</sup> Ameriško Vrhovno sodišče je že leta 1872 v zadevi *Bradley v. Fisher* odločilo, da ima sodnik imuniteto za sodna dejanja tudi v primerih prekoračitve svoje pristojnosti, če gre za dejanja, ki splošno gledano še spadajo v pristojnost sodišč; drugače je, če je dejanje storjeno povsem zunaj sodne pristojnosti (glej P. H. Schuck, str. 663; glej tudi Report of The Supreme Court of Ohio, Joint Task Force on Judicial Liability & Immunity, Ohio Judicial Conference, November 2006, str. 12). Več kot sto let kasneje je v (razvpiti in ostro kritizirani) odločitvi v zadevi *Stump v. Sparkman* razvilo test, po katerem gre za ravnanje sodne oblasti, (1) če je tako ravnanje normalno za sodišča (tu je pomembna narava samega dejanja, ne pa tudi njegova vsebina) in (2) če so imele stranke opraviti s sodnikom, ki je deloval v tej vlogi (tu se gleda na pričakovanja stranke). V tej zadevi je bila priznana odškodninska imuniteta sodniku, ki je na zahtevo matere 15-letne rahlo duševno zaostale deklice dovolil njeno sterilizacijo (pod pretvezo operacije slepiča) na podlagi materinih trditev o hčerkinih promiskuitetnih nagnjenih, in to ne da bi bila deklica obveščena o postopku, ne da bi bila zaslišana in ne da bi jo zastopal kolizijski skrbnik. Čeprav je šlo za primer brez precedensa v zgodovini države (Indiane) in brez podlage v zakonu, je bilo odločilno, da noben zakon ni izrecno izključil pristojnosti sodišča za odločanje o takih zahtevah. Ker sodišča redno obravnavajo zahteve (pri čemer ni pomembna vsebina zahteve) in ker je mati deklice z vložitvijo zahteve izzvala sodnikovo aktivnost (ki je privedla do škode), je Vrhovno sodišče sodniku priznalo popolno imuniteto (glej Schuck, nav. delo, str. 664; R. C. Waters, nav. delo, str. 468, 469; J. Romagnoli, What Constitutes a Judicial Act for Purposes of Judicial Immunity?, *Fordham Law Review*, let. 53, 1985, št. 6, str. 1506 in nasl.; glej tudi Report of The Supreme Court of Ohio, str. 13). V federalni jurisprudenci so že prej razvili test, ki zahteva tehtanje štirih ločenih vprašanj: (1) ali sporno dejanje izvira iz redne sodne aktivnosti, (2) ali je bilo storjeno na sodišču, (3) ali je šlo za spor, ki je tekel pred tem sodnikom, in (4), ali sporni dogodki izvirajo neposredno (naravnost in takoj) iz soočenja s sodnikom pri izvrševanju njegove sodniške službe (glej R. C. Waters, nav. delo, str. 469; glej tudi Report of The Supreme Court of Ohio, str. 13).

<sup>44</sup> V ameriškem pravu sodnikova administrativna dejanja, četudi bistvena za delovanje sodišča, niso krita z imuniteto, ker odgovornost sodnika za z njimi povzročeno škodo ne ogroža njegove neodvisnosti pri sojenju. Pomembna je torej narava škodnega dejanja, in ne funkcija tistega, ki je dejanje storil, pri čemer je bistveno, da ima dejanje značilnosti sodniške diskrecije. Ko dejanje to značilnost izgubi, izgine tudi smisel imunitete, ki je v varovanju sodnikove neodvisnosti (glej J. Romagnoli, nav. delo, str. 1512, 1513, prim. zadevo ameriškega Vrhovnega sodišča *Pulliam v. Allen* (1984), 466 U.S. 522, cit. po Report of The Supreme Court of Ohio, str. 13).

sodnik, ko (ali kadar) ne opravlja sodne funkcije, temveč neko drugo aktivnost, ki pa je v zvezi z njegovo oblastno funkcijo.

Nadaljnje vprašanje je, ali sodnik za taka dejanja neposredno odgovarja. Iz sodbe II Ips 111/2009 izhaja sklep, »da se drugi odstavek 26. člena Ustave ne nanaša na tiste 'neposredne povzročitelje' škode, ki predstavljajo državne organe, saj je v teh primerih neposredni povzročitelj škode tako ali tako država, ta pa odgovarja že na podlagi prvega odstavka 26. člena Ustave«. To bi pomenilo, da se drugi odstavek tega člena »lahko nanaša le na tiste neposredne povzročitelje, za katere država odgovarja po pravilih odgovornosti za ravnanje drugega (na primer javne uslužbenca)«. <sup>45</sup> Drugi odstavek bi potem zajemal (ne samo sodno osebje, za katero država odgovarja, ampak) tudi sodnika, kadar ne deluje kot nosilec sodne oblasti, vendar še v okviru službenega razmerja z državo (na primer pri aktivnostih, omenjenih v prejšnjem odstavku) – odgovornost države za njegova ravnanja je tedaj odgovornost za drugega. Ob takem gledanju drugi odstavek 26. člena Ustave sporoča, da neposredna odgovornost sodnika v takih primerih ni samoumevna (kot bi sicer bila, če tega odstavka ne bi bilo), torej taka, kot določa splošno pravilo odškodninskega prava, da kdor drugemu povzroči škodo, jo je dolžan povrniti (prvi odstavek 131. člena OZ). Ustava namreč v tem odstavku pravi, da ima oškodovanec pravico, da v skladu z zakonom zahteva povračilo tudi neposredno od tistega, ki mu je škodo povzročil. To pomeni, da bi moral za neposredno, osebno odgovornost obstajati neki poseben zakon, sicer drugi odstavek 26. člena Ustave ne bi imel smisla, ker pač osebna odškodninska odgovornost obstaja že po splošnih predpisih. OZ, ki ureja splošna pravila o odškodninski odgovornosti, tako ni zakon iz drugega odstavka 26. člena Ustave. Vprašanje je torej, ali obstaja poseben zakon, ki bi za take primere predvideval neposredno osebno odgovornost.

Mislím, da takega zakona ni. Zakon o sodniški službi namreč tega ne ureja in tudi ZDR (na katerega glede sodnikovih pravic in dolžnosti v zvezi s sodniško službo, ki niso urejene z Zakonom o sodniški službi, napotuje 4.a člen tega zakona) nima določb o odškodninski odgovornosti za škodo, ki jo delavec povzroči tretjim. Ima pa take določbe ZJU, ki v XVIII. poglavju ureja odškodninsko odgovornost, med drugim tudi za škodo, ki jo na delu ali v zvezi z delom protipravno povzroči javni uslužbenec tretji osebi. Za to škodo odgovarja delodajalec, oškodovanec pa lahko zahteva povračilo škode tudi od povzročitelja, če je bila škoda povzročena naklepno (drugi in tretji odstavek 135. člena ZJU). Zakon ureja tudi regresni zahtevek delodajalca zoper javnega uslužbenca, zaradi protipravnega ravnanja katerega je moral delodajalec oškodovancu plačati odškodnino (139. člen). Vendar tega zakona tudi po analogiji ne bi bilo mogoče uporabiti za sodnikovo službeno razmerje z državo. To je namreč javnopravno razmerje, ki ima sicer nekatere elemente delovnega razmerja, vendar sodnik ni delojemalec

<sup>45</sup> Glej 31. točko obrazložitve sodbe.

države, ampak nosilec ene od vej oblasti. Zaradi različne ureditve, ki temelji na različnem pravnem statusu, položaja sodnikov in delavcev v delovnem razmerju nista primerljiva, kar pomeni, da pravice in dolžnosti sodnika iz službenega razmerja ureja ZSS samostojno.<sup>46</sup> Zato zakonske analogije, na katero napotuje 4.a člen ZSS, ne bi bilo mogoče širiti na druga pravna področja.

S stališča neposredne odškodninske odgovornosti sodnika je škodna ravnanja mogoče razvrstiti v štiri skupine: (1) na ravnanja, glede katerih sodnik uživa imuniteto, ki pomeni procesno oviro za vložitev odškodninske tožbe zoper njega (mnenje, dano pri odločanju na sodišču – prvi odstavek 134. člena Ustave) – država odgovarja za ta ravnanja kot za svoja lastna; (2) na ravnanja, ki sicer niso krita s sodniško imuniteto, so pa storjena znotraj izvrševanja sodne oblasti – tudi za taka ravnanja odškodninsko odgovarja država kot za svoja lastna ravnanja (tožba zoper sodnika je sicer dopustna, bo pa glede na stališče VS RS iz sodbe II Ips 111/2009 zaradi zgrešene stvarne pasivne legitimacije zavrnjena);<sup>47</sup> (3) na ravnanja, ki so storjena zunaj izvrševanja sodne oblasti, vendar še v okviru sodnikovega službenega razmerja z državo (mentorske zadolžitve, udeležba na pravniških seminarjih, konferencah, sodniških šolah) – za škodo iz teh ravnanj prav tako odgovarja država, vendar po konceptu odgovornosti za ravnanja drugega (načelo *respondeat superior*), medtem ko sodnik ne bo neposredno odškodninsko odgovoren, ker ni zakona, ki bi to predpisoval; ker tudi ni zakona, ki bi predvideval regresni zahtevek države, sodnik niti posredno ne bo odgovarjal; in (4) na ravnanja, storjena v zasebnem življenju – za katera sodnik odškodninsko odgovarja kot kdorkoli drug.

## 6. Razmerje med protipravnostjo in krivdo

### 6.1. Razosebljanje odgovornosti

Ena osrednjih dilem teorije (in nekoliko manj sodne prakse) je razmerje med protipravnostjo sodnikovega ravnanja kot temeljno predpostavko nastanka odškodninske odgovornosti in krivdo – predvsem, ali pojem protipravnosti krivdo absorbira ali pa je tako kot pri civilnih odškodninskih obveznostih krivda tudi tu ena od predpostavk. Medtem ko so stališča v teoriji različna, je sodna praksa sprejela klasičen civilistični model tudi za javnopravno odškodninsko razmerje.<sup>48</sup> Vendar ko gre za javnopravno odškodninsko odgovornost države za oblastna ravnanja (čeprav jih stori sodnik, ki pri izvajanju sodne oblasti nastopa kot personifikacija dr-

<sup>46</sup> Tako US RS v odločbi U-I-175/97 z dne 25. 11. 1999.

<sup>47</sup> Ali je to stališče skladno z Ustavo, se iz že pojasnjene razloga za zdaj ne smem izreči.

<sup>48</sup> V sodni praksi (višjih sodišč) se najdejo tudi izjeme, na primer sodba VSL II Cp 589/2007 z dne 6. 6. 2007. Glej izčrpen prikaz M. Bukovec, Pravica do povračila škode po 26. členu Ustave v praksi sodišč, Pravna praksa, 2008, št. 34, priloga, str. V–VII. Avtorica se je opredelila za koncept krivdne odgovornosti (prav tam, str. VIII). Zanimivo je, da teoretiki s področja javnega prava menijo, da protipravnost že sama po sebi zadostuje za odgovornost države,



žave), je v središču pozornosti škodno ravnanje, in ne tisti, ki ga je storil. Ko država odgovarja za svoja oblastna ravnanja, je razumljivo, da odgovarja za objektivno protipravno ravnanje – ali preprosto: država je »kriva«, kadar ravna protipravno. S tega vidika je prepričljivo stališče, po katerem bi morala biti država objektivno odškodninsko odgovorna za vsako škodo, ki izvira iz nepredvidljivega, včasih tudi pretirano togega in z neustreznimi normami inhibiranega pravosodnega aparata – preprosto zato, ker v življenju posameznikov nastopa kot nevaren mehanizem, ki je s svojim delovanjem zmožen povzročiti nepričakovane, neizogibne in neodvrtljive škodne posledice velikih razsežnosti (odgovornost za škodo, povzročeno z nevarno stvarjo ali nevarno dejavnostjo).<sup>49</sup> Temu podobno je razmišljanje o »neodpustljivi sodniški napaki« kot podlagi za odškodninsko odgovornost, ki naj nadomesti krivdno odgovornost.<sup>50</sup> Praktična prednost takega (objektiviziranega) pristopa, osredotočenega na rezultat sodnikovega ravnanja, je tudi večja gibkost in zato prilagodljivost standarda »neodpustljive sodniške napake« konkretnim posameznostim ter enostavnost njegove uporabe. Pravnopolitične prednosti (v nadaljevanju bo pojasnjeno, zakaj tudi ustavnopravne zahteve) pa so v tem, da pojem »neodpustljiva sodniška napaka« zajema tudi primere zaporedja drobnih napak, ki so jih zagrešili različni sodniki na različnih stopnjah sojenja (od katerih nobena zase še ne pomeni zadostne stopnje krivde) in ki so šele skupaj, v seštevku privedle do nesprejemljivega rezultata – do spodletelega sodnega varstva.<sup>51</sup>

## 6.2. Nadaljnji argumenti v prid razosebljanju odgovornosti

Vrinjenje subjektivnih, krivdnih prvin v javnopravno odškodninsko razmerje med državo (kot povzročiteljem škode s svojim oblastnim ravnanjem) in civilnim subjektom (kot oškodovancem) ne bi bilo v skladu z ustavnim konceptom odgovornosti države za protipravno

---

medtem ko teoretiki s področja civilnega prava zagovarjajo krivdno odgovornost in se pri tem sklicujejo na pravila o odgovornosti za ravnanje drugega.

<sup>49</sup> Glej S. Triva, Materijalna građanskopravna odgovornost za protupravno djelovanje sudbene vlasti u talijanskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, let. 42, 1992, št. 1, str. 36.

<sup>50</sup> Glej A. Tsaoussi, E. Zervogianni, nav. delo, str. 8–10, 16, 17.

<sup>51</sup> Prav tam, str. 9, 10. Avtorici izhajata iz francoskega Zakonika o organizaciji sodstva, ki državi nalaga povrnitev škode zaradi spodletelega sodnega varstva (člen L141-1). Kot primere neodpustljive sodniške napake navajata odklonitev sojenja ali nespoštovanje pravice do sojenja v razumnem roku, resne kršitve postopkovnih pravil (zlasti pravice do poštenega postopka, prekoračitev pristojnosti), hude pravne zmote v sodbi (na primer uporaba neobstoječega zakona ali očitno napačna razlaga prava – taka, ki je v nasprotju z zakonskim besedilom, ki je v nasprotju z nespornim stališčem teorije in sodne prakse ali ki pomeni kršitev evropskega prava), hude napake pri ugotavljanju dejanskega stanja (ko se na primer dejansko stanje ene zadeve pripiše drugi – tako imenovana pomota v istovetnosti zadeve, popolno prezrtje temeljnih pravil izkušenj in zdravega razuma) in zloraba oblasti (ki lahko kaže na pristranskost sodnika ali celo na korupcijo).



izvrševanje oblasti.<sup>52</sup> Ker gre za škodo, povzročeno z oblastnim delovanjem države, za škodo iz razmerja, v katerem je imela država dominantno vlogo oblastnika, si nasproti ne stojita dva enakovredna in enakopravna subjekta, kar je bistvena značilnost civilnopravnih odškodninskih razmerij. Zato prvi odstavek 26. člena Ustave govori o samo treh predpostavkah: škodi, protipravnosti ravnanja in vzročni zvezi med takim ravnanjem in škodo. Krivda, ki se vselej navezuje na konkretnega storilca, je tu absorbirana s protipravnostjo ravnanja – preprosto zato, ker velja splošna prepoved izvrševanja oblasti na protipraven način, ne glede na to, prek katere veje oblasti je bila škoda storjena in kdo je bil tisti, ki je protipravno ravnal (oblast so ljudje, konkretni posamezniki – personalni substrat države). Ko gre za odgovornost za sodniške napake, tako ni pomembno, ali je na primer ta oseba sploh izpolnjevala pogoje za sodniško službo (in kako je lahko prišlo do njenega imenovanja), ali je bila razsodna in ali je nanjo osebno sploh mogoče nasloviti kak očitke, da ni ravnala v skladu z zahtevano profesionalno skrbnostjo. Bistveno je, da je bila škoda storjena s protipravnim ravnanjem sodne oblasti – še več, bistveno je, da je bilo ravnanje države protipravno. Tak pristop, ki pomeni razosebljanje odškodninske odgovornosti države, nujno vključuje tudi odgovornost za sistemske napake, pri katerih se (individualna) krivda povsem porazdeli in porazgubi na drobne, nerazpoznavne in neizsledljive posameznosti (glede katerih bi bilo zelo težko, če ne že nemogoče vzpostaviti vzročno zvezo med protipravnim ravnanjem posamezne osebe in škodo).<sup>53</sup>

### 6.3. Odločba US RS št. Up-695/11

Navedeno potrjuje zadnja odločba US RS (Up-695/11 z dne 10. 1. 2013) na temo kršitve sojenja brez nepotrebne odlašanja. US je izreklo, da »[s]tališče sodišča, da na podlagi 26. člena Ustave ni mogoča odgovornost države za sistemske pogoje sodne zaostanke, saj se ta

<sup>52</sup> Drugače je v nemškem pravu, kjer je država odgovorna samo za zakrivljeno ravnanje oseb, ki opravljajo javne funkcije ali dolžnosti. Čeprav 34. člen GG krivde izrecno ne zahteva, je krivda pogoj za nastanek odškodninske obveznosti. Člen 34 GG je namreč »navezan« na par. 839 BGB, tako da je osebna odgovornost javnih funkcionarjev in uslužbencev samo prenesena na državo, ki pa odgovarja ne glede na obliko in stopnjo krivde (glej M. Wurm, nav. delo, str. 97). Tudi v avstrijskem pravu velja sistem krivdne odgovornosti, ki pa po mnenju teorije v končnem in praktičnem učinku na pripelje do bistvenih razlik med konceptoma (glej M. Potacs, C. Mayer, Changes in Austrian State Liability Law under the Influence of European Law, European Public Law, let. 19, 2013, št. 1, str. 53).

<sup>53</sup> Prim. F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. izdaja, Beck, München 1991, str. 62. Prim. prepričljivo stališče VSL, izraženo v jedru sodbe II Cp 589/2007 z dne 6. 6. 2007: »V primeru, ko država in njeni organi povzročijo škodo pri izvrševanju dejanj oblasti, je pravna podlaga odškodninske odgovornosti 26. člen URS in ne določbe ZOR ali OZ, saj jamčevanje države v obravnavanih primerih sodi v javno pravo. [...] Reorganizacija sodstva ni objektivna okoliščina, ki bi bila izven sfere tožene stranke in za katero tožena stranka ne bi odgovarjala. Država mora kljub prenavljanju sodnega sistema zagotoviti, da izvrševanje sodne oblasti nemoteno poteka.« Značilen je primer, ki ga je obravnavalo ESČP v zadevi *Paul in Audrey Edwards proti Združenemu kraljestvu* (sodba št. 46477/99 z dne 13. 3. 2002), ko je škoda (duševno nevarno bolan jetnik je umoril sojetnika) nastala kot posledica nepravilnega ravnanja vrste državnih institucij – zdravniškega osebja, policije, tožilstva, sodišča in jetniških oblasti (glej točko 64 obrazložitve sodbe). Država je s tem kršila svojo dolžnost varovati jetnikovo življenje (2. člen EKČP).

nanaša na opustitev do skupnosti kot take, ne pa na opustitev zoper določeno ali določljivo osebo, pomeni kršitev pravice iz 26. člena Ustave«. Ter nato še: »Prvega odstavka 26. člena Ustave ni mogoče razlagati tako ozko, da je po njem država odgovorna le za tiste oblike protipravnega ravnanja, ki ga je mogoče pripisati določeni osebi ali določenemu organu v zvezi z opravljanjem službe ali kakšne druge dejavnosti državnega organa, organa lokalne skupnosti ali nosilca javnih pooblastil. To bi namreč pomenilo, da država ne bi odgovarjala za protipravno ravnanje, ki ga ni mogoče pripisati določeni osebi ali določenemu organu, temveč državi oziroma njenemu aparatu kot takemu, kot tudi primere, ko ni individualiziranega odnosa med nosilcem oblasti in prizadetim posameznikom. Za tak primer gre tudi pri zagotovitvi sojenja brez nepotrebnega odlašanja, ki je odgovornost ne le sodišča, temveč vseh treh vej oblasti, torej tudi izvršilne, zlasti prek organizacije pravosodne uprave, in zakonodajne prek sprejetja ustrezne zakonodaje.«<sup>54</sup> Napaka, ki jo je pri razlagi 26. člena Ustave storilo Vrhovno sodišče, je v tem, »da je protipravno ravnanje države enačilo s protipravnim ravnanjem konkretnega sodnika, torej da je izhajalo iz objektivne odgovornosti države za (krivdno) ravnanje njenega uslužbenca oziroma organa, namesto da bi ga presojalo širše, tudi z vidika morebitne odgovornosti države za sistemsko pogojene sodne zaostanke«.<sup>55</sup>

Pri javnopravni odškodninski odgovornosti za sodniške napake ima tudi pravni standard protipravnosti ravnanja drugačno vsebino kot v civilnih odškodninskih razmerjih, kjer protipravnost pomeni kršitev pravice (pravno zavarovanega interesa) ali javnopravne dolžnosti. Pri odškodninski odgovornosti za ravnanje sodnika se kot protipravno ravnanje v večini primerov opredeljuje samo očitna in groba kršitev prava in sodniških dolžnosti (izjema (je) velja(la) za kršitev pravice do sojenja v razumnem roku),<sup>56</sup> ne pa tudi blažje kršitve kot na primer spregled ene od mnogih (med nepregledno in nesistematično navedenih) strankinih navedb – kar pomeni kršitev pravice do izjavljanja in s tem, gledano civilistično, protipravnost (kršitev strankine pravice).

Razlika med konceptoma je očitna. Javnopravni odškodninski koncept protipravnosti je drugačen od civilnega (kjer se v odškodninskopravnem razmerju srečujeta dva pravno enakopravna, prirejena subjekta) ravno zato in toliko, ker je in kolikor je absorbiral krivdo – pri sodniški protipravnosti se sprašujemo o dolžnem oblastnem ravnanju države kot oblastne entitete, in ne o posameznih izvrševalcih te oblasti. Pozornost ni usmerjena na posameznega sodnika, ampak na iskanje odgovora, kako bi morala država (v posamičnem primeru) izvajati sodno oblast. Vendar v večini primerov končni rezultat ne bi smel biti bistveno drugačen. Do razlik

<sup>54</sup> Glej 13. točko obrazložitve odločbe št. Up-695/11 z dne 10. 1. 2013.

<sup>55</sup> Glej 10. točko obrazložitve odločbe.

<sup>56</sup> Razlog za to je v tem, da je to edino možno pravno sredstvo za varstvo te pravice v primerih, ko je kršitev že prenehala (prim. odločbo US RS št. U-I-65/05).

prihaja, kadar je protipravnost posledica različnih, med seboj prepletenih in kompleksnih vzrokov, ko gre za »protipravno ravnanje, ki ga ni mogoče pripisati določeni osebi ali določenemu organu, temveč državi oziroma njenemu aparatu kot takemu«. <sup>57</sup> Kot izhaja iz odločbe US RS Up-695/11, lahko privede dosledno vztrajanje pri konceptu krivdne odgovornosti v takih primerih do protiustavne razlage 26. člena Ustave. <sup>58</sup>

## 7. Vzročna zveza

### 7.1. Splošno

Pravila o aдекватni vzročnosti veljajo tudi za javno odškodninsko obveznost. Škodo je mogoče pripisati protipravnemu ravnanju države, če je do nje prišlo po normalnem teku stvari, ne pa zaradi posebnih, povsem neverjetnih in nepričakovanih okoliščin. To pomeni, da je treba najprej ugotoviti, kakšen bi bil normalen tek stvari, če bi državni organ ravnal tako, kot bi bilo treba, in potem, kako bi se to poznalo na premoženjskem (ali nepremoženjskem) položaju oškodovanca – samo če bi bil v tem primeru oškodovančev položaj boljši, je škodo mogoče pripisati protipravnemu ravnanju organa. <sup>59</sup> Tak pristop, ki je prilagojen konceptu razosebljene odgovornosti države, je uporaben zlasti, kadar je škoda posledica različnih ravnanj, med katerimi so tudi opustitve, ali ko med posameznimi ravnanji (lahko tudi nosilcev različnih oblasti, na primer policije, tožilstva, sodstva) nobeno zase ni tako, da bi bilo sposobno privedi do končnega prikrajšanja, temveč šele vsa skupaj, v seštevku in kot celota. Vendar je treba biti pri tem previden, da se hipotetični normalni tek stvari ne bi preveč oddaljil od dejanskega poteka dogodkov in umetno vzpostavil vzročno zvezo. Hipoteza (sklepanje o normalnem teku stvari) ne sme postati odmaknjena domneva ali celo ugibanje, kaj bi bilo, če bi bilo, kar se pod vplivom konkretne izkušnje, ki jo pomeni škodni dogodek, hitro zgodi ter se škoda pripiše protipravnemu ravnanju, ki ga z njo povezuje samo oddaljena in zamegljena špekulacija. Vprašanje, kaj je vzrok in kaj samo pogoj ter ali je škodo mogoče pripisati protipravnemu ravnanju, je

<sup>57</sup> Glej 13. točko obrazložitve odločbe št. Up-695/11. Tudi v demokraciji niso že vnaprej izključeni primeri »ugrabitve« države (s strani takšnih ali drugačnih vplivnih omrežij), ko se taka (oligarhizirana) država prek svojih »ugrabljenih« organov in institucij (na primer policije, tožilstva, sodstva) spravi nad motečega posameznika z montiranimi sodnimi postopki, v katerih z med seboj usklajenim (in na videz zakonitim) delovanjem globoko poseže v njegove pravice. Škoda, ki jo tak posameznik pretrpi, je posledica ravnanj različnih organov, večkrat tudi različnih vej oblasti (izvršilne in sodne). V tem pogledu je poučen film *Domnevno kriv* (Présumé coupable; rež. Vincent Garenq) o sočenju zakoncev Marecaux s »pravico«.

<sup>58</sup> To ponazarja sklepanje, ki pravi (sodba VSC Cp 255/2008 z dne 6. 11. 2008): »Ob ugotovitvah sodišča prve stopnje o velikem številu nerešenih izvršilnih zadev na Okrajnem sodišču v Velenju v obravnavanem času [...] samo dejstvo, da sodnik v konkretnem izvršilnem postopku skoraj šest let ni odločil o ugovoru zoper sklep o dovolitvi izvršbe, še ne pomeni, da je ob takim ravnanju ravnal protipravno.«

<sup>59</sup> Prim. M. Wurm, nav. delo, str. 113.

stvar vrednotenja, vrednotenje pa je zmeraj podvrženo različnim subjektivizmom – pri iskanju vzročne zveze najprej tistemu, da je za nazaj lahko biti pameten.

## 7.2. Škoda tretjih oseb (dva praktična primera)

Zato vzročna zveza ni podana, kadar je protipravno ravnanje samo eden od pogojev za nastanek škode, ni pa odločilni pogoj. Tak je bil primer, ko je tožnik zatrjeval vzročno zvezo med po njegovem mnenju protipravno registracijo gospodarske družbe z imenom »hranilno kreditna služba« in škodo, ki jo je zaradi stečaja te gospodarske družbe pretrpel kot varčevalec denarnih sredstev pri njej.<sup>60</sup> Škoda je bila namreč posledica delovanja več zaporednih vzrokov in vseh teh vzrokov (zlasti ne tistih, ki sta bila odločilna za nastanek škode – stečaja in oškodovančeve odločitve, da svoja denarna sredstva varčuje pri tej gospodarski družbi) ni mogoče pripisati zatrjevanemu protipravnemu dejanju sodnika, ki je vodil postopek registracije. Vrhovno sodišče je pojasnilo, da so tožbene trditve dajale oporo le za naslednjo razlago vzročne zveze: »[O]dškodninska odgovornost toženih občin je podana že zato, ker se x d.d. sploh ne bi ukvarjal z zbiranjem podatkov, če ne bi bil nepravilno registriran, in tožnik potemtakem tudi ne bi vložil svojih prihrankov vanj; če pa ne bi bilo podjetja, tudi stečaja ne bi bilo.« Sodišče je nato prepričljivo sklenilo, se pri takem pojmovanju vzročne zveze, ki temelji na enakosti vseh pogojev pri povzročitvi posledice (ki nima opore ne v teoriji niti v sodni praksi) »krog odgovornih oseb [...] razširi preko vseh razumnih meja, kar pripelje do nesprejemljivih rešitev«. Drugačen bi bil položaj, če bi tožnik zatrjeval, da je njegov vložek prihrankov neposredna posledica zatrjevanega protipravnega ravnanja sodnika, tj. registracije imena »hranilno kreditna služba«.<sup>61</sup>

Od tega primera se samo malo razlikuje položaj, ko je VS RS potrdilo obstoj vzročne zveze med napakami, ki so jih storili organi pregona, zaradi česar zoper nevarnega morilca ni bil odrejen pripor, in škodo, ki jo je kasneje z umorom povzročil tožnikom.<sup>62</sup> Sodišče je vzročno zvezo utemeljilo s kratko ugotovitvijo, da gre tu za »vrednostno sodbo, ali je glede na vse okoliščine primera škodno posledico res mogoče pripisati povzročitelju«, ter da je sodišče druge stopnje pravilno upoštevalo vse okoliščine primera, ko je odločilo, da je treba škodo pripisati opustitvam slovenskih organov pregona. Če pustimo ob strani vprašanje protipravnosti rav-

<sup>60</sup> Glej sodbo VS RS II Ips 406/95 z dne 18. 10. 1995.

<sup>61</sup> Trditve, da je bil zaveden zaradi imena »hranilno kreditna služba«, je tožnik po mnenju revizijskega sodišča postavil prepozno.

<sup>62</sup> Gre za sodbo II Ips 280/2010 z dne 26. 1. 2012. Po mnenju sodišča je prišlo do škode zato, ker so organi pregona zaradi napačnega materialnopravnega izhodišča prizadevanja usmerili v spodbujanje tujih organov, da od slovenskih oblasti zahtevajo prevzem pregona, namesto da bi (ob pravilnem pojasnilu) od tujih organov pregona zahtevali izročitev dokazov (ne zaradi prevzema pregona, ampak zaradi začetka vzporednega postopka), s čimer bi si zagotovili dovolj materialnih dokazov za nadaljevanje kazenskega postopka in za pripor morilca.

nanja organov pregona, ki niso poskrbeli, da bi bil ponovitveno nevaren morilec v priporu (ta standard je tu opazno višji kot v dosedanjih primerih sodniških napak – poleg tega, da so bili razlogi varovanja neodvisnosti v tem primeru, ko so napako zagrešili organi izvršilne oblasti, manj izraženi, kot so pri sodstvu, morda tudi zato, ker je šlo za izjemno nevarno osebo, ki je ogrožala širok krog ljudi), so tudi v tem primeru škodo pretrpele osebe, ki niso bile udeležene v sodnem ali drugem postopku. Šlo je torej za škodo zaradi opustitev varovanja javnega interesa (premoženjske in ekonomske varnosti ter varnosti pred posegi v konstitutivne človekove pravice). Vendar je bistvena razlika v tem, da je bil v drugem primeru odločilen pogoj za nastanek škode (in s tem pravno odločilen vzrok) prav dejstvo, da storilec ni bil v priporu, pa bi prav zaradi preprečitve škode, ki je zaradi te opustitve nastala, tam moral biti. Vprašanje pa je, ali je to dovolj, da škodo pripišemo protipravnim ravnanjem organov pregona. Nevarnost oškodovalca je bila namreč splošna, in ne usmerjena zoper določeno, posamezno osebo.

Judikatura ESČP, na katero se sklicuje VS RS, ne daje zanesljive podlage za tako širok pristop pri vrednotenju pripisljivosti škode protipravnemu ravnanju državnih oblasti. V zadevi *Paul in Audrey Edwards proti Združenemu kraljestvu*<sup>63</sup> sicer ni šlo za ogrožanje individualizirane osebe, pač pa za ogrožanje osebe, ki se je neprostoovoljno znašla v neposrednem ogrožitvenem območju storilca – in bila s tem dovolj konkretizirana. Nevaren duševni bolnik, ki je v zaporu, ogroža samo tiste, ki so v njegovem jetniškem okolju. Nevarnost, ki je bila prej razpršena med vse in zato bolj ali manj abstraktna, se je z zaprtjem nevarne osebe osredinila in konkretizirala na sojetnike. In če taka oseba umori sojetnika, je z vidika pripisljivosti škode položaj primerljiv s primerom resnih in konkretnih groženj individualni osebi. Še več, glede na prisilno skupno bivanje z nevarnim duševnim bolnikom v zaprtem prostoru je treba škodo, ki zaradi tega nastane drugemu sojetniku, toliko bolj pripisati nepravilnim ravnanjem oblasti (v konkretnem primeru zdravnikom, policiji, tožilstvu, sodišču in končno jetniškim oblastem).<sup>64</sup> Res je, da bi bil ogrožen vsak jetnik – vendar samo, če bi bil v isti celici. Odločitev o tem pa je ravnanje, ki je povzročilo škodo.

S tem ko je v omenjenem primeru Vrhovno sodišče škodo pripisalo protipravnemu ravnanju slovenskih organov pregona, je postavilo nov standard pripisljivosti, ki pa je, kar je samo priznalo, stvar vrednotenja. Povedalo ni nič drugega kot to, da je v okoliščinah, kakršne so bile v konkretnem primeru, treba vzeti, da je škoda posledica ravnanja organov pregona. To je pravzaprav logično. Organi pregona niso izpolnili svoje dolžnosti varovanja človeških življenj pred dejanji, kakršno se je (zaradi te opustitve) potem zgodilo, pri čemer je bilo to dejanje umora po svoji grozovitosti enako, kot sta bila pred tem storjena umora (morda bi bil položaj

<sup>63</sup> Sodba (št. 46477/99) z dne 14. 3. 2002.

<sup>64</sup> ESČP je posebej poudarilo, da so jetniki v ranljivem položaju ter da je dolžnost oblasti varovati take osebe (točka 56).

drugačen, če bi storilec storil kako drugo, na primer premoženjsko kaznivo dejanje). Smisel pripora zaradi ponovitvene nevarnosti je ravno v preprečevanju tistega, kar se je v tem primeru zgodilo, ko je morilec tako rekoč kloniral svoja prejšnja umora; posledica je torej adekvatna opustitvi organov pregona.

### 7.3. Opustitev vložitve pravnega sredstva

K vzročni zvezi spada tudi vprašanje vpliva opustitve vložitve pravnega sredstva.<sup>65</sup> Oškodovanec, ki bi z vložitvijo pravnega sredstva lahko preprečil škodne posledice, je z opustitvijo te aktivnosti preusmeril tek vzročne zveze. V takem primeru škode ni mogoče pripisati protipravnemu ravnanju sodnika, temveč opustitvi vložitve pravnega sredstva (ki bi bilo objektivno sposobno razveljaviti, odpraviti ali spremeniti protipravno ravnanje, ki je dejanski vzrok škode). Ker v domačem (sodnem) pravu in v primerljivih pravnih ureditvah velja, da so podlaga odškodninske odgovornosti samo najtežje sodniške napake, potem mora veljati (neovrgljiva) domneva, da bi pravno sredstvo, če (in kolikor) ima abstraktno (potencialno) moč odpraviti konkretno protipravnost (narava določenih protipravnih ravnanj je taka, da škode, ki jo povzročijo, s pravnim sredstvom ni mogoče odpraviti, na primer spregled kakega od zahtevkov, predloga za zavarovanje, napake pri vpisu v sodni register, napake v postopku izvršbe in zavarovanja, kjer pravna sredstva praviloma nimajo suspenzivnega učinka; škoda je lahko povzročena tudi osebam, ki niso stranke postopka, na primer s kaznivim dejanjem osebe, zoper katero bi moral biti odrejen pripor zaradi ponovitvene nevarnosti, škodo lahko povzroči tudi nevaren pes, ki bi moral biti usmrčen), ta cilj tudi doseglo. Škodo je treba potem pripisati strankini opustitvi. Kot svoboden in zato tudi do sebe odgovoren posameznik je vsakdo dolžan najprej sam poskrbeti za varstvo svojih pravic in interesov, v nasprotnem naj škodljive posledice pripiše sebi. Od sodišča, ki odloča o pravnem sredstvu, lahko namreč utemeljeno pričakujemo, da bi protipravnost (očitno in hudo sodniško napako), ki je bila storjena na nižji stopnji sojenja, odpravilo. Smisel in namen sistema pravnih sredstev (in ustavne pravice do pravnega sredstva) je prav v varstvu posameznika pred sodnimi napakami. Strankina opustitev dolžnosti aktivno skrbeti za svoje pravice ima zato učinek prekinitve vzročne zveze med sodniško napako in škodo. Če je sodniška napaka odpravljiva in bi se stranka s tem škodi izognila (ne samo hipotetično, ampak neovrgljivo domnevno), ni odškodninske obveznosti. Ravnanje oškodovanca (opustitev vložitve pravnega sredstva) vrednostno pretehta protipravno ravnanje sodišča.<sup>66</sup> Kot pravno sredstvo je treba v tej zvezi obravnavati vsa pravno možna sredstva, s katerimi bi bilo mogoče sanirati sodniško napako, tako formalna kot neformalna,

<sup>65</sup> Po mnenju nekaterih je opustitev vložitve pravnega sredstva podlaga za ugovor deljene odgovornosti (glej D. Jadek Pensa, Sodnikovo protipravno ravnanje in civilni delikt, *Pravnik*, let. 51, 1996, št. 4-5, str. 161).

<sup>66</sup> Prim. A. Polajnar Pavčnik, Vzročnost kot pravnovrednostni pojem, *Zbornik znanstvenih razprav*, let. LIII, Pravna fakulteta, Ljubljana 1993, str. 188.

če so v praksi utrjena in običajna (na primer ustno ali pisno opozorilo na napako, neformalen ugovor, predlog – 286.b člen ZPP).<sup>67</sup>

## 8. Pomen prava EU

Z vidika odškodninske odgovornosti za sodniške napake sta odločilni sodbi Sodišča EU v zadevah *Gerhard Köbler proti Avstriji* (C-224/01 z dne 30. 9. 2003) in *Tragbetti del Mediterraneo SpA, v likvidaciji, proti Italiji* (C-173/03, z dne 13. 6. 2006). Njuno sporočilo je jasno: država odškodninsko odgovarja za kršitev evropskega prava ne glede na to, katera veja oblasti je kršitev zagrešila.<sup>68</sup> Sodišče se je tu sklicevalo na praktično učinkovitost evropskega prava in na potrebo po učinkovitem varstvu iz evropskega prava izvirajočih pravic posameznikov. Zato je posamezniku priznalo pravico zahtevati odškodnino od države ob izpolnjenosti treh pogojev: (1) kršeno pravo mora dajati prizadetemu posamezniku določeno pravico, (2) kršitev prava mora biti dovolj resna in (3) obstajati mora neposredna vzročna zveza med kršitvijo in škodo, ki jo je pretrpel posameznik.<sup>69</sup> Sodišče je posebej poudarilo, da je zaradi spoštovanja zahtev pravne varnosti odškodninska odgovornost države podana samo v izjemnih primerih – takrat, ko je nacionalno sodišče na zadnji stopnji sojenja očitno kršilo upošteveno pravo EU. Pri presoji, ali gre za tako (kvalificirano) kršitev, je treba upoštevati predvsem: (1) stopnjo jasnosti in natančnosti kršenega pravila, (2) ali je bila kršitev namerna, (3) ali je bila napaka opravičljiva, (4) stališče, ki ga (odvisno od primera) sprejme institucija EU, in (5) ali bi moralo nacionalno sodišče podati predlog za sprejetje predhodne odločbe.<sup>70</sup> Po mnenju Sodišča EU

<sup>67</sup> Stališče, da je pravica do povračila škode v razmerju do postopkov, ki naj zagotovijo ustavnost in zakonitost delovanja nosilcev oblasti, sekundarna ter da je zato uspešen ugovor opustitve pravnega varstva, če prizadeti z njim lahko uveljavi odpravo zatrjevanih protipravnosti in tako prepreči škodo, je v sodni praksi nesporno. Opustitev vložitve pravnega sredstva ima tudi po mnenju sodne prakse učinek pretrganja vzročne zveze. Prim. sodbe VS RS II Ips 879/2008 z dne 29. 3. 2012, II Ips 1014/2007 z dne 13. 1. 2011, III Ips 105/2007 z dne 24. 3. 2009 in sodno prakso višjih sodišč (na primer sodba VSL II Cp 1349/2011 z dne 8. 12. 2011 in sodba in sklep VSL II Cp 260/2011 z dne 26. 5. 2011). Tako predlaga tudi R. C. Waters, ki pravi, da celo najhujše kršitve poštenosti postopka (opustitev seznanitve s samim postopkom in prikrajšanje za možnost izjavljanja) ne bodo podlaga za odškodninsko odgovornost, če prikrajšana stranka ni izkoristila pravnih sredstev, s katerimi bi te kršitve odstranila ter s tem preprečila nastanek škode (R. C. Waters, *Judicial Immunity vs. Due Process: When Should a Judge Be Subject to Suit?*, *Cato Journal*, Vol. 7, 1987, št. 2, str. 472). Prim. tretji odstavek 839. par. nemškega BGB, ki izključuje odškodninsko odgovornost, če bi oškodovanec lahko odvrnil škodo z vložitvijo pravnega sredstva, pa tega namenoma ali iz malomarnosti ni storil.

<sup>68</sup> V tem pogledu sta sodbi samo logično nadaljevanje stališča, ki ga je Sodišče izreklo že leta 1991 v združenih zadevah *Francoovich in drugi proti Italiji* (C-6/90 in C-9/90 z dne 19. 11. 1991) ter nato v številnih drugih zadevah. Glej točki 31 in 32 sodbe v zadevi *Köbler*.

<sup>69</sup> Sodba v zadevi *Köbler*, točki 51 in 57, in sodba v zadevi *Tragbetti*, točka 45.

<sup>70</sup> Sodba v zadevi *Köbler*, točki 55 in 56, in sodba v zadevi *Tragbetti*, točki 32 in 43. Kljub temu je v avstrijski doktrini sporno, ali je kršitev dolžnosti iz tretjega odstavka 267. člena Pogodbe o delovanju EU sploh lahko podlaga za odškodninsko odgovornost države. Do te odgovornosti namreč pride samo v primerih kršitev tistih določb, ki dajejo



je očitna kršitev evropskega prava vselej podana tudi, če sodišče materialno ali procesno pravo EU predvsem glede na upošteveno sodno prakso s tega področja razlaga očitno nepravilno ali če nacionalno pravo razlaga tako, da to pripelje do kršitve upoštevnega evropskega prava.<sup>71</sup> Še več, očitna kršitev kot podlaga odškodninske odgovornosti države zajema tudi nepravilno presojo dejstev in dokazov.<sup>72</sup> V zadevi *Traghetti* je Sodišče tudi posebej poudarilo, da je odgovornost države za škodo še zlasti pomembna pri kršitvah s strani tistih sodišč, ki so v nacionalnem sistemu pristojna zagotavljati enotno razlago pravnih pravil.<sup>73</sup> Da je splošna izključitev odškodninske odgovornosti države ali omejitev te odgovornosti na primere naklepa ali hude malomarnosti (kadar bi ta omejitev v praksi pomenila izključitev odgovornosti zaradi kršitve upoštevnega prava) v takih primerih v nasprotju s splošnim načelom, da je država članica odškodninsko odgovorna za kršitev prava EU, je Sodišče ponovilo še v zadevi Komisija proti Italiji (»*Traghetti II*«, C-379/10 z dne 24. 11. 2011).<sup>74</sup>

Za slovensko sodno prakso je nauk iz te zgodbe vsekakor poučen. Tako kot morajo vse države članice proučiti skladnost svojih ureditev odškodninske odgovornosti za sodniške napake z evropskim konceptom odgovornosti države za škodo,<sup>75</sup> bodo morala tudi (najvišja) slovenska sodišča iskati novo ravnotežje med varovanjem sodniške neodvisnosti in pravne varnosti (kateri izraz je spoštovanje pravnomočne sodne odločbe) na eni strani ter pravico do povračila škode, ki je v evropskih zadevah pomembno okrepljena z jurisprudenco Sodišča EU (kar ima tudi ustavno razsežnost),<sup>76</sup> na drugi strani. V zadevah odškodninske odgovornosti zaradi kršitev evropskega prava bodo zlasti pomembne točke 27 do 29 sodbe *Traghetti*. Gledano skozi

---

pravice posameznikom, ni pa jasno, ali ima tretji odstavek 267. člena Pogodbe to kvaliteto (iz sodbe Sodišča v zadevi CILFIT (sodba 283/81 z dne 6. 10. 1982, točka 9) bi lahko izhajalo, da dolžnost sprožiti predhodni postopek nima narave pravice, ki bi bila dana posamezniku). Utrjeno stališče avstrijskega ustavnega sodišča pa je, da kršitev te dolžnosti sicer lahko pripelje do odškodninske odgovornosti države, vendar ne nujno – iz sodbe v zadevi *Köbler* namreč izhaja, da mora biti kršitev neopravičljiva. Po mnenju Ustavnega sodišča za razbremenitev odgovornosti zadošča, če razlaga prava EU izhaja iz spektra različnih sodb Sodišča EU, od katerih pa se nobena natančno ne ujema z obravnavano zadevo (VfGH 29. 9. 2008, A 2/07). Glej M. Potacs, C. Mayer, nav. delo, str. 58 in 59.

<sup>71</sup> Sodba v zadevi *Köbler*, točka 56, in sodba v zadevi *Traghetti*, točki 35 in 43.

<sup>72</sup> Sodba v zadevi *Traghetti*, točka 25. Sodišče je to utemeljilo s tem, da če je presoja dejstev in dokazov del sodne dejavnosti, bi v takem primeru izključitev odgovornosti države, ki nastane posameznikom zaradi opravljanja te dejavnosti, v praksi pripeljala do oprostitev države vsakršne odgovornosti za kršitve prava EU, ki jih gre pripisati sodni veji oblasti.

<sup>73</sup> Točka 36. Za komentar te odločitve glej M. Bukovec, Še o odgovornosti države za sodne napake, Pravna praksa, 2006, št. 24–25, str. 24.

<sup>74</sup> Za komentar te odločitve glej Z. Skubic, Odškodninska odgovornost sodnikov za kršitve prava EU pri sojenju, Pravna praksa, 2011, št. 50, str. 29.

<sup>75</sup> Prim. J. P. Terhechte, str. 324, 325.

<sup>76</sup> Država mora namreč izpolnjevati obveznosti, ki izhajajo iz pravnega reda EU v skladu s 3.a členom Ustave. Načelno lojalnega sodelovanja iz 4. člena Pogodbe o EU, po katerem se države članice medsebojno spoštujejo in si pomagajo pri izpolnjevanju nalog in ciljev, ki jim sledi EU, določa splošno obveznost držav članic, da spoštujejo pravo



prizmo teh, po mojem mnenju bistvenih razlagalnih napotil in usmeritev, pa stališče Sodišča EU sploh ni tako trdo, kot se zdi na prvi pogled. Sodišče namreč posebej poudarja, da je italijanska sodna praksa izjemno ozko razlagala pojma »huda malomarnost« in »neopravičljiva malomarnost«, Kasacijsko sodišče celo »kot 'očitno, grobo in hudo kršitev prava' oziroma kot razlaganje tega prava 'z izrazi, ki nasprotujejo vsem logičnim merilom', kar naj bi v praksi pripeljalo do tako rekoč sistematične zavrnitve tožb proti italijanski državi«. Posebej pomemben se zdi poudarek, da bi bila ureditev odškodninske odgovornosti države za kršitev evropskega prava »povsem v skladu s samimi načeli prava Skupnosti, če bi udejanjala ustrezno ravnovesje med nujnostjo ohranitve neodvisnosti sodne veje oblasti in zahtevami pravne varnosti na eni strani ter učinkovitim sodnim varstvom posameznikov v najbolj očitnih primerih kršitev prava Skupnosti, ki jih zakrivi sodna veja oblasti, na drugi strani«. Odškodninska odgovornost države je tako omejena »samo na primere zadostno izražene kršitve prava Skupnosti«. Sodišče je nato (v točki 29) še navedlo, da »odgovornosti ne bi bilo mogoče vzpostaviti, če je nacionalno sodišče v sporu razsodilo na podlagi razlage členov Pogodbe, ki se ustrezno odraža v obrazložitvi tega sodišča«.

Po vsem tem slovensko pravo ne bi smelo imeti težav, kot jih ima italijansko pravo (tako zakonsko kot »živo«) ali pa avstrijsko pravo (ki izrecno izključuje odgovornost države za škodo, povzročeno z odločitvami vrhovnih sodišč).<sup>77</sup> Normativna infrastruktura (26. člen Ustave) sodni praksi vsekakor omogoča z evropskim pravom skladno razlago pojma »protipravno ravnanje« (ki v evropskih zadevah pomeni »očitno kršitev prava EU«). Pravni standard »protipravno ravnanje« je dovolj širok in prilagodljiv zahtevam evropskega prava. Omogoča iskanje pravega ravnotežja med sodniško neodvisnostjo in zahtevami pravne varnosti na eni strani ter dolžnostjo spoštovati obveznosti, ki izhajajo iz pravnega reda EU (kar je tudi ustavna zahteva), na drugi strani – ob upoštevanju napotkov in meril za tehtanje ter razlage, ki so dani v omenjenih sodbah Sodišča EU. Za sodno prakso to ne bi smela biti pretežka naloga.

---

EU in sprejemajo splošne in posebne ukrepe, potrebne za zagotovitev izpolnjevanja obveznosti, ki izhajajo iz Pogodb in aktov institucij. (Prim. odločbo US RS U-II-1/12, U-II-2/12 z dne 17. 12. 2012.)

<sup>77</sup> Glej tretji odstavek 2. par. Zakona o odgovornosti državnih organov (Amtshaftungsgesetz). Problem (pristojnosti) je (namesto zakonodajalca) rešilo avstrijsko Ustavno sodišče (kmalu po izdaji sodbe Sodišča EU v zadevi *Köbler*), ki se je (glede na 137. člen avstrijske Ustave) razglasilo za pristojno odločati o odškodninskih zahtevkih zaradi kršitve prava EU pred Upravnim sodiščem. To stališče se je utrdilo, tako da se danes odškodninski zahtevki zoper državo zaradi kršitev evropskega prava s strani obeh vrhovnih sodišč rešujejo pred Ustavnim sodiščem – kar je prepričljivo predvsem zato, ker bi pristojnost rednega (civilnega) sodstva pomenila, da bi nižja sodišča odločala o odločbah vrhovnih sodišč. Nejasno pa ostaja, kdo je pristojen za odškodninske zahtevke zaradi kršitev prava EU pred Ustavnim sodiščem. Takega primera do zdaj še ni bilo, je pa Ustavno sodišče mnenja, da je pristojno tudi v takih primerih – vendar bi o tem prej sprožilo postopek predhodnega odločanja pred Sodiščem EU (glej Michael Potacs, Claudia Mayer, nav. delo, str. 57).

Stališče Sodišča EU o odškodninski odgovornosti države pomeni v svojem bistvu specifično, evropskemu pravu prilagojeno pravno sredstvo stranke zoper sodbe, s katerimi je nacionalno sodišče zadnje stopnje kršilo evropsko pravo (stranke namreč nimajo pritožbe na evropsko sodno instanco). Smisel odškodninske odgovornosti države v teh primerih je zagotovitev praktične učinkovitosti (*effet utile*) evropskega prava. Ta učinkovitost bi bila oslABLJENA, če posamezniki ne bi imeli odškodninskega varstva v primerih kršitve njihovih pravic zaradi kršitev prava EU s strani sodišča države članice.<sup>78</sup> Sodišče sicer poudarja, da z odškodninsko odgovornostjo države načelo pravnomočnosti ni prizadeto. Zahtevek za povrnitev škode ima namreč drugačen namen in tudi ne vključuje istih strank kot postopek, ki je končan s pravnomočno odločbo. Z uspešno uveljavitvijo zahtevka za povrnitev škode bo stranka dosegla zgolj reparacijo, ne pa razveljavitve pravnomočne odločbe, s katero je bila škoda povzročena – kajti načelo odškodninske odgovornosti države, inherentno pravnemu redu EU, zahteva reparacijo, ne pa revizije sodne odločbe, s katero je bila storjena kršitev.<sup>79</sup> Vendar prav to po drugi (odškodninski) poti privede do primerljivega učinka, kot se doseže s pravnim sredstvom, ki je neposredno usmerjeno na sporno (pravnomočno) odločbo. Odločilno je, da sta obe sredstvi usmerjeni na vzpostavitev ravnotežja, razlika je (samo) v tem, da odškodninski zahtevek namesto neposredno, »v naravi« (z razveljavitvijo, spremembo ali odpravo sporne odločbe) to naredi posredno, praviloma z denarno odškodnino (sporno odločbo pa, čeprav razvrednoteno, »pusti pri življenju«). S tega vidika ni bistvenih razlik med odškodninsko tožbo zaradi kršitev evropskega prava in pravično odškodnino po EKČP.

## 9. Namesto sklepa

Jurisprudenca Sodišča EU je pomembna zaradi treh med seboj povezanih vprašanj:

1. Njeno sporočilo je, da za odškodninsko odgovornost države ni bistveno, čigavo je ravnanje, kateri od njenih organov je povzročil škodo. Država se jemlje kot enotna entiteta – čeprav Sodišče nikjer ne govori o odgovornosti države za lastna dejanja, ta koncept izhaja iz podteksta. Tako je v združenih zadevah *Brasserie du Pêcheur* in *Factortame* Sodišče navedlo, da se na državo, ki se je izpostavila odgovornosti za kršitev mednarodne obveznosti, po mednarodnem pravu gleda kot na enovito entiteto, ne glede na to, ali je treba kršitev, ki je povzročila škodo, pripisati zakonodajni, sodni ali izvršilni oblasti, ter da je treba to načelo *a fortiori* uporabiti za pravni red EU, glede na to, da so vse državne oblasti, vključno z zakonodajno, pri izvrševanju svojih nalog zavezane podrediti se pravnemu redu EU, ki

<sup>78</sup> Glej točko 33 sodbe *Köbler*. Glej tudi J. P. Terhechte, str. 321, 322.

<sup>79</sup> Glej točko 39 sodbe *Köbler*.

neposredno ureja položaj posameznikov.<sup>80</sup> Skratka, vsako kršitev je treba pripisati državi, ne glede na to, katera institucija jo je zagrešila.<sup>81</sup> Enako velja za nacionalno (slovensko) pravo: kadar država v razmerju do posameznika nastopa kot oblast, jo je treba vzeti kot tako, se pravi kot enovito entiteto, za katero velja ustavna prepoved protipravnega oblastnega ravnanja.

2. Iz tega logično izhaja razosebljenje odgovornosti. Če je žarišče s posameznega, dejanskega kršilca premaknjeno na državo kot edinega in enovitega kršilca, potem je jasno, da je tudi pozornost usmerjena na samo kršitev. Sodišče EU se ukvarja s kršitvijo evropskega prava, in ne s tistim, ki jo je dejansko zagrešil, ter zato še manj z njegovo krivdo. Da narekuje tak pristop tudi razlaga 26. člena Ustave, izhaja iz odločbe US RS Up-695/11. Ko gre za ustavno pravico do povračila škode, je bistvena protipravnost ravnanja države, ne pa, kateri od njenih organov (ali vej oblasti) je ravnal protipravno. V zadevah odškodninske odgovornosti zaradi sodne zmote bi bilo vprašanje, kdo je zagrešil protipravnost, smiselno samo z vidika sodniške neodvisnosti kot ene od uteži pri iskanju ravnotežja, ki ga izraža posamezna, konkretnemu primeru prilagojena napolnitev pravnega standarda »protipravno ravnanje«.
3. Standard »očitna kršitev prava EU« je prilagojen praktični učinkovitosti evropskega prava, ki je smisel in podlaga odškodninske odgovornosti države. Za Sodišče EU ni toliko bistveno varstvo posameznikovih pravic, kot je bistveno zagotoviti in vzpostaviti enotno uporabo prava EU v nacionalnih jurisdikcijah.<sup>82</sup> Ni torej končni cilj varstvo posameznika – posameznik je samo sredstvo za doseg končnega cilja, se pravi sredstvo za uveljavitev in učinkovitost prava EU. V nacionalnih pravnih ureditvah je položaj obrnjen – smisel odškodninske odgovornosti za sodne napake je varstvo posameznikovih pravic, v središču je posameznik, javni interes pa je potisnjen v ozadje. Ta se varuje z drugimi, bolj ali manj učinkovitimi mehanizmi za zagotavljanje enotne sodne prakse. Zato imajo države članice v drugih, neevropskih odškodninskih zadevah prost manevrski prostor za urejanje odškodninske odgovornosti za napake sodišč, ki pa ga z vzpostavitvijo (ali razlago) oškodovane-

<sup>80</sup> Združeni zadevi C-46/93 in C-48/93, sodba z dne 5. 3. 1996 (točka 34) – stališče je ponovljeno v sodbi v zadevi *Köbler* (točka 32). V kritiki sodbe v zadevi *Traghetti I M. Bukovec* ugotavlja, da se je Sodišče »izognilo razpravljanju o vedno spornih vprašanjih razmerja med ravnanjem posameznika (v tem primeru sodnika) in institucije oziroma države« ter da se tudi ni »spuščalo v razmejitve med protipravnostjo in krivdo, čeprav bi se ta problem prav zaradi italijanskega pravila o višji stopnji krivde lahko izpostavil«. Nato nadaljuje: »Sodba suhoparno vztraja pri 'očitni kršitvi', ne da bi pojasnjevala, ali je pri njej potreben tudi subjektivni (krivdni) element.« Prav tam, str. 25. Sodišče se razpravljanju o razmerju med ravnanjem sodnika in institucije ni izognilo – ob razosebljeni odškodninski odgovornosti je to vprašanje nebstveno, kot je nebstvena razmejitev med protipravnostjo in krivdo. V središču je kršitev (in njena kvalifikacija), in ne kršilec.

<sup>81</sup> Glej J. P. Terhechte, nav. delo, str. 321.

<sup>82</sup> Glej prav tam, str. 325.

mu posamezniku neprijaznega standarda neopravičljive sodniške napake (sklicujoč se na varovanje sodniške neodvisnosti in avtoritete pravnomočne odločitve sodišča) na koncu obrnejo proti oškodovanemu posamezniku.

Končno besedo o svoji odgovornosti – o njeni uporabnosti in širini – imajo sodniki, ki sodijo sami sebi in so s tem ultimativni varuhi svoje neodvisnosti.<sup>83</sup> Sodniki so razpeti med zahteve po vse večji učinkovitosti (ki je izraz zahtev pravne varnosti in pričakovanj po vzpostavljanju socialnega miru) in zahteve po prav tako vse višji kakovosti sojenja (tudi materialna pravičnost je izraz pravne varnosti, saj defektno sodno varstvo ne prinaša socialnega miru)<sup>84</sup> – med eno in drugo zahtevo pa pritisku nepregledne in hitro spreminjajoče se (ter iščoče) domače zakonodaje (in še bolj nepreglednega evropskega prava) ter neobvladljivega korpusa sodne prakse najvišjih domačih (in primerljivih tujih) sodišč, ESČP in Sodišča EU ter globalizirane pravne literature. Obe stopnjujoči in med seboj izključujoči se zahtevi, skupaj s poplavo podatkov (v resnici polucijo), s katerimi so obremenjena sodišča, sodnikov ne silijo k optimizaciji njihovega dela, ampak kvečjemu k optimizaciji kompromisov med neuresničljivimi zahtevami delati in narediti »več in bolj«. Sodniki pač niso Herkuli, so samo ljudje, ki naj bi imeli visoko osebno integriteto, strokovno in poklicno kompetentnost ter (višje, kot je njihov položaj v sodniški hierarhiji) tudi meritornost. Tisto, kar lahko družba (in sami, ko sodijo sebi v zadevah odškodninske odgovornosti zaradi svojih napak) pričakuje od sodstva, je, da sodniki ne kot optimizatorji, temveč le kot zadovoljitelji<sup>85</sup> med seboj sprtih vrednot in iz njih izvirajočih zahtev iščejo (in kdaj tudi najdejo) razumno in ustavno skladno ravnotežje med njimi (ne optimizacije vsake od njih – da je to logično izključeno, ni treba utemeljevati).

## Literatura

- John Adenitire, *Judicial Independence in Europe – The Swedish, Italian and German Perspectives*, dosegljivo na: <http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/research/judicial-independence/judicial-independence-in-europe.pdf>.
- Martina Bukovec, *Pravna subjektiviteta države*, Podjetje in delo, št. 6-7/1999.
- Martina Bukovec, *Pravica do povračila škode po 26. členu Ustave v praksi sodišč*, Pravna praksa, št. 34/2008, priloga.
- Martina Bukovec, *Še o odgovornosti države za sodne napake*, Pravna praksa, št. 24-25/2006.
- Franc Grad, *Ustavna ureditev Slovenije*, GV Založba, Ljubljana 2008.
- Alexander Hamilton, *The Federalist Papers No. 65*, 7. 3. 1788, dosegljivo na: [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed65.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed65.asp).
- Dunja Jadek Pensa, *Sodnikovo protipravno ravnanje in civilni delikt*, Pravnik, št. 4-5/1996.

<sup>83</sup> Glej J. P. Terhechte, nav. delo, str. 319, in J. Adenitire, nav. delo, str. 23.

<sup>84</sup> Tako tudi J. P. Terhechte, str. 319.

<sup>85</sup> Glej A. Tsaoussi, E. Zervogianni, str. 2 in nasl.

- Dunja Jadek Pensa, Pravica do povračila škode po 26. členu ustave, Podjetje in delo, št. 6-7/1999.
- Dunja Jadek Pensa, v: Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del), 1. knjiga (ur. M. Juhart, N. Plavšak), GV Založba, Ljubljana 2003.
- Dunja Jadek Pensa, v: Komentar Ustave Republike Slovenije (ur. L. Šturm), Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Tatjana Josipović, Igor Gliha, O građanskopravnoj odgovornosti sudaca, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, št. 4/1992, dodatek.
- Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. izdaja, Beck, München 1991.
- Michael Potacs, Claudia Mayer, Changes in Austrian State Liability Law under the Influence of European Law, European Public Law, št. 1/2013.
- Ada Polajnar Pavčnik, Vzročnost kot pravnovrednostni pojem, Zbornik znanstvenih razprav, let. LIII, Pravna fakulteta, Ljubljana 1993.
- Vesna Rakić Vodinelić, Ograničena odgovornost sudije za štetu – neophodna privilegija koja obezbeđuje nezavisnost ili učvršćivanje sudijske neodgovornosti?, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, št. 3-4/2013.
- Joseph Romagnoli, What Constitutes a Judicial Act for Purposes of Judicial Immunity?, Fordham Law Review, št. 6/1985.
- Peter H. Schuck, Civil Liability of Judges, The American Journal of Comparative Law, št. 4/1989.
- Zoran Skubic, Odškodninska odgovornost sodnikov za kršitve prava EU pri sojenju, Pravna praksa, št. 50/2011.
- Jörg Philipp Terhechte, Judicial Accountability and Public Liability – The German »Judges Privilege« Under the Influence of European and International Law, German Law Journal, št. 3/2012.
- Siniša Triva, Materijalna građanskopravna odgovornost za protupravno dijelovanje sudbene vlasti u talijanskom pravu, zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, št. 1/1992.
- Aspasia Tsaoussi, Eleni Zervogianni, Judges as Satisficers: A Law and Economics Perspective on Judicial Liability, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1009455](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1009455).
- Robert Craig Waters, Judicial Immunity vs. Due Process: When Should a Judge Be Subject to Suit?, Cato Journal, št. 2/1987.
- Michael Wurm, v: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (ur. N. Horn), Sellier-de Gruyter, Berlin 2007.
- Jan Zobec, Neposredna civilna odgovornost sodnikov, Pravna praksa, št. 19/2005, str. 7.
- Report of The Supreme Court of Ohio, Joint Task Force on Judicial Liability & Immunity, Ohio Judicial Conference, november 2006.





Obravnavano temo ureja Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP),<sup>4</sup> ki je nasledil Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (ZPPSL).<sup>5</sup> V nadaljevanju bo zato prikazano, kako se je razvijala zakonska ureditev odškodninske odgovornosti stečajnih upraviteljev, v čem je zakonodajalec na poseben način uredil njihovo odškodninsko odgovornost, na koncu pa bo dodano še razmišljanje o tem, ali za ravnanje stečajnih upraviteljev lahko odškodninsko odgovarja tudi država, in če lahko, v katerih primerih. Najprej pa je treba omeniti naloge (pristojnosti) stečajnih upraviteljev.

## 2. Naloge stečajnih upraviteljev

V drugem odstavku 97. člena ZFPPIPP so najsplošneje določene pristojnosti stečajnega upravitelja. Vodi posle stečajnega dolžnika (v skladu s potrebami stečajnega postopka) in ga zastopa pri procesnih in drugih pravnih dejanjih (v zvezi s preizkusom terjatev ter ločitvenih in izločitvenih pravic, izpodbijanjem pravnih dejanj stečajnega dolžnika, unovčevanjem stečajne mase, odstopnimi in drugimi pravicami stečajnega dolžnika). Vodenje poslov in zastopanje stečajnega dolžnika povsem ustreza pristojnosti uprave delniške družbe oziroma posloводства družbe z omejeno odgovornostjo. Edina razlika je v skrčenosti vrste in obsega možnih pravnih in drugih poslov (dejanj), ki jih stečajni dolžnik sploh lahko opravlja zaradi zakonskih omejitev kot posledice njegove insolventnosti. Stečajni dolžnik praviloma ne nastopa več na trgu zaradi pridobivanja dobička, torej ne sledi več svojemu poslovnemu interesu, ampak je vse podrejeno interesu (poplačilu) upnikov.

Čeprav je praviloma celotna aktivnost stečajnega upravitelja usmerjena zgolj na unovčenje dolžnikovega premoženja in poplačilo upnikov, pa pozna ZFPPIPP tudi dve izjemi. Po določbah 316. člena je po začetku stečajnega postopka dovoljeno končati posle, ki jih je stečajni dolžnik začel izvajati pred začetkom stečajnega postopka. Potrebno pa je dovoljenje sodišča, ki pri odločanju o nadaljevanju začelih poslov upošteva njihovo nujnost, da se prepreči zmanjšanje stečajne mase, pa tudi vpliv na hitrost unovčenja stečajne mase in morebitna tveganja. Mogoče pa je tudi nadaljevanje poslovanja stečajnega dolžnika. Sodišče ga dovoli po določbah 317. člena, če se s tem strinja upniški odbor, če se s tem dosežejo ugodnejši pogoji za prodajo premoženja stečajnega dolžnika, ki se uporablja pri tem poslovanju, kot poslovne celote in po oceni možnih tveganj. Nadaljevanje poslovanja je sicer povezano s številnimi varovalkami,<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Uradni list RS, št. 126/2007 in nasl.

<sup>5</sup> Uradni list RS, št. 67/1993 in nasl.

<sup>6</sup> Po določbi drugega odstavka 318. člena ZFPPIPP mora upravitelj mesečno poročati o poslovanju stečajnega dolžnika in poteku prodaje premoženja stečajnega dolžnika, ki se uporablja pri tem poslovanju, kot poslovne celote. Poročilu mora priložiti mesečno bilanco stanja in izkaz poslovnega izida (tretji odstavek 318. člena). Soglasje sodišča potrebuje za vsak najem posojila ali kredita, poroštvo ali aval, ki ga da, dovolitev ustanovitve ločitvene pravice na



vendar se v bistvenem ne razlikuje od poslovanja solventne gospodarske družbe. Vodenje poslov je v takem primeru načeloma enako kot pri vsaki gospodarski družbi, upošteva je omejitve glede poslovnih tveganj (228. člen ZFPPIPP).

ZFPPIPP ne pove, kaj je treba razumeti z vodenjem poslov stečajnega dolžnika. Nič zgovornejši ni ZGD-1 glede vodenja poslov gospodarske družbe. Po določi prvega odstavka 265. člena uprava vodi posle (delniške) družbe. Vodi jih samostojno in na lastno odgovornost. Po določi prvega odstavka 266. člena uprava zastopa in predstavlja družbo. Čeprav ima ZGD-1 še številne določbe, ki nalagajo upravi različne obveznosti, pa ni z nobeno določbo pojasnjeno, kaj naj bi pomenilo vodenje poslov družbe. S tem se ukvarja veda o organizaciji in upravljanju.

Bistvo delovanja uprave je sprejemanje odločitev. Uprava jih sprejema v razmerah, ki ne dovoljujejo popolnoma racionalnega odločanja (zaradi negotovega okolja, nepopolnih informacij, nepoznavanja vseh alternativ, zaradi nesposobnosti objektiviziranja in kvantificiranja parametrov za odločanje, pomanjkanja časa, raznolikosti ciljev, ki si med seboj nasprotujejo, ipd.). Zato teorija govori o omejeni racionalnosti pri sprejemanju odločitev.<sup>7</sup> Namesto optimalnih odločitev se sprejemajo le zadovoljive odločitve za doseganje zadovoljivih ciljev. Realnost, kakršno opisuje organizacijska teorija, mora vplivati tudi na pravno urejenost odgovornosti uprave za njeno delovanje.

Najpomembnejša pravna dejanja so pogodbe. Zlasti pri večjih stečajnih postopkih sklepa stečajni upravitelj zelo raznolike pogodbe z različnimi pogodbenimi strankami, ki praviloma niso upniki stečajnega dolžnika. Pogodbena razmerja je mogoče shematično razvrstiti v več kategorij:

- povsem običajna, rutinska (glede dobave elektrike, vode, internetnega dostopa, varnostne službe, najema poslovnih prostorov);
- taka, s katerimi se zagotovijo specifične storitve, ki so potrebne za izvedbo nalog upravitelja v postopku zaradi insolventnosti, pa jih sam ne more opraviti (odvetniške, računovodske storitve, storitve pooblaščenih ocenjevalcev vrednosti, posredniške storitve pri prodaji premoženja na borznem ali drugem organiziranem trgu, storitve arhiviranja dokumentacije);
- delovna razmerja z delavci stečajnega dolžnika;
- pogodbena razmerja v zvezi s prodajo premoženja stečajnega dolžnika;
- pogodbena razmerja z naročniki in podizvajalci pri dokončanju proizvodnje ali nadaljevanju poslovanja stečajnega dolžnika.

---

premoženju stečajnega dolžnika, drug posel v zvezi z nadaljevanjem poslovanja stečajnega dolžnika, če sodišče tako določi s sklepom, s katerim dovoli nadaljevanje poslovanja stečajnega dolžnika (četrti odstavek 318. člena).

<sup>7</sup> Tako na primer A. Vila in J. Kovač, *Osnove organizacije in managementa*, 1998, str. 203, ki se sklicujeta na Herberta Simona.

V majhnih stečajnih postopkih večino opravil opravi sam stečajni upravitelj, v največjih ima številne sodelavce, že prej zaposlene delavce stečajnega dolžnika in tudi zunanje pogodbene sodelavce. Zato sta temu primerno tudi vloga stečajnega upravitelja in njegova odgovornost pri različno zahtevnih stečajnih postopkih nujno različni.

### 3. Ureditev odgovornosti stečajnih upraviteljev v ZPPSL

ZPPSL je urejal odškodninsko odgovornost stečajnih upraviteljev v drugem odstavku 80. člena. Stečajni upravitelj je vsakemu udeležencu v stečajnem postopku odgovaljal za škodo, ki mu jo je prizadel namenoma ali iz hude malomarnosti. Izvzeta je bila torej njegova odgovornost za škodo, ki jo je povzročil iz lahke malomarnosti. V tem se je razlikovala njegova odgovornost od siceršnje krivdne odgovornosti po določbi prvega odstavka 154. člena ZOR oziroma prvega odstavka 131. člena OZ. Poleg tega ZPPSL ni določal obrnjenega dokaznega bremena, tako kot navedene določbe ZOR in OZ.

Taka ureditev ni bila osamljen otok v slovenskem pravnem prostoru. Tudi Zakon o delavcih v državnih organih,<sup>8</sup> ki je v delu, v katerem je urejal odškodninsko odgovornost delavcev v državnih organih, veljal do 27. 6. 2003, je v prvem odstavku 51. člena določal, da je delavec odškodninsko odgovoren za škodo, ki jo je pri delu oziroma v zvezi z delom v državnem organu namenoma ali iz hude malomarnosti povzročil državnemu organu ali komu drugemu. Vsebinsko zelo podobne določbe vsebuje 135. člen zdaj veljavnega Zakona o javnih uslužbencih.<sup>9</sup> Javni uslužbenec odgovalja za škodo, ki jo pri delu ali v zvezi z delom povzroči delodajalcu naklepno ali iz hude malomarnosti, tretjemu pa le, če škodo povzroči naklepno.<sup>10</sup>

Za škodo, nastalo zaradi dejanja stečajnega upravitelja, ki ga je odobril stečajni senat ali predsednik stečajnega senata, ali zaradi tega, ker je stečajni upravitelj ravnal po navodilu pred-

<sup>8</sup> Uradni list RS – stari, št. 15/1990 in nasl.

<sup>9</sup> Uradni list RS, št. 56/2002 in nasl. Ta člen se glasi:

»(1) Javni uslužbenec je odškodninsko odgovoren za škodo, ki jo protipravno povzroči delodajalcu pri delu ali v zvezi z delom naklepno ali iz hude malomarnosti.

(2) Za škodo, ki jo na delu ali v zvezi z delom protipravno povzroči javni uslužbenec tretji osebi, je nasproti tej osebi odškodninsko odgovoren delodajalec.

(3) Tretja oseba lahko kot oškodovanec zahteva povračilo škode tudi od tistega, ki ji je protipravno povzročil škodo, če je bila škoda povzročena naklepno.«

<sup>10</sup> Tudi nekateri posebni zakoni vsebujejo enako določbo. Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOMK-1, Uradni list RS, št. 36/2008 in nasl.) na primer v 12.n členu določa, da predsednik in člani senata ter javni uslužbenci, zaposleni v agenciji, ki opravljajo posamezna dejanja v postopkih odločanja o posamičnih zadevah, za katere je pristojna agencija po tem zakonu, ne odgovaljajo za škodo, ki jo povzročijo strankam ali drugim osebam pri opravljanju dejanj v teh postopkih, razen če je škoda povzročena namenoma ali iz hude malomarnosti.

sednika stečajnega senata, stečajni upravitelj ni bil odgovoren, razen če je na goljufov način izposloval odobritev ali navodilo.

V sklepu III Ips 60/2009 z dne 27. 11. 2012 se je Vrhovno sodišče ukvarjalo z odškodninsko odgovornostjo stečajne upraviteljice, ki je brez soglasja stečajnega senata (kot posojilodajalka) sklenila pogodbo o kratkoročnem posojilu, na podlagi katere je iz stečajne mase tožeče stranke posodila družbi z omejeno odgovornostjo denarna sredstva v znesku več kot 200.000 evrov. Posojilojemalec, nad katerim je bil po zapadlosti obveznosti iz posojilne pogodbe začet stečajni postopek, denarnih sredstev do zaključka glavne obravnave tožeči stranki ni vrnil.

Najprej je bilo treba zavzeti stališče do tega, kaj je huda malomarnost:

*»Huda malomarnost (culpa lata) na splošno pomeni tako ravnanje, ki ne upošteva niti tistega, kar bi v dani situaciji vsakdo upošteval. Za konkretni primer to pomeni, da je toženi stranki mogoče očitati, da je ravnala s hudo malomarnostjo, če ni ravnala tako, kot bi ravnal vsak stečajni upravitelj (torej ne samo skrben, pač pa tudi manj skrben stečajni upravitelj).«*

Za konkreten primer je to pomenilo:

*»Denarja se ne posoja tistemu, ki ga ni sposoben vrniti. Zato se vsakdo prepriča o tem, kakšne lastnosti ima in v kakšnem položaju je posojilojemalec. Vsak stečajni upravitelj se mora zato pri posojanju denarnih sredstev stečajne mase prepričati o sposobnosti posojilojemalca, da bo vrnil posojilo. Presoja hude malomarnosti tožene stranke je odvisna od tega, ali se je tožena stranka pred sklenitvijo posojilne pogodbe z družbo Pompe d. o. o. prepričala o njeni gospodarski moči, njeni (dobri) bonitetni oceni, rasti in razvoju dejavnosti, s katerimi se družba ukvarja. Če bi pri tem napravila napačno oceno sposobnosti posojilojemalca vrniti prejeto posojilo, ji zaradi tega praviloma še ne bi bilo mogoče očitati hude malomarnosti, pač pa le lahko malomarnost.«*

V nadaljevanju je bilo treba presoditi, ali je mogoče sklepati o hudi malomarnosti tožene stranke že na podlagi dejstva, da ni poskrbela za ustrezno zavarovanje posojila:

*»Samo na podlagi tega, ker tožena stranka ni poskrbela za ustrezno zavarovanje posojila, (še) ni mogoče utemeljevati njene hude malomarnosti. Gledano s stališča ex post (ko posojilojemalec ne vrača posojila) se res pokaže, da bi bilo zavarovanje nujno, vendar pa je treba krivdo presojeti po stanju ex ante, torej ob sklepanju pogodbenega razmerja. Šele če bi se pokazalo, da je bila sposobnost posojilojemalca vrniti posojilo že ob sklenitvi posojilne pogodbe vprašljiva in je zato brez zavarovanja ne bi sklenil noben razumen stečajni upravitelj, bi to utemeljevalo zaključek, da je tožena stranka ravnala s hudo obliko malomarnosti. Pravni zaključek sodišč nižjih stopenj o hudi malomarnosti toženke samo na podlagi tega, ker pri sklepanju posojilnega razmerja ni poskrbela za ustrezno zavarovanje, se po povedanem pokaže kot preuranjen.«*

Situacije, ko bi stečajni upravitelj posojal denarna sredstva iz stečajne mase, po uveljavitvi ZFPPIPP niso več aktualne, ker ta v 324. členu natančno predpisuje, kako je mogoče nalagati

denarno dobroimetje stečajnega dolžnika, je pa še vedno aktualno vprašanje hude malomarnosti, saj je ta oblika malomarnosti uporabljena v petem odstavku 102. člena v zvezi z omejitvijo odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja. Po tej določbi omejitve odškodninske odgovornosti upravitelja ne veljajo, če je bilo škodno dejanje zagrešeno namenoma ali iz hude malomarnosti.

#### 4. Ureditev odgovornosti stečajnih upraviteljev v ZFPPIPP

ZFPPIPP ureja odškodninsko odgovornost stečajnih upraviteljev v 102. členu. V prvem odstavku je določeno, da je upravitelj upnikom odgovoren za škodo, ki jim jo povzroči s kršitvijo svojih obveznosti. Določba sama po sebi ne pove veliko. Iz nje zvemo le, da je upravitelj odgovoren upnikom, če jim je povzročil škodo s kršitvijo svojih obveznosti.<sup>11</sup> Več zvemo iz določbe drugega odstavka istega člena:

*»Upravitelj je odškodninske odgovornosti oproščen, če dokaže:*

- 1. da je imel upnik škodo zaradi nepravilnih ali nepopolnih podatkov v njegovi prijavi terjatve ali drugih dejanj ali opustitev, ki izvirajo s področja upnika,*
- 2. da je ravnal v skladu s sklepom ali odredbo sodišča ali*
- 3. da je škoda nastala zaradi dogodkov ali ravnanja oseb, ki jih upravitelj, čeprav je ravnal z ustrežno profesionalno skrbnostjo, ni mogel niti preprečiti niti odvrniti ali omejiti njihovih škodljivih posledic.«*

V citiranem drugem odstavku je določeno obrnjeno dokazno breme. Če je izkazano, da je upravitelj prekršil katero od svojih obveznosti (nedopustno ravnanje) in je zaradi tega (vzročna zveza) nastala upnikom škoda, se lahko razbremeni obveznosti povrnitve škode samo, če mu uspe dokazati obstoj katerega od treh navedenih dejanskih stanov.<sup>12</sup>

Prvo branje določb o odškodninski odgovornosti upraviteljev ustvari pri bralcu vtis, kakor da bi šlo pri dejavnosti upraviteljev za nevarno dejavnost in je zato treba njihovo odškodninsko odgovornost urediti po vzoru objektivne odškodninske odgovornosti iz 149. člena OZ. Zato kaže najprej analizirati razbremenilne razloge odškodninske odgovornosti iz drugega odstavka 102. člena ZFPPIPP.

<sup>11</sup> Po določbi prvega odstavka 98. člena ZFPPIPP mora upravitelj svoje naloge opravljati v skladu:

1. s tem zakonom in predpisi, izdanimi na njegovi podlagi,
2. z drugimi zakoni, ki se uporabljajo za insolventnega dolžnika, in predpisi, izdanimi na njihovi podlagi,
3. s pravili stroke oseb, ki kot mandatari opravljajo posle za druge osebe.

<sup>12</sup> Tako izrecno N. Plavšak v ZFPPIPP, Razširjena uvodna pojasnila, 2008, str. 91.

#### 4.1. Razbremenitev odgovornosti zaradi ravnanja upnikov

Prvi dejanski stan je po eni strani samoumeven, po drugi strani pa prav zato presenetljiv. Le zakaj je treba z zakonom povedati, da nekdo (stečajni upravitelj) ni odgovoren drugemu (upniku) za njegovo lastno ravnanje? Vsakdo je odgovoren le za svoje ravnanje, za ravnanje drugega pa le, če drugi komu tretjemu (ne samemu sebi) povzroči škodo in je tako določeno z zakonom. Noben razumen zakonodajalec pa ne more vzpostaviti odškodninske odgovornosti za primer, ko si škodo oškodovani povzroči sam (z navedbo nepravilnih ali nepopolnih podatkov v prijavi terjatve). Zdi se, da je pravo zakonsko sporočilo pravzaprav drugje. Določba želi najbrž poudariti nasprotno situacijo od regulirane, da namreč stečajni upravitelj vsekakor odgovarja za (morebitno) škodo tistemu upniku, ki vloži prijavo terjatve s pravilnimi in popolnimi podatki. Kaj to pravzaprav pomeni? Če upnik prijavi svojo terjatev in pri tem navede vse potrebne podatke, ki bi zahtevali, da stečajni upravitelj terjatev prizna, a jo kljub temu prereka, s tem upniku še ni povzročena škoda. Po določbi prvega odstavka 300. člena ZFPPIPP bo v takem primeru vložil tožbo za ugotovitev obstoja prekane terjatve. Če bo v sodnem postopku uspel, mu bodo povrnjeni tudi stroški postopka, v razdelitveni masi pa bodo rezervirana potrebna sredstva za poplačilo prekane terjatve (drugi odstavek 362. člena ZFPPIPP). Zato ne bo s prerekanjem terjatve v ničemer oškodovan.<sup>13</sup>

Odškodninska odgovornost stečajnega upravitelja vsekakor pride v poštev, če neutemeljeno prizna terjatev kakšnega upnika, pa je ne bi smel. S tem oškoduje vse druge upnike, saj se s tem zmanjša poplačilo njihovih terjatev iz stečajne mase. Ne gre pa za primer, ki bi ga urejala določba 1. točke drugega odstavka 102. člena ZFPPIPP.

#### 4.2. Razbremenitev odgovornosti zaradi ravnanja sodišča

Ravnanje v skladu s sklepom ali odredbo sodišča ne more biti problematično, saj so sklepi in odredbe sodišča za stečajnega upravitelja zavezujoči. Zato ne more odškodninsko odgovarjati, če jih je spoštoval. Podobno, čeprav ne enako ureditev, je poznal že ZPPSL.<sup>14</sup> Pravilo je korigirano z določbo tretjega odstavka 102. člena, po kateri upravitelj ni oproščen odškodninske odgovornosti, ker je ravnal v skladu s sklepom ali odredbo sodišča, če upnik dokaže, da je upravitelj izdajo tega sklepa ali odredbe dosegel:

<sup>13</sup> Zakonska ureditev gotovo načenja vrsto zanimivih vprašanj. Enakost pred zakonom (za v bistvenem enake situacije) bi zatevala razširitev take vrste odškodninske odgovornosti tudi za odvetnike. Ali bi bila reš primerna odvetnikova odškodninska odgovornost, če vloži tožbo, pa dejstva, ki jih navede stranka, ne utemeljujejo njene upravičenosti?

<sup>14</sup> Drugi stavek 80. člena je določal:

»... Za škodo, nastalo zaradi dejanja stečajnega upravitelja, ki ga je odobril stečajni senat ali predsednik stečajnega senata, ali zaradi tega, ker je stečajni upravitelj ravnal po navodilu predsednika stečajnega senata, stečajni upravitelj ni odgovoren, razen če je na goljufiv način izposloval odobritev ali navodilo.«

»1. tako, da je sodišču namenoma ali zaradi hude malomarnosti dal nepopolne ali nepravilne informacije, ali

2. na drug nepošten način.«

### 4.3. Razbremenitev odgovornosti »zaradi dogodkov ali ravnanja oseb«

Tretji razbremenilni dejanski stan zadeva »dogodke ali ravnanje oseb«. Razbremenilni razlog je zelo nejasno in tudi dvoumno formuliran. Na prvi pogled spominja na opredelitev višje sile iz prvega odstavka 153. člena OZ (vzrok, ki je bil zunaj stvari in njegovega učinka ni bilo mogoče pričakovati, se mu izogniti ali ga odvrniti). Razbremenilni dejanski stan se od tako pojmovane višje sile razlikuje po tem, da ne zajema le »dogodkov in ljudi« zunaj upraviteljeve sfere in tudi ne vsebuje elementa nepredvidljivosti.

Višja sila je v splošnem pojmovana kot zunanji dogodek, ki je izreden, nepredvidljiv in ki ga ni mogoče premagati (preprečiti, odkloniti, odvrniti).<sup>15</sup> Vendar pa imajo teoretiki različne poglede pri natančnejšem definiranju pojma višja sila in pri odmejevanju tega pojma od pojma krivde. Najsplošneje vzeto obstajata dva teoretična koncepta višje sile, subjektivni koncept višje sile, katerega avtor je L. Goldschmidt,<sup>16</sup> in objektivni koncept višje sile, katerega avtor je Adolf Exner.<sup>17</sup>

Poglavitna razlika med tema dvema konceptoma višje sile se na praktični ravni pokaže pri odgovoru na vprašanje, kdaj je mogoče šteti, da dogodka, ki je vplival na izpolnitev pogodbene obveznosti, ni bilo mogoče preprečiti oziroma se mu ni bilo mogoče izogniti. Ali se je treba ozirati na lastnosti odgovorne osebe in okoliščine, ki zadevajo prav njo, ali pa je treba vzeti na splošno, kako bi kdorkoli (abstrakten tip skrbnega gospodarja) ravnal v enakih okoliščinah? V prvem primeru se vprašanje bolj ali manj skrči na vprašanje krivde odgovorne osebe. Če je česa kriva, ni višje sile, če ni kriva, pa na podlagi tega sklepamo, da je bil dogodek nepreprečljiv.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> S. Cigoj, Teorija obligacij, Splošni del obligacijskega prava, 1989, str. 189–191

<sup>16</sup> Po subjektivnem pojmovanju je višja sila tak dogodek, ki ga odgovorna oseba ni mogla predvideti in odvrniti kljub največji skrbnosti. Goldschmidt je tako pojmovanje višje sile izpeljal iz poostrene odgovornosti, kakršna je veljala v rimskem pravu za gostilničarje, imetnike hlevov in brodarje glede stvari, ki so jim bile zaupane. Svoje odgovornosti za prevzete stvari so se lahko rešili, če so dokazali, da jih ne morejo vrniti zaradi višje sile. Od njih se je zahtevala največja skrbnost – exactissima diligentia. Ni šlo za objektivno odgovornost, ampak za poostreno odgovornost. Vse, kar je tako poostreno odgovornost presevalo, je bila višja sila. Pri subjektivnem pojmovanju višje sile se upoštevajo vse objektivne in subjektivne okoliščine primera.

<sup>17</sup> Adolf Exner je pri oblikovanju objektivnega koncepta višje sile izhajal iz pojmovanja prevoznikove odgovornosti za prevzete stvari. Svoje odgovornosti se lahko reši, če dokaže jasno določeno okoliščino ali dogodek, ki sta povzročila neizpolnitev. Ne zadostuje, da je ravnal z vso potrebno skrbnostjo, ki jo zahteva pogodbeno obveznost. Dogodek ima značilnosti višje sile le, če od zunaj poseže v sfero dejavnosti odgovorne osebe in če je izreden ter ima izjemno moč.

<sup>18</sup> S. Cigoj, Odškodninsko pravo Jugoslavije, 1972, str. 290.

Besedilo 3. točke drugega odstavka 102. člena ZFPPIPP daje dovolj opore za stališče, da je z njim vzpostavljena poostrena krivdna odgovornost (z obrnjenim dokaznim bremenom), na kar kažejo predvsem besede »*čeprav je ravnal z ustrežno profesionalno skrbnostjo*«, seveda pa le tedaj, kadar je vzrok za kršitev upraviteljevih dolžnosti zunaj njega samega, torej v »dogodkih ali ravnanju oseb«, kot se je izrazil zakon. Zakon nič ne pove o tem, za kakšne dogodke in za ravnanje katerih oseb naj bi pri tem šlo. Ne loči med osebami, ki jih pritegne k sodelovanju upravitelj, in drugimi osebami (dolžnikovim dolžnikom, ki ne poravnava svoje obveznosti, vložilcem, ki oropa dolžnikovo skladišče).

#### 4.4. Pravna kvalifikacija odgovornosti stečajnih upraviteljev

Vsi trije razbremenilni razlogi zadevajo ravnanje drugih oseb ali zunanje dogodke. Če se stečajni upravitelj nanje ne sklicuje ali mu ne uspe dokazati njihovega obstoja, odgovarja upnikom za »škodo, ki jim jo povzroči s kršitvijo svojih obveznosti«. Ti primeri bodo najbrž najpogostejši. Zato se je treba vprašati, za kakšno odgovornost pri tem gre. Odškodninska odgovornost je lahko krivdna (subjektivna) ali objektivna (brez krivde), ne pa nekaj tretjega.<sup>19</sup>

Odgovornost, ki jo definirajo elementi (a) nedopustno ravnanje, (b) škoda in (c) vzročna zveza med njima, je, tako se zdi, lahko le objektivna odgovornost. Stečajni upravitelji zato po ZFPPIPP odškodninsko praviloma odgovarjajo za kršitve svojih dolžnosti ne glede na krivdo. Vendar pa je treba takoj opozoriti, da ni nujno, da bo tako stališče prevladalo tudi v sodni praksi. Razlog za dvom je v tem, ker se je ob v bistvenem enaki določbi 26. člena Ustave RS razvilo drugačno razumevanje odškodninske odgovornosti povzročitelja škode.

Določba 26. člena Ustave RS se glasi:

*»Vsakdo ima pravico do povračila škode, ki mu jo v zvezi z opravljanjem službe ali kakšne druge dejavnosti državnega organa, organa lokalne skupnosti ali nosilca javnih pooblastil s svojim protipravnim ravnanjem stori oseba ali organ, ki tako službo ali dejavnost opravlja.«*

Določba vsebuje le tri elemente odškodninske odgovornosti: (a) protipravno ravnanje, (b) škodo in (c) vzročna zveza med njima. Kljub temu je sodna praksa v njej »našla prostor« tudi za skrbnost kot antipod krivde.<sup>20</sup> V številnih zadevah<sup>21</sup> je Vrhovno sodišče zavzelo stališče, da je »ravnanje nosilca oblasti protipravno takrat, ko odstopa od običajne metode dela in službene dolžnosti ter potrebne skrbnosti«. Ne zadostuje le objektivna protipravnost ravn-

<sup>19</sup> S. Cigoj v Teoriji obligacij, Splošni del obligacijskega prava, 1989, str. 184, pravi: »Temelj odgovornosti je v vsakem sistemu subjektivna odgovornost, ki jo dopolnjujejo primeri objektivne odgovornosti.«

<sup>20</sup> V prvem odstavku 276. par. BGB je malomarnost opredeljena kot opustitev zahtevane skrbnosti; OZ podobne definicije nima, ni pa dvoma, da je krivda tudi pri nas tako pojmovana.

<sup>21</sup> Na primer v sodbi III Ips 114/2009 z dne 17. 12. 2012, ki se sklicuje na sodbo II Ips 49/2009 z dne 19. 5. 2011.



nja, temveč se upošteva tudi skrbnost tistega, ki povzroči škodo (njegovo krivdo). Bistveno pri tem stališču je, da je skrbnost pojmovana kot sestavni del protipravnosti. Zakaj je tako, ni pojasnjeno.<sup>22</sup>

Drugačno, najbrž prepričljivejše stališče je bilo zavzeto v nekaterih drugih odločbah Vrhovnega sodišča. V sodbi II Ips 135/2010 z dne 29. 3. 2012 je stališče, da ustavna pravica do povračila škode v 26. členu Ustave ni samozadostno urejena. Dopolnjuje jo ureditev v (nekdanjem) ZOR. Zato je treba uporabiti »splošna pravila o odškodninskih obveznostih, kjer je treba dokazati nedopustno ravnanje, škodo, vzročno zvezo med prvim in drugo ter krivdo (glede te je obrnjeno dokazno breme)«.

Prvo opisano stališče bi v zvezi z odškodninsko odgovornostjo stečajnih upraviteljev pomenilo, da je treba v okviru kršitve njihovih dolžnosti upoštevati tudi (profesionalno) skrbnost stečajnih upraviteljev v smislu krivde, po drugem stališču za kaj takega ni nobene podlage. ZFPPIPP namreč v celoti (samozadostno) ureja odškodninsko odgovornost stečajnih upraviteljev, zato uporaba določb OZ o odškodninski odgovornosti ne bi prišla v poštev in s tem tudi ne krivdna odgovornost stečajnih upraviteljev.

Po nemškem insolvenčnem pravu je upraviteljeva odškodninska odgovornost krivdna, torej odgovarja za naklep in malomarnost.<sup>23</sup> To je v skladu s splošno ureditvijo odškodninske odgovornosti, ki je praviloma krivdna (prvi odstavek par. 823 BGB). Krivda je opredeljena s skrbnostjo poštenega in vestnega upravitelja (prvi odstavek par. 60 Insolvenzordnung). Upravitelj odgovarja s svojim lastnim premoženjem, ni pa izključena niti odgovornost stečajne mase.<sup>24</sup> Nemška ureditev je preprostejša od naše in sistemsko prepričljivejša.

#### 4.5. Omejitev upraviteljeve odškodninske odgovornosti

V četrtem in petem odstavku 102. člena ZFPPIPP je upraviteljeva odškodninska odgovornost po višini omejena. Upravitelj je odgovoren upnikom za škodo do višine petkratnega zneska nagrade, do katere je upravičen v tem postopku, vendar ne manj kot 5.000 evrov, razen tedaj, če je bilo dejanje izvedeno ali opuščeno namenoma ali iz hude malomarnosti.

Vsak stečajni upravitelj mora skleniti zavarovanje, ki krije njegovo odškodninsko odgovornost, za najnižjo zavarovalno vsoto, 500.000 evrov v posameznem letu. Brez sklenjenega zavarovanja ne more dobiti dovoljenja za opravljanje funkcije upravitelja (5. točka drugega

<sup>22</sup> Na abstraktni ravni gotovo drži stališče S. Cigoja, izraženo v Teoriji obligacij, Splošni del obligacijskega prava, 1989, str. 185, po katerem: »... je merilo, kaj se zahteva v prometu od človeka, ne samo merilo za presojo krivde, ampak tudi merilo za presojo nedopustnosti.«

<sup>23</sup> H. Brandes v Münchener Kommentar, Insolvenzordnung, 2. izdaja, München 2007, str. 1768.

<sup>24</sup> L. Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. izdaja, Heidelberg 2007, str. 119.



odstavka 108. člena ZFPPIPP). S tem je zagotovljeno, da bo oškodovanim upnikom nastala škoda povrnjena, ostra, skoraj povsem objektivizirana odškodninska odgovornost upraviteljev pa teh ne bo (pretirano) odvracala od prevzemanja tako tvegane zadolžitve, kot je dejavnost (stečajnih) upraviteljev.

#### 4.6. Sodna praksa

Na podlagi določb ZFPPIPP se še ni razvila sodna praksa. Nekaj sodnih odločb pa je v zvezi z odgovornostjo izvršiteljev po določbah ZIZ. Te so zanimive zato, ker je položaj izvršitelja zelo podoben položaju stečajnega upravitelja v generalni izvršbi (stečaju). Odškodninska odgovornost izvršiteljev je določena v 289. členu ZIZ:

*»Izvršitelj je odgovoren za vso škodo, ki nastane pri opravljanju dejanj izvršbe in zavarovanja zaradi njegovega ravnanja ali opustitve dolžnosti, ki jih ima po zakonu, podzakonskih aktih in odredbah sodišča.«*

V sklepu II Ips 628/2008 z dne 31. 5. 2012 se je Vrhovno sodišče ukvarjalo z odškodninsko odgovornostjo izvršitelja,<sup>25</sup> ki mu je zarubljeno vozilo uspelo prodati šele po štirih letih, odkar je bil postavljen za upravitelja, vrednost vozila pa se je v tem času znižala z (ocenjenih) 4256,38 evra na 625,94 evra. Zavzeto je bilo stališče, da je treba pri presoji potrebne skrbnosti izvršiteljevega ravnanja »upoštevati pravni standard strokovne skrbnosti, ki od izvršitelja zahteva, da pri izpolnjevanju obveznosti iz svoje poklicne dejavnosti ravna z večjo stopnjo skrbnosti, torej po pravilih stroke in običajih (drugi odstavek 6. člena Obligacijskega zakonika«. Ni pa bila zahtevana skrbnost pojmovana v smislu krivde, kar je jasno razvidno iz dela obrazložitve: »Tožnik mora za obstoj odškodninske obveznosti poleg nedopustnega ravnanja dokazati tudi obstoj škode in vzročno zvezo med njima.« Skrbnost je bila obravnavana le v okviru nedopustnega ravnanja.

#### 4.7. Kdo lahko uveljavlja povrnitev škode od stečajnih upraviteljev

Po določbi drugega odstavka 80. člena nekdanjega ZPPSL je stečajni upravitelj odškodninsko odgovarjal vsakemu udeležencu v stečajnem postopku. Odgovarjal je tudi stečajnemu dolžniku.<sup>26</sup> Po določbi prvega odstavka 102. člena ZFPPIPP upravitelj odgovarja upnikom. Prejšnja ureditev je imela prednost, da je novoimenovani upravitelj lahko zahteval povrnitev povzročene škode od razrešenega upravitelja. Upravitelj ima na razpolago vse potrebne podatke, česar pa ni mogoče trditi za večino upnikov. Množica majhnih upnikov (tistih z manjšimi

<sup>25</sup> Tožena je bila sicer zavarovalnica, pri kateri je bil izvršitelj zavarovan.

<sup>26</sup> To je bilo sicer sporno v že omenjeni zadevi III Ips 60/2009, v kateri je Vrhovno sodišče temu pritrnilo.

terjatvami) tudi ni zainteresirana za vodenje dolgotrajnih odškodninskih pravnih, povezanih s pravnimi stroški in nepredvidljivim izidom. Zato ni mogoče pričakovati, da bi se pogosteje odločali za vlaganje odškodninskih tožb.

Določba, po kateri upravitelj odškodninsko odgovarja upnikom, ne pomeni, da odgovarja samo njim. Pomeni le, da le upnikom odgovarja po določbah 102. člena ZFPPIPP. Če povzroči škodo komu drugemu, mu odgovarja po splošnih pravilih o odškodninski odgovornosti.

Nemška literatura loči med tipičnimi (specifičnimi) in netipičnimi obveznostmi upravitelja.<sup>27</sup> Med prve spadajo predvsem opravila v zvezi s preizkusom terjatev upnikov, oblikovanjem, ohranjanjem, unovčevanjem in razdelitvijo stečajne mase, vključujoč uveljavljanje morebitne odškodninske odgovornosti posloводства (uprave) gospodarske družbe, osebne odgovornosti družbenikov in tudi izpodbijanje pravnih dejanj stečajnega dolžnika. Za kršitev obveznosti, ki niso specifične za insolvenčni postopek, odgovarja upravitelj po splošnih predpisih.<sup>28</sup>

## 5. Odgovornost države za ravnanje stečajnih upraviteljev

Po določbi prvega odstavka 26. člena Ustave RS ima vsakdo pravico do povračila škode, ki mu jo v zvezi z opravljanjem službe ali kakšne druge dejavnosti državnega organa, organa lokalne skupnosti ali nosilca javnih pooblastil s svojim protipravnim ravnanjem stori oseba ali organ, ki tako službo ali dejavnost opravlja.

Podlago za morebitno odgovornost države za ravnanje stečajnih upraviteljev je treba iskati v tistem delu ustavne določbe, ki govori o nosilcu javnih pooblastil. Javno pooblastilo je razumljeno kot pooblastilo subjektu zunaj državne uprave za izvrševanje nalog državne uprave (drugi odstavek 121. člena Ustave RS). Naloga, ki bi jo sicer opravljal državna uprava, se prenese na nekoga zunaj nje. Ker je opravljanje vsake naloge povezano z odgovornostjo njenega nosilca za povrnitev škode, ki jo pri tem povzroči, je razumno sklepati, da se te odgovornosti ne more povsem razbremeniti že samo zato, ker je naloga, ki mu je zaupana, prenesel na nekoga drugega. Na tej podlagi bi bilo mogoče z dokaj ekstenzivno razlago Ustave zagovarjati tudi odškodninsko odgovornost države za dejanja stečajnih upraviteljev.

Težave gotovo povzročata ne samo neposredna uporaba Ustave, temveč tudi pomanjkljiva zakonska ureditev. OZ nima določb, ki bi natančneje urejale odgovornost za ravnanje nosilcev javnih pooblastil.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Na primer H. Brandes v: Münchener Kommentar, Insolvenzordnung, 2. izdaja, München 2007, str. 1740 in nasl.; O. Klopp in T. Kluth v: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. izdaja, 2010, München, str. 447 in nasl.

<sup>28</sup> H. Brandes v: Münchener Kommentar, Insolvenzordnung, 2. izdaja, München 2007, str. 1763.

<sup>29</sup> BGB ureja v par. 839 odškodninsko odgovornost uradnikov, in sicer odgovarjajo za naklep in malomarnost.

Načeloma bi prišla v poštev tudi odškodninska odgovornost države za lastno ravnanje v zvezi s stečajnimi upravitelji. Država bi lahko odgovarjala:

- za izbiro stečajnega upravitelja in
- za pomanjkljiv nadzor nad njegovim delom.

Ministrstvo za pravosodje ima po ZFPPIPP številne pristojnosti v zvezi s stečajnimi upravitelji. Med drugim vodi ažuren seznam upraviteljev za posamezno okrožno sodišče (113. člen ZFPPIPP), ki jih sicer imenuje (108. člen) in razrešuje (109. člen) minister. Seznam je določen za imenovanje stečajnih upraviteljev v posameznih stečajnih postopkih. Po določi tretjega odstavka 116. člena ZFPPIPP mora sodišče za upravitelja imenovati vsakič drugo osebo s seznama upraviteljev posameznega sodišča, in sicer po vrstnem redu, kot so navedeni v seznamu. Čeprav upravitelja sicer imenuje sodišče, na njegovo izbiro nima nobenega vpliva. Vse je odvisno od vrstnega reda na seznamu. Le za upravitelja v stečajnem postopku nad veliko gospodarsko družbo po 55. členu ZGD-1 je določeno, da je lahko imenovana oseba, ki je pred imenovanjem najmanj dve leti opravljala naloge iz pristojnosti upravitelja. Taka ureditev je povsem neustrezna, saj ne upošteva (dovolj) zahtevnosti stečajnih postopkov pri imenovanju stečajnih upraviteljev. To še zlasti velja v primerih, ko stečajni dolžnik nadaljuje poslovanje. V takih primerih bi bilo razumno pričakovati, da bi stečajni upravitelj izpolnjeval enake zahteve kot poslovodja oziroma predsednik uprave gospodarske družbe. Zato si je prav lahko zamisliti situacije, ko bi bila prav zaradi neprimerne sistema imenovanja stečajnih upraviteljev upnikom povzročena škoda.

Nadzor nad delom stečajnih upraviteljev izvajata (med drugim) ministrstvo za pravosodje, ki v ta namen imenuje posebno komisijo (107. člen ZFPPIPP), in sodišče, ki mu mora upravitelj redno (99. člen) in izredno (100. člen) poročati o poteku postopka. Pomanjkljiv nadzor bi v resnih primerih lahko pomenil podlago za odškodninsko odgovornost države.

## 6. Sklep

ZPPSL se je pri urejanju odškodninske odgovornosti stečajnih upraviteljev očitno zgledoval po ureditvi odškodninske odgovornosti delavcev v državnih organih. Udeležencem stečajnega postopka so upravitelji odgovarjali le za škodo, ki so jim jo prizadeli namenoma ali iz hude malomarnosti. Tako urejena odškodninska odgovornost je bila izrazito ugodnejša od tiste, ki sta jo določala ZOR oziroma OZ. Z uveljavitvijo ZFPPIPP stečajni upravitelji odškodninsko odgovarjajo strožje, kot bi odgovarjali po določbah OZ. Njihova odgovornost se je skoraj povsem približala objektivni odškodninski odgovornosti. Odškodninsko odgovornost države za njihovo ravnanje je mogoče izpeljati na podlagi določbe 26. člena Ustave RS, država pa bi načeloma lahko odgovarjala tudi za lastno ravnanje, za izbiro stečajnih upraviteljev in za pomanjkljiv nadzor nad njihovim delom.

**Literatura**

- Brandes, H. v: Münchener Kommentar, Insolvenzordnung, 2. izdaja, München 2007.
- Cigoj, S., Teorija obligacij, Splošni del obligacijskega prava, 1989.
- Cigoj, S., Odškodninsko pravo Jugoslavije, 1972.
- Häsemeyer, L., Insolvenzrecht, 4. izdaja, 2007, Heidelberg.
- Klopp, O. in Kluth, T. v: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. izdaja, München 2010.
- Plavšak, N., ZFPPIPP, Razširjena uvodna pojasnila, Ljubljana 2008.
- Strohsack, B., Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti (Obligacijska razmerja II), 1990.
- Vila, A. in Kovač, J., Osnove organizacije in managementa, 1998.



## Nomotehnika

# VI.

FRANC GRAD

*Nomotehnika, pravna država in politika*

BORUT ŠINKOVEC

*O prepovedi retroaktivnosti predpisov*

SAŠA ZAGORC

*Avtentična razlaga zakona v praksi*

ANDREJA KURENT

*Nujni zakonodajni postopek*

BEČIR KEČANOVIĆ, ALBIN IGLIČAR

*Nomotehnika kot ovira zlorabam  
v pravodajnih postopkih*



*Kratki znanstveni prispevek*  
 UDK 340.134:342.3/.4:32

# Nomotehnika, pravna država in politika

DR. FRANC GRAD,  
 redni profesor na Pravni fakulteti  
 Univerze v Ljubljani

## 1. Uvod

Čeprav se šteje nomotehnika za tehnično prvino pri pripravi predpisov, je vendar usodno vpeta v širši pravni in družbeni prostor, zato tudi ni imuna za vplive iz širšega pravnega in družbenega okolja. Pomembno je torej okolje, v katerem deluje nomotehnika, in sicer predvsem: pravno in politično.

Z vidika pravnega okolja je nujno, da gre za pravni red, ki je notranje skladen, torej koherenten, v katerem lahko nomotehnika najde trdno oporo za svoje delovanje. Pravno okolje zaznamujeta predvsem dva dejavnika oziroma dva okvira, v katerih se giblje nomotehnika – ustavni okvir in okvir, ki ga pomeni pravo Evropske unije.

V sodobni demokratični državi sta državna organizacija in njeno delovanje tako ali drugače pravno urejena. Pravna ureditev delovanja državne organizacije ni namenjena samo njeni lastni organiziranosti, temveč je tudi najpomembnejši dejavnik omejevanja njene oblasti v razmerju do državljanov. Z vidika sodobnega načela pravne države je pravna vezanost državnih organov pri njihovem delovanju nujen pogoj za preprečevanje samovolje in arbitrarnosti pri delovanju državnih organov, ki sta bili značilni za državo v preteklosti. Najpomembnejšo vlogo pri tem ima ustava kot pravni in politični akt, ki je tudi nad državno oblastjo.

Ustava je najpomembnejši splošni pravni akt v vsaki državi, ker jo praviloma sprejema od ljudstva izvoljena ustavodajna skupščina oziroma izvoljeno predstavniško telo po posebno zahtevnem postopku. Ustava uživa v pravnem redu sodobne države poseben položaj, saj je v hierarhiji pravnih aktov najvišji pravni akt, kar zagotavlja, da se ustavna pravila uveljavljajo tudi v drugih splošnih pravnih aktih, da so torej izvor in podlaga pravnega urejanja v vseh

drugih splošnih aktih, ki tvorijo pravni red poleg ustave.<sup>1</sup> Čeprav Evropska unija temelji na mednarodnih pogodbah, je vendarle urejena in tudi deluje kot nekakšna federacija, zato tudi njeno pravo deluje kot nekakšno zvezno pravo, ki pomeni pravni okvir, v katerem se giblje pravo države članice in v katerem lahko deluje nomotehnika.

Politično okolje zahteva urejeno politično delovanje, ki političnim ciljem sledi ob upoštevanju pravnih zakonitosti. Politika svojih ciljev ne more uresničevati brez prava; z vidika politike je pravo orodje za uresničevanje političnih ciljev.

Naloga nomotehnike je, da omogoča kakovostno izdelane predpise, saj so ti nujni pogoj za učinkovitost delovanja države in prava. Pomembni pa so tudi za uresničevanje načela pravne države in drugih z njim povezanih pravnih načel. Kakovostni so predpisi, ki vsebinsko ustrezno urejajo družbena razmerja in ki so oblikovno ustrezni. Oblikovna neustreznost ima pomemben vpliv tudi na samo vsebino predpisa, namreč z vidika njegovega izvajanja. Predpis mora ustrezati zahtevam pravne tehnike (nomotehnike), sicer je težko razumljiv oziroma dvoumen. To pomeni, da morajo biti pravne norme, ki ga sestavljajo, vsebinsko jasne, nedvoumne. Kot celota morajo biti ustrezno strukturirane in povezane v logično celoto. V nasprotnem otežujejo razlago in izvajanje. To velja tudi za razmerje predpisa do drugih predpisov, ki tvorijo pravni red.

## 2. Nomotehnika in pravna država

Nomotehnika ni sama sebi namen, temveč je bistvena za notranje usklajen, jasen in razumljiv pravni red, torej za učinkovit pravni red, ki hkrati varuje položaj posameznika in njegove interese. V tem kontekstu seveda govorim o nomotehniki v širšem pomenu, ki presega zgolj pravnotehnični vidik. Če torej nomotehniko razumemo širše, je treba šteti med njene zahteve tudi zahtevo po umestitvi predpisa v celotni pravni sistem. Pri tem je ključnega pomena načelo pravne države. To načelo se udejanja tako pri ustvarjanju prava kot tudi pri delovanju države. Z vidika nomotehnike pa je pomembno uresničevanje načela pravne države pri ustvarjanju pravnih pravil.

### 2.1. Načelo pravne države v ožjem pomenu

Načelo pravne države ima veliko obrazov, ki jim je vsem skupno spoštovanje prava. Gre torej za nadvse kompleksen pojem, ki zajema vrsto pomembnih prvin tako za delovanje pravnega reda in države kot tudi za položaj posameznika. Nekatere od teh prvin<sup>2</sup> so vsebovane že v

<sup>1</sup> Glej Kaučič, v: Kaučič, Grad, Ustavna ureditev Slovenije, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 32–34.

<sup>2</sup> O prvinah pravne države glej M. Cerar, v: M. Pavčnik, M. Cerar, A. Novak, Uvod v pravoznanstvo, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2006, str. 116 in 117.



sodobnih ustavah, druge pa je iz bistva tega načela razvilo ustavno sodstvo. To načelo torej pomeni predvsem, da morajo biti delovanje državnih organov in njihova pooblastila določeni v ustavi in zakonu ter da so vsi državni organi vezani na pravo, da ne smejo delovati samovoljno, temveč le na podlagi in v okviru pravnega pooblastila. Ustava in drugi pravni akti morajo zagotavljati človekove pravice in svoboščine ter njihovo pravno varstvo pred nedopustnimi posegi države.

Z vidika razmerja med državo in posameznikom ima načelo pravne države dva obraza: eden gleda z vidika države (koherenten in učinkovit pravni red, hierarhija predpisov, ustavnost in zakonitost), drugi z vidika posameznika (pravna varnost, predvidljivost, jasnost, določnost, načelo enakosti pred zakonom, prepoved retroaktivnosti, načelo zakonitosti v kazenskem pravu). Ustavno načelo pravne države meri na oboje in oboje izpeljuje tudi na drugih mestih, bodisi izrecno bodisi implicitno.

Načelo pravne države je pri nas določeno v 2. členu Ustave RS, ki pravi, da je Slovenija pravna in socialna država. Tudi v naši ustavni ureditvi načelo pravne države obsega vrsto nadaljnjih ustavnih načel oziroma je z njimi povezano. Nekatera so v naši ustavi izrecno določena. To so predvsem načelo delitve oblasti, legalitetno načelo, prepoved retroaktivnosti, neodvisnost sodstva, varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin itd. Druga so izvedena iz ustavnega načela pravne države, kot so zlasti pravna varnost, zaupanje v pravo, jasnost in določnost predpisov, pravna urejenost in s tem predvidljivost delovanja državne oblasti, prepoved čezmernih posegov države – načelo sorazmernosti itd. Slednja načela je iz splošnega načela pravne države izpeljalo ustavno sodišče v svojih odločbah.

Načelo pravne države ni obvezno samo zato, ker je določeno v ustavi, temveč nas veže tudi zaradi našega članstva v Svetu Evrope in Evropski uniji. Že od samega začetka delovanja Evropske unije je bilo to načelo eno temeljnih načel pravne ureditve delovanja Unije in na njegovi podlagi je Sodišče Evropskih skupnosti (zdaj Sodišče) razvilo vrsto nosilnih pravnih načel, ki so podlaga ustavnega reda Unije. Med splošnimi načeli in vrednotami, na katerih temelji Unija, je načelo pravne države še posebej poudarjeno v Pogodbah. Že v uvodnem delu Lizbonske pogodbe je med vrednotami, na katerih temelji Unija, posebej poudarjena tudi pravna država. Posamezni elementi pravne države so tudi med nosilnimi načeli pravne ureditve Unije, kar zlasti velja za načelo sorazmernosti, načelo pravne varnosti in načelo transparentnosti. S tega vidika je posebej pomembno tudi to, da je Lizbonska pogodba Listini o temeljnih pravicah podelila pravno veljavnost, ki zavezuje vse organe Unije, da ravnajo v skladu z njo in da ne posegajo v položaj posameznikov v nasprotju z njo.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Več o tem glej F. Grad, *Evropsko ustavno pravo*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2010, str. 125 in 126.

## 2.2. Ustavnost in zakonitost

V zvezi z izvajanjem državne oblasti se je razvilo načelo ustavnosti in zakonitosti,<sup>4</sup> katerega bistveni del je, da morajo vsi državni organi izvajati oblast države samo na podlagi in v mejah, ki jih določata ustava in zakon. To načelo je povezano tudi z varstvom človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki ga zagotavlja ravno dosledno upoštevanje načela ustavnosti in zakonitosti. Na ravni razmerja med zakonodajno in izvršilno oblastjo se to kaže v tradicionalnem načelu legalitete, iz katerega izhaja, da morajo vsa pooblastila izvršilne oblasti temeljiti na zakonu in da je uprava v celotnem svojem delovanju vezana na zakon. V zvezi s temi načeli se je uveljavilo tudi gledanje, da ne zadošča formalna skladnost aktov izvršilne oblasti z zakonom, temveč je nujna tudi materialna, vsebinska skladnost, po kateri mora biti pravni akt izvršilne oblasti skladen z namenom zakona, ki je njegova podlaga.

Z vidika pravnega reda se načelo ustavnosti in zakonitosti kaže v zahtevi, da morajo biti zakoni v skladu z ustavo, podzakonski akti pa z ustavo in zakonom. Med ustavo in zakone so umeščene mednarodne pogodbe, s katerimi morajo biti v skladu tako zakoni kot tudi podzakonski akti. Načelo pravne države zahteva, da so tudi predpisi iste ravni med seboj v skladu, kajti sicer bi bil pravni red nekoherenten. Koherentnost pravnega reda pa je nujni pogoj za uresničevanje načela pravne države. V zvezi s tem se je uveljavilo tudi gledanje, da ne zadošča zgolj formalna skladnost aktov, temveč je nujna tudi materialna, vsebinska skladnost, po kateri mora biti pravni akt v skladu z namenom pravnega akta, ki je njegova podlaga. V nasprotnem primeru gre za zlorabo oblasti, torej za dejanje, ki formalno ustreza ustavni oziroma zakonski določbi, vsebinsko pa ji ne sledi ali pa ji celo nasprotuje. Gre torej za uporabo ustavnega pooblastila mimo ustavnega namena in cilja oziroma v nasprotju z njima.

Končno morajo biti vsi pravni akti države v skladu s pravnim redom Evropske unije, kajti po načelu primarnosti so predpisi EU nadrejeni pravu države. Sodišče Evropske unije je torej vzpostavilo hierarhijo med evropskim pravom in pravom držav članic, ki je v svoji osnovi nadvse podobna hierarhiji med pravnim redom zvezne države in pravnimi redi zveznih enot. Gre za podobno razmerje, čeprav so instrumenti za zagotavljanje teh hierarhičnih razmerij v Uniji nekoliko drugačni kot v zvezni državi. Vendar pa na koncu o tem vprašanju povsod odloča najvišje sodišče.

V naši ustavni ureditvi to ne izhaja samo iz primarnega prava EU, temveč tudi iz ustavne zaveze, ki jo vsebuje 3.a člen Ustave RS. Kadar državni organi ne uporabljajo evropskih predpisov na opisani način, to pomeni kršitev evropskega prava, pravzaprav kršitev pogodbenih obveznosti, kot izhajajo iz pogodb o Uniji. V naši ustavni ureditvi pa pomeni tudi kršitev določbe 3.a člena Ustave RS, po katerem se pravni akti in odločitve, sprejeti v okviru medna-

<sup>4</sup> Glej Kaučič, v: Kaučič, Grad, prav tam, str. 85–90.

rodnih organizacij, na katere Slovenija prenese izvrševanje dela suverenih pravic, v Sloveniji uporabljajo v skladu s pravno ureditvijo teh organizacij. Taka ustavna ureditev namreč omogoča in zahteva, da se v Sloveniji po vstopu v Evropsko unijo neposredno uporablja njeno pravo – kar sicer ne velja za mednarodne pogodbe, ki se morajo ratificirati v državnem zboru, da lahko veljajo v Sloveniji.<sup>5</sup>

Po naši ustavni ureditvi torej vezanost na pravo Evropske unije ne izhaja samo iz mednarodne pogodbe, torej primarnega prava, temveč tudi iz Ustave RS. Vezanost je torej dvojna: na podlagi mednarodne pogodbe in na podlagi Ustave. Skladnost s pravom Unije zagotavlja sodišče Evropske unije, skladnost z Ustavo pa lahko samo ustavno sodišče. Klasično načelo ustavnosti in zakonitosti torej *mutatis mutandis* velja tudi za skladnost zakonov in drugih predpisov z evropskim pravom.

S temi načeli je vsebinsko mogoče povezati še nekatera druga načela, ki so se razvila v delovanju sodobne države. Gre predvsem za izvajanje oblasti v okviru z ustavo in zakonom določenih pristojnosti državnega organa in za prepoved zlorabe oblasti (*detournement de pouvoir*).

### 2.3. Pristojnost

V sodobnih državah je izvajanje oblasti organizirano tako, da jo na različnih področjih delovanja opravljajo različni državni organi. Zato imajo državni organi različna delovna področja oziroma pristojnosti, lahko pa je njihovo delovanje omejeno tudi na različna območja države. Različni državni organi torej izvajajo različne dele državne oblasti, ki so pravno določeni kot pristojnosti državnega organa, ki vključujejo njegove pravice, obveznosti in odgovornosti.<sup>6</sup> Pristojnost je mogoče gledati tako z vidika delovanja državne oblasti kot tudi z vidika posameznika kot naslovnika delovanja državne oblasti.

Državna organizacija mora delovati tako, da njeni posamezni deli delujejo v tistem delu oblasti države, ki jim je poverjen. Drugače nastajajo blokade in zmeda znotraj državne organizacije, zato tudi vsaka država vzpostavi različne mehanizme, ki preprečujejo spore med državnimi organi glede tega, za kakšno delovanje je posamezen državni organ pristojen. Ponekod take spore rešuje na najvišji ravni celo ustavno sodišče. Tu gre lahko za pozitivni kompetenčni spor, torej za spor, v katerem dva ali več državnih organov meni, da so pristojni za delovanje na nekem področju ali glede neke zadeve, in za negativni kompetenčni spor, v katerem dva ali več državnih organov meni, da niso pristojni.

<sup>5</sup> S tega vidika bi lahko ustavno sodišče presojalo kršitev primarnega prava Evropske unije tudi z vidika skladnosti s 3.a členom Ustave RS.

<sup>6</sup> F. Grad, v: Kaučič v: Kaučič, Grad, prav tam, str. 183 in 184.

Pravno gledano se pristojnosti temeljnih državnih organov ločijo med seboj predvsem glede na pravne akte, ki jih sprejemajo. Z vidika pravne države je nujno, da državni organi sprejemajo oziroma izdajajo samo tiste predpise, za katere so pristojni po ustavi in zakonu. Zmeda glede tega je pogubna za pravni red kot celoto, posledično pa tudi za državo.

Z vidika posameznika kot objekta delovanja države, na katerega se nanašajo različni predpisi državnih organov, je delovanje državnih organov v okviru njihovih pristojnosti nujen pogoj za delovanje načela pravne države, saj nepristojno delovanje državnih organov ruši vse prvine načela pravne države, zlasti pa načelo pravne varnosti in zaupanja v pravo.

Tako kot v drugih sodobnih državah imamo tudi v naši ureditvi različne mehanizme, ki naj zagotavljajo delovanje državnih organov v okviru njihovih pristojnosti. Na najvišji ravni je to določeno celo z Ustavo RS, kajti na tej ravni rešuje spore o pristojnosti (kompetenčne spore) celo ustavno sodišče. Na podlagi 160. člena Ustave namreč ustavno sodišče odloča o sporih glede pristojnosti med državo in lokalnimi skupnostmi ter med samimi lokalnimi skupnostmi, dalje med sodišči in drugimi državnimi organi ter med državnim zborom, predsednikom republike in vlado. Mehanizmi za razreševanje kompetenčnih sporov pa so določeni tudi na drugih ravneh, zlasti znotraj sodstva in državne uprave.

Kadar se državna oblast izvaja na dveh ravneh, je nadvse pomembno tudi vprašanje razmejitev pristojnosti med obema ravnema, kajti organi oblasti na eni in drugi ravni so pravno omejeni s pristojnostmi svoje ravni oblastne organizacije. Klasičen primer take organizacije je zvezna država ali federacija, ki ima dve ravni državne organizacije, na katerih se praviloma izvajajo vse temeljne državne funkcije. Federacija pa nima samo dveh ravni državne organizacije, temveč tudi dve vrsti pravnih redov, namreč pravni red federacije in pravne rede federalnih enot. V skladu s federalnim načelom je pravni red federalne enote podrejen pravnemu redu zvezne države in mora biti v skladu z njim. V federaciji funkcijo državne oblasti opravljajo skupaj zveza in zvezne enote, kar je pravzaprav namen in razlog za ustanovitev zvezne države. Zato je razmejitev pristojnosti med zvezo in zveznimi enotami eden najpomembnejših (in najbolj problematičnih) elementov zvezne ustavne ureditve, zlasti glede položaja zveznih enot.

Pravno gledano Evropska unija sicer ni država, vendar pa izvaja oblast, ki ima vse temeljne lastnosti državne oblasti, kar velja v celoti za normativno dejavnost državne oblasti. V državi članici urejajo družbena razmerja tako organi države kot tudi organi Evropske unije. Pri tem je zelo pomembno, da se predpisi tako Evropske unije kot tudi njene članice gibljejo izključno v okviru pristojnosti – ne samo posameznega organa, temveč predvsem v okviru pristojnosti za urejanje, ki jo imajo članice Unije, in pristojnosti, ki so jih prenesle na organe Evropske unije.

Razmejitev pristojnosti med EU in državami članicami je nadvse podobna razmejitvi v federativni državi. Pristojnosti Evropske unije so določene v Pogodbah kot izključne in deljene

(skupne) pristojnosti, širše gledano pa lahko govorimo tudi o dodatnih (komplementarnih) pristojnostih. Vsebina teh pojmov je *mutatis mutandis* enaka kot v zvezni državi. Tudi pravni akti, ki se izdajajo na področjih izključnih in deljenih pristojnosti, so različni. Ker imajo predpisi EU primat nad notranjim pravnim redom, so vsi organi države tako ali drugače dolžni sodelovati pri njihovem uresničevanju na območju države. Njihove naloge pri tem so seveda različne. Oziroma drugače povedano, kateri od organov države bodo sodelovali pri izvajanju predpisov EU, je odvisno od vsebine posameznega predpisa. Ta namreč določa, kateri organ je pristojen za spremembo predpisa, ki je potreben za izvrševanje predpisa EU. Ko nastopi faza izvajanja predpisa EU, je za odločitev o tem, kateri organ je pristojen za izvajanje predpisa, odločilen pravni red Slovenije na čelu z Ustavo. Zaradi tega je za sprejemanje predpisov, ki imajo zakonsko vsebino, pristojen parlament, za sprejemanje predpisov z izvršilno vsebino pa vlada in pristojna ministrstva (da o raznih agencijah ne govorimo).

Normativna dejavnost države, ki je članica EU, se torej giblje v okviru lastne ustavne ureditve in v okviru pravne ureditve EU. Posledica sta dve vrsti predpisov države, namreč predpisi, ki jih država sprejema izključno v okviru svoje pristojnosti, pri čemer je omejena samo s svojo ustavo, in predpisi, ki jih sprejema na podlagi in v okviru evropskih predpisov za uresničevanje teh predpisov.

## 2.4. Zloraba oblasti

Kot smo že povedali, legalitetno načelo ne zahteva samo formalne skladnosti aktov izvršilne oblasti z zakonom, temveč je nujna tudi materialna, vsebinska skladnost, po kateri mora biti pravni akt izvršilne oblasti skladen z namenom zakona, ki je njegova podlaga. V nasprotnem primeru gre za zlorabo oblasti, torej za dejanje, ki formalno ustreza zakonski določbi, vsebinsko pa ji ne sledi ali pa ji celo nasprotuje.

Gre torej za uporabo zakonskega pooblastila mimo zakonskega namena in cilja oziroma v nasprotju z njima. V javnem pravu se je pojem zlorabe pooblastila razvil v teoriji javnega prava pod imenom *detournement de pouvoir*.<sup>7</sup> Njegova uporaba pa se je razširila tudi na druga področja oblastnega delovanja. Gre torej za pojav, ko se oblast uporablja v nasprotju z namenom pooblastila, danega v ustavi oziroma zakonu, oziroma se uporablja za nelegitimne namene, v nasprotju z javnim interesom. Na področju ustavnega prava se ta pojav kaže predvsem kot zloraba nekega ustavnega instituta. Ta je lahko zloraba oblike ali zloraba procedure. V prvem primeru gre za zlorabo akta, torej za uporabo neprimerne akta, v drugem pa za uporabo neprimerne procedure. Z vidika izvajanja oblasti je to oblika politične korupcije.

<sup>7</sup> Glej o tem L. Šturm, Omejitve oblasti, Nova revija, Ljubljana 1998, str. 193–195.

Zloraba oblasti je omogočena zlasti tam, kjer je oblast osredinjena v enih rokah ali v rokah ožje skupine ljudi ali enega državnega organa. Zato je na ustavni ravni prav načelo delitve oblasti nujni pogoj za preprečevanje zlorabe oblasti. Seveda pa tudi tu velja, da zlorabe oblasti ni mogoče preprečevati samo s pravnimi sredstvi, temveč mora obstajati tudi ustrezno družbeno ozračje, ki preprečuje zlorabe.

### 3. Nomotehnika in politika

Kot vsako delovanje v okviru državne oblasti se tudi nomotehnika giblje v nekem političnem okolju, ki ga pogojujejo politični programi in razmerja med različnimi političnimi strankami. Politično okolje zahteva urejeno politično delovanje, ki političnim ciljem sledi ob upoštevanju pravnih zakonitosti.

Pravo je v sodobni demokratični državi sredstvo, s katerim se izvaja državna oblast. S tega vidika lahko štejemo pravo za sredstvo za uresničevanje politike. Ta svojih ciljev ne more uresničevati brez prava; z vidika politike je pravo orodje za uresničevanje političnih ciljev. Na drugi strani pa je pravo tudi omejitev političnega odločanja, kajti ustava določa temeljna pravila za delovanje politike, ki omejujejo politiko tako vsebinsko kot tudi proceduralno. Pravo je torej sredstvo politike in tudi njena omejitev.

Pravo je civilizacijska vrednota, zato je pomembno, da politika pravo spoštuje, da upošteva njegove zakonitosti in relativno samostojnost, predvsem pa, da ga ne zlorablja. Seveda je tako stanje bolj ali manj nedosegljiv ideal, vendar pa je močno povezano s stanjem razumevanja in spoštovanja demokracije in prava. V družbah, ki spoštujejo pravo, razumejo tudi vrednost in pomen nomotehnike – in nasprotno.

Če si ogledamo stanje pri nas, lahko ugotovimo, da je politika odraz stopnje našega razvoja v smeri razumevanja demokracije in pravne države, torej relativno nizke stopnje, zlasti če jo primerjamo z razvitejšimi evropskimi državami. Pri tem pa zbujajo skrb, da marsikaj kaže na to, da je stanje slabše, kot je bilo pred desetletji, kar je seveda povezano s procesom splošnega nazadovanja v državi.

### 4. Sklep

Čeprav nomotehnika velja za tehnično prvino pri pripravi predpisov, je vendarle usodno vpeta v širši pravni in družbeni prostor, zato je zanjo pomembno zlasti pravno in politično okolje. Z vidika pravnega okolja je nujno, da gre za pravni red, ki je notranje skladen, torej koherenten, v katerem lahko nomotehnika najde trdno oporo za svoje delovanje. Pravno okolje zaznamujeta predvsem dva dejavnika oziroma dva okvira, v katerih se giblje nomotehnika. To sta ustavni

okvir in okvir, ki ga pomeni pravo Evropske unije. Pri tem je ključnega pomena načelo pravne države. To načelo se udejanja pri ustvarjanju prava in pri delovanju države. Z vidika nomotehnike pa je pomembno uresničevanje načela pravne države pri ustvarjanju pravnih pravil.

Načelo pravne države ima veliko obrazov, ki jim je vsem skupno spoštovanje prava. Gre torej za nadvse kompleksen pojem, ki zajema vrsto pomembnih prvin tako za delovanje pravnega reda in države kot tudi za položaj posameznika. Nekatere od teh prvin so vsebovane že v sodobnih ustavah, kot so zlasti načelo delitve oblasti, ustavnost in zakonitost, prepoved retroaktivnosti, neodvisnost sodstva, varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin itd. Druga so izpeljana iz ustavnega načela pravne države, kot so zlasti pravna varnost, zaupanje v pravo, jasnost in določnost predpisov, pravna urejenost in s tem predvidljivost delovanja državne oblasti, prepoved čezmernih posegov države – načelo sorazmernosti itd. S temi načeli je vsebinsko mogoče povezati še nekatera druga načela, ki so se razvila v delovanju sodobne države. Gre predvsem za izvajanje oblasti v okviru z ustavo in zakonom določenih pristojnosti državnega organa in za prepoved zlorabe oblasti (*detournement de pouvoir*). Nomotehnika mora upoštevati vse prvine ustavnega načela pravne države, če naj vsebinsko in oblikovno izpolnjuje svoj namen. Pomembno je tudi politično okolje, od katerega se zahteva urejeno politično delovanje, ki političnim ciljem sledi ob upoštevanju pravnih zakonitosti.





*Kratki znanstveni prispevek*  
UDK 340.132.3

## O prepovedi retroaktivnosti predpisov

DR. BORUT ŠINKOVEC,  
*Služba Vlade RS za zakonodajo*

Ob obravnavi te teme, zlasti še v tako kratkem zapisu, bi se lahko vzbudili pomisleki, zakaj je to pravzaprav sploh potrebno. Saj o tem vemo oziroma tako rekoč vsakdo ve itak že vse. Učinkovanje predpisov za nazaj je po ustavi pač prepovedano, samo izjemoma, ob dveh kumulativno izpolnjenih pogojih pa v omejenem obsegu dovoljeno. Tovrstne pomisleke o popolni jasnosti teh stvari želim v tem kratkem prikazu v bistvu nekoliko ovreči. Pri tem želim posebej opozoriti na pomanjkljivosti, s tem pa tudi na delno napačno ureditev teh vprašanj že v ustavi, o čemer nobene splošne razprave in pripomb, kaj šele predlogov za spremembo ustave, doslej sicer ni bilo zaznati. Da zadeve tukaj niso ravno tako jasne, pa dokazujejo tudi težave s tem v zvezi v praksi, jasno se odražajo tudi v kar številnih odločbah ustavnega sodišča o vprašanih s tega področja, tj. v zvezi z uporabo določb 155. člena Ustave Republike Slovenije.

Torej že o sami ustavni ureditvi po 155. členu je možno reči in pripomniti marsikaj. Toda še (že) pred tem se pa zdi primerno in potrebno celo še nekoliko bolj močno poudariti mesto in pomen splošne ustavne prepovedi učinkovanja predpisov za nazaj, kot to sicer v svojih odločbah s tem v zvezi navaja v obrazložitvah svojih odločb tudi ustavno sodišče. Nekateri posamezni del (izvlečki) iz njih so, kot pomembni (precedenčni), in s tem hkrati »vzorčni«, zbrani in predstavljeni še posebej tudi v delu (knjigi) Komentar Ustave Republike Slovenije, pri katerem je sodelovalo razmeroma zelo veliko število uglednih pravnih strokovnjakov.<sup>1</sup> Tudi mi bomo, kot ravna ustavno sodišče, zaradi neposredne povezanosti, določbo 155. člena ustave povezali z določbo 2. člena ustave o Sloveniji kot pravni državi. Pogoji in elementi moderne pravne države so res številni in se medsebojno podpirajo in dopolnjujejo; možno jih je pač na enem mestu samo naštevati in navajati več ali manj. Jedro in bistvo pravne države

<sup>1</sup> Komentar Ustave Republike Slovenije, prva izdaja (ur. L. Šturm), Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.

pa je ob tem vendarle možno strniti ob poudarku dveh elementov oziroma stebrov. Prvi in logično izhodiščni od obeh je pač sam »obstoj prava«, tj. vnaprej sprejetih in javno objavljenih zakonov (predpisov, v smislu splošnih pravnih norm), s katerimi se je torej možno tudi vnaprej seznaniti in se nato po njih ravnati, jih upoštevati, ker imajo pač pravne učinke, kot so v njih določeni. Ko je to zagotovljeno, lahko torej govorimo o obstoju prava v določeni državi; vnaprej določenega, predpisanega in objavljenega prava. O tem, kakšnega (ob vseh atributih, s katerimi je možno to pravo označiti, oceniti in vrednotiti – kar vse seveda počnemo) s tem sicer nismo rekli še ničesar; in na tem mestu tudi ni treba. In potem je tukaj še tako rekoč samoumevna nujnost, da tako pravo ne učinkuje za nazaj. To je tisti drugi element oziroma »stember« (pogoj) od obeh omenjanih. Če namreč tudi ta drugi ne bi bil izpolnjen in zagotovljen, bi to v bistvu v celoti izpodjedlo, izničilo, razvrednotilo, skorajda osmešilo obstoj in pomen prvega od obeh navedenih elementov. Že opravljena, pretekla, prejšnja ravnanja in postopanja po takrat obstoječem in veljavnem pravu bi se namreč brez drugega elementa (stebra) pravne države morala presojati po novem, poznejšem, spremenjenem pravu. To bi pa seveda pomenilo, da so (bi bila) vsa dotakratna disponiranja z obstoječim pravom v resnici vseskozi pod Damoklejevim mečem morebitnih poznejših sprememb, pravno vzeto pa tako lahko samo pogojno (in začasno) veljavna in pravilna – namreč vsa samo, če oziroma dokler novi oziroma pozneje spremenjeni predpis ne bi to (za nazaj) določal drugače. Brez izpolnitve še drugega od obravnavanih elementov oziroma pogojev se torej prvi izkaže kot v bistvu nesmiseln. Ko sta oba obravnavana pogoja izpolnjena, pa že utemeljeno govorimo o pravni varnosti in zaupanju v (obstoječe) pravo, dveh elementih, ki sta bistvena in značilna za pravno državo.

Sedaj pa nadaljujmo oziroma se povrnimo k ustavni ureditvi prepovedi retroaktivnega učinkovanja predpisov po določbah 155. člena naše ustave. Tudi kdor ni prav posebno pozoren bralec besedila, lahko ugotovi že pomanjkljivosti glede redakcije tega besedila. Naslov (ki sicer ni pravna norma, služil pa naj bi po potrebi vendarle tudi vsaj za pomožno tolmačenje same vsebine določbe) je pravno zgrešen, vsebinsko in besedno pa tudi neskladen z določbo prvega odstavka.<sup>2</sup> Pravni akti (zakoni) namreč nimajo »povratne veljave«. Ne poznamo zakonov, sprejetih in objavljenih v letu (npr.) 2012, z začetkom veljavnosti (enkrat) v letu 2011.<sup>3</sup> Vrhu tega morajo biti že po prvem odstavku 154. člena ustave predpisi objavljeni, preden začno

<sup>2</sup> Redakcija besedila je redaktorjeva naloga, ki seže (mora seči) zelo daleč. Da zakoni »ne morejo« imeti učinka za nazaj (prvi odstavek 155. člena ustave), ne bo čisto držalo. Praksa dokazuje obratno. Tudi pri nedotakljivosti stanovanja (36. člen ustave) ni rečeno, da se proti volji stanovalca, razen pod posebnimi pogoji, »ne more« stopiti v tuje stanovanje, temveč da se (to) ne sme.

<sup>3</sup> Primerjaj tudi Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo, Nomotehnične smernice, druga, spremenjena in dopolnjena izdaja, robna št. 153. Uradni list RS, Ljubljana 2008. Online na spletni strani Službe Vlade za zakonodajo.

veljati. Povratne »veljave« v tem smislu torej ni. Seveda pa besedilo 155. člena sicer pravilno govori ne o veljavi, temveč o učinkih (predpisov) za nazaj.

Za podrobnejšo (kritično) analizo vsebine besedila pa je potrebno še nekoliko več pravnega znanja kot samo zgolj pozorno branje besedila. Ni namreč pravna napaka in pomanjkljivost besedila v tem, kar v njem piše oziroma je določeno; pomanjkljivost in s tem napaka je v tem, kar v besedilu ni določeno, kar v njem manjka. In kar naenkrat se tukaj primerjalnopravno pokaže, zlasti v tem kratkem zapisu in predstavitvi, da ni treba poseči po drugih pravnih (ustavnih, ustavnopravnih) ureditvah, temveč nam zadošča že kar primerjava z Občnim državljskim zakonikom (v nadaljevanju: ODZ) in njegovo ureditvijo teh vprašanj. Pokaže se namreč, da je v tem zakoniku izpred več kot dvesto let, pri nas veljavnem za časa »kraljevine«, kot »pravna pravila« pa še naprej uporabljanem tudi po letu 1945, vse dokler po dolgem čakalnju nismo dobili (že) v takratni Jugoslaviji novega modernega obligacijskega zakonika.<sup>4</sup> In ta ODZ ima prepoved retroaktivnega učinkovanja zakonov urejeno pravilno in očitno boljše kot naša ustava iz leta 1991. ODZ ne izpušča tega, kar besedilo v naši ustavi prezre in spregleda. Uporabimo in citirajmo kar že nekoliko arhaično besedilo ODZ, ki pa ga vsi še prav dobro in brez težav razumemo. V paragrafu 8 (ki sicer resda ureja vprašanje uporabe oziroma učinkovanja obveznih razlag zakonodajalca, ne pa retroaktivnosti) so izrecno upoštevani (v praksi ob vsaki spremembi zakona oziroma novem zakonu gotovo zelo številni primeri) »takih pravnih primerov, ki so jim predmet pred razlago započeta dejanja in zahtevane pravice«. Vse to so torej primeri, ki so »odprti« (vsaj začeti), ker so pravni subjekti že disponirali v skladu z do takrat veljavnim pravom, le da zadeve še niso povsem zaključene oziroma o njih (npr.) samo še ni bilo odločeno pred sodiščem, v primeru spora. Ta paragraf 8 pa lahko vsebinsko neposredno povežemo z določbo paragrafa 5, ki pa resnično ureja (določa) prepoved učinkovanja zakonov za nazaj. Celo samo besedilo je v tem delu (če ne upoštevamo redakcijske napake »ne morejo« v prvem odstavku 155. člena naše ustave) v paragrafu 5 ODZ enako kot v prvem odstavku 155. člena naše ustave. V nadaljevanju pa ODZ to precizira kot prepoved vpliva (učinkovanja) »na poprejšnja dejanja in vnaprej pridobljene pravice«. Očitno je torej samo z nekoliko drugačnim besedilom vsebinsko v prepoved učinkovanja za nazaj po ODZ s tem zajeto prav to, kar je še nekoliko podrobneje, vsebinsko pa enako, zajeto s citiranim besedilom paragrafa 8 ODZ. Ker pa je vse to v besedilu naše ustave v celoti izpuščeno, ravna naše ustavno sodišče seveda povsem pravilno, ko to pravno praznino zapolni z ustreznimi razlagalnimi argumenti, naslonjenimi na določbo 2. člena ustave o Sloveniji kot pravni državi. To je očitno pravilno in hkrati nujno, druge možnosti sodišče pravzaprav niti nima. Določba 2. člena naše ustave ni samo ena od določb ustave, ampak tudi izredno pomembno ustavnopravno načelo, ki ga je po potrebi gotovo treba vedno uporabiti tudi za pravilno tolmačenje vseh vprašanj in določb v ustavi, predvsem pa seveda še glede ustavnosti in zakonitosti. Kljub tem očitnim

<sup>4</sup> V Avstriji seveda ta zakonik, v dobrih dvesto letih ne kaj dosti spremenjen, velja še danes.

pomanjkljivostim ustavne ureditve po 155. členu pa, ob vseh potrebnih kot tudi nepotrebnih spremembah naše ustave, kakšnih razmišljanj, pobude ali celo predlogov za spremembo tudi tega člena ustave vse doslej ni bilo zaznati. Žal.

Ker pa je ta prispevek namenjen prvenstveno vprašanjem in problemom na področju nomotehnike, ne pa ustavnopravnim vprašanjem, je treba slediti predvsem nomotehničnim vidikom te problematike; vidikom, ki se neposredno tičejo pravilnega zapisa besedila v zakonih, seveda ob hkratnem upoštevanju ustavne ureditve. Tudi glede vprašanj, ki se tičejo retroaktivnosti, mora torej pravnik – redaktor predpisa, ko oblikuje besedilo, biti izredno pozoren. Tukaj imamo v praksi opraviti s t. i. »temnimi številčkami«, če si sposodimo ta izraz s področja kazenskega prava oziroma natančneje s področja kriminologije. Mnogo nepravilnosti, do katerih bi sicer prišlo, ostane namreč enostavno prikritih, ker so že (še) pravočasno preprečene. Prav smelo lahko iz prakse na tem mestu trdim, da mnogo tega prepreči tako že bodisi Služba Vlade za zakonodajo (če so pripombe službe le upoštevane), kot skoraj zadnja možnost pa vsaj Zakonodajno-pravna služba Državnega zbora. Velik problem je seveda v tem, če politika, kljub izrecnim opozorilom na napačnost (neustavnost), pri predlagani rešitvi pač vztraja in je tako lahko sprejeta. Pogosto je treba (laikom) tudi razlagati, da prva od navedenih služb zakonov ne »piše«, temveč jih dobi zgolj v strokoven pregled in mnenje. Ob tem pa smo soočeni (je država soočena) še s t. i. »outsourcingom«, saj zakonskih besedil skorajda praviloma ne pišejo več strokovnjaki na ministrstvih, temveč zunanji strokovnjaki in sodelavci, ministrstvo jih le posreduje naprej v zakonodajni postopek. Obravnava te problematike pa sicer resda ne sodi v ta zapis.

Kakorkoli pa že, tj. ne glede na to, kdo je prvi pisec oziroma redaktor besedila zakona, kdo ga za njim (še lahko) strokovno pregleda, kdo vse v postopku obravnave in sprejemanja zakona sodeluje, pa vse do ustavnega sodišča, če presoja skladnost ureditve z ustavo, za vse navedene glede pravilne uporabe določbe 155. člena ustave velja isto: v številnih, lahko bi rekli kar večinskih primerih te določbe zaradi njenih pomanjkljivosti enostavno ni mogoče pravilno uporabiti brez hkratnega upoštevanja določbe 2. člena ustave o Sloveniji kot pravni državi. Šele s pravilno strokovno argumentacijo 2. člena naše ustave je torej možno za pravilno uporabo 155. člena ustave v celoti zadostiti načelu ustave o Sloveniji kot pravni državi. Če to (pa ne samo to, o čemer več v nadaljevanju) v zvezi z vprašanji retroaktivnosti dobro pozna in upošteva nomotehnik oziroma že prvi pisec – redaktor besedila, pa se tak pravilen zapis v besedilu pozneje v postopku obravnave in sprejemanja zakona ne skazi in spremeni, temveč upošteva, tovrstnega problema pozneje s takim zakonom ni. Prav tako seveda tudi ne, če v prvem besedilu (predlogu, osnutku) zakona ureditev teh vprašanj ni pravilna, pa to še pravočasno opazi kdo drug, in če je seveda tako opozorilo potem sploh tudi upoštevano.

Temeljno, res osrednje vprašanje glede retroaktivnosti predpisov (njihovega učinkovanja za nazaj) pa je prav v vsakem primeru posebej razlikovanje med »pravo« in »nepravo« retroaktiv-

nostjo. Pravilna opredelitev glede tega je prav v vsakem posameznem primeru odločilna zaradi tega, ker je prva z ustavo (razen izjem pod posebnimi pogoji) na splošno vedno prepovedana, druga pa dopustna. Pravilna opredelitev, za kakšno vrsto retroaktivnosti gre (bi v posameznem primeru šlo), pa je ne samo odločilna, ampak je v nekaterih (še zdaleč torej ne v vseh) primerih tudi težavna. Podane so tudi okoliščine, ki to težavnost samo še povečujejo. Besedilo 155. člena ustave ne pozna prav nobenega razlikovanja med navedenima vrstama retroaktivnosti. Tudi nobena druga ustavna določba tega ne vsebuje in ne opredeljuje, določba 2. člena ustave o Sloveniji kot pravni državi pa je tako široka, da kar iz nje kakšne delitve in razlikovanja med pravo in nepravo retroaktivnostjo tudi ne moremo izpeljati. Pa ne samo ustavno besedilo, tudi pozitivno pravo kot tako nikjer ne definira kakšne prave oziroma neprave retroaktivnosti, še samih pojmov sploh ne omenja. Glede tega vprašanja se moramo tako v celoti nasloniti na pravno teorijo; komentar naše ustave (kolikor vem, je doslej samo eden) pa govori o »pravni doktrini«, ko govori o razlikovanju med »pravo« in »nepravo« retroaktivnostjo (v komentarju 155. člena naše ustave). Čeprav je omenjeno delo visoko strokovno, v praksi pa zelo koristno, si dovoljujem oceno, da je tam s pojmom (pod pojmom) »pravne doktrine« kratek prikaz in opis razlikovanja med obema vrstama retroaktivnosti tak in tako nejasen, da težavnost prej povzroča, kot pa odpravlja, čeprav nedvomno pri povsem obratnem namenu.<sup>5</sup>

Kje in v čem pa je torej (upoštevajoč tukaj primerjalnopravno tudi stališča tujih teoretikov) pravilno in s tem tudi »uporabno« razlikovanje med pravo in nepravo retroaktivnostjo? V naslednjem, kot hočemo to v okviru tukaj danih možnosti na kratko povzeti v nadaljevanju.

Pravno nedopustni so učinki (raztezovanje učinkov) novega zakona ali sprememb obstoječega tudi za nazaj, iz razlogov, kot smo jih navedli in prikazali že uvodoma. Z vsebinskega vidika pa gre pri tej načelni splošni prepovedi učinka (učinkovanja) tudi za nazaj za take nove oziroma spremenjene norme, ki z vidika naslovljencev takega predpisa njihov položaj v čemerkoli in kakorkoli že poslabšujejo oziroma otežujejo v primerjavi s pravom, kakršno je bilo pred uveljavitvijo novosti oziroma spremembe. Za vsa pravna dejanja in ravnanja (storitve ali opustitve), ki so bila v skladu z do tedaj veljavnim pravom, se mora tudi še naprej uporabljati pravo, kakršno je bilo ob času disponiranja z njim. Nov zakon, oziroma spremembe obstoječega, se smejo torej po njihovi uveljavitvi uporabljati in učinkovati šele *ex nunc* (lahko seveda tudi šele z dodatno določenim časovnim zamikom v prihodnosti). V tem je, kratko povedano, bistvo in hkrati razlog za ustavno prepoved (prave) retroaktivnosti oziroma učinkovanja predpisov (zakonov) za nazaj.

Če (ker) smo pri opredelitvi prave retroaktivnosti govorili o učinkovanju za nazaj, pa je pri opredelitvi pojma oziroma tega, kdaj gre za nepravo retroaktivnost, bolj nazorno in tudi bolj pravilno namesto o učinkovanju za nazaj govoriti o »navezavi« novosti oziroma sprememb

<sup>5</sup> Komentar, str. 1040, robni št. 3 in 4.

(tudi) za nazaj. Taki primeri so namreč v praksi tako zelo pogosti, da so podani verjetno v večini primerov sprememb zakonov oziroma novih zakonov. Zelo malo je namreč novih zakonov in seveda še manj njihovih poznejših sprememb, ki bi ob tem urejali nekaj, kar doslej sploh še ni bilo (ni) pravno s predpisi že urejeno; ki ne bi imeli torej nikakršne »svoje preteklosti« torej. Dovolj prepričljivo (kolikor je to tukaj sploh potrebno) je, če navedeno tukaj zakonsko ureditev oziroma z zakonom (zakoni) urejena področja, kot so delovna razmerja, zakonska zveza, razmerja med starši in otroki, lastniška razmerja, obligacijska razmerja o najemu, status in delovanje gospodarskih družb itd. Samo po sebi razumljivo in neizogibno je, da se vsak nov zakon ali njegova sprememba na (samo primeroma) navedenih področjih navezujeta na določeno preteklost, na določena tedaj veljavna razmerja in pravna stanja. Pravna posledica z vidika učinkovanja takih novih zakonov oziroma njihovih poznejših sprememb pa je (logično in pravilno) tukaj prav obratna kot pri pravi retroaktivnosti; medtem ko je učinkovanje za nazaj pri pravi retroaktivnosti načeloma povsem nedopustno in prepovedano, pa je pravno učinkovanje (tudi) za nazaj pri nepravi retroaktivnosti načeloma (povsem) dopustno. Kot neka bistvena lastnost, zaradi katere lahko take primere uvrstimo, čeprav se v določeni meri in smislu gotovo navezujejo tudi na preteklost, med primere neprave retroaktivnosti, je v tem, da gre za pravna področja in razmerja, ki so v določenem smislu pravno »trajno« urejena, kar pa hkrati nikakor ne pomeni, da se pozneje tudi ne smejo kot taka z zakonom spreminjati oziroma oblikovati (v bistvu gotovo pač vedno samo delno) z novelami ali v novem zakonu, ki nadomesti prejšnjega. V času trajanja npr. 40-letnega nepretrganega delovnega razmerja, ali (po možnosti) še mnogo dlje trajajoče zakonske zveze se zakonodaja na teh področjih (lahko) večkrat spremeni. Pri nas se je ne samo zakonodaja, na našem področju in v času enega povprečnega življenjskega razdobja so se »zamenjale« celo tudi kar tri države (in s tem celotne pravne ureditve) pri eni sami generaciji. Za še večjo ponazoritev obravnavanega nam je zelo priročno iz komentarja Ustave Republike Slovenije povzeti in ponoviti to, kar je o tem v njem izrecno povedano in navedeno. Ta misel (ugotovitev) je povsem jasna, pravilna, razumljiva in logična. Glasi pa se, da »se posameznik ne more zanašati na to, da se trenutno veljavni zakon, ki bi mu ob izpolnjevanju predpisanih pogojev omogočal uveljavljanje določene pravice, ne bo spremenil« (citat iz 6. točke odločbe ustavnega sodišča U-I-150/94, objavljene v Uradnem listu RS, št. 65/1995).<sup>6</sup>

Vsakokrat, ko gre za pravo retroaktivnost (pa nista za to hkrati kumulativno izpolnjena oba pogoja, ko je učinek za nazaj dopusten) je treba torej, precizno in natančno, retroaktivni učinek novega zakona oziroma njegovih tovrstnih sprememb (določb) izrecno izključiti. To pa se seveda v besedilu ne zapiše neposredno kot »prepoved učinkovanja teh določb za nazaj«, temveč se nomotehnično izvede tako, da se za vse take primere izrecno določi še nadaljnja uporaba dotedanje ureditve oziroma dotedanjega zakona, s čimer je retroaktivni učinek novega

<sup>6</sup> Komentar 155. člena, str. 1042, 1043, robna št. 18.

zakona oziroma njegovih sprememb seveda zanje izključen. Naj ne bo odveč, če na tem mestu še enkrat ponovimo, da je pri tem treba upoštevati tudi vse pravne položaje in primere, kot jih (kar smo uporabili za nazoren primer zgoraj) ODZ izrecno upošteva, samo ustavno besedilo določbe 155. člena pa ne. Če tega ni pravilno upošteval že pisec (tvorec) zakona oziroma njegovih sprememb, pa naj to stori (vsaj) pravnik – redaktor, ki to besedilo pregleda. Od obeh, ki opravljata tako delo, se sicer utemeljeno pričakuje, da dobro poznata in vestno upoštevata materijo zakona, ustavo, nič manj pa v vsakem pogledu tudi nomotehniko in njena pravila.

Vse doslej obravnavano v zvezi z nedopustnim učinkom zakonov se pravzaprav v celoti vsebinsko nanaša (pri opredelitvi prave retroaktivnosti pa je bilo to še posebej omenjeno) na primere, ko novi zakon naslovnik (zavezanec) na neki način obremeni, v določenem smislu oteži, poslabša, spravlja v slabši oziroma težji položaj, kot pa ga je določala dotedanja ureditev. Novi zakoni oziroma spremembe obstoječih pa seveda nikakor ne prinašajo in določajo samo take vsebine, temveč tudi tako, ki je glede na pravkar navedeno prav nasprotna. To so novosti oziroma spremembe, ki pravni položaj oziroma pogoje olajšajo, izboljšajo ali pa sploh prinašajo celo novo (nove) ugodnost(i), ki oziroma kot jih po dotedanji ureditvi ni bilo. Vsebinsko je pravna narava takih izboljšav oziroma ugodnosti seveda lahko zelo raznovrstna. To so npr. lahko primeri, ko zakon ukine kakšen pogoj ali ga omili, podaljša rok za uveljavitev kakšne pravice, poenostavi kakšen postopek, razširi možnosti za uporabo kakšnega pravnega sredstva, odpravi ali zmanjša neko obveznost, uvede kakšno novo pravno sredstvo, in še bi seveda lahko naštevali; navajamo pač samo primeroma (lažje je tu nemški pravni teoriji, ki za vse to uporablja en sam izraz; take spremembe označuje kot *begünstigend*, torej kot take, ki prinašajo ugodnosti in olajšave. Tiste pri pravi retroaktivnosti pa kot *belastend*, torej kot take, ki prinašajo »otežitve«, obremenitve. Take spremembe v ožjo obravnavo problema učinka zakonov za nazaj sicer ne sodijo, če se pri tem držimo predvsem vprašanj prave retroaktivnosti. Če smo bolj precizni, pa moramo sicer reči, da 155. člen naše ustave celo tudi retroaktivno učinkovanje vseh vrst možnih (poznejših zakonskih) izboljšav in olajšav prepoveduje, nič drugače torej kot tudi vsakovrstne možne obremenitve in poslabšanja. Tako tolmačenje in uporaba 155. člena ustave bi seveda pomenila popoln nonsens, saj je ta člen namenjen utrjevanju pravne države pravne varnosti, zaupanja v pravo. Prav nič od tega pa seveda s spremembami, ki prinašajo ugodnosti in olajšave, ni ogroženo, če te učinkujejo tudi za nazaj. Ne samo da te vrednote z učinkom tudi za nazaj niso ogrožene, vse govori za to, da je treba, ravno obratno kot pri prepovedani (pravi) retroaktivnosti, učinkovanja takih ugodnosti in izboljšav celo izrecno določiti tudi za nazaj. Lahko bi sicer rekli, da tak učinek tudi za nazaj izhaja že iz dejstva, da zakon (njegove spremembe), ki o tem molči, s tem že avtomatično učinkuje tudi za nazaj. Ne smemo pa ob tem pozabiti, da naša ustavna ureditev v besedilu 155. člena številne primere, za katere bi morale to veljati, enostavno izpušča, kot smo to navedli že zgoraj. Tudi zaradi pravne varnosti in enakosti vseh pred zakonom je torej izrecno indicirano, da za take olajšave in izboljšave ravnamo prav obratno, kot glede nedopustne prave retroaktivnosti, ko gre za



obremenitve oziroma poslabšanja. Glede slednjih smo že opozorili, da mora tak zakon njihov retroaktivni učinek izrecno izključiti. Glede izboljšav in olajšav pa torej velja, da je treba v takem zakonu tudi še izrecno določiti, da te učinkujejo in se uporabljajo tudi za nazaj, za vse še »odprte« (začete, nedokončane, neodločene) primere. Tako ravnanje je po mojem prepričanju edino pravilno, ne pa napačna uporaba 155. člena ustave. Zadošča že, da pri tem ustrezno upoštevamo ustavno določbe o pravni državi v povezavi z enakostjo vseh pred zakonom in s pravno varnostjo. Primerjalnopravna teorija, splošna in pravna logika, tudi že sam splošni čut za pravičnost so v vsem tem gotovo na naši strani. Kaj pa če se tukaj obravnavane ugodnosti in olajšave naknadno spet spremenijo v smeri in smislu zmanjšanja, utesnitve ali celo ukinitve? V tem primeru smo pač seveda enostavno spet pri ureditvi in upoštevanju ustavne prepovedi učinka predpisov za nazaj, kot smo to v tem prispevku vseskozi že obravnavali. Dodati kaže tukaj le še to, da je pri določenih primerih poslabšanja (ali celo ukinitve kakšne dosedanje ugodnosti), pa naj si gre za pravo ali nepravo retroaktivnost, modro in uvidevno, če zakonodajalec tako (npr. ukinitve) ne prepusti takojšnjemu učinkovanju, temveč določi glede na okoliščine oziroma vsebino primera določen časovni zamik učinkovanja oziroma nastanka take posledice. Včasih bodo to narekovali enostavno (tudi) evidentni izvedbeni razlogi, primeren čas, ki je potreben za upoštevanje in izvedbo take spremembe, in podobno.

Kratko omeniti velja vsaj še neko posebnost v zvezi s pravno ureditvijo vprašanj retroaktivnosti pri nas. Če ne bi bili tukaj prostorsko omejeni, bi gotovo za to uporabili (še) kakšen drug izraz kot pa zgolj posebnost; tako pa tukaj ostanimo pač pri tem. Pri ustavnem sodišču smo, vendar ne pri njegovih odločbah kot takih, temveč pri zakonski ureditvi ustavnega sodišča. Zakon o ustavnem sodišču v 44. členu, ki govori o retroaktivnem učinkovanju njegovih (razveljavitvenih) odločb, ki so seveda pomensko nič drugega, kot če bi zakon spremenil sam zakonodajalec (in razveljavitev oziroma črtanje je pač brez vsakega dvoma vsebinska sprememba zakona), prav tako kot ustava izpušča vse, kar smo očitali besedilu določbe 155. člena ustave.<sup>7</sup> Toda gre za mnogo več kot (samo) to. Citirana določba zakona določa (časovno omejeno sicer) retroaktivnost odločbe povsem ne oziraje se na vsebino razveljavljene zakonske določbe sploh, s čimer je v neposrednem vsebinskem nasprotju z načelno splošno prepovedjo retroaktivnosti po prvem odstavku 155. člena ustave. Tako 44. člen zakona retroaktivno učinkovanje odločbe (spremembe zakona) določa, 155. člen ustave pa prepoveduje. Avstrijska ureditev glede ustavnega sodišča je tukaj v bistvu povsem obratna od naše, glej 140. člen avstrijske ustave, tj. Zveznega ustavnega zakona. Čeprav se sicer tako ne izražamo, naj tukaj zapišemo: avstrijska ureditev je bolj skladna z našo ustavo kot pa naša ureditev po Zakonu o ustavnem sodišču.

Naj z omembo te, benevolentno smo rekli posebnosti, zaključimo ta kratek zapis o nekaterih značilnostih ustavne prepovedi učinkovanja zakonov (in predpisov sploh) za nazaj. Neizogib-

<sup>7</sup> Uradni list RS, št. 15/1994; zadnja sprememba Uradni list RS, št. 109/2012.



no smo ob tem morali obravnavati tudi ustavnopravne vidike te problematike, čeprav je zapis v temelju namenjen pomenu teh vprašanj za nomotehniko v praksi. Navsezadnje je pa končno samo tak način obravnave teh vprašanj v bistvu možen, dopušča (in celo zahteva) ga pa tudi utemeljeno pričakovanje, da mora pravnik redaktor oziroma nomotehnik pri oblikovanju besedila predpisa enako dobro poznati in upoštevati tako ustavno pravo kot tudi nomotehniko.

## Literatura in viri

- Borković I.: Postupak i tehnika izrade pravnih propisa, Informator, Zagreb 1987.
- Dorđević J.: Ustavno pravo, Savremena administracija, Beograd 1975.
- Dworkin R.: Carstvo prava (Law's Empire), Filip Višnjić, Beograd 2003.
- Grad F., Kaučič I., Ribičič C., Kristan I.: Državna ureditev Slovenije (tretja, spremenjena in dopolnjena izdaja), Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1999.
- Igličar A.: Zakonodajni proces z osnovami nomotehniko, Littera Scripta Manet (Pravna fakulteta), Ljubljana 2004.
- Kaučič I., Grad F.: Ustavna ureditev Slovenije (tretja, spremenjena in dopolnjena izdaja), GV Založba, Ljubljana 2003.
- Krbek I.: Ustavno sudovanje, Zagreb 1960.
- McLeod I.: Legal method, Palgrave Macmillan, New York 2005.
- Nomotehnične smernice (druga, spremenjena in dopolnjena izdaja), Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2008.
- Občni državljanski zakonik, Tiskovna zadruga v Ljubljani, Ljubljana 1928.
- Pavčnik M.: Teorija prava, 3. razširjena, spremenjena in dopolnjena izdaja, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Pravna enciklopedija, Savremena administracija, Beograd 1979.
- Pravni leksikon, Savremena administracija, Beograd 1970.
- Šinkovec B.: Ko so podcenjena nomotehnična pravila, Pravna praksa, št. 35/2003, str. 14-15.
- Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 43/03, 69/04, 68/06 in 47/13.
- Ustavno sodstvo (ur. M. Pavčnik in A. Maučič), Ljubljana 2000.
- Zakon o ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 - uradno prečiščeno besedilo).
- Zander M.: The Law-Making Process (sixth edition), Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Zvezni ustavni zakon Republike Avstrije (Bundes-Verfassungsgesetz der Republik Oesterreich) iz leta 1929.





Avtor tudi meni, da je argumentacija ustavnega sodišča v zadevi U-I-128/11, v kateri bila ugotovljena skladnost avtentične razlage zakona z ustavo, napačna.

Trije elementi opredeljujejo avtentično razlago zakona (razlaga, zakon kot predmet razlage in avtentičnost razlage). Pravzaprav pomeni razlago kot miselni proces in ne nazadnje tudi rezultat tega procesa. V tem primeru gre za razlago že obstoječega pravnega akta, in sicer zakona, ki ga po zakonodajnem postopku sprejme predstavniško telo in pri uveljavitvi katerega bolj ali manj sodelujejo tudi drugi protagonisti (na primer predlagatelj zakona, predlagatelj zakonodajnega referendumu, drugi dom ali predsednik republike z odločilnim vetom, predsednik republike z razglasitvijo zakona). Tretji element je v avtentičnosti, torej v tem, da gre za pristno, pravo, točno, verodostojno oziroma izvirno razlago zakona.<sup>5</sup> To lahko poda po naravi stvari le avtor razlaganega besedila ali zakona.

Namen avtentične razlage naj bi bila ugotovitev pravega smisla oziroma namena zakona, lahko pa tudi razjasnitev nejasnega zakona. Z drugimi besedami, določba zakona ponuja več možnih razlag in z avtentično razlago naj bi se ugotovila prava in edina razlaga te določbe. Tako naj bi se utrdila volja zakonodajalca.<sup>6</sup> Občasno ima lahko avtentična razlaga naravo vnaprejšnosti oziroma je namenjena izognitvi neželenemu načinu reševanja nekega spora. Zlasti v mednarodnem pravu se sprejemajo akti ali besedila, katerih namen je izločiti tiste razlage besedila mednarodnih pogodb, ki jih besedilo omogoča, in s tem preprečiti drugačno razlago pogodb v morebitnih sporih pozneje.<sup>7</sup>

Avtentično razlago lahko sprejme le organ, ki je sprejel predpis.<sup>8</sup> Seveda lahko predpis razlagajo tudi drugi organi, vendar le organ, ki je predpis sprejel, avtentično in avtoritativno razloži, kaj je pravi pomen predpisa že od sprejema naprej. Pomemben je tudi čas razlage. Problem, s katerim se srečujejo zagovorniki avtentične razlage, je že v tem, da se razlaga zaradi časa od sprejema predpisa do trenutka njegove razlage skorajda ne more več razlikovati od njegove spremembe, kar lahko vpliva tudi na njegovo zakonitost, zlasti glede retroaktivnosti.<sup>9</sup> Nepremostljiva epistemološka težava je tudi v tem, ali avtentično razlago zakona lahko sprejme tudi zakonodajalec, ki zaseda v drugi sestavi kot tisti, ki je sprejela zakon. Takšnemu stališču se sicer da nasprotovati s formalno pripombo, da zakone in avtentične razlage zakona sprejema

---

<sup>5</sup> *Avténtičen*: (1) ki izvira od avtorja; pristen, izviren: avtentičen podpis, rokopis, spis; izvod ni avtentičen, ker je ponekod popravljen; avtentično besedilo / film bodo snemali na avtentičnem terenu // ki mu je verjeti, verodostojen: avtentični dokaz; avtentično poročilo o nesreči; (2) ki se ujema z originalom; natančen, točen: avtentičen prepis pogodb; avtentičen prevod. Po Slovarju slovenskega knjižnega jezika, str. 27.

<sup>6</sup> Duguít, str. 219.

<sup>7</sup> Fernández de Casadevante Román, str. 25.

<sup>8</sup> Pavčnik, 2007, str. 352.

<sup>9</sup> Fernández de Casadevante Román, str. 25.

zakonodajalec kot organ (ne pa na primer 90 konkretnih poslancev).<sup>10</sup> Redukcija izražanja volje poslancev na skupni imenovalec zakonodajalca zanika, da je razlaga sad intelektualnega napora, in ne objektivizirana lastnost nekega predpisa, ki ga lahko kdorkoli razume le na en način že iz razloga, ker opravlja zakonodajno oblast. Nova sestava Državnega zbora namreč ne more vedeti, kakšna je bila resnična volja ene od prejšnjih sestav, ki je sprejela zakon. Avtentičnosti razlage se ne da nadomestiti z avtoritativnostjo razlage, kar je na splošno ena od bistvenih napak, ki jo zagrešijo zagovorniki avtentične razlage zakona.

Glede na namen in pravne učinke avtentične razlage se postavljata dve vprašanji, in sicer vprašanje *dopustnosti* sprejema avtentične razlage glede na predlagano vsebino in vprašanje *potrebnosti* sprejema avtentične razlage.<sup>11</sup> Kot bomo videli v nadaljevanju, avtentična razlaga zakona v praksi služi tudi temu, da se zakonska določba razlaga mimo priznanih metod razlage in se zakonski določbi da vsebina, ki je prvotno ni vsebovala.

## 2. Avtentična razlaga zakona – zakon ali poseben akt

Avtentična razlaga se ponekod sprejema v obliki zakona, drugje je poimenovanje povezano s samo vsebino akta. Stališče iz kanonskega prava je, da je avtentična razlaga lahko sprejeta le v obliki zakona (*per modus legis*), da ima lahko zakonsko moč.<sup>12</sup> Sprašujemo se torej, ali je avtentična razlaga zakona le posebno poimenovanje zakona ali pa gre za poseben akt, za katerega veljajo posebna procesna ali celo materialnopravna pravila. Poiskati bo treba odgovor, ali avtentično razlago zakona temeljno opredeljuje forma (oblika pravnega akta), vsebina (razlaga zakonske določbe) ali oboje. Če gre pri avtentični razlagi zakona za poseben pravni akt, praviloma ni mogoče izvesti zakonodajnega referendumu o takšnem aktu, drugi dom parlamenta ne more vložiti odločilnega veta itd. Vodi se tudi v bistvenem drugačen postopek od zakonodajnega. Če avtentično razlago zakona štejemo za zakon, se razlaga sprejema po enakem postopku kot zakon, kar je nesmiselno že zaradi podvojevanja postopkov, razen če je bistvo avtentične razlage v čem drugem. Zakoni načeloma veljajo za naprej, medtem ko se pri avtentični razlagi zakona šteje, da velja že od trenutka sprejetja razlaganega zakona. To nakazuje, da sta zakon in njegova avtentična razlaga neločljivo povezana. Avtentična razlaga zakona je akt, ki ima enako pravno moč kakor akt (zakon), ki ga razlaga. Interpretirani in interpretirajoči pravni akt tvorita pomensko celoto, ki kot takšna tudi velja.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Vranešič, str. 7.

<sup>11</sup> Zakonodajna pravna služba Državnega zbora, Mnenje.

<sup>12</sup> Beal, Coriden, Green, str. 72.

<sup>13</sup> Pavčnik, 2007, str. 176.

Iz tega izhaja, da ima avtentična razlaga zakona dvojno naravo. Po formalni plati je poseben pravni akt, ki se sprejema po bolj poenostavljenem postopku, kot je zakonodajni, po vsebini in pravni moči pa gre za zakonsko materijo. Avtentična razlaga je po vsebini in formi vezana na parlamentarni organ. To obenem pomeni, da se celoten postopek avtentične razlage zakona vodi samo v parlamentu, praviloma brez sodelovanja drugih deležnikov, ki sicer sodelujejo v zakonodajnem postopku. Hkrati pa sme imeti avtentična razlaga učinke za nazaj pod pogoji, kot jih določa Ustava. Prav dvojna narava tega akta je vzbudila dvom o legitimnosti takšnega akta. Razlaga zakona, ki ne temelji na minimalnih standardih demokratičnega pluralizma oziroma jih ne zagotavlja, je nelegitima.

Posebno vprašanje je, ali je lahko avtentična razlaga zakona podvržena ustavnosodni kontroli. Temu se ni mogoče izogniti v nobeni demokratični ureditvi z razvitim sistemom ustavnosti in zakonitosti.<sup>14</sup> Vsekakor je podvržena v primeru, da avtentično razlago zakona štejemo za zakon (prva alineja 160. člena Ustave). Če bi bila avtentična razlaga zakona poseben pravni akt, presoja tega akta z Ustavo ne bi bila mogoča,<sup>15</sup> razen če bi le po obliki šlo za avtentično razlago zakona, po vsebini pa za originarno zakonsko materijo, tj. z avtentično razlago zakona bi Državni zbor spremenil ali dopolnil zakon. Takšen formalistični pogled na pristojnost Ustavnega sodišča, da presoja skladnost avtentične razlage zakona z Ustavo, je preozek. Ustavno sodišče mora opraviti presojo ustavnosti že zaradi spoštovanja načela pravne države. Ustavno sodišče mora kot temeljno merilo za lastno pristojnost vzeti materialne elemente akta, ki naj bi ga presojalo.<sup>16</sup> Ker je avtentična razlaga po formalnem merilu predpis, je izrecno določeno in zato ni sporno, da se lahko presoja skladnost avtentične razlage zakona z ratificiranimi mednarodnimi pogodbami in s splošnimi načeli mednarodnega prava (druga alineja 160. člena Ustave). Tudi iz tega razloga bi bilo vztrajanje pri formalnih merilih nevzdržno, ker bi se presojala skladnost z akti, nižjimi od Ustave, z Ustavo pa ne. Seveda pa se avtentična razlaga zakona lahko izpodbija pred Ustavnim sodiščem le hkrati z zakonom, saj skupaj tvorita pomensko celoto. Nejasnost, ali je avtentična razlaga zakona podvržena presoji Ustavnega sodišča, je Ustavno sodišče odpravilo razmeroma zgodaj: »Obvezna [zdaj avtentična, op. S. Z.] razlaga je, ne glede na njen poznejši sprejem, del zakona od njegove uveljavitve. Sama zase ne more biti predmet presoje ustavnosti, ker le ugotavlja pravi smisel zakona oziroma zakonske določbe, na katero se nanaša. V primeru, da bi zakonodajalec dal zakonski normi vsebino, ki

<sup>14</sup> Enako meni Nikolič, str. 1114–1115, kar je bilo za socialistične čase zelo napredno stališče.

<sup>15</sup> Niti Ustava Republike Slovenije (160. člen) niti Zakon o ustavnem sodišču ne dajeta Ustavnemu sodišču izrecnega pooblastila, da presoja skladnost avtentične razlage zakona z Ustavo.

<sup>16</sup> Takšen preskok s formalnih na vsebinska oziroma materialna merila je Ustavno sodišče Republike Slovenije že sprejelo, na primer pri presoji Poslovnika Državnega zbora v odločbi U-I-40/96, z dne 3. aprila 1997 (Uradni list RS, št. 24/1997, in Odl. US VI, 46).

je norma ob njeni uveljavitvi ni imela, ne bi šlo za obvezno razlago, temveč za spremembo oziroma dopolnitev zakona, ki pa je lahko predmet presoje ustavnosti.«<sup>17</sup>

### 3. Obvezna moč in avtentičnost razlage zakona

Pred nami je dilema, ki ima korenine deloma v ponesrečenem poimenovanju avtentične razlage zakona v preteklosti, deloma pa v zgrešenem razumevanju vloge sodne veje oblasti v demokratični družbi. Institut obvezne razlage zakona, kot se je nekoč imenovala avtentična razlaga zakona, je že z imenom nakazoval, da naj bi šlo za obvezni pravni vir, ki zavezuje vse naslovnike zakona in tiste, ki naj uporabijo zakon v konkretnem primeru. S to dediščino je zaživela tudi avtentična razlaga zakona. V teoriji je namreč mogoče srečati stališča, da je avtentičnost razlage zadostna podlaga za njeno obvezno pravno moč<sup>18</sup> in da je obvezna vsaka razlaga državnega organa.<sup>19</sup> To gotovo ne velja, saj ima razlaga državnega organa obvezno moč le v okviru pristojnosti, ki jih ima organ na podlagi ustavnih ali zakonskih predpisov. Še z drugimi besedami: predpise lahko razlaga vsak državni organ, vendar razlaga nima nujno obvezne pravne moči.

Za nekoliko zahtevnejšo nalogo se izkaže pojasnilo, kakšni so oziroma bi morali biti pravni učinki avtentične razlage zakona oziroma kdo vse je vezan na razlago zakona, ki jo sprejme zakonodajalec. Morebitne zavezance lahko razvrstimo v tri kategorije. V prvo spada zakonodajalec, ki naj bi spoštoval svojo razlago zakona, kar bi bila svojevrstna *stare decisis* na zakonodajnem področju. V drugo skupino spadajo državni in drugi organi, še zlasti sodišča in upravni organi, ki uporabljajo in razlagajo zakone v konkretnih primerih. V zadnjo skupino uvrščamo subjekte zasebnega prava, ki so naslovniki zakonskih določb oziroma, z drugimi besedami, nosilci pravic in obveznosti na podlagi teh določb. Zakonodajalec zavezuje avtentična razlaga predvsem na ta način, da po enkratni določitvi »avtentičnosti« razlage in razumevanja zakona zelo težko upraviči ponovno spremembo oziroma »novo, še bolj pristno« avtentičnost. S sprejemom avtentične razlage je že izkazal nesposobnost sprejeti dovolj jasne in nedvoumne zakonske določbe, zato bi avtentična razlaga avtentične razlage prelila kapljo čez rob.<sup>20</sup>

Avtentična razlaga zakona – že besedna zveza instituta nas pripravlja na to – je namenjena tistim organom, ki razlagajo zakone. Avtentična razlaga je sredstvo, ki naj razlagalcu pojasni pravi pomen pravne norme, predvsem v »funkciji teleološke (namen) in zgodovinske (nasta-

<sup>17</sup> Sklep Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-361/96, z dne 21. oktobra 1999 (Odl. US VIII, 226).

<sup>18</sup> Igličar, 2006, str. 363: »V procesu uporabljanja zakona zavzema med njegovimi razlagalci posebno mesto zakonodajni organ, ki je zakon sprejel. Njegovo tolmačenje ima zato status avtentične obvezne razlage.«

<sup>19</sup> Prav tam.

<sup>20</sup> Sprejete avtentične razlage ni mogoče spreminjati (152. člen Poslovnika Državnega zbora).

janje) razlage zakona«, iz česar Galič sklepa, da teleološka in zgodovinska razlaga ne moreta imeti prednosti *per se* (dodal S. Z.) pred jezikovno (gramatikalno) razlago.<sup>21</sup> V skladu s sprejeto metodologijo razlage ima jezikovna razlaga predpisa vedno prednost, če so predpisi jasni. Galič je usmeril kritiko v tiste primere avtentičnih razlag zakonov, ki so sami po sebi dovolj jasni, zato ostaja brez odgovora še vprašanje, kakšno vlogo ima avtentična razlaga, ko je zakonska določba nejasna. Nejasna je lahko (1) navidezno, ker tako trdi zakonodajalec, ali (2) zares, ker si z jezikovno razlago ne moremo pomagati, z drugimi razlagami pa pridemo do drugačnih sklepov. Sprenevedavo opredeljevanje, da so predpisi nejasni, zato da jih lahko nato »avtentično« in »avtoritativno« pojasnimo, zanika samo bistvo prava. Pravo je učinkovito samo toliko, kolikor med naslovniki predpisov obstaja osnovno strinjanje o jezikovnem pomenu predpisov, o uporabi formalne logike itd. Če so zakonske določbe res nejasne, jih razlagalec razlaga v skladu s priznanimi metodami razlage, pri čemer lahko upošteva tudi zakonodajalčevo razlago. Ker je zakonodajalčevo osnovna naloga sprejemanje zakonov, in ne razreševanje konkretnih primerov, bi morala imeti avtentična razlaga zakona le svetovalno oziroma pojasnjevalno moč. Če zakonodajalec na kakršenkoli način, ne nujno z avtentično razlago, daje sodnikom v konkretnih zadevah navodila za razumevanje prava, se zakonodajna in sodna funkcija prepletata. Že od Montesquieuja naprej velja, da združitev zakonodajne in sodne veje oblasti vodi v tiranijo.<sup>22</sup>

*Mutatis mutandis* lahko razumemo omenjene pomisleke o avtentičnosti in avtoritativnosti razlage zakonodajalca tudi za tretjo skupino, naslovnike pravic in obveznosti, pri čemer je treba še posebej upoštevati pomen načel pravne varnosti in spoštovanja človekovih pravic, torej tistih načel, ki opredeljujejo resnično demokratično ureditev. Posameznikova razlaga zakonov in ustrezno ravnanje po njih nedvomno nista zavezujoča, vendar ima ta legitimna in ustavno zavarovana pričakovanja, da se zakoni ne bodo razlagali mimo ustaljenih metod razlage ali na način, ki bi povratno posegal v njegove pravne interese. Posameznik se lahko zanese na razlago, ki jo podajo sodišča pri razreševanju konkretnih sporov, v katerih je udeležen.

Odgovor, ali *avtentičnost* zapoveduje tudi *avtoritativnost* razlage zakonodajalca, je torej negativen.

#### 4. Časovna veljavnost avtentične razlage zakona

Načeloma velja, da je vsak zakon, ki začne veljati, obrnjen v prihodnost.<sup>23</sup> Zakoni, drugi predpisi in splošni akti ne smejo imeti učinka za nazaj. Tak učinek imajo lahko le posamezne

<sup>21</sup> Galič, str. 11–12.

<sup>22</sup> »Če bi bil (sodnik, op. S. Z.) združen z zakonodajalcem, bi bila življenje in svoboda posameznikov podvržena arbitrarnosti, saj bi sodnik bil zakonodajalec.« Glej Montesquieu, str. 152; Zagorc, str. 25–34.

<sup>23</sup> Perović, str. 1.



določbe zakona, če to zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice (155. člen Ustave). Ker je avtentična razlaga zakona skupaj z zakonsko določbo, ki jo razlaga, pomenska celota, je mogoče sklepati, da ima tudi avtentična razlaga zakona učinke za nazaj. Dikcija 155. člena Ustave lahko zavede. V prvem odstavku tega člena so po formalnem merilu določeni splošni akti, ki načeloma lahko veljajo le za naprej. V drugem odstavku pa je dopuščeno, da ima zakon pod določenimi pogoji retroaktivne učinke. Retroaktivnih učinkov namreč nima zakon kot tak, temveč določitev pravic in obveznosti v zakonski določbi. Zato lahko tudi avtentična razlaga zakona učinkuje *ex tunc*. Drugače od »klasičnih« retroaktivnih zakonskih določb, ki naj bi praviloma vsebovale klavzulo, od kdaj ima določba retroaktivni učinek, tega pri avtentični razlagi zakona ni treba storiti, saj iz same narave avtentične razlage izhaja, da ima ta retroaktivni učinek od dneva veljavnosti zakonske določbe, ki jo razlaga.

Za časovno veljavnost avtentične razlage ni ključnega pomena, da ima ta učinke za nazaj, temveč kakšne učinke ima razlaga v konkretnih primerih. Avtentična razlaga, če jo razumemo absolutno, bi lahko posegla v nekatera pravna razmerja ali stanja, ki so bila že izvršena oziroma zaključena. Za pravno varnost posameznikov je bistvenega pomena, da se lahko zanesejo na pravne odločitve, ki so postale pravnomočne. V teoriji je nesporno, da avtentična razlaga zakona nima učinka na pravnomočne sodne in upravne odločbe. Drugače naj bi bilo glede učinka sprejete avtentične razlage zakona na vse nerešene zadeve, ker abstraktno predvidena pravica še ni normativno konkretizirana kot pravno zavarovano upravičenje, zato ne gre za pridobljeno pravico; upanje in možnost, da bo do tega prišlo ali bi utegnilo priti, ni pridobljena pravica v pravnem pomenu te besede.<sup>24</sup>

Avtentična razlaga zakona je splošna in abstraktna ter lahko velja tudi za nazaj.<sup>25</sup> Seveda pod pogojem, da se z njo ne oblikuje nova pravna norma, temveč utrjuje dejanski in jasni smisel obstoječe norme. Kot pove že sam pojem, gre pri avtentični razlagi za to, da je bila že od sprejema zakona zakonodajalčeva volja takšna, kot jo je zapisal v sicer poznejši avtentični razlagi. Z avtentično razlago se torej razmeji med več mogočimi razlagami tako, da se na afirmativni način določi pravilna (avtentična) razlaga in izločijo druge razlage. Po sprejemu avtentične razlage zakona bi torej za pravilno razumevanje zakonske določbe morala zadoščati že jezikovna razlaga, medtem ko bi bilo pred sprejemom zaradi jezikovne nejasnosti zakonske določbe treba za pravilno razumevanje upoštevati tudi teleološke razlage o zakonodajalčevem namenu in volji. Nejasno je, ali za nazaj velja samo afirmativna določitev avtentične razlage ali pa ima učinke za nazaj tudi izločitev neavtentičnih razlag. Slednje bi pomenilo, da bi lahko prizadeti subjekt izpodbijal tudi pravnomočno odločbo, izdano na podlagi zakona, ki ga je

<sup>24</sup> Glej Zbirko razlag Poslovnika Državnega zbora in stališč, priporočil ter mnenj komisije za poslovnik k določbam Poslovnika Državnega zbora; Pavčnik, 1997, str. 32–35.

<sup>25</sup> Stališče ni popolnoma sprejeto, glej podrobno navedbo avtorjev in stališč, v: Nikolić, str. 1112.

razlagalec (sodni in izvršilni organi) uporabil v nasprotju z avtentično razlago zakona, torej z izloženo razlago zakona (napačna uporaba materialnega prava). Vendar pa bi moral prizadeti subjekt izpodbijati odločbo v skladu s procesnimi pogoji, ki jih določa relevantni procesni zakon, kar pomeni, da avtentična razlaga dejansko ne bi imela absolutnih učinkov *ex tunc*. Če bi za nazaj veljala le afirmativna razlaga zakona, bi prizadeti subjekt lahko izpodbijal odločbo, izdano na podlagi izložene razlage zakona, samo, če ta še ni pravnomočna. V tem primeru bi imela avtentična razlaga zakona enake pravne učinke, kot jih ima razveljavitvena odločba Ustavnega sodišča (44. člen Zakona o ustavnem sodišču), saj se nobena od njiju ne uporablja za razmerja, o katerih je bilo pravnomočno odločeno, preden sta začeli veljati.<sup>26</sup> Podobno se sprašuje Sovdatova: »Ustavno sodišče je v primerih, ko je štel, da je zakonodajalec z avtentično razlago v resnici spremenil zakon, zakonsko določbo razveljavljalo 'v delu, v katerem ...' [...] Če ti moji pomisleki ne držijo, [...] imamo opravka z razveljavitvijo zakona, ki ne učinkuje *ex nunc*, kot temu pravimo, ampak imamo opravka z razveljavitvijo zakona, ki ima učinke odprave.«<sup>27</sup> Glede na to, da Ustava prepoveduje učinkovanje zakonskih določb za nazaj, če bi posegale v pridobljene pravice, je pravilnejša druga razlaga, saj se v pravnomočne odločbe in s tem tudi v pridobljene pravice ne sme posegati. Izjema je mogoča le v situaciji, ko bi se prizadetemu subjektu pravni položaj izboljšal, nobenemu drugemu subjektu pa poslabšal. Gre zlasti za primere, ko bi bila druga stranka v postopku država.

Za trenutek se moramo ustaviti še pri posebnostih avtentične razlage zakona v okviru kaznovalnega prava. Za kaznovalno pravo je izjemnega pomena pravna varnost. Gre za to, da se jasno in natančno razmeji tisto, kar je, in tisto, kar ni kaznivo, in sicer tako, da je ta razmejitev vnaprej določena in objavljena, da bi vsakdo imel vsaj možnost vedeti, kaj sme in česa ne sme (*nullum crimen sine lege certa*).<sup>28</sup> Namen avtentične razlage zakona je v tem, da se izločijo »neavtentične« razlage in s tem hkrati jasno potrudi pravilna razlaga zakona. Sprejem avtentične razlage zakona s področja kaznovalnega prava bi pomenil, da je bil zakon po svoji vsebini nejasen in dvoumen, kar pa je zaradi posebnih značilnosti kazenskega prava v nasprotju z ustavnimi načeli pravne varnosti in pravne države. Iz tega sledi, da je avtentična razlaga zakona v okviru kaznovalnega prava nesmiselna in neustavna.

<sup>26</sup> Enako velja za interpretativne odločbe Ustavnega sodišča, katerih pravni učinki so enaki kot pri razveljavitvenih odločbah. Interpretativne odločitve so po vsebini zelo podobne avtentični razlagi zakona, saj iz zakona izločijo nekatere razlage tega akta. Razlikujejo se glede vzroka za izdajo akta, pri interpretativni razlagi gre za uskladitev zakona z Ustavo, pri avtentični razlagi zakona pa za razjasnitev oziroma odpravo dvomov o pravilni razlagi zakona. Glej Nerad, 2003, str. 82–86.

<sup>27</sup> Pritrdilno ločeno mnenje sodnice Sovdatove k sklepu Ustavnega sodišča RS U-I-103/11, z dne 4. julija 2011 (Uradni list RS, št. 55/2011).

<sup>28</sup> Bavcon, Šelih, str. 121.

## 5. Prikaz primerov iz prakse

Zaradi relevantnosti in časovne oddaljenosti se je smiselno osredotočiti le na tiste avtentične razlage zakona, ki so bile sprejete na podlagi novega poslovnika Državnega zbora, čeprav lahko očitke povežemo tudi z obveznimi razlagami zakona, ki jih je Državni zbor sprejemal do sprejema novega poslovnika. V tem času je sprejel 15 avtentičnih razlag zakona, tri v mandatnem obdobju 2000–2004, štiri v mandatnem obdobju 2004–2008 in osem v mandatnem obdobju 2008–2011, v tekočem mandatnem obdobju pa še ni bilo sprejete nobene avtentične razlage zakona.<sup>29</sup> V treh primerih je Ustavno sodišče avtentične razlage razveljavilo. S pomočjo celovite analize dosedanje prakse bomo preverili stališči profesorja Igljičarja, da institut avtentične razlage zakona v mandatnem obdobju 2000–2004 ni bil zlorabljen, ker so bile sprejete le tri avtentične razlage zakona,<sup>30</sup> oziroma da zlorab postopka avtentične razlage v delu slovenskega Državnega zbora do zdaj ni bilo.<sup>31</sup> V članku bomo podrobneje obravnavali samo prve tri avtentične razlage zakona.<sup>32</sup>

Leta 2003 je mnogo prahu dvignila avtentična razlaga člena Zakona o medijih, s katero naj bi Državni zbor natančneje opredelil, kaj pomenita neupravičeno nasilje in pornografija ter katere oblike nasilja in erotike se smejo predvajati v določenih terminih. V avtentični razlagi se nasilje, ki je prepovedano za predvajanje, spet opredeli kot *neupravičeno*, dodajo pa se primeri,

<sup>29</sup> Avtentična razlaga prvega in tretjega odstavka 84. člena Zakona o medijih (Uradni list RS, št. 62/2003); Avtentična razlaga 195. člena Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 32/2004); Avtentična razlaga prvega odstavka 137. člena Zakona o investicijskih skladih in družbah za upravljanje (Uradni list RS, št. 32/2004); Avtentična razlaga prvega stavka četrtega odstavka 62. člena Zakona o zavarovalništvu (Uradni list RS, št. 8/2006); Avtentična razlaga drugega odstavka 187. in drugega odstavka 188. člena Zakona o varstvu okolja (Uradni list RS, št. 17/2006); Avtentična razlaga prvega odstavka 40. člena Zakona o gozdovih (Uradni list RS, št. 115/2006); Avtentična razlaga petega odstavka 10. člena Zakona o Skladu kmetijskih zemljišč in gozdov Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 91/2007); Avtentična razlaga prvega odstavka 16.a člena Zakona o Skladu kmetijskih zemljišč in gozdov Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 56/2010); Avtentična razlaga 3. točke prvega odstavka 21. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Uradni list RS, št. 106/2010); Avtentična razlaga prvega in drugega odstavka 39. člena Zakona o varstvu kulturne dediščine (Uradni list RS, št. 8/2011); Avtentična razlaga druge alineje tretjega odstavka 4. člena Zakona o prejemkih poslovodnih oseb v gospodarskih družbah v večinski lasti Republike Slovenije in samoupravnih lokalnih skupnosti (Uradni list RS, št. 8/2011); Avtentična razlaga drugega odstavka 75. člena in 63. člena v povezavi z drugim odstavkom 75. člena Zakona o prevzemih (Uradni list RS, št. 35/2011); Avtentična razlaga 49.a člena Zakona o sistemu plač v javnem sektorju (Uradni list RS, št. 35/2011); Avtentična razlaga 1. točke prvega odstavka 21. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Uradni list RS, št. 47/2011); Avtentična razlaga 40. člena Zakona o gospodarskih javnih službah (Uradni list RS, št. 57/2011).

<sup>30</sup> Igljičar, 2008, str. 204.

<sup>31</sup> Igljičar, 2006, str. 363. Profesor Igljičar, ki se je z institutom avtentične razlage zakona obširno ukvarjal, je pozneje stališče deloma spremenil. Glej Igljičar, 2010, str. 1069.

<sup>32</sup> Analize in podrobni komentarji preostalih avtentičnih razlag zakona, ki sva jih pripravila skupaj Vanja Bobaš in avtor, so dostopni na <<http://avtenticnarz.blogspot.com/>>.

ki to neupravičenost bolje opišejo: *mučenje ljudi in živali in podobno*, a obenem razlaga izpusti besedo *pretirano* nasilje, kar zoži polje razlage, kakšno nasilje je prepovedano za predvajanje – prepovedano je torej samo nasilje, ki je neupravičeno, kar pomeni nasilje, ki je neutemeljeno in nepotrebno ter se izraža kot izživljanje nad šibkejšimi (glede na primera, podana v avtentični razlagi). Tako se odpre široko polje za predvajanje nasilja, ki je pretirano, vendar pa ni neupravičeno. Res je, da se avtentična razlaga zakona bere skupaj s samim členom, vendar primeri, ki jih našteva razlaga, postavijo miselni vzorec, kakšno je nasilje, ki je prepovedano za predvajanje, in pretirano nasilje tako izpade iz tega konteksta. Tudi pri opredelitvi neupravičenega nasilja avtentična razlaga zmanjša število pojavnih oblik, kaj to je, saj uporabi zelo ozke primere mučenja – neupravičene so lahko tudi drugačne vrste nasilja, ki mučenju niso podobne. Če bi beseda *pretirano* nasilje ostala v razlagi, bi se lahko zagotovila višja stopnja zaščite otrok in mladoletnikov, saj se s tem omogoči večji domet prepovedi predvajanja določenih vsebin, s čimer sama avtentična razlaga ni v prid razlogom, navedenim za njeno sprejetje, to je boljša zaščita otrok in mladostnikov. Enako slabo uslugo si avtentična razlaga naredi pri opredelitvi pojma pornografije, ki ga omeji samo na njegove najbolj ekstremne različice: *zoofilija, nekrofilija, pedofilija, sadomazohizem, sadizem, posilstvo in druge vsebine odvratnosti in nasilja v pornografiji*. Spet torej ostane množica »vrst« pornografije, ki ne spadajo v ta okvir, a so lahko prav tako eksplicitne in *resno škodljive za duševni, moralni ali telesni razvoj otrok in mladostnikov*. Zmoti tudi beseda *odvratnost*, ki je izrazito pojem subjektivne narave in ga stroka težko objektivno razloži. Sklenemo lahko, da avtentična razlaga – namesto da bi na to področje vnesla več jasnosti – še bolj zaplete razumevanje zakonske določbe. Čeprav gre za po vsebini najbolj bizarno avtentično razlago zakona, pa je ta še najbolj v skladu s teoretičnimi zamislimi razlage zakona, saj ne širi obsega pravnih norm, ki jih vsebuje zakonska določba, in se hkrati nanaša na razlago vseh elementov zakonske norme.

Leta 2004 je bila sprejeta avtentična razlaga 195. člena Obligacijskega zakonika,<sup>33</sup> ki naj bi razjasnila posebno vprašanje glede vračanja plačil, če je bila pravnomočna sodna odločba pozneje spremenjena ali odpravljena. Gre za primer avtentične razlage zakona, ki uporabniku te zakonske norme povzroči samo dodatne probleme z razlago norme, in sicer iz dveh razlogov. Temeljna težava je v tem, da je avtentična razlaga zakona sama po sebi dvoumna, saj dopušča dve interpretaciji. Iz avtentične razlage bi se dalo sklepati, (1) da je plačilo na podlagi pravnomočne sodne odločbe, ki je bila pozneje spremenjena ali odpravljena, dodatni abstraktni dejanski stan neutemeljenega plačila, ob treh že navedenih v 195. členu Obligacijskega zakonika (odškodnina zaradi telesne poškodbe, prizadetega zdravja ali smrti, če so bili zneski

<sup>33</sup> Obligacijski zakonik (OZ), Uradni list RS št. 97/2007 – UPB1. Člen 195 OZ določa: »Ni mogoče zahtevati nazaj neutemeljeno plačanih zneskov odškodnine zaradi telesne poškodbe, prizadetega zdravja ali smrti, če so bili plačani poštenemu prejemniku.« Avtentična razlaga 195. člena Obligacijskega zakonika se glasi: »Za neutemeljeno plačilo se šteje tudi plačilo na podlagi pravnomočne sodne odločbe, ki je bila pozneje spremenjena ali odpravljena.«

plačani poštemu prejemniku), oziroma (2) da gre za neutemeljeno plačilo plačanih zneskov odškodnine zaradi telesne poškodbe, prizadetega zdravja ali smrti, če so bili plačani poštemu prejemniku in so bili plačani na podlagi pravnomočne sodne odločbe, ki pa je bila pozneje spremenjena ali odpravljena. Druga težava je, da se nanaša le na en specifični element zakonske norme. Ker se lahko sprejme le ena avtentična razlaga zakonske določbe, te zakonske določbe tudi glede preostalih elementov ni mogoče več naknadno razlagati. Glede na to, da se je očitno pojavil problem razlage zakona v konkretnem primeru, se ni mogoče znebiti občutka, da bi takšno razlago zakona lahko brez težav sprejelo Vrhovno sodišče v skladu s priznanimi metodami razlage. Iz predlagateljve navedbe, »da je vrhovno sodišče v določenih primerih obšlo namen 195. člena Obligacijskega zakonika, ki varuje prejemnike odškodnine, če je bila ta plačana poštemu prejemniku«, se da razbrati, da je šlo za spor o razlagi med Državnim zborom in hierarhično najvišjim rednim sodiščem v državi. Avtentična razlaga je namreč šla v nasprotno smer kot Vrhovno sodišče, ki je decembra 2000 sprejelo načelno pravno mnenje, v katerem omejevalno razlaga pojem »neutemeljeno (plačilo)«. Z drugimi besedami, zakonodajalec je nadigral Vrhovno sodišče z avtentično razlago zakona.<sup>34</sup>

Na isti dan je bila sprejeta še ena avtentična razlaga, s katero je zakonodajalec razložil pojem posla za račun vzajemnega sklada. Primerjava zakonske določbe in avtentične razlage te določbe kaže na to, da je bil z razlago razširjen domet zakonske določbe, saj je poslov, katerih predmet je premoženje vzajemnega sklada, več, kot jih je opredelil prvi odstavek 137. člena Zakona o investicijskih skladih in družbah za upravljanje.<sup>35</sup> Državni zbor je z avtentično razlago zakona dopolnil zakon tako, da mu je v tem delu dal nov pomen. Namen avtentične razlage seveda ne sme biti v dopolnitvi zakona, temveč le v jasnejši razlagi zakona, s tem da pomen zakonske določbe ostane enak, kvečjemu se zaradi izločitve neavtentičnih razlag domet zakonske določbe zoži. Takšno »preobrazbo« zakonske določbe sme Državni zbor storiti le po zakonodajnem postopku, ne po bližnjici s sprejemom avtentične razlage zakona.

Argument redkosti in s tem dopustnosti avtentičnih razlag je treba zavreči že iz razloga, da jih je vse več. Še pomembneje je, da razumemo, da avtentična razlaga ni tipičen pravni predpis za množično uporabo in da služi predvsem kot rešilna bilka za Državni zbor ali Vlado, ko sta

<sup>34</sup> Glej odklonilno ločeno mnenje sodnice Sovdatove k sklepu Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-209/09, U-I-210/09, z dne 19. maja 2011: »Državni zbor ima možnost spremeniti zakon, kadar meni, da mu Vrhovno sodišče z razlago daje drugačno vsebino, kot mu jo je hotel dati sam (v tem pogledu se v ameriški pravni teoriji govori o tem, da zakonodajalec nadigra razlago zakona, ki jo je dalo Vrhovno sodišče).«

<sup>35</sup> Besedilo prvega odstavka 137. člena Zakona o investicijskih skladih in družbah za upravljanje (ZISDU-1, Uradni list RS, št. 110/2002, 73/2003 Skl. US: U-I-127/03-7, 32/2004, 42/2004, 26/2005 - UPB1, 68/2005 Odl. US: U-I-127/03-44, 92/2007 (109/2007 popr.), 65/2008) je določalo: »Družba za upravljanje za račun vzajemnega sklada ne sme sklepati poslov: 1. za svoj račun ali za račun drugih investicijskih skladov, ki jih upravlja [...]«. Avtentična razlaga zakona se glasi: »Kot posli za račun vzajemnega sklada iz prvega odstavka 137. člena Zakona o investicijskih skladih in družbah za upravljanje se štejejo posli, katerih predmet je premoženje vzajemnega sklada.«

v časovni stiski in poskušata »soliti pamet« sodni veji oblasti oziroma se ne želita podvreči demokratični kontroli volivcev na referendumu. To nas vodi k sklepu, da je že ena avtentična razlaga zakona preveč.

Med predlagatelji avtentičnih razlag zakona opazimo, da jih uspešno vlagajo le poslanci in Vlada. Med poslanskimi so še zlasti uspešne tiste, pri katerih je prvopodpisani poslanec iz vrst koalicijskih političnih strank (sedem), samo enkrat je bila sprejeta avtentična razlaga zakona na predlog opozicijskega poslanca. Enkrat so avtentično razlago vložili poslanci iz večine parlamentarnih političnih strank. V preostalih šestih primerih je avtentično razlago zakona predlagala Vlada, pri čemer jo je Vlada dvakrat predlagala na pobudo drugih (prvič na pobudo občine in drugič na pobudo združenja občin). Vlada je praviloma podprla predlog avtentičnih razlag zakonov, ko ni bila sama predlagateljica; izjema je samo primer, ko je predlog vložil opozicijski poslanec. Državni svet in 5000 volivcev niso nikoli uspešno vložili predloga za avtentično razlago zakona.<sup>36</sup>

Med razlogi za sprejem avtentične razlage zakona lahko v predlogih srečamo kopico raznolikih argumentov,<sup>37</sup> in sicer »pomoč povprečnim državljanom in državljankam«, »večja zaščita otrok in mladoletnikov«, »uskladitev zakona s smernicami določenih direktiv Evropske unije«, »lažje izvajanje zakona v praksi«, »zagotovitev boljše in učinkovitejše odzivnosti pristojnih institucij«, »natančnejša določitev pravnih poslov«, »odprava dvomov«, »potreba po natančnejši definiciji zakonskih pojmov«, »napačno razumevanje v praksi«, »zaradi zapletov v praksi«, »pričakovani zapleti v prihodnosti«, »rešitev zadev v korist šibkejši strani, delavcev«, »preprečitev zlorabe pridobivanja določenih pravic«, »zagotovitev uporabe pravičnejše, razumljivejše in enovitejše metodologije izračuna plač«, »preprečitev hudega posega v lastninsko pravico«, »določitev pravilne pravne podlage«, »opredelitev prednostnih terjatev«, »preprečitev težko popravljivih posledic večjemu številu zaposlenih«, »zagotovitev ustrezne stopnje pravne varnosti, ki je v postopkih pred Arbitražo pri GZS ni«. Med argumenti največkrat srečamo predlagateljevo potrebo, da odpravi dvom, razjasni, natančneje definira itd., kaj naj bi konkretna zakonska določba pomenila. Paradoksalno je, da večina motivov za sprejem avtentične razlage zakona ni v sami razjasnitvi zakonske določbe, temveč v realnih učinkih, ki jih bo »spremenjena« zakonska določba imela. Razlaga zakonske norme je samo sredstvo za doseg tega cilja. Omenjeni motivi niso posebej obrazloženi, so pavšalni, ne navajajo se statistični podatki o obsežnosti domnevnega problema. Iz nekaterih obrazložitev predlogov je očitno razviden – in s strani predlagatelja potrjen – namen odzvati se na konkreten primer oziroma postopek, ki teče pred sodnimi oziroma upravnimi organi. V obrazložitvah najdemo tudi

<sup>36</sup> Državni svet kar pogosto uporabi pristojnost predlagati avtentično razlago zakona. V mandatnem obdobju 2002–2007 je vložil šest predlogov. Podatkov, ali so volivci sploh kdaj predlagali avtentično razlago zakona, nimamo.

<sup>37</sup> Za namene članka so argumenti malce poenostavljeni in skrčeni, vendar je bistvo po mnenju avtorja mogoče razbrati.

notranje nekonsistentnosti. Tako se vsakomur poraja logično vprašanje, kako lahko hkrati obstajata tako »dvom« kot »visoka stopnja soglasja« o nekem vprašanju glede razlage zakona.

Posebej zanimivi so trije argumenti, ki jih je navedla Vlada v obrazložitvah predlogov, zakonodajalec pa pozneje sprejel. V prvem primeru Vlada izrecno priznava (sic!), da zakonska določba ne predvideva sankcije, ki jo je predlagala z avtentično razlago. Vlada se zato opira na splošna načela prava v Republiki Sloveniji in človekove pravice (načelo preglednosti, svobodna gospodarska pobuda, konkurenčnost) ter na podlagi tega presodi, da je zakon neustaven. Vlada sicer ne predlaga spremembe zakona, temveč samo sprejem avtentične razlage. Takšen pristop je treba ostro grajati. V dveh predlogih sprejetih avtentičnih razlag se je pojavilo še stališče, da je treba sprejeti avtentično razlago, »češ da bi bilo čakanje na odločitev sodišča (pritožbeni postopek) predolgo ter bi lahko povzročilo težko popravljive posledice večjemu številu zaposlenih«. Vlada in zakonodajalec s stališčem posegata v tekoče postopke pred sodišči in ocenjujeta, da sodni postopki povzročajo škodo strankam v postopku. Za konec omenimo še stališče Vlade, da vsaka avtentična razlaga v zakonsko besedilo vnaša nove elemente. Trditev, da avtentična razlaga ne more v pravno normo uvesti ničesar novega, naj bi pomenila zanikanje take razlage.<sup>38</sup> Vlada torej priznava, da avtentična razlaga bodisi širi bodisi oži obseg pravnih norm v slovenskem pravnem redu.

Vse sprejete avtentične razlage zakona se nanašajo na razlago materialnopravnih določb zakonov. Deloma se sicer razlikuje nazadnje sprejeta avtentična razlaga, v kateri je Državni zbor pojasnil, za kakšno vrsto pristojnosti gre pri reševanju sporov med koncedentom in koncesionarjem v zvezi z izvajanjem koncesijske pogodbe; gre za zadevo, ki je v svojem bistvu povsem identična z zadevo *Stran Greek Refineries in Stratis Andreadis proti Grčiji* pred Evropskim sodiščem za človekove pravice. Največ avtentičnih razlag zakona se nanaša na zakone, ki urejajo javni sektor (šest), zatem gospodarstvo (pet), po ena pa na medije, zasebno lastnino, plačni sistem in na sistemsko zakonodajo.<sup>39</sup>

Avtentična razlaga zakona praviloma vpliva na obseg pravic in obveznosti, ki jih ima naslovnik na podlagi zakonske določbe. Upoštevanje delitev avtentičnih razlag na razširjajoče, zožujoče, pojasnjevalne in deklaratorne lahko ugotovimo, da je slovenski zakonodajalec uporabil predvsem pojasnjevalne (osem), razširjajoče (sedem) in zožujoče (šest).<sup>40</sup> Temeljna ugotovitev je, da so vse avtentične razlage spremenile veljavne zakonske določbe in pravne norme v njih bodisi

<sup>38</sup> Stališče Vlade RS, navedeno v obrazložitvi odločbe Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-51/06, z dne 15. junija 2006 (Uradni list RS, št. 66/2006).

<sup>39</sup> Delitev glede na področja družbenega urejanja je subjektivna, zato avtor dopušča, da posamezni primeri avtentične razlage spadajo v drugo kategorijo oziroma da so kategorije preveč ohlapno ali nepopolno določene.

<sup>40</sup> Nekatere avtentične razlage imajo dvojno naravo, saj so deloma pojasnjevalne, deloma pa zožujoče ali razširjajoče.



glede naslovnikov pravic in obveznosti bodisi glede vsebine teh. Sprejem avtentične razlage zakona, ki v pravni red ne vnaša ali ne odvzema novih pravnih norm, je namreč odvečen.

Na podlagi uporabe avtentične razlage zakona v praksi se lahko izluščijo nekatera nomotehnična pravila v zvezi s tem aktom: (1) avtentična razlaga mora biti jasna, na nedvoumen način mora povedati, kakšna naj bi bila volja zakonodajalca že od vsega začetka; (2) če je le mogoče, mora zajemati razlago celotne zakonske določbe, in ne samo njenega dela; (3) avtentična razlaga zakona ne sme dopolniti ali spremeniti zakonske norme tako, da bi ji dala nov pomen.<sup>41</sup>

Zanimive pravne posledice ima prepletanje začasnih odredb ustavnega sodišča in avtentičnih razlag zakona. Ustavno sodišče je že sprejelo sklep, s katerim je začasno do končne odločitve določilo način izvrševanja zakona tako, da je iz uporabe izločilo tisto razlago zakona, ki jo je sprejel zakonodajalec z avtentično razlago zakona.<sup>42</sup> S tem se postavlja vprašanje, ali so tudi redna sodišča pri razsojanju na podlagi izpodbijanih določb zakona dolžna uporabiti razlago, ki bi bila identična nedovoljeni avtentični razlagi zakona, ali ne. Enopomenskega odgovora ni. Sodišča so vezana predvsem na Ustavo in zakon, pri čemer ju razlagajo in uporabljajo s priznanimi metodami razlage.<sup>43</sup> Če na ta način pridejo do razlage, ki jo je Ustavno sodišče začasno izločilo iz uporabe, smejo in morajo razlagati zakon tudi v nasprotju z začasnim režimom, kot ga je določilo Ustavno sodišče. V praksi je povsem nasprotno, saj so avtentične razlage zakonov sprejete na način, ki bodisi razširja bodisi oži domet pravne norme in ga ni mogoče ubraniti s priznanimi metodami razlage. Zato se zdi, da ima sklep Ustavnega sodišča dejanski učinek *erga omnes*.

## 6. (Navidezna) izjema od pravila: odločba Ustavnega sodišča U-I-128/11

Ustavno sodišče je v odločbi U-I-128/11 ugotovilo, da 49.a člen Zakona o sistemu plač v javnem sektorju, za katerega je Državni zbor sprejel avtentično razlago, ni v nasprotju z Usta-

<sup>41</sup> Spremembe in dopolnitve zakonov ne morejo biti predmet avtentične razlage, temveč so lahko predmet spremembe in dopolnitve zakona, ki mora biti izpeljana v zakonodajnem postopku. Glej odločbi Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-51/06, z dne 15. junija 2006 (Uradni list RS, št. 66/2006), in U-I-308/97, z dne 28. oktobra 1999 (Uradni list RS, št. 98/99, in Odl. US VIII, 232).

<sup>42</sup> Sklep Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-103/11, z dne 4. julija 2011 (Uradni list RS, št. 55/2011): »Do končne odločitve Ustavnega sodišča se uporablja besedilo drugega stavka drugega odstavka 75. člena in 63. člena Zakona o prevzemih [...] brez Avtentične razlage drugega odstavka 75. člena in 63. člena v povezavi z drugim odstavkom 75. člena Zakona o prevzemih [...]«

<sup>43</sup> Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-51/06, z dne 15. junija 2006 (Uradni list RS, št. 66/2006): »S tem so bili določeni pogoji, ki jih mora izpolnjevati veljavna pogodba, da omogoča dosedanjemu izvajalcu dimnikarske službe pridobitev prve koncesije brez javnega razpisa, ki iz interpretirane pravne norme ob uporabi jezikovne, logične, sistematične, zgodovinske in namenske razlage besedila sami po sebi ne izhajajo.«



vo.<sup>44</sup> Gre za prvi primer, da je Ustavno sodišče potrdilo ustavno skladnost avtentične razlage zakona z Ustavo. Sklepamo lahko, da po mnenju Ustavnega sodišča obstajajo primeri, ko je avtentična razlaga zakona lahko skladna z Ustavo.

Razlagani člen zakona se nanaša na prevedbo nominalnih zneskov osnovnih plač javnih uslužbencev in funkcionarjev glede na obstoječe predpise in kolektivne pogodbe. Avtentična razlaga je pojasnila, da se pri prevedbi upošteva količnik, ki je bil za delovno mesto oziroma naziv določen v individualnem delovnopravnem aktu javnega uslužbenca ali funkcionarja. Predlagatelj presoje skladnosti z Ustavo, Računsko sodišče, je zatrjeval neustavnost spornega člena in avtentične razlage, ker dopušča prevedbo tudi nezakonito določenih osnovnih plač. Ustavno sodišče je obrazložilo, da namen prevedbe ni bil v preverjanju zakonitosti določenih osnovnih plač, saj za to obstaja poseben postopek. Zato je opredelilo avtentično razlago zakona, da je v okvirih zakona in v skladu z njegovim namenom. Poskušali bomo dokazati, da je Državni zbor z avtentično razlago zakona le navidezno ostal v zakonskih okvirih.

Avtentična razlaga zakona je torej bila v konkretnem primeru, po mnenju Ustavnega sodišča, pojasnjevalna. Pri tem vidimo več problemov. Prvi je splošni in sistemske narave, saj so pojasnjevalne avtentične razlage zakona kot zavezujoč pravni vir nepotrebne in odvečne. Pojasnjujejo, kar naj bi bilo že razvidno iz zakona. S ponavljanjem že opisanega z drugače zapisanim besedilom avtentične razlage tveganje nejasnosti predpisov kvečjemu povečujejo.

Če vemo, da normativni del avtentične razlage 49.a člena Zakona o sistemu plač v javnem sektorju obsega 969 znakov s presledki, medtem ko ima sam 49.a člen 4197 znakov s presledki, lahko skoraj z gotovostjo trdimo, da avtentična razlaga le deloma razlaga omenjeno zakonsko določbo, prav tako zelo verjetno zaradi neke konkretne situacije, ki se je očitno že zgodila ali se bo zgodila. Drugi problem se tako nanaša na omejen oziroma parcialni domet avtentične razlage zakona, kar smo že kritizirali kot sistemsko pomanjkljivost instituta avtentične razlage zakona. Poleg tega je Ustavno sodišče v obrazložitvi za ugotovitev skladnosti avtentične razlage zakona z Ustavo kot podporni argument uporabilo tudi razlago drugih določb zakona, kar tudi kaže na to, da avtentična razlaga zakona sama po sebi ni dovolj jasna in je treba za razlago uporabiti še druge določbe zakona, pa čeprav je Državni zbor izrecno navedel, da avtentično razlaga zgolj 49.a člen obravnavanega zakona.

Zadnji in ključni problem pojasnjevalne avtentične razlage Državnega zbora izhaja iz načela sodnega samoomejevanja Ustavnega sodišča v razmerju do zakonodajalca.<sup>45</sup> Če je možnih več razlag zakona (plurinormativne pravne določbe) na podlagi priznanih metod razlage, Ustav-

<sup>44</sup> Odločba Ustavnega sodišča U-I-128/11, z dne 14. februarja 2013 (Uradni list RS, št. 20/2013).

<sup>45</sup> Nerad, 2006, str. 154–168.

no sodišče ne sme določiti, katera je (najbolj) pravilna, razen če so vse razen ene neustavne.<sup>46</sup> Ustavno sodišče je v konkretnem primeru sicer presojalo zgolj skladnost zakonske določbe, vključno z razlago, ki jo ponuja Državni zbor, z Ustavo in ugotovilo, da ta ni v nasprotju z Ustavo. Na prvi pogled se zdi, da se ni opredelilo do tega, ali je razlaga zakonske določbe pravilna in edina možna, a po našem mnenju ni tako. Treba je upoštevati, da je avtentična razlaga zakona za zdaj pravno zavezujoča, s čimer je državni zbor s privolitvijo Ustavnega sodišča izločil iz pravnega reda vse druge možne pravno dopustne razlage 49.a člena zakona. V primeru plurinominalnih pravnih določb bi torej Ustavno sodišče moralo upoštevati, da obstajajo še druge možne in veljavne razlage zakona, in oceniti, ali so tudi te skladne z Ustavo. Če so, bi moralo Ustavno sodišče pri svoji odločitvi uporabiti splošni vatel o zožitvi ali širitvi vsebine zakona, in sicer da je možna zgolj s sprejemom novega zakona ali novelo zakona po zakonodajnem postopku, in ne z avtentično razlago zakona. Če niso, kot že rečeno, bi lahko Ustavno sodišče potrdilo skladnost avtentične razlage zakona z Ustavo.

V konkretnem primeru je Ustavno sodišče implicitno zavzelo stališče, da so potemtakem vse druge razlage, vključno s tisto Računskega sodišča, nezakonite in neustavne. Računsko sodišče se je očitno oprlo na jezikovno razlago prvega odstavka 49.a člena razlaganega zakona, ki je prevedbo plač vezal na splošne pravne akte (»po predpisih in kolektivnih pogodbah, ki se uporabljajo do izplačila plače po tem zakonu«). V avtentični razlagi zakona je Državni zbor, nasprotno, vezal prevedbo plač na konkretne pravne akte vsakega od javnih funkcionarjev (»določen v individualnem delovnopravnem aktu javnega uslužbenca«). Splošno sprejeto je, da ima jezikovna razlaga največjo, a ne izključujočo razlagalno moč v pravu. Katerikoli razlagalec predpisa se ne sme izogniti jezikovni razlagi zakona z izgovorom, da je ta neustavna, saj velja domneva o ustavnosti zakona, vse dokler pristojni ustavnosodni organ domneve ne ovrže. Ustavno sodišče se tako sreča z lastno nekonsistentnostjo, saj se v konkretnem primeru ni opredelilo do (ne)ustavnosti jezikovne razlage Računskega sodišča, ki jo je ta organ v okviru svojih pristojnosti zagovarjal, čeprav bi se po našem mnenju moralo, že zaradi dosedanjih pogledov na ustavnosodno odločanje.

## 7. Sklep

Po načelu delitve oblasti je parlament popoln gospodar nad zakonodajnimi predlogi v zakonodajnem postopku. V trenutku, ko je zakon uveljavljen, tak zakon zaživi samostojno življenje in je lahko le predmet konkretne razlage v sodnih in drugih pravnih postopkih. Parlament ima kadarkoli možnost zakon spremeniti ali dopolniti po predpisanem zakonodajnem postopku in seveda z učinki samo za naprej. S tem ne zanikamo pravice parlamenta, da razlaga

<sup>46</sup> Prav tam, str. 48–51.

zakone, temveč omejujemo pravni pomen razlage. Še vedno je lahko parlamentarna razlaga zakona dobrodošel razlagalni pripomoček v sodnih postopkih, ki črpa težo iz moči argumenta ob uporabi priznanih metod razlage, in ne več iz argumenta formalne moči. Izogniti se torej moramo za zdaj napačnemu prevladujočemu stališču v teoriji in praksi, da avtentičnost razlage zahteva tudi njeno obvezno pravno moč. Še krajše, avtentičnost ni avtoritativnost.

Ne glede na kritično obravnavano odločbo Ustavnega sodišča ne odstopamo od stališča, da poštene avtentične razlage zakona, ki je obvezni pravni vir, pač ni. Je samo avtentična zloraba zakona. Znani test indukcije pravi: če je videti kot raca, plava kot raca, se oglašča kot raca, potem verjetno je raca (*duck test*). Niso bile neustavne samo nekatere avtentične razlage zakona, ki jih je do zdaj imelo možnost obravnavati Ustavno sodišče, temveč je neustaven institut kot tak. V tem delu podpiramo zavzemanja tistih sodnikov in sodnic, ki za zdaj na Ustavnem sodišču ostajajo v manjšini. Avtentična razlaga zakona je – če je govor o obveznem pravem viru – institut, ki izjemno grobo posega v demokratične postopke in v neodvisnost sodne veje oblasti ter ni skladen z liberalno-demokratično zasnovo slovenske ustavnosti.

Iz pregleda dosedanje parlamentarne prakse je očitno, da potreba po avtentični razlagi vznikne takrat, kadar se v sodni ali upravni praksi pojavi ali uveljavi razlaga zakona, ki iz takšnega ali drugačnega razloga ni po volji vladajoči parlamentarni večini. Avtentična razlaga zakona s strani zakonodajalca ima pravzaprav samo en namen, tj. vsiliti drugemu oblastnemu organu, praviloma sodišču, da upošteva razlago zakona, kot jo razume parlament, pri čemer mora ta drugi oblastni organ odstopiti od že uveljavljene razlage zakona. Predstavili smo primer, ko je zakonodajalec celo po sprejemu načelnega stališča Vrhovnega sodišča pojasnil, kaj naj bi neka zakonska določba pomenila. Tovrstno zakonodajalčevo grandioznost bi lahko pripisali nerazčiščenim usedlinam prejšnjega skupščinskega režima. Zakaj se parlament tako krčevito oklepa avtentične razlage zakona, zakaj ta zahteva poseben čas in še več prostora za pojasnitev ter zakaj je nedvomno potrebna; v tem prispevku smo poskušali predvsem osmisliti argumente, s katerimi bi zavrnilo neprepričljiva stališča o ustavnosti, koristnosti, smotrnosti in redkosti avtentičnih razlag zakona.

Odločba Ustavnega sodišča U-I-128/11 je gotovo neprijetno presenečenje za zagovornike omenjene teze o zavrnosti avtentične razlage zakona kot take. V prispevku smo prikazali, da je bila argumentacija večine sodnikov Ustavnega sodišča nedosledna in premalo poglobljena. Stališče, da je Državni zbor z avtentično razlago zakona ostal v okviru zakona, je zato zgolj navidezno pravilno in zavaja. Zato smo predlagali, da Ustavno sodišče nameni več pozornosti ustavnopravnim finesam, ko gre za presojo ustavnosti plurinormativnih zakonskih določb.

## Literatura

- Beal, J. P., Coriden, J. A., Green, T. J., *New commentary on the Code of Canon Law*, Paulist Press, Mahwah 2002.
- Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, 2e tome, Fontemoing, Pariz 1923.
- Fernández de Casadevante Romaní, C., *Sovereignty and interpretation of international norms*, Springer, Berlin 2007.
- Galič, A., Arbitrabilnost sporov iz koncesijske pogodbe, *Pravna praksa*, št. 42/2011, str. 11–12.
- Igličar, A., Pravnopolitični in nomotehnični vidiki avtentične razlage, *Pravni letopis*, 2008, let. 1, str. 195–206.
- Igličar, A., Redni zakonodajni postopek kot garant dobrih zakonov, *Javna uprava*, št. 2-3/2006, str. 345–368.
- Igličar, A., Zloraba postopkov sprejemanja splošnih pravnih aktov, *Podjetje in delo*, št. 6-7/2010, str. 1066–1069.
- Montesquieu, Baron de, Charles de Secondat, *The Spirit of Laws*, G. Bell & Sons, London 1914.
- Nerad, S., Pravne posledice in narava odločb ustavnega sodišča v postopku ustavnosodne presoje predpisov, magistrsko delo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2003.
- Nerad, S., Interpretativne odločbe ustavnega sodišča, *Uradni list Republike Slovenije*, Ljubljana 2006.
- Nikolić, P., Prilog pitanju karaktera autentičnog tumačenja zakona, *Pravni život*, št. 11/1982, str. 1101–1116.
- Pavčnik, M., Teorija prava (IV): Retroaktivnost splošnih pravnih aktov, *Pravna praksa*, št. 20/1997, str. 32–35.
- Pavčnik, M., *Teorija prava*, tretja izdaja, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Perović, S., *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata*, IRO Svetozar Marković, Beograd 1984.
- Romac, A., *Florilegij latinskih izreka*, Minerva, Zagreb 1988.
- Vranešič, J., *Avtentična razlaga zakona*, diplomsko delo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2005.
- William of Ockham, *Dialogus*, pars 1, lib. 6, cap. 94–100, <<http://www.britac.ac.uk/pubs/dialogus/w1d6dg.html>> (12. 2. 2012).
- Zagorc, S., *Poslanski mandat in nezdržljivost poslanske funkcije*, Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, Maribor 2009.
- Zagorc, S., *Avtentična razlaga zakona*, *Zbornik znanstvenih razprav*, 2012, let. 72, str. 273–298.
- Zakonodajna pravna služba Državnega zbora: Mnenje o Predlogu za sprejem avtentične razlage 1. točke prvega odstavka 21. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ORZFPPIPP21-1), EPA 1816-V, Ljubljana (11. maj 2011).
- Zbirka razlag Poslovnika Državnega zbora in stališč, priporočil ter mnenj komisije za poslovnik k določbam Poslovnika Državnega zbora: *Delovni pripomoček*, Ljubljana, avgust 2000.

*Strokovni članek*  
*UDK 342.537.4(497.4)*

## Nujni zakonodajni postopek

ANDREJA KURENT,  
*Zakonodajno-pravna služba*  
*Državnega zbora RS*

### 1. Uvod

V prispevku želim z nomotehničnega vidika prikazati nujni zakonodajni postopek oziroma opisati, kako obravnava predloga zakona po nujnem postopku vpliva na kakovost zakonov. Vse prevečkrat so namreč predlogi zakonov, ki so predloženi v zakonodajni postopek po nujnem postopku, nomotehnično izjemno problematični. Sklepam, da tudi zato, ker so pripravljavci zakonskih predlogov (torej tedaj, ko zakonski predlog še ni vključen v ožji zakonodajni postopek, ki poteka v Državnem zboru) v časovni stiski in včasih ne upoštevajo pravil, ki jih določa nomotehnik kot veda o pripravi predpisov. Oblikovanje besedila poslabšujejo tudi vedno novi predlogi oziroma ideje po vključitvi novih rešitev. Zato so pogosto problematične že same določbe zakonskega predloga kot samostojna celota, nejasen je njihov odnos oziroma vključenost v osnovni zakon in v pravni sistem. Zaradi nezadostne obrazložitve, ki ne pojasni same določbe, temveč vse prevečkrat vsebuje le njen povzetek, sta otežena razumevanje in presoja besedila. Ker pa so večinoma po nujnem postopku predložene novele zakonov, je stanje še slabše, saj je treba hkrati slediti dvema besediloma, kar seveda podaljša čas prebiranja. In če k temu prištejemo še pomanjkanje časa za poglobitev v besedilo, njegovo razumevanje in povezljivost v pravni sistem, pa tudi oblikovanje pravih amandmajev, ni nenavadno, da so zakoni, sprejeti po nujnem postopku, slabše kakovosti (tako po vsebini kot po nomotehničnem oblikovanju). Glede na to, da bi morali že vsi pripravljavci zakonskih besedil obvladati nomotehnična pravila, saj so zapisana v Nomotehničnih smernicah, je verjetno le pritiskom političnih akterjev in pomanjkanju zadostnega časa mogoče pripisati ne dovolj dobro formulirane določbe. Torej, če parafraziram besede predsednice vlade: tudi za pripravo dobre zakonodaje potrebujemo čas.

## 2. Ocena stanja

Ta prispevek je v danem trenutku še toliko bolj relevanten, saj je ob predstavitvi Nacionalnega reformnega programa in Programa stabilnosti predsednica vlade napovedala cel niz ukrepov za odpravo gospodarske in finančne krize, v kateri je Slovenija. Te napovedi se bodo udeležile tudi z zakonskimi posegi in nakazano je bilo, da se bodo vsi zakonski projekti v Državnem zboru zaradi »časovne stiske« obravnavali po nujnem postopku. Le upamo lahko, da ne bo hkrati predlagana še tako imenovana paketna zakonodaja. Glede na dejanske okoliščine, ki smo jim priča te dni, in glede na stisko, v kakršni je država zaradi morebitne zaostritve gospodarske krize, temu ni mogoče oporekati. Vseeno pa se ob tem vprašamo, ali kriza (gospodarska, finančna in časovna), ki je tokrat navedena kot razlog za nujne zakonodajne postopke, res traja že nekaj zadnjih desetletij. To namreč kaže statistika sprejemanja nujnih postopkov v Državnem zboru. V mandatu 1996–2000 je bilo predlaganih 214 hitrih<sup>1</sup> zakonodajnih postopkov, v mandatu 2000–2004 122,<sup>2</sup> v mandatu 2004–2008 je bilo predlaganih 110 nujnih postopkov, v tem mandatu pa je bilo do zdaj sprejetih že 46 zakonov po nujnem postopku.<sup>3</sup>

Upam, da je bilo lansko sprejemanje Zakona za uravnoteženje javnih financ (ZUJF), ki je potekalo po (ekstra) nujnem postopku – tako glede obsega zakonskih rešitev, števila posegov v druge zakone kot tudi glede načina obravnave na nočnih sejah, pod velikim časovnim pritiskom – vladi zadosten zgled, kako se zakon ne sme sprejemati. Ministri kot del vlade, ki je predlagala tak zakonski predlog, in poslanci, ki so ZUJF sprejeli, niso znali pojasniti, kaj ZUJF v končni različici vsebuje, kakšne so vse rešitve, kakšne vplive ima, kakšne so njegove posledice. Še bolj značilen pa je podatek o ceni sodnih sporov in posledicah odločitev, ki so jih sodišča v zvezi z ZUJF sprejela. Po ocenah so sodišča razveljavila približno četrtino prihrankov razvpitega zakona.<sup>4</sup> Naj ob tem dodam, da je Zakonodajno-pravna služba (v nadaljevanju ZPS) k predlogu zakona pripravila mnenje, ki je obsegalo kar 45 strani, vse pripombe pa niso bile upoštewane.

Podoben primer neznosne lahkosti obravnave zakonskega predloga po ekstra nujnem postopku je Zakon o slovenskem državnem holdingu. Predlog zakona je bil v Državni zbor vložen v petek, 13. julija 2012, po nujnem postopku, da bi se preprečile težko popravljive posledice za delovanje države, ki lahko nastopijo zaradi trenutno zaostrenih gospodarskih razmer v državi.<sup>5</sup> ZPS je mnenje o njem podala že v ponedeljek, 16. julija 2012, ko je bila sklicana seja matičnega

<sup>1</sup> Do leta 2000 so bili hitri postopki, ki so se kasneje preimenovali v nujne postopke.

<sup>2</sup> Leta 2002 je bil Poslovnik Državnega zbora spremenjen tako, da je le vlada lahko predlagateljica nujnega zakonodajnega postopka, do tedaj pa ga je lahko predlagal vsak subjekt z zakonsko iniciativo.

<sup>3</sup> Računalniška baza Državnega zbora.

<sup>4</sup> Gl. Mario Belovič, Jalovo varčevanje, Delo, 19. 4. 2013, str. 2.

<sup>5</sup> Predlog zakona o Slovenskem državnem holdingu, št. 450-01/12-20/1.

delovnega telesa (v nadaljevanju MDT). Potem pa se je zalomilo in se je celotna procedura zelo upočasnila. Na izredni seji je Državni zbor sklenil, da predloga zakona ne bo obravnaval na julijski, temveč šele na kasnejših sejah. Ko je bil zakon 28. septembra 2012 le sprejet, so sledili veto Državnega sveta, zatem zahteva za razpis referendumu in kasneje presoja referendumske zahteve na Ustavnem sodišču, tako da je bil zakon objavljen v Uradnem listu RS šele 27. decembra 2012.<sup>6</sup> Torej je od vložitve v zakonodajni postopek do uveljavitve potreboval kar pet mesecev, dejansko pa še vedno ni začel. Trdno sem prepričana, da bi bil zakon uveljavljen v istem času, če bi se z njim postopalo po rednem zakonodajnem postopku, v katerem bi se pojasnila, razrešila in uskladila sporna vprašanja. Za primerjavo lahko povem, da je bilo tudi za sprejem novega Zakona o delovnih razmerjih potrebnih pet mesecev – zakonodajni postopek se je začel 19. oktobra 2012, zakon pa je bil v Uradnem listu RS objavljen 13. marca 2013.<sup>7</sup>

V vsakdanjem življenju res nastopijo nepredvidljive in izjemne okoliščine, ki zahtevajo takojšnjo reakcijo zakonodajalca. Težko pa me je prepričati, da težko popravljive posledice za delovanje države<sup>8</sup> lahko interventno odvrne zakon, ki vsebuje nad 100 členov, spremlja ga kopica amandmajev, obravnava in sprejme pa se tako rekoč čez noč. Zato s strokovnega vidika ne nasprotujem kratkim zakonom, predlaganim v sprejem po nujnem postopku, zlasti če je tudi tempo sprejemanja takega zakona daljši od enega tedna. To pomeni, da se da zadosten čas strokovnim službam za pripravo zakonskega predloga, za kritično presojo besedila vsem zainteresiranim, tako zainteresirani kot strokovni javnosti, zatem opoziciji in tudi ZPS. Poslovniške določbe namreč ne onemogočajo sklica izredne seje zbora, na kateri bi se lahko le »potrdil« zakonski predlog, ki bi ga prej v vseh detajlih obdelalo MDT. Poslovnik Državnega zbora je bil namreč zasnovan tako, da naj bi se glavno ali pretežno delo v zvezi z zakonskim predlogom opravilo na seji MDT. V vseh drugih primerih, ko gre na primer za daljše besedilo, sprejem celotnega obsežnega zakona, celo systemskega ali reformnega, ki je predložen v eks-presno potrditev (v enem tednu ali prej), pa po mojem mnenju že lahko govorimo o zlorabi poslovniških določb glede nujnega postopka.

### 3. Pravna podlaga

#### 3.1. Ustava

Ustava Republike Slovenije (v nadaljevanju Ustava) v 2. členu Slovenijo opredeljuje kot pravno državo, v 89. členu pa določa, da Državni zbor sprejema zakone v večfaznem postopku, če

<sup>6</sup> Zakon o Slovenskem državnem holdingu, Uradni list RS, št. 105/2012.

<sup>7</sup> Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list RS, št. 21/2013.

<sup>8</sup> Eden od razlogov, zaradi katerega lahko vlada predlaga sprejem zakona po nujnem postopku, določen v prvem odstavku 143. člena Poslovnika Državnega zbora.

ni s poslovnikom določeno drugače. Poslovnik te možnosti ni izkoristil, saj je le za ustavne zakone določil, da se ne sprejemajo v trifaznem postopku. V vseh drugih zakonodajnih postopkih pa se opravijo vse tri faze. Prva obravnava je namreč opravljena že s posredovanjem gradiva poslancem<sup>9</sup> (kot pri rednem postopku, če ni zahtevana splošna razprava). V nujnem postopku je splošna obravnava zakonskega predloga izključena. Po svojem bistvu je splošna razprava namenjena javnosti, predvsem zato, da se seznanijo s predlaganim aktom in tudi s stališči političnih strank do obravnavane zakonske materije. Ker ta del v nujnem postopku manjka, bi lahko rekli, da parlament v nujnem postopku postopa precej netransparentno. K temu še bolj prispeva sama hitrost sprejemanja zakona, saj se druga in tretja obravnava že po pravilu opravita na isti seji Državnega zbora, isti ali naslednji dan.

Nekatere ustave, med njimi tudi nemška, pa govorijo o zakonodajnem in znotraj njega o nujnem postopku. Po Evropi je ureditev nujnega zakonodajnega postopka zelo različna, v nekaterih državah je celo nimajo. Različna je tudi pogostost uporabe tega ali primerljivega instituta – na Cipru na primer šele v zadnjih mesecih intenzivno po nujnem postopku sprejemajo zakonodajo za konsolidacijo javnih financ.

Nemška ustava, iz katere smo prevzeli več pravnih institutov, sicer določa neke vrste nujni zakonodajni postopek, ki pa je popolnoma neprimerljiv z našim. Nemški Temeljni zakon predvideva dva izjemna primera, ko ob določenih predpostavkah vlada lahko razglasi predlog zakona za nujnega, čemur sledi nujni ali poenostavljeni zakonodajni postopek. To sta stanje nujne zakonodaje in vojno stanje. Če povzamem prvi primer,<sup>10</sup> ki je zanimiv za našo tematiko, gre za okoliščine, ko predsednik vlade ne uživa več zadostne podpore v Bundestagu in ta zavrne predlog zakona, ki ga je vlada razglasila za nujnega.<sup>11</sup> Zato lahko zvezni predsednik na predlog vlade in ob soglasju Bundesrata razglasi stanje nujne zakonodaje glede predmetnega zakona. Če po tej razglasitvi Bundestag ponovno zavrne zakonski predlog, ga sprejme tako spremenjenega, da ne ustreza vladi, ali pa ga ne sprejme v roku štirih tednov, za sprejem zakona zadošča že soglasje Bundesrata. Vendar pa Nemčija še nikoli ni postopala po teh postopkih.

Ker se v širšem smislu zakonodajni postopek konča s promulgacijo in objavo zakona, velja omeniti tudi določbo 91. člena Ustave, ki predsedniku države določa le en rok za razglasitev zakona, in sicer najkasneje osem dni po sprejemu zakona, ni pa določbe, da bi se ta rok lahko skrajšal. Vsebuje pa jo na primer poljska ustava, ki določa, da mora predsednik države podpisati nujni zakon v sedmih dneh namesto v štirinajstih.

<sup>9</sup> Člen 121 Poslovnika Državnega zbora.

<sup>10</sup> Člen 81 Temeljnega zakona.

<sup>11</sup> Nujni zakon je sicer omenjen v 76. členu – njegova posebnost je le, da mora Bundesrat v krajšem, tritedenskem roku obdelati zakon, ki ga je vlada razglasila za nujnega (in *vice versa*).



### 3.2. Poslovnik Državnega zbora

Uvodoma je treba reči, da je nujni zakonodajni postopek v našem poslovniku dovolj dobro urejen, problematična je le njegova (zlo)uporaba v praksi. Žal je med teorijo in prakso precejšnje razhajanje.

Kot je bilo že rečeno, poslovniških določb glede nujnega postopka tokrat nismo povzeli iz nemške ureditve, temveč se navezujejo še na staro jugoslovansko ureditev. Ureditev se je od leta 1954 dopolnjevala in zaostrovala do današnjih dni. Veljavna ureditev je enaka tisti, ki jo je uvedel poslovnik iz leta 2002, in se glasi:

#### d) Nujni postopek za sprejem zakona<sup>12</sup>

##### 143. člen

(1) Kadar je sprejem zakona nujen zaradi **interesov varnosti ali obrambe države ali zaradi odprave posledic naravnih nesreč ali zato, da se preprečijo težko popravljive posledice za delovanje države**, lahko vlada predlaga sprejem zakona po nujnem postopku.

(2) Razloge za sprejem zakona po nujnem postopku vlada posebej **utemelji**.

(3) Če **kolegij** odloči, da se predlog zakona obravnava po nujnem postopku, predsednik **takoj** določi matično delovno telo in mu dodeli predlog zakona v obravnavo.

(4) Predlog zakona, ki se obravnava po nujnem postopku, se uvrsti na **prvo sejo državnega zbora** po odločitvi kolegija.

(5) V nujnem postopku se uporabljajo vse določbe tega poslovnika, ki v naslednjem členu niso izrecno izvzete.

##### 144. člen

(1) V nujnem postopku za sprejem zakona se **ne opravi splošna razprava** na podlagi 122. člena tega poslovnika. Druga in tretja obravnava se opravi na **isti seji**. Druga obravnava se v tem primeru začne z obravnavo predloga zakona v matičnem delovnem telesu po določbah tega poslovnika o drugi obravnavi.

(2) V nujnem postopku za sprejem zakona **ne veljajo roki**, ki so določeni za posamezna opravila v rednem zakonodajnem postopku.

(3) V nujnem postopku za sprejem zakona se lahko predlagajo **amandmaji tudi ustno** na sami seji **do zaključka razprave** o delih oziroma členih zakona. Ustno predlagani amandma

<sup>12</sup> S krepko pisavo je označen tisti del besedila, ki se razlikuje od ureditve rednega zakonodajnega postopka.

je treba pred glasovanjem predložiti predsedujočemu na seji matičnega delovnega telesa ali državnega zbora pisno z obrazložitvijo.

(4) Državni zbor lahko zahteva, da se do amandmajev, vloženih po seji matičnega delovnega telesa, opredeli matično delovno telo.

Poslovník glede nujnega postopka vsebuje še določbo,<sup>13</sup> da v primeru, ko odločitvi kolegija o nujnem postopku v petih dneh pisno nasprotuje petina poslancev, o postopku odloči Državni zbor. Po 145. členu Poslovníka Državnega zbora imajo lokalne skupnosti v 30 dneh možnost izraziti svoje mnenje glede določb, s katerimi zakon neposredno posega v njihove pravice ali položaj, pri čemer je ta rok glede zakona po nujnem postopku skrajšan na 15 dni.

### 3.3. Resolucija o normativni dejavnosti<sup>14</sup>

Celotna resolucija je prepredena z načeli in skrbjo za kakovostni pravni red. Že v II. poglavju z naslovom Ocena stanja resolucija opozarja, da »se predpisi pripravljajo pod časovnimi pritiski ob nespoštovanju predpisanih rokov in brez sodelovanja s strokovno, ciljno in splošno javnostjo. To vse zmanjšuje pravno varnost in učinkovitost družbenih sistemov ter zaupanje v pravno državo.« V VII. poglavju z naslovom Uresničevanje resolucije pa je zapisano »zato, da bi zakonodajca odražala družbena razmerja, opredeljena v ustavi, pri normativnem urejanju treba dosledno zagotoviti, da se sprejemanje predlogov zakonov po nujnem postopku omeji le na restriktivno uporabljene poslovniške razloge za tak postopek (trinajsta alineja), ob predlogu zakona pripraviti tudi osnutke podzakonskih predpisov, ki skupaj predstavljajo celoto urejanja družbenega razmerja (sedemnajsta alineja), pripraviti vsebinske obrazložitve določb predlogov zakonov zaradi boljšega razumevanja in pravičnega izvajanja ter morebitnih kasnejših razlag namena zakonskih določb (osemnajsta alineja)« in končno za ta kontekst tudi devetnajsta alineja, ki zapoveduje »dosledno spoštovanje predpisanih postopkov in rokov brez časovnih pritiskov«.

### 3.4. Koalicijska pogodba

Koalicijska pogodba seveda ni pravni vir, je pa močna politična zaveza. Žal se v praktičnem političnem življenju vsebina koalicijske pogodbe povzdiguje nad siceršnjo normativno ureditev, zato jo zelo pogojno navajam v tem poglavju kot neke vrste pravno podlago.

Aktualna koalicija se je v Dogovoru o sodelovanju Pozitivne Slovenije, Socialnih demokratov, Državlanske liste in Demokratične stranke upokojencev Slovenije<sup>15</sup> za obravnavano pro-

<sup>13</sup> Deseti odstavek 21. člena Poslovníka Državnega zbora.

<sup>14</sup> Uradni list RS, št. 95/2009.

<sup>15</sup> Glej <http://www.delo.si/assets/media/other/20130313>, str. 5.

blematiko v II. poglavju z naslovom Vrednote zavezala: »Pri skupnem delu in sprejemanju odločitev bomo člani in članice političnih strank dosledno spoštovali pravno državo in krepili pravično družbo, spoštovali različnost in aktivno spodbujali solidarnost. Vodile nas bodo temeljne demokratične in etične vrednote: nedotakljivost človekovih pravic in svoboščin, spoštovanje človekovega dostojanstva in medsebojno spoštovanje ... Kot odgovorni upravljavci in upravljavke države smo državljanke in državljanom dolžni najti strpne, premišljene, učinkovite in odgovorne rešitve v javnem interesu ... V duhu državotvornosti bomo spoštovali državne institucije in zagotavljali dobro sodelovanje vlade z državnim zborom, predsednikom republike in sodno vejo oblasti.«

Med programskimi prioritetami na področju javne uprave pa se je koalicija med drugim zavezala, da bo uvedla »kakovostno, uravnoteženo in učinkovito zakonodajo; dosledno bomo izvajali Resolucijo o normativni dejavnosti, zagotovili bomo razvoj in implementacijo orodij za presojo učinkov predpisov, uvedli načrtno evalvacijo in zagotovili spoštovanje minimalnih standardov glede izvedbe posvetovanj z javnostmi.«

#### 4. Konkretni primer

Na praktičnem primeru bo najbolje prikazano, kje so slabosti sprejemanja zakona po nujnem postopku. Trenutno je aktualno spreminjanje stečajne zakonodaje, ki je bila tudi moj zadnji primer obravnave predloga zakona po nujnem postopku.

Za predstavo o časovnem prihranku si je treba ogledati na primer vse sprejete novele tako imenovanega stečajnega zakona. Prvotni Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) s 500 členi je bil objavljen po približno trimesečnem zakonodajnem postopku. Tudi prva novela, ki je vsebovala 36 členov, je bila uveljavljena v približno dveh mesecih in pol. Druga novela je bila že vložena po nujnem postopku. Za vsebino sedmih členov je bilo potrebnih 27 dni, dva meseca in pol pa je za uveljavitev potrebovala naslednja novela s 97 členi.

Potem se je malo zapletlo, ko je opozicija zaporedoma vložila najprej predlog zakona, ki je bil v splošni razpravi zavržen, nato pa še dva zakonska predloga, ki ju je Državni zbor obravnaval v hibridu z zakonskim predlogom, ki ga je vlada vložila po nujnem postopku (10 členov) in je bil po mesecu in pol objavljen v Uradnem listu RS.

Nadaljnja novela je bila spet predlagana po nujnem postopku, vendar pa nista bila uspešna niti postopek niti predlog zakona. Predlog zakona v splošni razpravi je namreč Državni zbor zavrnil.

Sledili sta dve avtentični razlagi – za prvo je državni zbor potreboval deset dni od vložitve predloga do objave, za drugo pa mesec in pol.

Približno eno leto nihče ni predlagal spreminjanja stečajne zakonodaje. Zatem pa je vlada v ponedeljek, 22. aprila 2013, v parlament vložila predlog zakona s tako utemeljitvijo nujnega postopka: »Vlada Republike Slovenije predlaga Državnemu zboru, da predlog zakona obravnava po nujnem postopku, da se preprečijo težko popravljive posledice za delovanje države, do katerih bi lahko prišlo, v kolikor zakon ne bi bil pravočasno sprejet. Sprejem zakona je nujen zaradi zagotovitve učinkovite in realne možnosti prestrukturiranja insolventnih podjetij, kar je izjemnega pomena za ohranitev zdravega dela gospodarstva in delovnih mest v Republiki Sloveniji.«<sup>16</sup> V petek, 26. aprila 2013, je kolegij predsednika Državnega zbora potrdil nujni postopek, naslednji ponedeljek, 29. aprila 2013, je bilo objavljeno mnenje ZPS, ker so sledili prazniki, je bila seja MDT 8. maja 2013, Državni zbor pa je zakon sprejel 23. maja 2013, torej v enem mesecu od predložitve.

Problem obravnave zakonskega besedila v tem primeru, ko je od vložitve predloga zakona v Državni zbor do seje MDT preteklo zelo malo časa, je v obsegu zakonskega besedila. Obravnavana novela obsega namreč več kot 100 členov (med njimi so tudi člani a, b, c ...). Že besedilo osnovnega zakona, zaradi tega pa tudi besedilo predlagane novele, je po vsebini zelo zahtevno. Žal so obrazložitve členov izjemno skromne, obrazložitev člena večkrat le povzame določbo. S tem so zelo oteženi razumevanje same določbe, njena umeščenost v osnovni zakon, pravni red in tudi presoja posamezne določbe.

Ker se je obravnava zakona po nujnem (ekspresnem postopku, to je v nekaj dneh) tiho napovedovala že nekaj dni pred dejansko vložitvijo, smo pridobili gradivo, ki ga je vlada objavila na svojih straneh. Vendar pa se je pri medresorskem in koalicijskem usklajevanju besedilo spreminjalo in se je zaradi množine besedila razgubil pregled nad določbami, torej nad spornostjo določb in nad njihovo medsebojno skladnostjo, hkrati pa tudi nad skladnostjo celotnega zakona.

Ker se je nakazovala nujna seja MDT in izredna seja Državnega zbora, je bilo mnenje ZPS pripravljeno že 29. aprila 2013. Vendar mu takrat, kot v podobnih primerih, niso sledili amandmaji koalicijskih skupin, ki bi odpravili nedoslednosti ali nepravilnosti besedila, na kar je opozorila ZPS, temveč so bili amandmaji distribuirani šele na seji MDT. Ob tem le dostavek, da je samo ena poslanska skupina en dan pred sejo MDT vložila svoje amandmaje. Za vložitev amandmajev v nujnem postopku sicer ni predpisanega roka. Na seji MDT pa smo prejeli že omenjene amandmaje in pripombe zainteresirane strokovne javnosti ter Sodnega sveta. V takem trenutku, ko je treba slediti razpravi, hkrati pa brati (težko rečem proučiti) strokovne pripombe, je kakovostno delo le težko opravljeno. Ob tem pa je treba upoštevati, da se v nujnem postopku amandmaji lahko vlagajo tudi ustno, kar je po mojem mnenju po-

<sup>16</sup> Spremnj dopis k Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (št. 450-01/13-13/1) z dne 22. 4. 2013.

polnoma neprimerno. Snovalec te poslovniške določbe je morda imel v mislih le nekakšne popravke besedila ali pa popravljanje amandmajev, torej neproblematično in krajšo vsebino. Praksa pa gre po drugi poti. Tako se vlagajo amandmaji s popolnoma novo vsebino (morda tudi v povezavi z rešitvami v drugih zakonih, česar v takem trenutku niti ni mogoče preveriti), vlagatelji pa prostodušno priznajo, da so se ravnokar spomnili na to vsebino, ki bi jo mogoče nujno kazalo vključiti v ta zakon v tem trenutku. S takim načinom dela se težko sledi zavezam pravni državi, jasnosti, določnosti in razumljivosti predpisov.

Ker je bil predlog obravnavane novele najprej (po vladnem scenariju) predviden za sprejem po rednem postopku, je sicer potekalo usklajevanje, vendar ne glede vseh določb. Niso se namreč obravnavale določbe, ki so bile v zakonsko besedilo vključene v zadnjem trenutku pred potrditvijo na vladi. Hkrati pa je bil, skladno s prvotno pripravljeno zakonsko ureditvijo, predviden normalen prehod na novo ureditev, torej s prehodnimi določbami, ki so na primer predvidevale trimesečni rok za izdajo podzakonskega akta, šestmesečni rok za prilagoditev oziroma vzpostavitev ustreznega računalniškega programa itd. Končno pa je ostala tudi uveljavitvena določba z ustavnim rokom petnajstih dni.

Absurdnost situacije je še večja, če se navežem še na druge poslovniške določbe, ki so sicer skladne z osnovno idejo sprejemanja zakona po nujnem postopku, v ekspresnem postopku pa je zadeva že kar tragikomična. Po eni strani se z obravnavo zakonskega predloga zelo hiti in ni časa za kakovostno pravno presojo (zakon je predvsem pravni akt!), po drugi strani pa se zaradi poslovniških in ustavnih določb dopušča čas, ki pomeni pravzaprav prazen tek. Kot rečeno, bistvena poanta poslovniških določb je v tem, da naj bi se temeljno (in temeljito) delo opravilo na seji MDT. Kot sem prikazala, ni tako, saj je do seje delovnega telesa premalo časa, pa tudi v konkretnem primeru je bila razprava glede predloga zakona v drugi obravnavi, skupaj z vsemi amandmaji, končana v dobrih treh urah.

Zakonski predlog, obravnavan po nujnem postopku, se po poslovniški določbi uvrsti na prvo sejo Državnega zbora. Če ni zahteve po izredni seji zbora, ki bi obravnavala ta nujni predlog zakona, se zakonski predlog uvrsti na redno sejo, kakor je bilo tudi pri obravnavanem predlogu zakona.

In končno, ko je zakon sprejet, najprej čaka osem dni na razglasitev, nato pa še na objavo v Uradnem listu RS. Zakon o Uradnem listu Republike Slovenije ne predvideva posebnega postopanja, če gre za objavo zakona po nujnem postopku. V 4. členu sicer določa, da Uradni list izide enkrat na teden, lahko pa tudi večkrat, če to zahtevajo Državni zbor, vlada ali predstojnik Službe Vlade RS za zakonodajo. Če te zahteve ni, se zakon objavi kasneje. To pomeni, da je bil zakon, s katerim se je tako hitelo, uveljavljen šele 15. junija 2013.<sup>17</sup> Navadno je redni za-

<sup>17</sup> Pod pogojem, da ne bosta sprožena veto Državnega sveta ali referendum.

konodajni postopek končan v dveh mesecih, tako da nujni postopek pomeni izjemno majhen časovni pribitek, vendar večkrat na račun kakovosti zakona.

## 5. Presoja Ustavnega sodišča

Po meni znanih podatkih Ustavno sodišče Republike Slovenije še ni presojalo ustavnosti nujnega postopka za sprejem zakona. Že večkrat pa ga je presojalo na primer češko ustavno sodišče. Predstavljena odločba glede presoje nujne zakonodaje (ureditev tega instituta je precej primerljiva nemški) izpostavlja tudi druge pomanjkljivosti nujnega postopka, vezane predvsem na položaj opozicije (prvi del odločbe), v drugem delu pa so razčlenjeni pogoji, ki bi morali biti uporabljeni za uporabo nujnega postopka.

Odločba češkega ustavnega sodišča (2011/03 – PL. US 55/10: State of legislative emergency) se v povzetku glasi:<sup>18</sup>

Predstavnikom parlamentarne opozicije mora biti glede na ustavno zagotovljene pravice manjšin (pri čemer ustavno sodišče poda domnevo, da je opozicija sestavljena iz predstavnikov političnih strank, ki so v parlamentu, vendar pa niso neposredno vključene v izvajanje vladne oblasti in sami sebe priznavajo kot številčno manjšino) v mejah zakonodajnega postopka dopuščeno izvajanje teh pravic; izvajanje pravic opozicije se ne sme onemogočiti, saj so v demokraciji nenadomestljive. Temeljne pravice parlamentarne opozicije in tudi vsakega njenega posameznika, ki so ustavno zagotovljene z demokratičnim načelom pravne države, posebej vključujejo: zagotovitev pravice do njihove udeležbe v parlamentarnem postopku, pravice, ki jim dopuščajo nadzor nad vlado in vladno večino v parlamentu, pravico do blokiranja ali odlaganja odločitev, ki jih je sprejela večina, prav tako pa tudi pravico do sprožitve ustavne presoje sprejetih odločitev (aktov), seveda pa te pravice parlamentarno opozicijo in njene člane ščitijo tudi pred pregonom in samovoljo (arbitrarnostjo) večine. Pomen in raven ureditve teh pravic v nekem sistemu, kot tudi manevrski prostor, ki je parlamentarni opoziciji na voljo za opravljanje njenih nenadomestljivih funkcij, ni samo znak ravni politične in parlamentarne kulture v družbi, temveč izraža tudi raven demokratičnega duha nekega političnega sistema. Pri določanju širine jamstva naštetih pravic in tudi pri njihovem uveljavljanju je vedno treba iskati in doseči ravnotežje med legitimnimi interesi vladne večine in parlamentarne opozicije ali manjšine. Če se jim te pravice ne priznavajo ali pa se ne dopušča njihovo uveljavljanje, to vodi ne le k slabitvi legitimnosti izvajanja oblasti, temveč lahko permanentna restrikcija ali celo nasilje nad demokratičnimi načeli vodita k ogroženosti demokratične narave samega političnega sistema. Po drugi

<sup>18</sup> Iz angleškega prevoda v slovenščino prevedla Andreja Kurent.

strani pa lahko pretirana širina jamstva teh pravic opozicije vodi k pretirani uporabi ali celo zlorabi teh pravic, kar pa lahko vodi k slabitvi ali eliminaciji učinkovitega izvajanja oblasti vladne večine (navedki iz poročila Beneške komisije). Zato je nujno potrebno vzpostaviti ravnovesje med pravicami in upravičenji opozicije z njihovimi dolžnostmi in odgovornostmi pri izvajanju položaja opozicije. Posledično je parlamentarna opozicija pri uveljavljanju teh pravic dolžna (ne zgolj zaradi svojih volivcev) spoštovati pravni red in izpolniti vlogo odgovorne in konstruktivne opozicije.

Ustavno sodišče je v tem primeru upoštevalo, da ustavni red izrecno dopušča možnost razprave o predlogu zakona, ki ga je predložila vlada po »sumarnem postopku«,<sup>19</sup> le v primeru, ki ga določa 8. člen ustave, torej v času, ko obstoji nevarnost za državo ali vojno stanje. Ustavni red določa takšno možnost v taksativno določenih primerih, kar pomeni, da v drugih primerih tak postopek ni dopusten. To ne pomeni pravne praznine, saj je ustavodajalec tak pristop dopustil zgolj za izjemne in nepredvidljive situacije. Vendar pa lahko poslovnik določi druge primere, v katerih se bodo akti (zakoni) lahko obravnavali v sumarnem postopku – nujna zakonodaja. Ker pa je namen ustavnega reda glede sumarnega postopka varstvo pravic in načel v zakonodajnem postopku demokratične pravne države, je uporaba instituta sprejemanja zakonodaje po nujnem postopku možna le, če se za to dobi široko soglasje v parlamentu (aklamacija ali večina, ki je podobna večini, potrebni za ustavno revizijo), in samo v tistih primerih, ko resnost situacije, ko naj se uporabi nujna zakonodaja, odgovarja resnosti situacije, ki jo ustavni red kvalificira za dopustno za uporabo sumarne/nujne obravnave zakonskega predloga, to pa je preteča nevarnost državi ali vojno stanje države. Pogoj za razglasitev stanja, ko je treba zakonodajo sprejemati po nujnem postopku, ni le grožnja specifičnih negativnih posledic, temveč primarno obstoj izjemnih okoliščin, ki bi lahko ogrozile temeljne pravice in svoboščine v bistvenem oziru, ali pa grožnja resnih ekonomskih izgub za državo (99. člen poslovnika). Z vidika ustavnih načel so izjemne okoliščine tedaj, ko te okoliščine očitno presegajo običajni notranji in zunanji politični proces, ali v primerih naravnih nesreč. Te izjemnosti upravičujejo potrebo po takojšnji reakciji zakonodajalca in s tem povezani omejitvi ustavno zajamčenih pravic v parlamentarni proceduri. Ugotovitev o obstoju izjemnih okoliščin mora zato imeti razumno osnovo in temeljiti na dejanskih okoliščinah. Še več, resnost situacije mora biti primerljiva z 8. členom ustave. Zato nasprotovanje parlamentarne opozicije skrajševanju postopka ne vzpostavlja elementa izjemnosti, niti v okviru razumnih vladnih interesov, da bi pred zaključkom proračunskega leta sprejeli izpodbijani akt. Zato je ustavno sodišče v

<sup>19</sup> Angleški prevod uporablja dikcijo *summary consideration*, kar bi prevedli kot skrajšani postopek. Ker pa slovenski parlamentarizem poleg nujnega postopka pozna tudi institut skrajšanega postopka, zaradi nezamenljivosti tu uporabljam izraz sumarni oziroma nujni postopek. V bistvu pa gre za enofazni postopek.

zadevi PL. US 55/10 sklenilo, da se bo Zakon 347/2010, v katerem so nekateri člani spremenjeni v povezavi z ekonomizacijo ukrepov pod pristojnostjo ministra za delo in socialne zadeve, razveljavil po izteku roka 31. 12. 2011.

V obrazložitvi se je ustavno sodišče navezalo tudi na svoje prejšnje odločitve, ki jih je zavzelo v postopkih presoje zakonodajnega postopka. Ob tem je spet poudarilo nujnost spoštovanja postopkovnih pravil in dodalo: »Samo brezhiben, popoln postopek lahko da zakonit in ustavno skladen rezultat. Zato mora biti posebna pozornost namenjena postopkovni integriteti v postopku sprejemanja predpisov, predvidena pa mora biti tudi razumna zaščita. Če je zahteva za spoštovanje teh načel utemeljena v vseh drugih postopkih (tudi v vsakdanjem življenju), ni razloga, da se ne bi upoštevali tudi za presojo zakonodajnega postopka in predpisov.«

## 6. Sklep

Popolnoma se strinjam z navedki iz prej navedene odločitve. Po drugi strani pa iz načelnih razlogov tudi ne nasprotujem ureditvi nujnega zakonodajnega postopka. Celo več, tako ureditev pozdravljam, saj se mi zdi pomembno, da so pravila postopanja v teh primerih ustrezno normirana. Procedura je mati demokracije, zato ni prav, da bi se o vrsti zakonskega postopka vodilni politični akterji sami dogovarjali. Vendar pa bi morali ob veljavni ureditvi spoštovati vse akte, navedene v tem prispevku, in torej tudi glede postopanja po nujnem postopku ravnati po poslovnških določbah, hkrati pa tudi po zdravi pameti. K nujnemu postopku se je treba zatekati restriktivno. Zakonodajalec mora sicer ukrepati učinkovito, vendar morajo biti zakonska besedila premišljena izoblikovana. Premislek pa ne more biti zgolj hipna odločitev, vsaj ne v pravni državi.

Kot je zapisal Platon:<sup>20</sup> »Ko ta, ki postavlja zakone, to doume, naj postavi za to čuvaje: nekatere od njih vodi razumnost, druge pa resnično mnenje, da bi tako um vse te (zakone) povezal in pokazal, da sledijo premissljenosti in pravičnosti, ne pa bogastvu in častihlepnosti.«

---

<sup>20</sup> Platon, Prva knjiga o zakonih, str. 1358.



## Viri in literatura

- Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/1991-I, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 68/2006 in 47/2013.
- Basic Law for the Federal Republic of Germany, German Bundestag, Administration, Public Relations Section, Berlin 2001.
- Poslovník Državnega zbora, Uradni list RS, št. 92/2007 – uradno prečiščeno besedilo, 105/2010 in 80/2013.
- Poslovník Ljudske skupščine LR Slovenije, Uradni list LRS, št. 5/1954.
- Resolucija o normativni dejavnosti, Uradni list RS, št. 95/2009.
- Nomotehnične smernice, Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo, 2., spremenjena in dopolnjena izdaja, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2008.
- Zakon o Uradnem listu Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 57/1996, 90/2005, 102/2007, 109/2009 in 38/2010 – ZUKN.
- Predlog zakona o Slovenskem državnem holdingu, spletna stran Državnega zbora.
- Predlog zakona o delovnih razmerjih, spletna stran Državnega zbora.
- Predlog zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju in predlogi njegovih sprememb, spletna stran Državnega zbora.
- Dogovor o sodelovanju Pozitivne Slovenije, Socialnih demokratov, Državljske liste in Demokratične stranke upokoјencev, <http://www.delo.si/assets/media/other/20130313>.
- Odločba 2011/03 – PL.US 55/10: State of legislative emergency, <http://www.concourt/view/pl-55-10>.
- Odgovori na vprašalnik, ki ga je Andreja Kurent poslala korespondentom v državah članicah Evropske unije.
- Platon, Zbrana dela V, prevod in spremna beseda Gorazd Kocijančič, KUD Logos, Ljubljana 2009.
- Mario Belovič, Jalovo varčevanje, Delo, 19. 4. 2013.
- Računalniška baza Državnega zbora.





## 1. Vrednotni temelji

Družbene vrednote nastopajo vedno kot podlaga in temeljni cilj pravnih normativnih aktov, še posebej ustave in zakonov. Zato jih je mogoče obravnavati kot materialne pravne vire ustave<sup>1</sup> in zakonodaje. Prek pravne regulacije vrednote usmerjajo človekovo družbeno delovanje, pravilno delovanje pa dosežemo s spoštovanjem dobrih zakonov. Tako se je podoba idealnega zakonodajalca, ki sprejema dobre zakone, oblikovala v celotni zgodovini.<sup>2</sup> Najstarejši ohranjeni pravni zapisi, nastali do konca tretjega in v drugem tisočletju pr. n. št., kažejo, da je že takrat zakonodajalcem šlo predvsem za skupne vrednote, pri čemer je tudi pravo samo po sebi vrednota, nad katero bedijo božja previdnost in ustvarjalci prava kot božji poslanci in namestniki.<sup>3</sup>

Sistematično razmišljanje o vlogi zakonov in idealnem zakonodajalcu je sicer znano že iz antike. Platon je v svoji socialni filozofiji najprej predvidel obstoj vladarja – filozofa,<sup>4</sup> ki s srčnostjo, sorazmernostjo in modrostjo postavlja zakone. Vrhovno vodilo vladarja – zakonodajalca pa je uveljavljanje pravičnosti, »ki je v snitvi treh poklicnih kreposti: filozofske modrosti, vojaškega moštva<sup>5</sup> ter trgovske in obrtniške zmernosti.«<sup>6</sup> Potem ko je v zreli dobi spoznal, da ideja države, v kateri vladajo filozofi, ni ravno najboljša, ker bi bila to država za idealne ljudi, ki jih ni na svetu, se ji je v svojem zadnjem delu *Zakoni (Nomoi)*, pri katerem ga je prehitela smrt, odrekel in napisal osnutek za drugo najboljšo državo. V tej namesto filozofov vladajo najboljši in najrazsodnejši po napisanih zakonih, ki jih je treba v skladu s potrebami ljudi sproti dopolnjevati. Besede, kako naj bo takšna država urejena in kakšni naj bodo njeni zakoni, Platon polaga v usta govorcem, ki v dialogih še vedno sledijo zgledu njegovega temeljnega nauka o idejah, v katerem je hkrati tudi spoznavno izhodišče etičnih in znanstvenih ter političnih in socialnih razsežnosti urejanja države in njenega prava – zakonov.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Na primer točka 9 obrazložitve ustavne odločbe U-I-109/10 z dne 3. 10. 2011: »Kot temeljna vrednota ima človekovo dostojanstvo normativni izraz v številnih določbah ustave ...«

<sup>2</sup> A. Igljčar, Samo pravne norme ne bodo dovolj, *Pravna praksa*, št. 16-17/2013.

<sup>3</sup> V. Simič, *Vrednotni temelji najstarejših zapisov prava*, v: A. Polajnar Pavčnik (2001), *Pravo in etika: raziskovalno poročilo*, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, str. 7–21.

<sup>4</sup> »Če filozofi v polisih ne bodo kraljevali – sem dejal – ali če zdaj tako imenovani kralji in gospodarji ne bodo pristno in zadovoljivo filozofirali, če torej to oboje – politična moč in filozofija – ne bo sovpadlo v eno in se množica tistih značajev, ki se zdaj ločeno odpravljajo v eno od obeh smeri, nujno ne onemogoči, potem dragi Glavkon, po mojem mnenju ne bo konca zla ...« (Platon: *Država – Politeja*, Peta knjiga, 473 d, v: Platon, *Zbrana dela I*, prevod Gorazd Kocijančič, Mohorjeva družba, Celje 2004, str. 1130).

<sup>5</sup> V pomenu moškosti.

<sup>6</sup> Evgen Spektorskiy, *Zgodovina socialne filozofije*, Ljubljana 1932, str. 50.

<sup>7</sup> Platon, *Zakoni*, prevod J. Košar, Založba Obzorja, Maribor 1982.

Tiste, ki za pravično življenje ljudi skrbijo z dobrimi zakoni, Platon odločno svari pred »vojno, ki se imenuje razprtija (strankarski boji) – [...] vojno, za katero si vsakdo želi, da bi do nje v njegovi državi sploh ne prišlo, če pa že pride do nje, da bi se čim prej končala.«<sup>8</sup> V zvezi s tem poudarja, da vrli možje v tej najhujši vojni notranjih razprtij po junaštvu presegajo tiste v vojni proti zunanjim sovražnikom, ker je hrabrost prvih združena s pravičnostjo, razsodnostjo in modrostjo. Lestvico vrlin, ki vodijo k *celoviti kreposti*,<sup>9</sup> Platon začinja z *razumnostjo*, ki ji sledi *trezna duševna naravnost*, na tretjem mestu je *pravičnost*, zmes prvih dveh, in na četrtem mestu *hrabrost*. Potem ko sklene, da brez najvišje vrline zakonodajalca tudi ljudstvo in država ne moreta biti deležna najvišjih dobrin oziroma vrednot, nadaljuje z dialogom, kako mora zakonodajalec opozoriti državljane, da tudi vsa druga njegova zakonska določila izhajajo iz najvišje vrline. S premislekom mora ločiti med častnim in nečastnim, spoznavati in natanko opazovati mora skupno življenje, žalosti, radosti in strasti ljudi, da potem lahko z zakoni pravilno porazdeli hvalo in grajo.<sup>10</sup>

Po Platonu so torej dobri zakoni predvsem rezultat najvišje vrline, *celovite kreposti* zakonodajalca, kar z današnjimi pozivi nosilcem pravodajne dejavnosti k odgovornosti za skupne vrednote pomeni – zakonodajalca z integriteto.<sup>11</sup> Toda še tako dobri zakoni sami po sebi niso dovolj. Če dobro urejena država zaupa izvajanje svojih dobrih zakonov neprimernim uradnikom, ne samo da od tega nima nobene koristi, temveč je povrhu izpostavljena glasnemu posmehu. Posledice tega so za vsako državo skrajno škodljive in sramotne, v Zakonih ugotavlja Platon.<sup>12</sup>

Tudi Aristotel je pri odlikah nosilcev političnih funkcij poudarjal vrline, tako da je denimo pravičnost vedno iskal v neki sredini,<sup>13</sup> saj »tisti, ki iščejo pravičnost, iščejo sredino, kajti zakon je sredina.«<sup>14</sup> Pravičnost je torej krepost, ki ureja medsebojne odnose. Tako Aristotel v *Niko-*

<sup>8</sup> Prav tam, 628 b; na nevarnost razprtije Platon opozarja že v Državi, V, 16 (470 b), kjer jo označuje kot sovraštvo med sorodniki, vojno pa kot sovraštvo med tujci.

<sup>9</sup> V nadaljevanju si bomo prizadevali predstaviti argumente, da je v tem kontekstu celovita krepost pravzaprav sopomenka zakonodajalčevi integriteti.

<sup>10</sup> Prav tam, 629 d; 630 b, c, d, e; 632 a, b.

<sup>11</sup> A. Igljčar, Vrednote v zakonodajni dejavnosti, str. 189–199; glej tudi K. Žagar, Etika v parlamentu, navedeno delo, str. 201–209; glede etičnih načel, vrednot in vrlin pri urejanju življenja v lokalni skupnosti glej S. Vlaj, Etična načela v lokalnem življenju; vsi prispevki objavljeni v: B. Kečanović (ur.) (2012). Javna etika in integriteta: odgovornost za skupne vrednote, Komisija za preprečevanje korupcije.

<sup>12</sup> Prav tam, 751 c.

<sup>13</sup> »Tisti, ki naj bi opravljali najpomembnejše politične funkcije, morajo imeti troje: kot prvo naklonjenost do obstoječe ustavne ureditve, kot drugo najvišjo sposobnost za opravljanje nalog, ki jih narekuje oblastniški položaj, in kot tretje vrlino in pravičnost ...« (Aristotel, Politika, 1309, a 35; v: Aristotel, Politika, prevod Matej Hriberšek, GV Založba, Ljubljana 2010, str. 486).

<sup>14</sup> Prav tam, 1287, b 5.

*mahovi etiki* pravi, da je vrlina neka *notranja usmeritev* človeka k pričakovanemu, pravičnemu in poštenemu ravnanju, pri čemer se tisti, ki jo ima, ravna po najvišji vrlini pravičnosti tudi v odnosu do drugih ljudi, in ne samo do samega sebe. In če se danes vrlina na splošno pojmuje kot dispozicija ali čustvo, ki nas iz notranjosti motivira, da ravnamo v skladu z določenimi pravilom, je soglasje o tem, katera so primerna in ustrezna pravila, vedno prvi pogoj za soglasje o naravi in vsebini določene vrline.<sup>15</sup>

Podoba idealnega zakonodajalca je posebej oživila v času razsvetljenega absolutizma v 18. stoletju. V tem stoletju je bila v ospredju razlaga zakonodaje, ki jo sicer postavlja ena oseba, vendar ne iz svoje samovolje, temveč kot prinašalec (legislator) naravnega reda oziroma pravil, ki izhajajo iz nujnih odnosov človeškega sobivanja. Takšni idealni zakoni nato spodbudijo vero in zaupanje v skoraj nadnaravne lastnosti zakonodajalca. Na začetku moderne dobe je Rousseau v svoji Družbeni pogodbi (1762) zapisal: »Zakonodajalec je v vsakem primeru izjemen človek v državi. Že po svojem umu mora biti tak, nič manj po svoji dejavnosti.«<sup>16</sup> Deklaracija o pravicah človeka in državljana (1789) je ob tej predpostavki in ideji o ljudski suverenosti v 6. členu določila: »Zakon je izraz splošne volje. Vsi državljani imajo pravico osebno ali prek svojih predstavnikov sodelovati pri njegovem sprejemanju.«

Thomas Hobbes je v zakonu videl predvsem ukaz nosilcev najvišje (politične) oblasti, ki naj ustvarja dober red za družbeno skupnost. Hobbes je razvil idejo o družbeni pogodbi, ki ljudi iz stanja boja vseh zoper vse<sup>17</sup> povede v državniško stanje, ko sklenejo med seboj tri dogovore<sup>18</sup> in izročijo državi vso svojo svobodo in »se spremene v podanike, ki poslej prejemajo vse svoje državljanske pravice od države«. <sup>19</sup> Po Johnu Stuartu Millu pa naj zakon izjemoma posega v družbene odnose, ki naj jih gospodarstvo in družba sama urejata z avtonomnimi normami. Človek naj tudi v skupnosti ohrani značilnosti individualne človeške narave. Trdil je namreč, da »človeška bitja, združena v družbi, nimajo prav nobenih drugih lastnosti od tistih, ki izvirajo iz prirodnih zakonov posameznega človeka. Zato tudi zakoni družbenega dogajanja niso in ne morejo biti nič drugega kakor zakoni strasti in ravnanja posameznikov ...«<sup>20</sup> Razumevanje vloge zakona na evropskem kontinentu je bolj sledilo Hobbesu, medtem ko je anglosaško

<sup>15</sup> M. Pevec Rozman, *Etika in sodobna družba: MacIntyrejev poskus utemeljitve etike*, Libra, Ljubljana 2009, str. 152–153.

<sup>16</sup> J. J. Rousseau, *Družbena pogodba*, CZ, Ljubljana 1960, str. 106.

<sup>17</sup> Stanje *bellum omnium contra omnes*, ko je *homo homini lupus*.

<sup>18</sup> Dogovor združitve – *pactum unionis*; dogovor ustanovitve – *pactum constitutionis*; dogovor podreditve – *pactum subjectionis*.

<sup>19</sup> Eugen Spektorski, *Zgodovina socialne filozofije*, Slovenska matica v Ljubljani, Ljubljana 1932, str. 190.

<sup>20</sup> Citirano po Jože Goričar, *Oris razvoja socioloških teorij*, Založba Obzorja, Maribor 1969, str. 85.

dojemanje zakona bolj sledilo Millu. Zato imajo države kontinentalne Evrope več zakonov kot države anglosaškega pravnega reda.<sup>21</sup>

Pitamic pa je v dvajsetem stoletju razmišljal: »Za izvoljenega se zahteva navadno večja kvalifikacija kot za volilca,« in še: »Za poslanca je zahtevana navadno tudi večja neomadeževanost nego za volilca.«<sup>22</sup> Tem zahtevam se pridružujejo še prvine racionalnega mišljenja, ki posebej poudarjajo pomen »velikih zakonodavcev«<sup>23</sup> in sposobnosti analitičnega procesa abstrahiranja. V tem miselnem procesu morajo člani zakonodajnega organa odmišljati posamezne in posebne značilnosti sorodne skupine družbenih odnosov ter iskati tiste lastnosti, ki so tej skupini odnosov skupne. Te splošne prvine postanejo vsebina splošne zakonske norme.<sup>24</sup> Seveda pa je konkretni sestav zakonodajnega telesa vedno vpet v dejanske razmere družbenega okolja, ali kot je zapisal Furlan v razpravi Problem realnosti prava: »Običajno je zakonodavec kot član neke družbe, v kateri se je rodil in v katero je vrsttel, prav tako podvržen historičnemu izročilu kakor ostali člani družbe.«<sup>25</sup>

Vse večja potreba po iskanju *novoga načina preživetja*, ki v ospredje postavlja etični minimum odgovornost za skupne vrednote, je v taki ali drugačni obliki predmet različnih razprav v povezavi s pravom in pravodajno dejavnostjo. »Če etičnega skupnega imenovalca ni več, potem to pomeni, da tudi funkcionalno – v družbeni delitvi dela – stvari postajajo popolnoma nepredvidljive. Minimalni standardi tistega, kar je moralno logično in kar se spodobi, so po eni strani odvisni od tega, koliko in kakršne vrednosti si v določeni družbi ljudje *dejansko* delijo; po drugi strani pa to omogoča ne le normalno občevanje med ljudmi (komunikacija), marveč v posledici tudi delitev dela. Gre za to, da je umanjkanje vrednostnega skupnega imenovalca, na katerega bi ljudje enotno pristajali, popolnoma disfunkcionalno, pa se tu spomnimo na tistega ljubljanskega odvetnika mlajše generacije, ki je potožil, da mu gre zaradi nepredvidljivosti, ko gre iz svoje pisarne zjutraj na sodišče – na bruhanje.«<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Ulrich Karpen, Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, Nomos, Baden-Baden 2006, str. 12.

<sup>22</sup> Leonid Pitamic, Država, Mohorjeva družba, Celje 1927, str. 350.

<sup>23</sup> Ta izraz je uporabil Boris Furlan v razpravi Racionalizem in revolucija, objavljeni v Sodobnosti leta 1937 (let. 7, št. 6) in ponatisnjeni v: Boris Furlan, Problemi realnosti prava (ur. M. Pavčnik), GV Založba, Ljubljana 2002.

<sup>24</sup> Boris Furlan v razpravi Teorija pravnega sklepanja (Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, let. 10, Ljubljana 1933–34), ponatisnjeni v: Boris Furlan, Problemi realnosti prava (ur. M. Pavčnik), GV Založba, Ljubljana 2002, str. 161: »Tudi en primer zadostuje za postavljanje splošnega pravila, čeprav se običajno tvorijo norme na osnovi tega, kar se večkrat ponavlja v praktičnem življenju.«

<sup>25</sup> Ponatis razprave iz Zbornika znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, let. 9, Ljubljana 1932–33, v istimenski knjigi, GV Založba, Ljubljana 2002, str. 95.

<sup>26</sup> M. B. Zupančič in drugi, Tretja od suhih krav: razprave o razlogih za razsulo, samozal. A. Komat, Domžale 2012, str. 15–16.

## 2. »Slabi zakoni so vzrok mestu najhujšega zla«

Vrednostni temelji družbe od nekdaj vežejo pravodajno dejavnost na družbeni kontekst, na skupne vrednote in zaupanje ljudi v etičnost in kakovost predpisov. Če je sreča najvišji smoter, ki ga ljudje po Aristotelu dosegamo z usklajenostjo ravnanja s sredino med skrajnostmi,<sup>27</sup> pa je naše vedenje in ravnanje vpeto v ta normativni okvir vrednot in pravnih pravil, ki naj bi jih modri zakonodajalec – kot je prav tako poudarjal Aristotel – postavljaj v dobro človeškem združenjem.<sup>28</sup>

Če tisti, ki sprejemajo predpise, nimajo nobenega odnosa do skupnih vrednot in tega, kar si o njih misli večina ljudi, sta jim tudi etičnost in kakovost pravodajne dejavnosti postranskega pomena. Glede tega razmere pri nas spominjajo na čas, ki ga več kot pol tisočletja pred našim štetjem opisuje Solon, eden najmodrejših starogrških zakonodajalcev iz obdobja predsokratikov, čas, ko se je podobno kot danes pojem socialnega dušil v pohlepu sebičnih, država pa še v napuhu oblastnikov. Ujet v tedanjih razmerah vsesplošnega razvrednotenja, kraj, ropanja in korupcije Solon pravi: »Slabi zakoni so vzrok mestu najhujšega zla. Dobra ustava pa spet vir vsemu je redu in slogi, hkrati pa v lance tesne vklepa krivično svojat. Kar je garjavo, izgledi, prežene pohlep in hudobo, zmoto usodno zatre, v kali, še preden vzbrsti, pravo potlačeno dviga, kroti napuh in ošabnost, stavi zavoro povsod, kjer se pripravlja razkol, jezo preprirov blaži, pogubnih, pod njenim okriljem vlada na svetu v vsem skladnost in red in modrost.«<sup>29</sup>

Danes pri nas velja tudi to, kar smo povzeli pri Platonu, da kolikor toliko vreden zakonodajalec v razmerah strankarskih razprtij ne premore zvestobe in poštenega odnosa do skupnih vrednot brez celotne kreposti – največje vrline ali integritete. Kako naj sicer »vrli možje in žene, izbrani sinovi in hčere domovine« z zakoni in podzakonskimi predpisi ali s splošnimi akti lokalne oblasti poučujejo državljane o poštenosti in jih tako spodbujajo k odgovornemu odnosu do skupnih vrednot, ko pa med njimi sedijo tisti, ki sami poštenosti in odgovornosti očitno ne premorejo? Odgovori na navedena vprašanja so splošno znani in niso niti prenetljivi, če na primer javnost povezuje zakonodajno dejavnost s konkretno človeško sestavo zakonodajnega organa in poudarja vidik osebnostne primernosti in osebnostnih kvalitet članov zakonodajnega telesa. Kako daleč od idealnega zakonodajalca in od predstav javnosti o dobrem in modrem postavodajalcu so – denimo – nekateri poslanci Državnega zbora v sklicu 2011–2015. Strankarske razprtije in takšen osebnostni profil članov zakonodajnega telesa seveda znižujejo ugled parlamenta v javnosti in dajejo popolnoma slab zgled za spoštovanje

<sup>27</sup> Več v: Aristotel, *Nikomahova etika*, Slovenska matica, Ljubljana 2002.

<sup>28</sup> Aristotel, *Politika*, 1325, a 10: »Naloga dobrega zakonodajalca pa je, da vidi, kako bodo polis, rod ljudi in vsaka druga skupnost soudeleženi pri dobrem življenju in pri srečnosti, ki jim je dosegljiva.«

<sup>29</sup> A. Sovre, *Predsokratiki*, Slovenska matica, Ljubljana 1988, str. 45–46.



zakonov, ki jih sprejema ta parlament. Takšnega vtisa ne morejo popraviti niti razmeroma ugodna izobrazbena,<sup>30</sup> spolna<sup>31</sup> in starostna struktura<sup>32</sup> slovenskega predstavnškega telesa.

Sedanji slovenski zakonodajalec (Državni zbor) ob predlagalnem monopolu vlade<sup>33</sup> in z nespoštovanjem rednega zakonodajnega postopka<sup>34</sup> ne izpolnjuje dobro svojega družbenega poslanstva. To izrazito slabo vpliva na normativno integracijo, saj ta organ uživa v javnosti izredno nizko stopnjo zaupanja in s tem tudi »njegovi« zakoni nizko stopnjo legitimnosti. Namesto uveljavljanja odgovornosti posameznih nosilcev pravodajne dejavnosti, tako tistih, ki odločajo, kot tistih, ki pripravljajo in vlagajo predloge za odločanje v pravodajnih postopkih, se v javnosti vse bolj spodbuja nezaupanje v pravno državo in njene institucije. Odnos do pravne države in pravodajne dejavnosti se kaže tudi v nespoštovanju odločb Ustavnega sodišča, tako na državni kot na lokalni ravni odločanja v pravodajnih postopkih.<sup>35</sup> Ustavno sodišče v letnih poročilih vedno znova opozarja tudi na (ne)spoštovanje tistih svojih odločb, ki so izdane na podlagi 48. člena Zakona o Ustavnem sodišču. Gre za tako imenovane ugotovitvene odločbe, ki jih sprejme, če oceni, da je zakon ali drug predpis protiustaven ali nezakonit zato, ker nekega vprašanja, ki bi ga moral urediti, ne ureja ali ga ureja na način, ki ne omogoča razveljavitve oziroma odprave. V ugotovitveni odločbi Ustavno sodišče določi zakonodajalcu oziroma drugemu normodajalcu rok za odpravo ugotovljene protiustavnosti oziroma nezakonitosti. Ustavna načela pravne države (2. člen Ustave) in delitve oblasti (drugi odstavek 3. člena Ustave) zahtevajo, da se pristojni normodajalec na ugotovitveno odločbo Ustavnega sodišča odzove in odpravi ugotovljene protiustavnosti oziroma nezakonitosti.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Izobrazbena struktura poslancev Državnega zbora, ki je bil izvoljen leta 2011 (Delo, 6. 12. 2011): 11 s srednjo šolo, 60 z univerzitetno izobrazbo, 15 z magisterijem, 4 z doktoratom.

<sup>31</sup> 61 moških, 29 žensk (Delo, 6. 12. 2011).

<sup>32</sup> Do 30 let 1, od 30 do 40 let 13, od 40 do 50 let 28, od 50 do 60 let 36, nad 60 let 12 (Delo, 6. 12. 2011).

<sup>33</sup> Poročilo o delu Državnega zbora – odstotni delež sprejetih zakonov glede na predlagatelja v mandatnem obdobju Državnega zbora 2008–2011 (razmerja so bila podobna tudi v vseh prejšnjih mandatnih obdobjih Državnega zbora): vlada 91,2 %; poslanci 8,3 %; Državni svet 0,4 %; volivci 0,0 %.

<sup>34</sup> Delež sprejetih zakonov v Državnem zboru v obdobju 2008–2011 glede na vrsto zakonodajnega postopka (razmerja so bila podobna tudi v vseh prejšnjih mandatnih obdobjih Državnega zbora): v rednem postopku 141; v nujnem postopku 83; v skrajšanem postopku 134; ratifikacija 108; notifikacija 2; skupno 468; Poročilo o delu Državnega zbora v mandatnem obdobju 2008–2011, Ljubljana 2012. Še bolj zbujejo skrb podatki za prvo polovico leta 2012, ko je Državni zbor na 4 rednih in 11 izrednih sejah sprejel po rednem postopku samo 2 zakona, kar 16 pa po nujnem postopku in 10 po skrajšanem postopku ter opravil 8 ratifikacij mednarodnih pogodb (Delo, 18. 7. 2012).

<sup>35</sup> Nekateri primeri zlorab pravodajnega postopka na državni ravni so prikazani v nadaljevanju, oblike zlorab pravodajne dejavnosti v lokalni skupnosti so razvidne iz systemskega načelnega mnenja in priporočila Komisije za preprečevanje korupcije št. 2/2012, ki obravnava primere, ko organi lokalne skupnosti pod pretvezo obvezne razlage z redakcijskimi oziroma tehničnimi popravki vsebinsko spreminjajo prostorske akte, o čemer je večkrat odločalo tudi Ustavno sodišče RS, navedeno mnenje komisije pa je dostopno na: <https://www.kpk-rs.si/upload/datoteke/Sistemsko%20načelno%20mnenje%20in%20priporočilo%20št%202%202012.pdf>.

<sup>36</sup> Ustavno sodišče, Letno poročilo 2012 (<http://www.us-rs.si/media/letno.porocilo.za.letno.2012.pdf>), str. 56–57.

## 2.1. Od temeljnih načel do tipičnih zlorab pravodajnega postopka

V pravodajnem procesu nastopajo kot materialni pravni viri tudi etična načela in moralne norme. Nosilci pravodajne dejavnosti, začeni z zakonodajalcem, praviloma v splošne pravne norme prelijejo temeljna moralna načela, utemeljena na notranjih moralnih prepričanjih večine članov globalne družbe.<sup>37</sup> To pa postavlja tudi celotni pravni sistem v odvisnost od moralnosti državljanov in njihovega odnosa do temeljnih načel in skupnih vrednot. Kadar namreč pravni sistem nima podlage v splošno sprejetih etičnih načelih in morali, dobi v družbi zgolj instrumentalno vlogo. V takšnih razmerah vladajoči sloji in skupine zlorabljajo zakonodajno telo za doseganje svojih posamičnih (parcialnih) političnih ciljev.<sup>38</sup>

Odnos do etičnih načel v zakonodajalčevem ravnanju in odločitvah zelo močno vpliva na zaupanje javnosti v njegovo delo ter s tem na legitimnost njegovih odločitev. Na začetku 21. stoletja je stopnja zaupanja v predstavniška telesa kot glavnega zakonodajalca in s tem v parlamentarno demokracijo na splošno zelo nizka. Zaupanje v nacionalne zakonodajalce oziroma parlamente v Evropski uniji v zadnjem obdobju upada, ta stopnja zaupanja pa je v Sloveniji še nižja, kot je povprečje v Evropski uniji. Na to dejstvo kaže na primer primerjava v preglednici, ki kaže povprečno stopnjo zaupanja, izraženo v odstotkih.

### Pregled zaupanja v nacionalni parlament v članicah Evropske unije in v Sloveniji

Leto	2007	2012
Zaupanje v nacionalne parlamente v EU <sup>39</sup>	57	31
Zaupanje v Državni zbor	24,5 <sup>40</sup>	12 <sup>41</sup>

Izredno nizko zaupanje v slovenski zakonodajni organ postaja kar stalnica v politični kulturi, saj tudi po javnomnenjski anketi v letu 2013 zaupa v parlamentarno demokracijo zgolj 14 % respondentov, čeprav jih – po drugi strani – tudi kar 68 % ne vidi nikakršne alternative tej demokraciji.<sup>42</sup> Z zaupanjem v zakonodajalčevo delo so povezane tudi subjektivne predstave ljudi o stopnji koruptivnosti med političnim slojem. Ob povprečnem mnenju v

<sup>37</sup> Podobno Borut Ošljaj, O temeljnih pogojih možnosti delovanja pravne države, v: Poligrafi, let. 17, št. 67–68/2012, str. 7.

<sup>38</sup> Podobno Bojan Žalec, Pravni instrumentalizem kot uničevalec vladavine prava, v: Poligrafi, let. 17, št. 67–68/2012, str. 107.

<sup>39</sup> OSCE, Professional and Ethical Standards for Parliamentarians, Warsaw 2012.

<sup>40</sup> N. Toš (ur.), SJM 07/1, v: Vrednote v prehodu IV, Ljubljana 2009, str. 328.

<sup>41</sup> Center za raziskave javnega mnenja, Politbarometer, št. 6/2012, Ljubljana.

<sup>42</sup> Delo Stik, marec 2013; Ljubljana, 25. 3. 2013. Drugi odgovori o zaupanju v parlamentarno demokracijo so takole razporejeni: sploh ne zaupam – 23 %, ne zaupam – 35 %, niti-niti – 27 %, ne vem – 1 %.

Evropski uniji, da je 57 % nacionalnih politikov koruptivnih, so podatki za nekatere članice: Danska 25, Nizozemska 29, Avstrija 40, Nemčija 46, Italija 62, Slovenija 69, Španija 70, Bolgarija 76.<sup>43</sup>

Sodelovanje demokratične javnosti pri »ustvarjanju prava« spada med trajna načela pravodajne dejavnosti, na katerih temelji tudi zakonodajni postopek, podobno kot drugi pravno regulirani procesi. Vsako sodelovanje temelji na zaupanju, vzajemnosti in medsebojnem spoštovanju vlog. Sodelovanje in nadzor demokratične javnosti v javnih zadevah, med katere spada pravodajna dejavnost, je zahteva načela demokratičnosti, določenega v 1. členu Ustave Republike Slovenije, ki določa, da je Slovenija demokratična republika. Z načelom demokratičnosti je povezana vrsta mednarodnih pravnih in etičnih standardov, ki jih v prizadevanjih za »boljše predpise« (angl. *better regulation*) vsebuje tudi slovenska Resolucija o normativni dejavnosti.<sup>44</sup> Tako že sam ustavni položaj in vloga demokratično urejenega zakonodajnega organa zahtevata, da je celoten postopek pripravljanja in sprejemanja zakonov javen, pregleden, odprt – transparenten.<sup>45</sup>

Od spoštovanja načela demokratičnosti ter z njim povezane transparentnosti in javne kontrole, ki jo izvaja demokratična javnost, je odvisno uresničevanje načela nadrejenosti (*supremacije*) ljudske oblasti iz 3. člena Ustave, ki v povezavi z ustavno pravico do sodelovanja v zadevah javnega pomena, določeno v 44. členu Ustave, jamči državljanom sodelovanje pri upravljanju javnih zadev, pri tem pa tudi pravico do peticije (45. člen Ustave) in drugih oblik nadzora nad izvajanjem javne oblasti. Brez možnosti, da je seznanjen, kaj javna oblast vključno z zakonodajno počne v njegovem imenu, je državljan onemogočen, da sploh lahko odloča in pod enakimi pogoji, tako kot določa ustavno načelo enakosti iz 14. člena Ustave, sam ali v okviru interesnih združenj uresničuje svoje ustavno zajamčene pravice in zakonite interese, vključno s pravico do sodelovanja pri »ustvarjanju prava«.

### 2.1.1. *Pasti politične diskrecije*

Odločitve politične oblasti v pravodajnih postopkih in drugih javnih zadevah, v katerih njeni nosilci s svojo politično-vrednostno presojo oziroma politično diskrecijo posegajo celo v pravno zavarovano območje javnega interesa – denimo s političnimi kadrovanji, kjer z roko v roki skupaj z nepotizmom in klientelizmom nastopa korupcija – so pravnemu nadzoru skoraj nedosegljive. Pravna stroka opozarja, da sodni nadzor v tovrstnih zadevah ne more biti učinkovit, saj sodišča političnih odločitev diskrecijske narave praviloma ne morejo presoјati.

<sup>43</sup> OSCE, nav. delo, str. 14.

<sup>44</sup> Uradni list RS, št. 95/2009.

<sup>45</sup> A. Igličar, Zakonodajna dejavnost: viri, nomotehnika in zakonodajni postopek, GV Založba, Ljubljana 2011, str. 189–197.

V političnih zadevah je nadzor predvsem stvar politične kulture in pričakovane zadržanosti oziroma samokontrole in integritete političnih odločevalcev. Ker izkušnje učijo, da se na te politične ideale ne kaže povsem zanašati, je nadzor demokratične javnosti edini, ki lahko vsaj omeji možnosti za zlorabe, korupcijo ter druga nezakonita in neetična ravnanja pri izvrševanju javne oblasti in upravljanju javnih zadev, vključno s pravodajno dejavnostjo. S tem pa je neločljivo povezana vloga javnosti in objektivnega poročanja medijev.<sup>46</sup>

### 2.1.2. Zlorabe zakonodajnega postopka z izključevanjem civilne družbe in demokratične javnosti

V zakonodajnih postopkih, v katerih se odloča o ključnih zakonskih aktih, je načelu javnosti dejansko lahko zadoščeno šele takrat, ko je omogočena javna razprava. Ker omejevanje ali celo izključevanje javnosti iz zakonodajnega postopka pomeni izjemno tveganje za kršitve načela demokratičnosti in transparentnosti, se na ta način politična diskrecija in odločanje izmikata javni kontroli, hkrati pa široko omogočata nezakonito lobiranje, korupcijo, druga nezakonita in neetična ravnanja. Zato bi morali biti razlogi za omejevanje in izključevanje javnosti v zakonodajnem postopku posebej utemeljeni. Denimo v primeru nujnega zakonodajnega postopka, kadar je neogibno potrebno z zakonom preprečiti težko popravljive posledice za delovanje države, morajo biti okoliščine, ki po sili razmer omejujejo ali izključujejo sodelovanje javnosti, posebej pojasnjene, pri odločanju pa skrbno pretehtane.<sup>47</sup>

Načina in posledice izključevanja civilne družbe in demokratične javnosti z zlorabo nujnega zakonodajnega postopka pri urejanju izjemno pomembnih vprašanj prostora in okolja, kažejo kakšne posledice lahko ima omejevanje ali celo izključevanje javnosti iz zakonodajnega postopka. Zato je treba že vsak poskus tovrstnega ravnanja s preudarnostjo in odgovornostjo vzeti kot izrazito tveganje politične korupcije, nezakonitega lobiranja, drugih nezakonitih ali neetičnih vplivov na pravodajni postopek.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> F. Grad, razprava na okrogli mizi Upravljanje javnih zadev: med vladavino prava in politično diskrecijo, Komisija za preprečevanje korupcije, Ljubljana, 17. 1. 2013, <https://www.kpk-rs.si/sl/komisija/medijsko-sredisce/arhiv-novic/01/2013/kpk-upravljanje-javnih-zadev-med-vladavino-prava-in-politico-diskrecijo>.

<sup>47</sup> A. Igličar, nav. delo, str. 213–291.

<sup>48</sup> Leta 2012 je tedanje Ministrstvo za infrastrukturo in prostor pripravilo, Vlada RS predlagala, Državni zbor RS pa po nujnem postopku obravnaval in sprejel predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o prostorskem načrtovanju ZPNačrt-B. Predlog je bil pripravljen in vložen v postopek za sprejem v tako imenovanem paketu zakonov s področja okolja in prostora, in sicer po naslednjih področjih in postopkih: Zakon o kmetijskem zemljišču – skrajšani postopek (predlagatelji poslanci); Zakon o vodah – nujni postopek; Zakon o varstvu okolja – nujni postopek; Zakon o graditvi objektov – nujni postopek; Zakon o prostorskem načrtovanju – nujni postopek; Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o umeščanju prostorskih ureditev državnega pomena v prostor – skrajšani postopek (predlagatelj vlada).

### 2.1.3. Zloraba zakonodajnega postopka s korupcijo ter kršitvijo pričakovanega ravnanja in odgovornosti – integritete pri pripravi predlogov gradiv in odločanju v pravodajnih postopkih

Pravna teorija in nomotehnična stroka pri nas že dalj časa opozarjata na odgovornost pripravljavcev za kakovost in strokovno pripravo predlogov predpisov, ki so predmet pravodajne dejavnosti. Pravno normiranje družbenih odnosov predpostavlja najprej dobro poznavanje in kvalificirano, znanstveno presojo družbene stvarnosti.<sup>49</sup> Kajti ko je predlog vložen v proceduro, je preoblikovanje njegovega besedila izredno težavno in je za večje nomotehnične posege večinoma prepozno. Ne glede na voljo »naročnika« bi zato morali pripravljavci upoštevati, da je nomotehnično oblikovanje zakonskega besedila stvar pravnika – redaktorja in tu ne sme biti prostora za kakršnokoli politično ali nestrokovno vmešavanje.<sup>50</sup>

Po Zakonu o državni upravi (ZDU-1) predloge zakonov za vlado pripravlja državna uprava. Strokovne naloge državne uprave pri pripravi zakonov praviloma opravljajo javni uslužbenci, ki so dolžni svoje delo opravljati po pravilih stroke, ravnati morajo nepristransko in nikomur ne smejo dajati neupravičenih koristi ali prednosti (3. člen ZDU-1). Zakon o javnih uslužbencih (ZJU) določa, da javni uslužbenec uradne naloge opravlja v okviru in na podlagi ustave in zakonov, strokovno, vestno in pravočasno, pri tem ravna častno v skladu s pravili poklicne etike in odgovarja za kakovostno, hitro in učinkovito izvrševanje zaupanih uradnih nalog. Gre za pričakovano ravnanje državnega oziroma javnega uslužbenca, ki spada k načelu integritete, za katero Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije (ZIntPK) določa, da pomeni pričakovano delovanje in odgovornost že pri samem preprečevanju in odpravljanju tveganj, da bi bila oblast, funkcija, pooblastilo ali druga pristojnost za odločanje uporabljena v nasprotju z zakonom, pravno dopustnimi cilji in etičnimi kodeksi. S tem je zajeta tudi odgovornost javnih uslužbencev kot pripravljavcev predpisov za temeljna načela in vrednote pravodajne dejavnosti.<sup>51</sup>

Vsak odmik od temeljnih načel in vrednot v pravodajnem postopku je tveganje za izgubo integritete pripravljavcev gradiv in odločevalcev. In prav to je med glavnimi razlogi, ki poleg političnih zlorab pravodajne dejavnosti povzročata, da je zaupanje ljudi v zakone, podzakonske predpise in druge splošne akte na državni ravni ter tudi tiste, ki jih na lokalni ravni pripravljajo in sprejemajo občine, skrb zbujajoče nizko. Zaradi zlorabe zakonodajnega postopka se lahko vzroki korupcije, nezakonitega lobiranja, drugih nezakonitih ali neetičnih vplivov pojavijo

<sup>49</sup> A. Igličar, nav. delo, str. 119–121.

<sup>50</sup> A. Kurent, Nomotehnika v praksi državnega zbora: kaj mora predlagatelj zakona upoštevati pri njegovi pripravi; v: L. Ude (ur.), Pravni letopis 2008, Zbornik Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani; <http://www.ipp-pf.si/uploads/File/Pravni%20letopis/Pravni%20letopis%202008.pdf>.

<sup>51</sup> B. Kečanović, Na integriteti utemeljen odnos do skupnih vrednot, v: Komisija za preprečevanje korupcije: Javna etika in integriteta (ur. B. Kečanović), str. 171–180.

in trajajo od začetka priprav predloga do konca pravodajnega postopka. Utemeljeno je tudi opozoriti, da je sicer oddajanje storitev pisanja zakonov in drugih splošnih aktov zasebnim avtorjem včasih neizogibno, praksa, ki se je na tem področju ponekod v ministrstvih in organih lokalne samouprave dobesedno razpasla, je šla prek meja pričakovanega ravnanja in odgovornosti – integritete, tako v razmerju do pravodajne dejavnosti kot racionalnosti in smotnosti ravnanja z javnimi finančnimi sredstvi.<sup>52</sup> »Zakon ni javno naročilo, da bi ga preprosto kupili, ampak živ organizem, ki ga mora država oblikovati, spremljati in izvajati.«<sup>53</sup>

### 3. Vloga nomotehnike pri spodbujanju odgovornosti za skupne vrednote in preprečevanju zlorab v pravodajnih postopkih

Družbene vrednote, etična načela in moralna ravnanja ljudi spoznava in vrednoti zakonodajalec najprej z aksiološko metodo, nato pa z empiričnim preverjanjem moralnih predstav in dejanj članov globalne družbe. Pravodajna dejavnost nikoli, ne na začetku ne danes, praviloma ne odloča *ex nihilo*, ker je vezana na družbeni kontekst in temeljne vrednote. Tako tudi nomotehnika, čeprav je nastala šele v novejšem času, na prehodu iz 19. v 20. stoletje, ni *rojena iz nič*. Ne glede na to, ali jo razumemo kot umetnost, večšino, vedo oziroma znanost ali obrt, je na znanstvenih metodah utemeljena, sistematična in preverljiva dejavnost izdelovanja pravnih predpisov. Danes prevladujoče teorije znanosti priznavajo, da v znanosti, in sicer na kate-remkoli področju, vsekakor nastopa veliko immanentno znanstvenih vrednot, ki so za znanost konstitutivne. Takšne so na primer epistemske vrednote, kot so verodostojnost, natančnost v opisih, merjenju in napovedih, težnja h koherentnosti in enostavnosti. Pri tem nekateri avtorji poudarjajo tri osnovne znanstvene vrednote: nepristranskost, nevtralnost, avtonomnost, ki jim pravijo kognitivne vrednote.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Komisija za preprečevanje korupcije je s sistemskim načelnim mnenjem in priporočilom št. 1/2012 opozorila vlado, Državni zbor in občine, da netransparentno najmanjše zunanjih avtorjev in sodelavcev, ki odplačno ali v korist posamičnih interesov pripravljajo zakone, podzakonske predpise in druge splošne akte, pomeni tveganje za nesmotno porabo javnih sredstev, obid zakonodaje o nadzoru lobiranja in drugih nejavnih vplivov na odločanje v zadevah javnega pomena, vse to pa povzroča tudi izrazita tveganja za nastanek nasprotja interesov pri izvajanju in interpretaciji tako pripravljenih predpisov v praksi. Iz priloženega dokumenta je razvidno, da je komisija v okviru tega postopka opravila analizo števila in stroškov predpisov, katerih izdelava je bila naročena pri zunanjih izvajalcih. Javni nosilci priprav in predlogov predpisov (ministrstva, drugi organi in službe javne uprave) so v obdobju med letoma 2004 in 2011 oddali tovrstnih naročil v vrednosti, ki presega 7.000.000 EUR: 66 zakonov, 2 uredbi, 22 pravilnikov in druge pravne storitve, povezane s pripravo predpisov; glej [https://www.kpk-rs.si/upload/datoteke/Sistemsko\\_anaelno\\_mnenje\\_\\_\\_048\\_pdf\[1\].pdf](https://www.kpk-rs.si/upload/datoteke/Sistemsko_anaelno_mnenje___048_pdf[1].pdf).

<sup>53</sup> J. Pogorelec, Zakoni za desetletje, Pravna praksa, št. 26/2006, str. 3; A. Igličar, Zakonodajni proces z osnovami nomotehnike, Pravna fakulteta v Ljubljani, Ljubljana 2004, str. 206.

<sup>54</sup> A. Ule, Znanost, družba, vrednote, Aristej, Maribor 2006, str. 297.

Glede razmerja med dejstvi, dejanskim stanjem stvari in vrednotami v znanosti velja splošno soglasje, da stroga ločitev objektivnega in subjektivnega ni mogoča, to dvoje se medsebojno prežema. Vsako spoznanje, ki mu upravičeno lahko pripisujemo lastnost objektivnega, je vedno le racionalna rekonstrukcija, ki nastane na podlagi subjektivnih doživljajev in izkušenj tistega, ki spoznava in na podlagi tega postavlja trditve ali zapovedi. Zato je vsako spoznanje zakoreninjeno v določenih vrednotah, ki so človekovi cilji in motivacijski dejavniki hkrati. Spoznanje torej in znanstvena metodologija, ki mu s sistematičnostjo priskrbi kakovost in gotovost resnice. Iskanje resnice, čemur služi spoznanje, je nedvomno velika kulturna in tudi moralna vrednota. Razlika med zanesljivostjo in nezanesljivostjo spoznanja, med dobrimi in slabimi metodami sloni tudi na normativnih presojah, na primer družbene koristnosti in zaželenosti znanosti.<sup>55</sup> Nomotehnika, pa naj bo obrt, večšina, modrost ali znanstvena veda, ustreza tako kriteriju družbene koristnosti kot zaželenosti znanosti. Skupaj s pravoznanstvom ter pravnofilozofskimi in sociološkimi disciplinami mora s svojimi metodami prispevati k urejanju družbenih odnosov in procesov s kakovostnimi predpisi, ki so potrebni za uresničevanje skupnih vrednot in ciljev.<sup>56</sup>

Sistemska teorija poudarja, da se morajo v moderni, tako imenovani organizacijski družbi vrednote pojavljati najprej v zakonodajnem postopku ter v njegovem okviru prehajati v splošne akte predstavnškega telesa.<sup>57</sup> V enem in drugem primeru moralne norme in celota družbenih vrednot, običajev in pravil tvorijo materialne pravne vire. Morala odgovarja na vprašanja, kaj je dobro in kaj slabo v družbenem ravnanju posameznika, idejna pojasnjevanja o dobrem in slabem oziroma o moralnih normah pa nam posreduje etika, ki s filozofskega stališča razlaga človekovo nrvnost. Etika kot teoretično pojasnjevanje morale in sistem moralnih načel z racionalnega vidika tudi ocenjuje moralno oziroma nemoralno delovanje družbenih akterjev.<sup>58</sup> To večkrat tudi artikulira v posebnih etičnih kodeksih.

Z aksiološko metodo, ki spada med spoznavne metode in metode ustvarjanja prava – nomotehnike, ugotovimo temeljne vrednote neke družbe, iz katerih mora izhajati tudi pravni sistem. To so na primer načela človeškega dostojanstva, njegove osvoboditve od vseh oblik odtujitev (dezalienacija), načela pravičnosti, fizične in socialne varnosti, materialne in duhovne blaginje, razvoj celovite človekove osebnosti, življenje, svoboda, zdravo okolje ipd. Tem

<sup>55</sup> Prav tam, str. 302–303.

<sup>56</sup> A. Igličar, *Zakonodajna dejavnost: viri, nomotehnika in zakonodajni postopek*, GV Založba, Ljubljana 2011.

<sup>57</sup> »Sprejemanje pravnih predpisov kot vsako odločanje je odvisno od na primer vrednotnih premis odločanja, za katere se predpostavlja, da so družbeno določene ... Pozitivizacija prava torej pomeni, da morajo vse družbene vrednote, norme in pričakovanja skozi filter procesa odločanja, preden postanejo pravno veljavne.« (N. Luhmann, *Legitimacija kroz proceduro*, Naprijed, Zagreb 1992, str. 129).

<sup>58</sup> Dorothy Emmet, *Ethics*, v: *International Encyclopedia of the Social Sciences* (ur. David L. Shills), let. 5, str. 157, The Macmillan Company & The Free Press, 1968.



vidikom se pridružujejo še specifične pravne vrednote, kot so red in mir, pravna država, pravna varnost ipd.<sup>59</sup> Z aksiološko metodo torej opredelimo splošne in pravne vrednote, ki jih uveljavljamo tudi prek prava. V pravnem sistemu te vrednote institucionaliziramo zlasti v ustavi<sup>60</sup> in uvodnih oziroma temeljnih določbah in načelih zakonov<sup>61</sup> ter skupnih oziroma splošnih določbah mednarodnih pogodb.<sup>62</sup> Aksiološka metoda nastopa torej v dveh funkcijah, saj z njo najprej spoznavamo družbene vrednote in moralna pravila, nato pa te vrednote in pravila prevajamo v pravne vrednote in oblikovanje zakonskih določb.

Večji del etičnih načel obstaja v svetu idej, povezanih s svetovnim nazorom. Ne glede na to, da se dolgoročno potrjujejo v človekovi praksi, jih – kratkoročno gledano – pravzaprav ne moremo odkrivati in dokazovati s strogo znanstvenimi metodami, ampak jih dojemamo in utemeljujemo s filozofskimi metodami. Mednje prištevamo na primer odkritje, navdih, intuicijo ter aprioristično in aksiomatsko metodo.<sup>63</sup> Odkritje in navdih izhajata iz posebnega psihičnega stanja zamaknjenosti, ki je blizu umetniškemu odslikavanju stvarnosti ter ne prenese racionalnega dokazovanja in razlage. Blizu takšnemu načinu postavljanja vrednot so na primer spoznavanja »obče volje« ali »narodnega duha«, nekatera Platonova stališča ipd. Bistvo vrednot lahko zajamemo z intuicijo, ko odmislimo zunanjo pojavnost ter pojasnimo srž – na primer – ideje prava, pravičnosti, pravnega občutka ali tako imenovane narave stvari. Ta proces spoznavanja poteka zunaj neposrednega izkustvenega odražanja sveta.

Racionalno dokazovanje je odsotno tudi pri aprioristični in aksiomatski metodi razpravljanja o vrednotah in moralnih izhodiščih. Pri apriorističnem pristopu izhajamo iz nekakšnih prirojenih spoznanj in idej, ki so človeku dani že pred njegovim izkustvenim delovanjem. Pri aksiomatski metodi pa spet srečamo trditve, ki jih ne dokazujemo, katerih vsebina pa je očitna vsakomur in je zajeta že v samem pojmu. Aksiomi pomenijo stališča, ki veljajo za splošno priznane nedvomne resnice, ki jih ni treba dokazovati, čeprav ravno na njih temeljijo znanstveni dokazi.<sup>64</sup> V to kategorijo spadajo številne obče družbene in pravne vrednote, na katerih temeljita človeško sožitje in pravni red, kot na primer, da pogodbe zavezujejo (*pacta sunt servanda*)

<sup>59</sup> Več o pravu in vrednotah v: Marijan Pavčnik, Teorija prava, GV Založba, Ljubljana 2011, str. 449–479.

<sup>60</sup> Na primer 17. člen Ustave RS: »Človekovo življenje je nedotakljivo«; 19. člen: »Vsakdo ima pravico do osebne svobode«; 34. člen: »Vsakdo ima pravico do osebne dostojanstva in varnosti.«

<sup>61</sup> Na primer prvi odstavek 5. člena Obligacijskega zakonika: »Pri sklepanju obligacijskih razmerij in pri izvrševanju pravic in izpolnjevanju obveznosti iz teh razmerij morajo udeleženci spoštovati načelo vestnosti in poštenja.«

<sup>62</sup> Na primer 2. člen Pogodbe o Evropski uniji (spremenjene in dopolnjene z Lizbonsko pogodbo): »Unija temelji na vrednotah človekovega dostojanstva, svobode, demokracije, enakosti, pravne varnosti in spoštovanja človekovih pravic, vključno s pravicami pripadnikov manjšin. Te vrednote so skupne vsem državam članicam v družbi, ki jo označujejo pluralizem, nediskriminacija, strpnost, pravičnost, solidarnost ter enakost žensk in moških.«

<sup>63</sup> Več o filozofskih metodah v: Radimir Lukić, Metodologija prava, SANU, Beograd 1977, str. 58–63.

<sup>64</sup> Na primer v matematiki, kjer je treba vse dokazovati, njenih izhodišč in temeljev pa ne dokazujemo, saj imajo naravo aksiomov, to je izhodišč, v katera je treba preprosto verjeti in jih upoštevati.



ipd. Zato jih mora tudi zakonodajalec upoštevati kot izhodiščne, tako rekoč absolutne resnice o vrednotah in moralnih okvirih, na katere postavlja splošna pravna pravila.

### 3.1. Etika in integriteta

Sodobne teorije, ki še vedno črpajo pri izviri antične moralne filozofije, zlasti Aristotelove vrlinske etike, povezujejo spoznavne oziroma intelektualne vrline z moralnimi vrlinami, da bi tako ponudile enoten in sklenjen seznam vrlin, ki omogočajo doseganje spoznavnih ciljev ali pomagajo pri njihovem uresničevanju teh (resničnih prepričanj o svetu, vedenja oziroma znanja, razumevanja, modrosti ...). Med etiko vrline ali vrlinsko etiko in vrlinsko spoznavno teorijo so številne podobnosti, obe pa gradita na pojmu vrline in ga skušata čim bolj poenotiti. Pri obeh se težišče raziskovanja od lastnosti prepričanj in dejanj prenaša k spoznavnim in moralnim lastnostim posameznika. Ta premik k celovitosti – integriteti osebnosti, po Platonu *celotni kreposti*, ki je največja vrлина, s prizadevanji za skupne vrednote in javno etiko spet pridobiva vse večjo težo tudi v smislu odgovornega upravljanja države. Ta novodobni pristop po zgledu mednarodnih konvencij in globalne etične infrastrukture, ki spremlja institucionalizacijo javne etike, temelji na pričakovanem ravnanju in odgovornosti – integriteti javne oblasti in poudarja, da je poleg kakovostnih pravnih predpisov, organizacijskih pravil in etičnih kodeksov treba nenehno spodbujati k odgovornosti za skupne vrednote in pozivati k ravnanju iz plemenitih nagibov.<sup>65</sup>

Zaradi resnih svetovnih izzivov se pozivu k vrlinam in ravnanju iz plemenitih nagibov, tako kot je poudarjal Aristotel, vse bolj pridružujejo avtorji, ki proučujejo nastajanje in delovanje, napredek in razvoj ali v nasprotnem razkroj institucij. S poudarkom, da institucij ne bi smeli obravnavati zgolj kot organigrame funkcij, marveč bolj kot tkanje pravil, postopkov in vrednot v njihovem situacijskem prostoru, zagovorniki tega novega institucionalizma menijo, da normativni okvir s pravili in spodbudami usmerja moralne občutke, etične sodbe in vrednotne doživljaje, medtem ko situacijski prostor z vrednotami motivira, z znanjem pa krepi spoznavne (kognitivne) zmožnosti – vrline, prek katerih institucije in njihovi člani z medsebojnim odnosom in (so)vplivom, z zgledom in skupnimi prizadevanji sprejemajo najboljše možne odločitve in temu primerno uresničujejo zelene cilje. S tem se razumevanju učinkovitosti in uspešnosti institucij odpirajo nove razsežnosti o vlogi javne etike in integritete kot odgovornosti za skupne vrednote.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> V. Strahovnik, Spoznavne vrline, integriteta in etika javne uprave, v: Na integriteti utemeljen odnos do skupnih vrednot, v: Komisija za preprečevanje korupcije: Javna etika in integriteta (ur. B. Kečanović), str. 127–135.

<sup>66</sup> O pomenu znanja in vrednot glej J. Musek, Vrednote, družba prihodnosti in Slovenija, v: Na integriteti utemeljen odnos do skupnih vrednot, v: Komisija za preprečevanje korupcije: Javna etika in integriteta (ur. B. Kečanović), str. 51–60.

K večjemu ugledu zakonodajnega organa, k »dobremu vladanju« (angl. *good government*) in »javni integriteti« (angl. *public integrity*) lahko pomembno pripomorejo različne oblike regulacij parlamentarnega obnašanja poslancev. Za oživitve zaupanja javnosti v učinkovitost parlamenta in za transparentnost njegovega dela so v pomoč različni dokumenti o etičnem ravnanju članov parlamenta. Osnovni standardi obnašanja poslancev so seveda določeni v ustavnih normah,<sup>67</sup> specialnih zakonih o pravicah in dolžnostih poslancev<sup>68</sup> ter v poslovnikih zakonodajnega organa.<sup>69</sup> Ne glede na to pa je do konca leta 2012 že trinajst parlamentov držav, ki so vključene v Organizacijo za varnost in sodelovanje v Evropi, sprejelo tudi etične kodekse obnašanja poslancev.<sup>70</sup>

Tako je na primer leta 2012 začel veljati Kodeks ravnanja za poslance Evropskega parlamenta. Če bi ga poslanci upoštevali pri dejanskem delovanju, naj bi se povečala preglednost procesov odločanja v predstavniskem telesu, dvignila raven profesionalnega obnašanja poslancev, izboljšala njihova integriteta ter zmanjšala korupcija in povečala ugled parlamenta in splošno zaupanje v njegovo delovanje. Področja, na katera posegajo omenjena etična pravila, zadevajo torej ob splošnih smernicah za njihovo delovanje tudi njihove izjave o premoženju, stroških in prihodkih, registracijo njihovih interesov ter njihove odnose z lobisti.<sup>71</sup> Etična pravila imajo zato pomen tako za državljane kot za odnose med samimi poslanci.<sup>72</sup>

Kodeks ravnanja za poslance Evropskega parlamenta je posebno pozoren na njihove finančne interese. Zato poudarja nujnost delovanja poslancev v splošnem interesu in opozarja, da si poslanci z opravljanjem funkcije ne smejo pridobivati kakšne neposredne ali posredne finančne koristi. Zaradi zagotovitve svobode glasovanja poslanci, kot je določeno v Kodeksu, »ne zahtevajo, ne sprejmejo oziroma nimajo nikakršne neposredne ali posredne finančne koristi ali drugačne nagrade v zameno za izvrševanje pritiska ali za glas v zvezi z zakonodajo, predlogi resolucij, pisnimi izjavami ali vprašanji, vloženi v Parlamentu ali enem od njegovih odborov, in vestno skrbijo za to, da se izogonej vsakršnemu položaju, ki bi lahko nakazoval na korupcijo«. <sup>73</sup> S tem sledijo načelom nepristranskosti, integritete, preglednosti, marljivosti, poštenosti, odgovornosti in spoštovanja ugleda Parlamenta.<sup>74</sup>

<sup>67</sup> Na primer 80.–101. člen Ustave RS.

<sup>68</sup> Na primer Zakon o poslancih, Uradni list RS, št. 48/1992.

<sup>69</sup> Na primer Poslovník Državnega zbora RS (PoDZ-1 – UPB1), Uradni list RS, št. 92/2007.

<sup>70</sup> OSCE, Background Study, Professional and Ethical Standards for Parliamentarians, Varšava 2012, str. 6.

<sup>71</sup> Prim. OSCE, nav. delo, str. 12.

<sup>72</sup> Podobno Katarina Žagar, Etika v parlamentu, v: Javna etika in integriteta (ur. B. Kečanović), Komisija za preprečevanje korupcije, Ljubljana 2012, str. 203.

<sup>73</sup> Drugi odstavek 2. člena Kodeksa ravnanja za poslance Evropskega parlamenta v zvezi s finančnimi interesi in navzkrižji interesov.

<sup>74</sup> Prvi odstavek 1. člena Kodeksa evropskih poslancev.

Za poslansko vlogo se torej v družbi oblikujejo pričakovanja, kako naj ravnajo igralci te vloge. Vsebina družbene vloge je določena z različnimi vrstami družbenih norm, od običajev, tradicije, navad, moralnih pravil, strokovnih pravil do pravnih norm. Ob njihovem upoštevanju nato nastane pričakovanje družbene okolice, kako naj se vedejo in ravnajo poslanci, in hkrati pričakovanje samih poslancev, kako naj se družbena okolica obnaša do njih. To notranje razumevanje vsebine družbene vloge, namreč kako poslanci sami razumejo svojo družbeno vlogo in pričakovanja poslancev ter kako naj se do njih obnaša okolica (internalizirana, ponotranjena vloga), je povezano s standardi ravnanja, ki so pogosto zajeti tudi v poklicnih kodeksih za poslance.

Seveda so zakonodaja in etični kodeksi zgolj izhodišče dostojnega poklicnega in etičnega ravnanja, saj so glavni vzvodi izboljšanja v resnično sprejetih, ponotranjenih moralnih normah vsakega poslanca in celotne globalne družbe. Za ravnanje poslancev bi lahko parafrazirali Pitamičevo misel: »Ne bomo ustvarjali, ne bomo delili in ne bomo našli pravice, če ni pravičnosti v nas,«<sup>75</sup> v kateri besedo pravičnost zgolj zamenjamo z besedo morala.

Odgovor na osrednje etično vprašanje, kako ljudje spoznavamo in doživljamo vrednotne temelje našega odnosa do skupnih vrednot, se začne najprej v naših spoznavnih zmožnostih in moralnih predpostavkah (dispozicijah), ki nam omogočajo oblikovanje ter upravičevanje moralnih intuicij in sodb, te pa nas nato motivirajo in usmerjajo, da ravnamo v skladu z določenimi pravili.<sup>76</sup> Tako je tudi za pravni sistem pomembno intuitivno prepričanje najširšega kroga ljudi, da zakoni niso le črka na papirju, ampak se dejansko uresničujejo. Če tega občutka ni, jih kognitivni sistem ne bo vgradil v tisti del možganov, ki ga Dolenc imenuje avtopilot, prisposodba mentalnega sistema »zavor in ravnovesij«, ki v glavi posameznika bedi med intuicijo in razumom, ampak se bo vanj naselilo prepričanje, da je treba poskrbeti le za to, kako se ob kršitvah zakonov izogniti organom nadzora in roki pravice.<sup>77</sup>

#### 4. Za konec: S celostnim pristopom nomotehnike k spodbujanju pravne države

Kakovosten premik od obrtniške logike in tehnične brezhibnosti predpisov k prizadevanjem za pravno državo in integriteto nosilcev pravodajne dejavnosti zahteva premislek o spoznavnih in etičnih temeljih nomotehnike, kar se denimo v Platonovi državi kaže kot celotna kre-

<sup>75</sup> Leonid Pitamic, *Pravo in revolucija (1920)*, ponatis v: *Izročilo pravne znanosti* (ur. M. Pavčnik), GV Založba, Ljubljana 2008, str. 30.

<sup>76</sup> V. Strahovnik, *Moralne sodbe, intuicija in moralna načela*, Inštitut za simbolno analizo in razvoj informacijskih tehnologij, Velenje 2009, str. 49.

<sup>77</sup> S. Dolenc, *Nevropravo v praksi*, v: *Možgani in pravo*, Podjetje in delo, št. 6-7/2012, str. 1606–1612.

post – največja vrlina. In če za konec o(b)stanemo pri Platonu, velja znova poudariti misel, da še tako dobri zakoni sami po sebi niso dovolj. Če je njihovo sprejemanje in izvajanje zaupano neprimernim, od tega ne samo ni nobene koristi, temveč je država povrh izpostavljena glasnemu posmehu. Posledice tega so za našo državo že skrajno škodljive in sramotne. Zato smo se v tem prispevku o preprečevanju zlorab v pravodajnih postopkih dotaknili tudi preprečevanja zlorab pri sami pripravi, predlogih in izvrševanju predpisov v praksi državnih organov, organov lokalne samouprave in drugih organizacij javnega sektorja. Ker nas k temu kličejo razmere in odklonski pojavi v družbi, ki spodkopavajo učinkovitost pravne države in zaupanje ljudi v javne institucije, mora nomotehnika kot ovira zlorabam v pravodajnih postopkih z odločnostjo vztrajati pri večini in umetnosti ustvarjanja, enako ali celo bolj pa z nenehnim pozivanjem k etiki in integriteti pri sprejemanju in izvrševanju predpisov. Zaradi tega je v danih razmerah, ki so sicer obvladljive in kljub vsemu navdajajo z optimizmom, da jih bomo s skupnimi močmi izboljšali, pomembno ohranjati in krepiti tudi izročilo Nomotehničnih dnevov.







*Pravni letopis 2013*

Povzetki  
Abstracts VII.

UDK 347.626.97(497.4), 347.66(497.4)  
Pravni letopis 2013, str. 25–37

DR. MATEJA KONČINA PETERNEL

## Delitev skupnega premoženja v zapuščinskem in pravnem postopku

Bilo bi prav, da bi delitev skupnega premoženja zakoncev in delitev dediščine uredili ob upoštevanju enakih izhodišč. Mislim, da bi morali v obeh primerih ohraniti možnost, da se stranke odločijo za celovito ureditev medsebojnih lastninskih razmerij z uporabo posebnih pravil postopka za delitev skupnega premoženja, saj se ta bistveno razlikuje od postopka za delitev stvari v solastnini. Z vzpostavitvijo domneve, da so z določitvijo deležev na skupnem premoženju zakoncev in z določitvijo dednih deležev na dediščini že kar vzpostavljeni solastninski deleži na posameznih stvareh, bi se dejansko odpravila možnost delitve skupne lastnine po postopku za delitev skupnega premoženja, dedičem pa bi se tudi onemogočilo uveljavljanje pravic do vračunanja daril in volil ter pridobitve posameznih stvari iz dediščine.

**Ključne besede:** skupna lastnina, delitev skupnega premoženja, delitev solastne stvari, skupno premoženje zakoncev, dediščina, vračunanje darila, vračunanje volila.



*UDC 347.626.97(497.4), 347.66(497.4)*  
*Pravni letopis 2013, pp. 25–37*

DR. MATEJA KONČINA PETERNEL

## **The Division of Joint Property in Inheritance Proceedings and in Civil Litigation**

The division of the joint property of spouses and division of inheritance should be regulated in the similar way. The parties should retain the right to use the special rules of the procedure for the division of the joint property instead of the procedure of division of the separate thing in co-ownership. These special rules enable the parties to arrange their property relationship comprehensively.

**Keywords:** joint property, division of the joint property, division of the thing in co-ownership, joint property of spouses, joint property of heirs, division of inheritance.

UDK 47.234:349.41(497.4)  
Pravni letopis 2013, str. 39–53

JASNA HUDEJ, IZTOK ŠČERNJAVIČ

## **Razprava o pomenu izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila in o nekaterih posledicah spremenjene ureditve izbrisne tožbe**

Avtorja najprej razpravljata o pomenu izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila in se ukvarjata z vprašanjem, ali je položaj pridobitelja pri pravnoposlovni pridobitvi lastninske pravice na nepremičnini stvarnopravno varovan še pred vpisom njegove pravice v zemljiško knjigo. V nadaljevanju obravnavata vpliv spremenjene ureditve izbrisne tožbe na položaj imetnika obligacijske pravice v izvršilnem postopku, ki se začne na predlog odsvojiteljevega upnika. Z vidika novih spoznanj o pomenu izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila predstavita še način reševanja primerov večkratnega razpolaganja z nepremičnino.

**Ključne besede:** stvarno pravo, zemljiškoknjižno pravo, zemljiška knjiga, načelo zaupanja v zemljiško knjigo, zemljiškoknjižno dovolilo, vknjižba, sklenitev pogodbe, ugovor tretjega v izvršilnem postopku, večkratno razpolaganje z nepremičnino.

UDC 47.234:349.41(497.4)  
*Pravni letopis 2013, pp. 39–53*

JASNA HUDEJ, IZTOK ŠČERNJAVIČ

## **Discussion on the Meaning of an issued Land Register Permission and on some Consequences of the Changed Regulation regarding a Claim for Removal from the Land Register**

The authors firstly discuss the meaning of an issued land register permission and deal with the question, whether the position of the acquirer of the ownership right obtained by way of legal transaction is secured prior to entry in the land register. Furthermore, they analyse how the changed regulation regarding a claim for removal from the land register affects the position of an obligational right holder in the enforcement procedure initiated by the alienator's creditor. The authors also present the solution of multiple disposal situations in terms of the new perspectives on the meaning of an issued land register permission.

**Key words:** property law, land register law, land register, principle of trust in land register, land register permission (registration clause), entry in the land register, conclusion of the contract, third party objection in the enforcement procedure, multiple disposal of real estate.

UDC 341.94:343.433  
*Pravni letopis 2013, pp. 57–81*

M.SC. ILIJA RUMENOV

## Determination of the Child's Habitual Residence According to the Brussels II bis Regulation

The child's habitual residence is becoming one of the most important jurisdictional criteria in the area of private international family law. Its adoption as the primary basis of jurisdiction under the Brussels II bis Regulation, confirms its significance. However, even after one hundred years of its first use in the substantive law of the Hague Convention on Guardianship of 1902, two outstanding issues remain. The criterion is still considered a factual concept and, as a consequence, most of the legal sources that deal with private international law have not provided its definition. In recent years, following the "A" case of 2009, this position has changed because the European Court of Justice stressed that "...it follows from the need for uniform application of Community law and from the principle of equality that the terms of a provision of Community law which makes no express reference to the law of the Member States for the purpose of determining its meaning and scope must normally be given an autonomous and uniform interpretation throughout the European Community". In another case, *Rinau*, it was affirmed that the guiding principles of the 1980 Hague Convention concerning the interests of children were taken over, in matrimonial matters and matters of parental responsibility, by the Regulation. Advocate General Kokott held in her opinion in the "A" case that "[b]oth provisions pursue the aim that abducted children should return immediately to the State in which they had their habitual residence before the unlawful removal. That coordination also makes a uniform understanding of the concept of habitual residence necessary".

The article analyses the practice of the Hague Conference of Private International Law and tries to give an insight into the thirty years of implementation of the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention, and the problems that have emerged from it. This will help in creating a uniform application of this jurisdictional criterion and a uniform understanding of the concept of habitual residence. The article also gives comparative insight into the recent emergence of definitions of the habitual residence in the national codifications of the private international law.

**Keywords:** child's habitual residence, jurisdiction, private international law, family law, Brussels II bis regulation, 1996 Hague Child Protection Convention, 1980 Hague Child Abduction Convention.

UDK 341.94:343.433

Pravni letopis 2013, str. 57–81

MAG. ILIJA RUMENOV

## Ugotavljanje otrokovega običajnega prebivališča po Bruseljski uredbi II bis

Običajno prebivališče otroka postaja eno glavnih meril za določitev pristojnosti na področju mednarodnega zasebnega družinskega prava. Sprejem tega merila kot temelja pristojnosti po uredbi Bruselj II bis potrjuje njegov pomen. Vendar pa tudi po sto letih od njegove prve uporabe v materialnem pravu Haaške konvencije o skrbništvu iz leta 1902, ostajata odprti dve vprašanji. Merilo se še vedno obravnava kot dejanski koncept in posledično večina pravnih virov, ki se ukvarjajo z zasebnim mednarodnim pravom, ne določa njegove opredelitve. V zadnjih letih, po primeru »A« iz leta 2009, se ta položaj spreminja, ker je Sodišče EU poudarilo, da »je iz zahtev po enotni uporabi prava Skupnosti in iz načela enakosti razvidno, da je treba izraze določbe prava Skupnosti, ki se pri opredelitvi smisla in obsega ne sklicuje posebej na pravo držav članic, navadno razlagati samostojno in enotno v celotni Skupnosti«. V primeru Rinau pa je Sodišče potrdilo, da je bila usmeritev Haaške konvencije iz leta 1980 glede koristi otroka v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo povzeta v Uredbi. Generalna pravobranilka Kokottova je v svojem mnenju v zadevi »A« menila, da se »[z] obema predpisoma [...] zasleduje cilj, da se ugrabljeni otroci nemudoma vrnejo v državo, v kateri so imeli običajno prebivališče pred protipravnim dejanjem. To povezovanje prav tako zahteva enotno razumevanje pojma običajnega prebivališča.«

Članek analizira prakso Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu in skuša prikazati trideset let uveljavljanja Konvencije o mednarodni ugrabitvi otrok iz leta 1980 in Konvencije o varstvu otrok iz leta 1996 ter probleme, ki so pri tem nastali. To bo pripomoglo k enotni uporabi tega merila pristojnosti in enotnemu razumevanju koncepta običajnega prebivališča. Članek vsebuje tudi primerjalni pregled nedavnega pojava opredelitve običajnega prebivališča v nacionalnih zakonodaja s področja mednarodnega zasebnega prava.

**Ključne besede:** otrokovo običajno prebivališče, pristojnost, mednarodno zasebno pravo, družinsko pravo, Bruseljska uredba II bis, Haaška konvencija o varstvu otroka iz 1996, Haaška konvencija o mednarodni ugrabitvi otrok iz 1980.

UDK 349.214.2:351.712(497.4)  
*Pravni letopis 2013, str. 85–103*

DR. MATIJA DAMJAN

## **Pravne podlage za ureditev položaja infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih**

Omrežja javne infrastrukture v naravi potekajo po številnih zemljiščih, ki niso v lasti upravljavcev omrežij. V stvarnem pravu naj bi se takšno razmerje med lastnikom nepremičnine in uporabnikom objektov ali naprav na njej urejalo z institutom služnosti ali stavbne pravice. Gradbena zakonodaja zahteva, da investitor izkaže pravico graditi. Vendar primerjava med podatki zbirnega katastra gospodarske javne infrastrukture in podatki zemljiške knjige pokaže, da je obstoj ustrezne pravice za gradnjo na tujem zemljišču pri večini obstoječih omrežij prej izjema kot pravilo. Neurejen pravni položaj javne infrastrukture lahko vodi k nastanku sporov, zlasti pri vgrajenih oziroma vkopanih vodih, katerih potek navzven ni razviden. Poštenu lastnik nepremičnine in poštenu upravljavec omrežja imata oba legitimen interes za varstvo svojega položaja, prisotni pa so tudi elementi javnega interesa. Prispevek najprej išče pravne podlage za ureditev položaja infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih v zakonodaji, ki je bila relevantna za gradnjo omrežij v obdobju družbene lastnine in kasneje. Nato preuči nekatere specialne določbe predpisov o gospodarskih javnih službah, telekomunikacijah in energetiki, ki so relevantne za ta položaj. Posebej obravnava tudi razlastitev in institut služnosti v javno korist.

**Ključne besede:** omrežje, javna infrastruktura, telekomunikacijska omrežja, energetska omrežja, pravica graditi, služnost, stavbna pravica, razlastitev, služnost v javno korist.

UDC 349.214.2:351.712(497.4)  
*Pravni letopis 2013, pp. 85–103*

DR. MATIJA DAMJAN

## **Legal Basis for Regulating the Position of Infrastructure Networks on Others' Property**

Public infrastructure networks in nature pass over a number of plots of land not owned by the network operators. In property law, such a relationship between the property owner and the facility operator is supposed to be regulated by establishing an easement or a superficies right. Construction law requires that the investor proves his right to build. However, the comparison between the data of public infrastructure cadastre and the land registry data shows that for most existing networks, the existence of such rights to build on others' land is an exception rather than the rule. The disordered legal situation of public infrastructure can lead to conflicts, especially in relation to ducts installed underground, the course of which is not openly visible. The property owner and the network operator who acted in good faith, both have a legitimate interest in protecting their position; elements of public interest are also present. The article first seeks the legal basis for regularising public infrastructure networks on others' land in the legislation that was relevant for the construction of networks in the (Yugoslav) social property period and later. Next, special provisions are examined that are contained for such purposes in the legislation on public utilities, telecommunications and energy sector. The instruments of expropriation and easement in the public interest are also addressed.

**Keywords:** networks, public infrastructure, telecommunication networks, energy networks, the right to build, easement, the right of superficies, expropriation, easement in the public interest.

UDK 347.466:336.763

Pravni letopis 2013, str. 107–118

DR. MIHA JUHART

## Zavarovanje terjatev z vrednostnimi papirji

Zavarovanje z vrednostnimi papirji je pomembna oblika zavarovanja terjatev. Primeren predmet zavarovanja so predvsem serijski vrednostni papirji, ki se v Sloveniji izdajajo v nematerializirani obliki. Zastavna pravica na takšnih vrednostnih papirjih nastane z vpisom v register. Zato je bistveno pravno vprašanje način uresničitve upnikove prednostne poplačilne pravice. Zastavni upnik ima pravico, da v primeru neplačila zavarovane terjatve izvensodno proda zastavljene vrednostne papirje. Pri materializiranih vrednostnih papirjih se pri tem smiselno uporabljajo pravna pravila, ki veljajo za ročno zastavo. Pri nematerializiranih vrednostnih papirjih pa pravila prisilne prodaje določajo predpisi, ki urejajo poslovanje z nematerializiranimi vrednostnimi papirji. Posebna pravila veljajo za zavarovanja, ki spadajo med finančna zavarovanja. Pri teh zavarovanjih ima zastavni upnik dodatno možnost, da namesto prodaje izvede zaseg vrednostnih papirjev po pošteni ceni. Pri izvrševanju poplačilne pravice in zasegu je učinek prepovedi komisornega dogovora nekoliko omiljen, kljub temu pa velja, da upnik z izvršitvijo zavarovanja ne sme biti obogaten.

**Ključne besede:** zastavna pravica, vrednostni papir, komisorna klavzula, finančna zavarovanja, izvršitev finančnega zavarovanja, nematerializirani vrednostni papirji.



UDC 347.466:336.763

*Pravni letopis 2013, pp. 107–118*

DR. MIHA JUHART

## **Collateral with Pledge of Securities**

Collateral with pledge of securities is an important form of collateral in modern financial transactions. Especially stocks and bonds are very suitable object of pledge. In Slovenia stocks and bonds are obligatory issued as dematerialized security. The creditor obtains his right of pledge on dematerialized securities by the registration in the central register of dematerialized securities. Therefore the main legal issue is the execution of the creditor's right to reimbursement. In the case of paper (materialized) securities the creditor executes the sale of the pledged securities in the same way as movable property. The execution of pledge on dematerialized securities is especially regulated in the Book Entry Securities Act. Special rules apply for the financial collaterals subject to the Financial Collaterals Act. In case of the financial collaterals the creditor has an additional opportunity to seize the securities instead of executing the sale. In Slovenian Law the rules of pledge strictly prohibit the so called *Lex Commisoria Clause*. By the financial collaterals there are some exemptions from this strict rule. However, even in this case the creditor shouldn't be enriched by the execution of the collateral.

**Keywords:** pledge, security, *Lex Commisoria*, financial collaterals, execution of the financial collateral, dematerialized securities.

UDK 347.466:347.415(497.4)  
Pravni letopis 2013, str. 119–137

DR. RENATO VRENČUR

## Akcesornost zastavne pravice

Poslovna praksa zahteva uporabo različnih instrumentov zavarovanj obveznosti. S tem se okrepi upnikov položaj v primeru neplačevitosti dolžnika, še zlasti v primeru stečaja ali izvršbe. Izbira ustreznega zavarovanja je še toliko bolj pomembna v obdobju recesije, ko se gospodarski subjekti spopadajo s kronično nelikvidnostjo ter insolventnostjo. Nekateri instrumenti zavarovanj so izrazito akcesorne narave (hipoteka), medtem ko so drugi tipični neakcesorni modeli zavarovanj. Poznavanje omenjene pravne narave obravnavanih instrumentov pa je več kot nujno za ustrezno izbiro in uporabo posameznih modelov v praksi.

**Ključne besede:** učinki akcesornosti, hipoteka, poroštvo, dolg, terjatev, nepremičnine, insolventnost.

UDC 347.466:347.415(497.4)  
*Pravni letopis 2013, pp. 119–137*

DR. RENATO VREŃUR

## **Accessoriness of Lien**

The application of various instruments of collateral is required in business practice to strengthen the position of creditors in the event of default by debtors, and in particular in bankruptcy or execution. Choosing appropriate collateral is even more important during a recession period, when businesses suffer from a chronic lack of liquidity and insolvency. Some collateral instruments are of a highly accessoriness nature (mortgage), while others constitute typical non-accessoriness collateral models. Understanding the above mentioned legal nature of the instruments is more than necessary for adequate selection and use of specific models in practice.

**Key words:** effects of accessoriness, mortgage, bail, debt, claim, immovables, insolvency.

UDK 342.22:347.56(497.4)  
Pravni letopis 2013, str. 141–165

DR. DAMJAN MOŽINA

## Odškodninska odgovornost države

Prispevek podaja oris instituta odškodninske odgovornosti države. Ta se najprej nanaša na odgovornost države za protipravno izvajanje oblasti. Njegova pravna podlaga je čl. 26 URS, vendar se zanjo – v odsotnosti drugih posebnih pravil – uporabljajo splošna pravila nepogodbene odškodninske odgovornosti. Osnovno načelo je, da država (oz. občina) odgovarja za škodo, ki jo pri delu in v zvezi z delom protipravno in krivdno povzroči njen organ oz. oseba, ki izvaja javna pooblastila. Sem vsebinsko sodi tudi institut odgovornosti države za škodo kot posledico kršitev evropskega prava, ki izhaja iz evropskega prava in je nastal na nekoliko drugačni podlagi. Po drugi strani pa obstaja skupina primerov, v katerih si država iz različnih razlogov naloži objektivno odgovornost za škodo, ki ne nastane zaradi protipravnega izvajanja oblasti, ampak drugače. Sem sodijo denimo odgovornost za neupravičeno obsodbo in odvzem prostosti, odgovornost zaradi obveznega cepljenja, odgovornost žrtvam nasilnih kaznivih dejanj, pa tudi npr. odgovornost države za škodo, ki jo povzročijo divje živali. Prispevek je kritičen do čezmerne širitve odškodninske odgovornosti države.

**Ključne besede:** odškodninska odgovornost države, protipravno izvajanje oblasti, druge povrnitvene sheme, objektivna odgovornost, krivdna odgovornost.

UDC 342.22:347.56(497.4)

*Pravni letopis 2013, pp. 141–165*

DR. DAMJAN MOŽINA

## **Liability of the State for Damage**

The author attempts to provide an overview of the institute of state liability for damages in Slovenian law. The legal foundation for liability of the state for wrongful exercise of authority is Art. 26 of the Constitution. However, since there are no other special rules for state liability, the general rules on non-contractual liability for damage are being applied. The basic principle is that the state (or local community) is liable for loss caused wrongfully and culpably in connection with the exercise of authority by the government agent. Also the state liability for the breach of EU law belongs to this category, although it is based on slightly different principles. On the other hand there are cases, where the state, for different reasons, assumes the risk of damage, which is not a consequence of wrongful exercise of power, such as the liability for damages due to unjustified sentence or false imprisonment, liability towards victims of violent crimes, liability arising from mandatory vaccination, but also liability of the state for damage caused by wild animals. The author is critical towards excessive extension of state liability.

**Key words:** state liability for damage, wrongful exercise of authority, other compensation scheme, strict liability, liability based on fault.

UDK 342.531.41:347.56:342.7  
Pravni letopis 2013, str. 167–184

DR. SAŠA ZAGORC

## Odškodninska odgovornost za kršitev človekovih pravic

Avtor se sprašuje, ali obstoječa sodna praksa slovenskih sodišč ustrezno razrešuje tista vprašanja odškodninske odgovornosti države za zakonodajalčeva ravnanja, pri katerih se instituti civilnega prava, kot sta zastaranje ali omejena višina odškodnine, prepletajo z ustavnopravnimi koncepti, zlasti z ustavnosodnim varstvom človekovih pravic, vključno s podrobnejšo analizo primera izbrisanih. Odgovornost države za škodo, ki jo povzroči zakonodajalec, za zdaj ni splošno sprejet koncept v evropskem prostoru. Države se uveljavljanju odgovornosti poleg konceptualnih pomislekov izogibajo tudi iz pragmatičnih motivov, kar razkriva izhodiščno drugačno, bodisi bolj liberalno bodisi bolj utilitaristično pojmovanje človekovih pravic med različnimi akterji v družbi. Še težavnejše je vprašanje odprave kršitev zakonodajnih ravnanj ali opustitev, ki praviloma prizadenejo človekove pravice posameznikov. V primeru sistemskih kršitev človekovih pravic, ki so bile zelo dolgotrajne, bi bilo lahko ob popolni odpravi kršitev resno ogroženo delovanje države kot celote, zato ima zakonodajalec izjemoma pooblastilo, da se odmakne od popolne odprave kršitev človekovih pravic. A dokazovanje upravičenosti te izjeme je na plečih zakonodajalca, ki mora dejansko izkazati izjemnost situacije, da gre za ukrep *ultima ratio*, pri čemer zgolj sklicevanje na ekonomske posledice po mnenju sodne prakse ne zadošča, in da ne nazadnje ni ustreznih alternativ. Po sumarni oceni predlagatelju zakona o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva, teh standardov ni uspelo zagotoviti.

**Ključne besede:** odškodninska odgovornost države, človekove pravice, odškodnina, skrbno ravnanje, zastaranje.

UDC 342.531.41:347.56:342.7  
Pravni letopis 2013, pp. 167–184

DR. SAŠA ZAGORC

## Civil Liability for Infringements of Human Rights

Author analyses if the current state of art in the case law of Slovenian courts, in particular the case law concerning Erased individuals, adequately resolves specific issues of public liability for legislative acts where typical elements of civil liability, e.g. statute of limitations or limited amount of awarded damages, intertwine with constitutional concepts, such as protection of human rights and redress thereof. State liability for legislative acts has not been fully accepted in European legal systems. States avoid it not only for conceptual reasons but also due to pragmatic motifs which, as a consequence, reveal a schism between more pro-human rights oriented and utilitarian understanding of human rights in the society. Additionally, redress of human rights infringements by legislative action or omission raises also some concerns, particularly in case of systemic and long-lasting violations of human rights, if the former could seriously endanger the normal functioning of the state. In such situations the legislator may exceptionally step aside from full redress. However, burden of proof rests with legislator which entails a duty to demonstrate the exceptionality of the situation, the necessity (*ultima ratio measure*) whereat mere economic considerations will not be considered as sufficient by courts and, finally, lack of legitimate alternatives. In line with general overview, the draft law on the redress of damage to the Erased individuals does not meet these standards.

**Keywords:** public liability, human rights, damages, due care, statute of limitations.

UDK 347.56:347.962.6

Pravni letopis 2013, str. 185–213

JAN ZOBEC

## Odškodninska odgovornost sodnika in odgovornost države zanj

Ker so sodniki samo ljudje, tudi zanje velja: motiti se je človeško (sodniško). Kjer je napaka, je (praviloma) tudi škoda. Vprašanje pa je, ali je tam tudi odgovornost - in če, čigava. Avtor išče odgovor na vprašanje, katere napake imajo za posledico odškodninsko odgovornost, kdo je tisti, ki je odškodninsko odgovoren, ter na kateri podlagi. Ugotavlja, da gre pri povzročitvi škode zaradi sodniške napake za javnopravno odškodninsko razmerje med državo (ki je povzročila škodo s svojim oblastnim ravnanjem) in civilnim subjektom kot oškodovancem. Ker velja splošna prepoved izvrševanja oblasti na protipraven način, se avtor zavzema za razosebljenje odgovornosti. Krivda, ki se vselej navezuje na konkretnega storilca, bi morala biti tu absorbirana s protipravnostjo ravnanja. Bistveno je, da je bila škoda storjena s protipravnim ravnanjem sodne oblasti. Ko gre za sodniško protipravnost, se je treba spraševati o dolžnem oblastnem ravnanju države kot oblastne entitete in ne o posameznih izvrševalcih te oblasti. Pozornost ni usmerjena na posameznega sodnika, ampak k iskanju odgovora, kako bi morala država (v posamičnem primeru) izvajati sodno oblast. Avtor obravnava tudi vprašanje vzročne zveze (predvsem z vidika dveh praktičnih primerov, ki ju je obravnavalo Vrhovno sodišče RS) ter pomen jurisprudence Sodišča EU. Poudarja, da za Sodišče EU ni toliko bistveno varstvo posameznikovih pravic, kot je bistveno zagotoviti in vzpostaviti enotno uporabo prava EU v nacionalnih jurisdikcijah.

**Ključne besede:** odškodninska odgovornost za sodniške napake, pravnomočnost, neodvisnost sodstva, sodnikova imuniteta, protipravnost, neposredna osebna odgovornost sodnikov, razosebljenje odgovornosti, neodpustljiva sodniška napaka, vzročna zveza, očitna kršitev prava EU.



UDC 347.56:347.962.6

*Pravni letopis 2013, pp. 185–213*

JAN ZOBEC

## The Judges' Liability for Damages and State Liability for Judges' Actions

Since judges are only humans, it holds for them as well: to err is human (thus judicial). And where the error is, there (mostly) is harm. However, the question arises, whether there is also a liability - and if it is, who should be held liable. The author seeks the answer to the question, which errors entail tort liability, which subject is held liable and on which ground. He argues that the damage committed by judicial misconduct constitutes a public-law relationship between the state (which has caused the damage by its authoritative act) and the civil subject as the impaired person. According to the general (and self-evident) prohibition on the unlawful exercise of the state's power, the author argues for the ex-personification of the state's tort liability. As fault has always been ascribed to an individual and particular tortfeasor, it should, in the cases of judicial misconduct, be absorbed by the unlawfulness of the state body's act. What essential here is the mere fact that the damage has been caused by an unlawful act of the judicial power. Since judicial misconduct is at stake, the focus should be paid on the proper exercise of the state's power rather than on the particular individual who has been exercising this power. The attention is thus focused not on particular judge and his conduct but on the question how the state authority should (in that particular case) act and exercise its jurisdiction. The author discusses the question of causation (foremost from the view of two cases of the Supreme Court of Slovenia) and the significance of the jurisprudence of the CJEU. He points out that the CJEU's main goal is the assurance and the establishment of the uniform application of the EU law, rather than safeguarding of the individuals' rights.

**Keywords:** tort liability for the judicial misconduct, finality, judicial independence, judicial immunity, unlawfulness, direct personal liability of judges, ex-personification of liability, inexcusable judicial error, causation, sufficiently serious breach of EU law.

*UDK 347.56:347.739(497.4)*  
*Pravni letopis 2013, str. 215–228*

DR. MILE DOLENC

## **Odškodninska odgovornost stečajnih upraviteljev in odgovornost države zanje**

Nova ureditev odškodninske odgovornosti stečajnih upraviteljev nesistemske odstopa od podobne odgovornosti nosilcev javnih pooblastil. Njihova odgovornost se je skoraj povsem približala objektivni odškodninski odgovornosti.

**Ključne besede:** stečajni upravitelji, odškodninska odgovornost, država.

*UDC 347.56:347.739(497.4)*  
*Pravni letopis 2013, pp. 215–228*

DR. MILE DOLENC

## **The Liquidators' Liability for Damages and State Liability for Liquidators' Actions**

The new regime of liability of liquidators unsystematically deviates from similar accountability of holders of public powers. Their responsibility has become almost the same as objective liability for damages.

**Key words:** liquidators, liability for damages, state.

UDK 340.134:342.3/4:32  
Pravni letopis 2013, str. 231–239

DR. FRANC GRAD

## Nomotehnika, pravna država in politika

Avtor razpravlja o razmerjih med nomotehniko, pravno državo in politiko. Pri tem ugotavlja, da je nomotehnika usodno vpeta v širši pravni in družbeni prostor, zato je zanjo pomembno tako pravno kot tudi politično okolje. Ključnega pomena za nomotehniko je načelo pravne države, ker je najpomembnejši pravni okvir pri ustvarjanju pravnih pravil. Z vidika pravnega okolja je nujno, da gre za pravni red, ki je notranje skladen, torej koherenten, v katerem lahko nomotehnika najde trdno oporo za svoje delovanje. Pravno okolje zaznamujeta predvsem ustavni okvir in okvir, ki ga pomeni pravo Evropske unije. Pomembno za nomotehniko je tudi politično okolje, od katerega se zahteva urejeno politično delovanje, ki političnim ciljem sledi ob upoštevanju pravnih zakonitosti.

**Ključne besede:** nomotehnika, pravna država, ustavnost, zakonitost, politika.

*UDC 340.134:342.3/.4:32*  
*Pravni letopis 2013, pp. 231–239*

DR. FRANC GRAD

## **Nomotechnics, Legal State and Politics**

The author discusses the relationship among the nomotechnics, the principle of legal state and the politics. He states that the nomotechnics belongs to the wider legal and social space, thus it depends especially on the legal and the political framework. The most important is the principle of legal state that represents the most important basis for the creating of law. From the aspect of legal framework it is necessary that the legal order should be coherent, thus the nomotechnics finding its firm basis for its work. The legal environment includes especially the constitutional framework and the European law framework of the working of nomotechnics. The political environment means the regulated political functioning that realises the political aims with concerning the legal rules.

**Key words:** nomotechnics, legal state, constitutionality, legality, politics.

UDK 340.132.3

Pravni letopis 2013, str. 241–249

DR. BORUT ŠINKOVEC

## O prepovedi retroaktivnosti predpisov

Pravna država temelji na dveh nepogrešljivih elementih: na samem obstoju pisanega prava, kar ustreza pojmu pravne varnosti, in na zaupanju v to (obstoječe) pravo, kar pomeni zaupanje, da bo obstoječi zakon, kakršen je v času njegove uporabe, imel posledice in učinke, kot jih tak zakon vnaprej določa. Zato morebitne poznejše spremembe zakona (ali nov zakon) ne smejo imeti nobenega učinka na prej storjena pravna ravnanja po prejšnjem zakonu. Drugače bi to ustvarilo pravo (nedopustno) retroaktivno učinkovanje zakona.

Pač pa imajo zakoni pogosto lahko učinek samo neprave (navidezne) retroaktivnosti, brez pravnega učinka za nazaj. To je npr. pogosto pri zakonih, ki se nanašajo na delovno pravo, pravo o zaposlitvi ali družinskih razmerjih ipd. To ni pravo retroaktivno učinkovanje zakona. Taki zakoni imajo samo *ex nunc* učinek za naprej, tj. od sedaj naprej. Ne gre za kršitev nedopustne retroaktivnosti.

Dejansko pa je pogosto težavno jasno razlikovati med primeri prave (resnične) in primeri samo neprave (navidezne) retroaktivnosti. Samo če je zakonodajalec pri tem dovolj natančen, je zagotovljen tudi drugi od omenjenih elementov oziroma načel, ki ju vedno zahteva pravna država.

**Ključne besede:** pravna država, pravna varnost, zaupanje v (obstoječe) pravo, prava (nedopustna) retroaktivnost, neprava (navidezna) retroaktivnost, zakonodajalec.

UDC 340.132.3

Pravni letopis 2013, pp. 241–249

DR. BORUT ŠINKOVEC

## Inadmissible Retroactivity of Laws

The state with the rule of law is based on two basic elements: the very existence of written law, which equates with legal certainty, and on the confidence in this (existing) law, i.e. the confidence in existing law as it is at the time when it is applied to have the consequences and effects as provided by it in advance. Therefore, possible later changes of the law (or a new law) may have no effect on previous legal actions under the previous law. Otherwise, this would bring about real (inadmissible) retroactive effect of law.

Remarkably, many laws often may only have the effect of false (seeming) retroactivity, without true retroactive effect. Such for instance is often the case when it comes to laws, referring to labour law, employment law or family law, etc. In such cases, no true retroactive effect of law is involved. Such laws only have the so called *ex nunc* effect in the future, »from now on«. No violation of inadmissible retroactivity is involved.

In fact, it is often difficult to distinguish clearly between the cases of real (true) and cases of but false (seeming) retroactivity. Only if the legislator is sufficiently meticulous about this, also the former element or principle of both principles mentioned above, which a state of law duly requires, is ensured.

**Keywords:** the rule of law, legal certainty, confidence in (existing) law, real (inadmissible) retroactivity, false (seeming) retroactivity, legislator.

UDK 340.132:342.537(497.4)  
Pravni letopis 2013, str. 251–268

DR. SAŠA ZAGORC

## Avtentična razlaga zakona v praksi

Po avtorjevem mnenju, tudi na podlagi njegovih dosedanjih prispevkov, institut avtentične razlage zakona, ki smo ga prevzeli iz nekdanjega socialističnega sistema, nasprotuje bistvu liberalno-demokratskega modela oblasti. V Sloveniji se je uporaba avtentične razlage zakona skrb zbujujoče povečala. Državni zbor jo sprejme ne samo brez prave demokratične kontrole volivcev, temveč tudi posega z njo v delo rednih sodišč. Vse avtentične razlage zakona do zdaj so bile bodisi razširjajoče bodisi zožujoče glede na pravice, zapisane v zakonu, medtem ko so nekatere vsebovale tudi elemente pojasnjevalnih avtentičnih razlag. V takšnih primerih Ustavno sodišče načeloma razlago zakona razveljavi, saj smejo biti vsebinske spremembe zakona sprejete le po zakonodajnem postopku. Ustavno sodišče je redno razveljavljalo sprejete avtentične razlage zakona razen presenetljive odločbe U-I-128/11, sprejete februarja 2013, ob kateri se je neposrečeno spopadlo z oceno ustavnosti plurinormativnih zakonskih določb. Po avtorjevem mnenju je spet zamudilo priložnost, da ugotovi neustavnost instituta avtentične razlage zakona kot takega.

**Ključne besede:** avtentična razlaga zakona, avtentičnost, Državni zbor, sodišče, ustavnost, delitev oblasti.



*UDC 340.132:342.537(497.4)*  
*Pravni letopis 2013, pp. 251–268*

DR. SAŠA ZAGORC

## **Authentic Interpretation of Law in Practice**

Author, based also on his previous work, argues that authentic interpretation of law, a legal act inherited from the socialist times, contravenes the very nature of liberal-democratic model of government. In Slovenia, the use of authentic interpretation of law has risen worryingly. Not only the National Assembly employs it to resolve individual cases by passing the legal act without proper democratic control of electorate but also it expressly interferes with the work of regular courts. All authentic interpretations of law have been either extensive or restrictive to the rights or duties enshrined in the law, while some also bore certain elements of explanatory interpretation. If so, the Constitutional Court in principle annuls the interpretation of law since novelties in law may only be adopted through the legislative procedure. The Constitutional Court has regularly annulled all individual cases of authentic interpretation of law so far if brought before the court, except in a surprising decision U-I-128/11, delivered in February 2013, where it tackled awkwardly with the assessment of constitutionality of plurinormative legal provisions. In author's opinion, it missed again the opportunity to conclude that the authentic interpretation of law as such is unconstitutional.

**Key words:** authentic interpretation of law, authenticity, National Assembly, court, constitutionality, separation of powers.



UDK 342.537.4(497.4)  
*Pravni letopis 2013, str. 269–281*

ANDREJA KURENT

## **Nujni zakonodajni postopek**

Prispevek obravnava nujni zakonodajni postopek in mnenje o njegovih pomanjkljivostih. Opisane so pravne podlage za sprejemanje zakona po nujnem postopku, predvsem določbe Poslovnika Državnega zbora o njem, poleg tega pa tudi konkreten primer sprejemanja zakona po nujnem postopku. Predstavljena je tudi odločba Ustavnega sodišča Češke republike, ki je presojalo institut nujnega zakonodajnega postopka.

**Ključne besede:** zakonodajni postopek, nujni zakonodajni postopek, poslovnik, Državni zbor, predlog zakona.



*UDC 342.537.4(497.4)*  
*Pravni letopis 2013, pp. 269–281*

ANDREJA KURENT

## **Fast Track Procedure**

The paper presents the fast track procedure and the author's opinion on the faultinesses of such procedure. The paper describes the legal basis for fast track procedure, particularly the provisions of the Rules of Procedure of the National Assembly, and provides an example of the draft law which was adopted by the fast track procedure. The paper also presents the decision of the Constitutional Court of the Czech Republic related to fast track procedure.

**Keywords:** legislative procedure, fast track procedure, Rules of Procedure, National Assembly, draft law.

*UDK 340.134:177*

*Pravni letopis 2013, str. 283–300*

MAG. BEČIR KEČANOVIČ, DR. ALBIN IGLIČAR

## **Nomotehnika kot ovira zlorabam v pravodajnih postopkih**

V pravodajnem procesu nastopajo kot materialni pravni viri tudi etična načela in moralne norme. Pri pretvarjanju etičnih načel v splošne pravne norme zavzema pomembno vlogo tudi nomotehnika. Veda o izdelavi pravnih predpisov, nomotehnika, mora preprečevati pojave zlorabe oblasti in korupcije. To pa postavlja celotni pravni sistem v odvisnost od moralnosti državljanov in njihovega odnosa do temeljnih načel in skupnih vrednot. Zakonodajalčev odnos do etičnih načel v ravnanju in odločitvah zelo močno vpliva na zaupanje javnosti v njegovo delo ter s tem na legitimnost njegovih odločitev. V začetku 21. stoletja je na splošno stopnja zaupanja v predstavniška telesa kot glavnega zakonodajalca in s tem v parlamentarno demokracijo zelo nizka. Zaupanje v nacionalne zakonodajalce oziroma parlamente v Evropski uniji v zadnjem obdobju upada, ta stopnja zaupanja pa je v Sloveniji še nižja od povprečja v Evropski uniji.

**Ključne besede:** etika, morala, zakonodajalec, zaupanje, legitimnost.

UDC 340.134:177

*Pravni letopis 2013, pp. 283–300*

MAG. BEČIR KEČANOVIĆ, DR. ALBIN IGLIČAR

## **Nomotechnics as a Barrier to Abuses in Law-making Procedures**

In the law-making process, ethical principles and moral norms pose as material sources of law. When converting ethical principles into general legal norms, nomotechnics plays an important role. The science of creating legal regulations – nomotechnics, must avoid the occurrences of abuse of power and corruption. This makes the whole legal system dependent on the morality of citizens and their relation to the fundamental principles and common values. Attitudes towards ethical principles in the conduct and decisions of the legislature have a major impact on public confidence in the legislature's work, and thus the legitimacy of its decisions. In the early 21 century, the general degree of confidence in the representative bodies as the principal regulators and thereby also trust in the parliamentary democracy is very low. Trust in national legislatures or parliaments in the European Union has been decreasing in the recent years, while in Slovenia the level of confidence is even lower than the average in the European Union.

**Keywords:** ethics, morality, legislature, trust, legitimacy.